

Teoría general de las garantías reales

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE

Doctor por la Universidad de Oviedo

Profesor Adjunto de Derecho Civil, Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO

- I. EL CONCEPTO DE GARANTÍA EN LA CONTRATACIÓN.
- II. GARANTÍAS PERSONALES Y REALES: CRITERIOS PARA UNA ELEMENTAL DIFERENCIACIÓN.
- III. EL SUSTRATO JURÍDICO-REAL EN FUNCIÓN DE GARANTÍA:
 - A) LAS GARANTÍAS REALES EN EL CONTEXTO DE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS REALES: POSESIÓN, PUBLICIDAD, POLÍTICA LEGISLATIVA
 - B) EL FUNCIONAMIENTO VARIADO DE LAS GARANTÍAS REALES SEGÚN EL MODELO IMPLICADO.
- IV. CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES: CUADRO DE DISTINCIÓN.
- V. LOS PRINCIPIOS COMUNES DE LAS GARANTÍAS REALES:
 - A) CONVENCIONALIDAD
 - B) ACCESORIEDAD
 - C) ESPECIALIDAD:
 - 1. *En relación con el objeto.*
 - 2. *Con respecto al crédito.*
 - D) INDIVISIBILIDAD.
 - E) SOMETIMIENTO A LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO.
- VI. LA GARANTÍA REAL CONSTITUIDA POR TERCERO.

I. EL CONCEPTO DE GARANTÍA EN LA CONTRATACIÓN

Es regla universal aquella por cuya virtud el deudor está llamado a responder del cumplimiento de sus obligaciones con todo su patrimonio, presen-

te y futuro (cfr. art. 1911 CC). Sobre ese conjunto de bienes, sus distintos acreedores tendrán un poder genérico de agresión, el cual quizá no resulte suficiente al tiempo en que insten la ejecución de sus créditos, y ello por muy diferentes motivos: la disposición, fraudulenta o no, que de alguno de sus bienes o activos haga el deudor luego de haber contraído la correspondiente deuda; la asunción de nuevas deudas con respecto a otras personas, con las que el anterior acreedor debería compartir, conforme a la secular regla de la *par conditio creditorum*, la masa patrimonial del deudor al tiempo de acreditarse su insolvencia, etc.

Para remediar, de algún modo, estos inconvenientes, el ordenamiento, a la par que consagra ciertas medidas especialmente tendientes a velar por la integridad del patrimonio del deudor (1), como la acción subrogatoria o la

(1) «Si tomamos como punto de referencia el régimen jurídico que disciplina el desarrollo de estas medidas de protección o tutela no cabe duda que presentan claras diferencias, y que su conexión con el derecho de crédito se articula de un modo diferenciado dependiendo de su respectivo ámbito de aplicación manifestándose, principalmente, en el marco de los requisitos exigidos para su correspondiente ejercicio. Así, por ejemplo, en el supuesto del vencimiento anticipado de la obligación, número 2.º del artículo 1129 del Código Civil, el efecto derivado de la tipicidad de la insolvencia como hecho o causa legal viene configurado *en orden al ejercicio de una propia facultad del acreedor*; de tal forma que su aplicación queda establecida de un modo simple y objetivo en la medida en que la lesión del crédito viene determinada por la constatación o realidad de la insolvencia sobrevenida del deudor. En cambio, en el supuesto de rescisión por fraude de acreedores, artículos 1111 y número 3.º del 1291 del Código Civil, el efecto derivado de la insolvencia como hecho o causa legal no opera automáticamente la rescisión del acto o negocio jurídico celebrado. Su razón de ser estriba en la complejidad del ámbito de aplicación de este medio rescisorio que parte necesariamente de la validez de un acto o negocio disposición realizado, *ex* artículo 1290 del Código Civil. Lo que supone, en esta línea, que el poder conferido al acreedor no pueda articularse mediante el ejercicio de una mera facultad jurídica, sino que venga configurado *como un específico poder de impugnación* consistente en el ejercicio de una acción personal que con carácter general permite a los acreedores atacar la eficacia de los actos fraudulentos celebrados por el deudor. Paralelamente, la participación del tercero en la dinámica fraudulenta impone, a diferencia del vencimiento anticipado, que la determinación de la lesión del derecho de crédito se realice también en atención a un presupuesto subjetivo, que entraña una noción de culpabilidad como juicio de reprobación de las conductas implicadas en el ilícito fraudulento. Excepción hecha, claro está, de aquellos supuestos donde el ordenamiento jurídico sanciona objetivamente la lesión del derecho de crédito, caso del acto o negocio de disposición celebrado a título gratuito en donde el fraude es relevante por sí mismo, sin acudir al plano de la culpabilidad. En parecidos términos, el peculiar objeto sobre el que incide la acción subrogatoria, esto es, el ejercicio de los derechos y acciones del deudor, artículo 1111 del Código Civil, determina la caracterización jurídica de este medio de protección o tutela. En este sentido, el poder conferido al acreedor actuante tampoco puede reconducirse al ejercicio de una mera facultad jurídica, *sino que constituye un supuesto de legitimación extraordinaria* para el ejercicio de los derechos del deudor, especialmente configurado por el ordenamiento jurídico.

No obstante, pese a la distinta naturaleza jurídica que presentan estos supuestos, la tipicidad de la insolvencia como hecho o causa legal que determina la lesión del derecho de crédito exterioriza una función común a todos ellos que les confiere una unidad de

pauliana, permite que se refuerce, mediante el juego de la autonomía de la voluntad, la situación del acreedor (2). A aquellas garantías que son inherentes al crédito cabe agregar, entonces, otras en cuanto derechos subjetivos de naturaleza patrimonial comúnmente convenidos y excepcionalmente reconocidos en la ley (resultando en esto paradigmático el derecho de retención), para apuntalar la efectividad del crédito, sea mediante la creación de un vínculo de especial afección sobre un bien —ya del deudor ya de un tercero—, sea agregando la responsabilidad de una persona ajena, en un principio, a la relación obligatoria pactada.

Ofrecido, así, más que sucintamente, el concepto de garantía se halla indefectiblemente vinculado al de responsabilidad. «Tienen ambos en común su finalidad de lograr seguridad en el cumplimiento de los créditos, y su soporte objetivo que incide normalmente sobre el valor en cambio de una cosa o de un patrimonio. Pero, al margen de esto, pueden diferenciarse por sus distintos caracteres. La responsabilidad alude siempre al patrimonio global e indiferenciado del deudor, con cargo al cual puede obtenerse el cumplimiento subsidiario o por equivalente de la obligación previa. Se responde con todo el patrimonio. En cambio, la garantía supone algún medio de reforzamiento de la posición del acreedor común. Éste cuenta para su satisfacción sólo con el patrimonio del deudor, sin especial preferencia sobre bienes concretos y en concurrencia con los otros acreedores. En la medida en que el acreedor obtenga una preferencia frente a otro acreedor, o frente a terceros adquirentes, o la afección especial de una cosa, o pueda ejecutar un nuevo patrimonio, habrá garantía. La garantía es siempre privilegio [*lato sensu*]. Así como la responsabilidad (fin) entraña un soporte objetivo único (afección de patrimonio universal e indiferenciado), la garantía (fin también) puede englobar muy diversas formas de realización u objetos posibles de ejecución». Comparadas así, la responsabilidad actúa normalmente «en todo tipo de obligaciones jurídicas exigibles; la garantía no, es un plus que exige expreso acto de constitución», resultando la responsabilidad previa a la garantía (3).

La adicionalidad se convertiría, dicho ello, en el implícito elemento común al Derecho de garantías, en su *leiv motiv* (4). No serían garantías, por

sentido y de alcance. Desde esta perspectiva, sin desconocer el diferente régimen jurídico que disciplina su respectivo ejercicio, *se puede afirmar que dichas facultades y acciones forman parte de un contenido natural del derecho de crédito* que tiene como específico objeto de tutela la efectividad o el valor de realización del derecho de crédito, esto es, la tutela del interés patrimonial del acreedor inherente a la constitución del crédito» (ORDUÑA MORENO [Dir.], *La protección patrimonial del crédito*, I, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, págs. 28 y 29, nota 10).

(2) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, pág. 568.

(3) *Idem*, págs. 587 y 588.

(4) Vid., junto con las imprescindibles citas bibliográficas que va aportando, ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía», en

cuanto nada añadirían, por más que vendrían a proteger de una u otra forma la integridad del patrimonio del deudor o la solvencia del obligado: *a)* la llamada garantía general o responsabilidad patrimonial universal, por tratarse de algo inherente al crédito, que va con él, no debiendo ser convenida para que sirva de base de la acción ejecutiva contra el patrimonio del deudor; *b)* aquellos mecanismos legales pensados para la protección del derecho del acreedor, pero que: i) son consecuencia, siquiera eventual, del negocio principal, que forman parte de su natural contenido (por ejemplo, la garantía de evicción en los contratos onerosos); ii) imputan o cargan al mismo deudor con una obligación que se acumula a modo de anticipada sanción o estimación por su incumplimiento, como ocurre con la cláusula penal, por la cual puede incrementarse el montante posible de la deuda, coaccionar de esta manera ante el incumplimiento, pero el patrimonio a agredir seguirá siendo el mismo; iii) se permiten a los acreedores para la conservación de la garantía general atinente a la responsabilidad patrimonial universal del deudor, como las comentadas acciones subrogatoria y pauliana, que vienen dadas por la ley.

Formalmente, entonces, toda garantía necesitaría de un acto expreso de constitución, siquiera de concreción *ad casum* (derecho de retención), de ordinario de base voluntaria o contractual, por más que sean posibles garantías unilaterales (v. gr., fianza), en beneficio de un acreedor cuyo consentimiento no se precisa para su constitución o hasta mediando la oposición del principal obligado (cfr. art. 1823 CC). Aun en estos supuestos, la ley se comprueba fuente mediata, que no inmediata, como sí ocurre con los vistos en el párrafo anterior.

A la adicionalidad de la garantía se ha de agregar la accesoriedad que la informa como negocio. Sobre la accesoriedad, centrada en las garantías reales, se tratará más adelante. Para no complicar conviene ahora ver en esta característica una suerte de subsidiariedad, común para todas las garantías, aun las que el tráfico internacional articula en su necesidad como autónomas (5). Por su subsidiariedad, el negocio de garantía cumple y nace en función auxi-

NIETO CAROL y BONET SÁNCHEZ (Coord.), *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, 1996, pág. 127 y sigs.

(5) Se llaman garantías autónomas o más confusamente «abstractas» las cauciones personales que, universalizadas bajo el título de garantías a primera demanda o requerimiento, son capaces de funcionar aun cuando se acredite la nulidad de la obligación que se pretende. Su función es esencial para favorecer la confianza en las transacciones internacionales haciendo mediar la garantía interbancaria, no necesariamente entre filiales de una misma casa matriz, para evitar entre tanto riesgos; piénsese tan sólo, en el de tener que litigar en foro extranjero. Sobre estas garantías existen dos textos de referencia ineludible, siquiera sea consultiva: por un lado, las Reglas Uniformes sobre Garantías a Demanda (según sus siglas en inglés, URDG) de la Cámara de Comercio Internacional (ICC); de otro, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, de 1995; *soft law* el primero, y ratificado por muy pocos países el segundo, no estando entre ellos España.

liar a otro de orden crediticio; la garantía depende en su ser del derecho de crédito, mejor dicho, de la relación obligatoria a cuyo buen éxito asegura: vive con ella, pierde su eficacia y se extingue a la vez.

La subsidiariedad del género se manifiesta: *a)* a nivel hermenéutico en la aplicación de la regla *utile per inutile non vitiatur*, de la que se concluye que la invalidez de la garantía no puede afectar al negocio principal, que habrá de quedar en pie pese a todo (6); *b)* a nivel adjetivo, a través del beneficio de excusión o, al menos, de reclamación previa al deudor, a aquel sujeto que es obligado principal, por más que se haya pactado que el garante pague directamente o con independencia del comportamiento de aquél, ya que la garantía exige en su función que se haya producido, documentado o no, el incumplimiento (7); y *c)* a nivel contable, por cuanto en el patrimonio del acreedor, por más garantizado que esté, no se localiza un crédito o activo, distinto en su monto y condiciones, al que por la garantía se ha asegurado (8).

II. GARANTÍAS PERSONALES Y REALES: CRITERIOS PARA UNA ELEMENTAL DIFERENCIACIÓN

Conceptuadas como precede, de las garantías en la contratación, por su dinámica y efectos, el criterio unánimemente aceptado las clasifica en perso-

(6) En las garantías autónomas, como se busca poner a salvo la garantía de contingencias e impugnaciones procesales, el principio rige a la inversa, a modo de *solve et repete*, pero sin subvertirlo. Es decir, que si la garantía se declara nula, con ella no habrá de caer la relación principal para cuyo buen fin aquel aseguramiento se contratara.

(7) En el mercado, las garantías a primera demanda se comprueban, como la fianza, subsidiarias o solidarias. Las subsidiarias exigen que el deudor haya incumplido o, al menos, que el beneficiario declare que el deudor ha incumplido y cuál es la naturaleza del incumplimiento e, incluso, que se aporte alguna justificación documental en tal sentido. Ciertamente, no habrá, continúa advirtiendo CARRASCO PERERA, «beneficio de excusión, aunque puede convenirse que el beneficiario sólo será reclamado si se acredita que no se ha podido cobrar por otros medios» (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, págs. 364 y 365). En las garantías a primer requerimiento solidarias, por su parte, el garante está obligado, como en la fianza ordinaria, por el simple hecho del vencimiento de la obligación principal; sin embargo, la diferencia es menor que en la fianza, porque lo común es pactar que la garantía lo es a primer requerimiento justificado. En cualquier caso, repárese en que hacer uso de la garantía sin haber dado al deudor la posibilidad de cumplir, además de atentar contra la buena fe, factor trascendental en la articulación de estas garantías, implicará la responsabilidad del acreedor por adelantarse en el reclamo (frente al garante), debiendo indemnizar por todo concepto al deudor que hubiera podido afrontar el pago conforme a lo pactado. La agilidad pensada para la puesta en marcha de este tipo de garantías en absoluto llega a sustentar el incumplimiento desde la suposición, probabilidad o conjetura.

(8) Lo mismo puede decirse respecto del patrimonio del deudor; pero si es un tercero el que asegura la deuda ajena, ya personalmente ya afectando un bien específicamente al cumplimiento, sí se contabilizará en su patrimonio como pasivo, aunque condicionado. Lo cual es lógico; él no debía de antes, y si debe es supeditado a que no lo cumpla el deudor.

nales y reales. Las garantías personales se presentan como aquellas a cuyo través se logra que otra persona se comprometa al cumplimiento, a reemplazar al deudor para el caso de que no pueda o quiera cumplir o, mucho más básicamente, a resarcir por su incumplimiento (v. gr., por mediar contrato de seguro). Elementalmente, se trata de una garantía otorgada por tercero (fiador, avalista, asegurador, etc.); dado que el deudor principal por quien se otorga la garantía «ya se encuentra obligado frente al acreedor, la garantía personal debe ser una obligación personal asumida por otra persona diferente del deudor. La garantía personal, por lo tanto, es una obligación asumida por un tercero como garantía de la obligación del deudor principal. Entonces, una obligación personal adicional del deudor principal, tal y como por ejemplo una cláusula punitiva, no es una garantía personal con el significado que aquí se utiliza. Mejor dicho, la esencia de la garantía personal consiste en que un tercero contrae una obligación en garantía por cuyo cumplimiento responde con todos sus bienes» (9).

Las garantías reales, por su lado, conllevan la afectación de una cosa en torno a una determinada responsabilidad. Al tiempo de constituirse, el bien suele pertenecer al deudor, aunque no se impide que sea de un tercero quien, de esta manera, actuará como garante. En su contenido, estas garantías se distinguirían por plasmar a favor del acreedor un estatuto de indemnidad con respecto a la eventual agresión instada con posterioridad de parte de algún otro acreedor (*ius praefерendi*), así como por la facultad de hacer vender el bien, cobrarse con su valor, independientemente de quien sea propietario, de que un tercero lo adquiera luego (*ius distrahendi*) (10).

En la explicación abreviada que antecede, por tanto, las garantías personales servirían para agregar un patrimonio, para vincular un patrimonio complementario, el del garante, a la satisfacción del crédito; si la «prenda» común de todo acreedor está constituida por el patrimonio del deudor, a resultas de una de tales garantías contaría con un segundo «objeto» de agresión ante el incumplimiento.

(9) DROBNIG, «Presente y futuro de las garantías reales y personales. Informe general», en *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 1 (2004), pág. 95. En su planteamiento, señala, por su parte, VALLET cómo la responsabilidad del deudor puede ampliarse *objetivamente* adicionando la responsabilidad de un tercero, solidaria o subsidiariamente. «En la responsabilidad subsidiaria hallamos la fianza diferenciada de la responsabilidad solidaria, como es la del aval, por los beneficios del fiador: a la previa excusión de los bienes del deudor; a la división de la responsabilidad entre los fiadores, y a la cesión de las acciones del acreedor contra el deudor» (*Panorama de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1973, pág. 229).

(10) Ambas circunstancias constituirían esa «posición de privilegio» de la que, con respecto a los bienes afectados, también habla DROBNIG (*ibidem*). Correlativamente, para VALLET, el refuerzo *intensivo* o *cualitativo* de la responsabilidad se obtiene cuando, a tal fin, se afecta «específicamente una cosa, propia o ajena, con o sin limitación de la responsabilidad del resto del patrimonio del titular de esa cosa aplicada. Esta afección en garantía de una cosa, propia o ajena, caracteriza a las garantías reales» (*ibidem*).

Siendo ello correcto desde una perspectiva práctica, no lo es, sin embargo, técnicamente. Y es que en las garantías personales —merece la pena reiterarlo—, no existe otro objeto que la obligación contraída por un sujeto extraño a la relación obligatoria principal, quien no asume una coobligación, sino una obligación con causa de garantía, de la que ha de resultar, según ocurre en todo tipo de obligaciones, la posibilidad del acreedor de agredir el patrimonio del sujeto obligado, si es que incumple (11). De ahí que no pueda hablarse para estas garantías, y mientras no surja el incumplimiento, de una fase de seguridad al estilo de la que hace al derecho de hipoteca o prenda. Frente al garante, el acreedor garantizado no gozaría de ningún recurso específico para velar por la integridad del patrimonio pretendidamente afectado, al margen de las acciones de protección del crédito que en cuanto simple acreedor le conciernen.

Las garantías personales carecerían, pues, de asiento material y es por esto que tampoco habría previsto el legislador un privilegio especial para ellas, como, en cambio, sí consagra tratándose de la hipoteca o la prenda. Por este camino, hay quien, incluso, en un razonamiento demasiado extremo, ha llegado a negar que la fianza, cual prototipo, sea una auténtica garantía, partiendo del presupuesto de que éstas deben consistir «sustancialmente en la alteración de la situación de igualdad de los acreedores del deudor principal, en relación al patrimonio de éste» (12).

Pero también respecto del género garantías reales merecería la pena alguna acotación al hilo de la tradicional clasificación, para desligarlo de una íntima vinculación con la noción de derecho real, arribando a la conclusión de que si bien todos los derechos reales de garantía son garantías reales, existen por fuera de aquéllos fórmulas de sujeción real en función de garantía, particular derivación en el campo que contemplamos de la existencia de derechos con eficacia jurídico-real, a saber, con eficacia frente a terceros, sin ser propiamente derechos reales.

(11) Cfr. FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, voz «*Garanzia e diritti di garanzia*», Milán, Giuffrè, 1969, pág. 455; CRUZ MORENO, *La prenda irregular*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, pág. 29. En las garantías personales, por tanto, siempre a partir del paradigma que constituye la fianza, la esfera jurídica del acreedor parece «enriquecerse con un derecho de crédito nuevo, que tiene por contenido una prestación idéntica a la debida por el deudor principal (o una parte de ella, si la fianza es parcial), condicionada al incumplimiento por dicho deudor» (LACRUZ, «La causa en los contratos de garantía», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 544 [1981], pág. 727). Con ello también parece que la efectividad de la fianza «excede a la función propia de un contrato de garantía, que en ningún caso debería ser la de crear un nuevo crédito y adicionarlo al antiguo, de modo que ese nuevo crédito sirva como aseguramiento alternativo en caso de impago del inicial; sino la de aumentar la realizabilidad de un crédito ajeno, añadiendo una nueva responsabilidad a la originaria» (*ibídem*).

(12) CRUZ MORENO, *ibídem*, quien sigue a MAIORCA (*Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milán, Società Editrice Libreria, 1938).

En efecto, en cuanto categoría, recuérdese cómo los derechos reales recaen exclusivamente sobre cosas, esto es, sobre bienes materiales, susceptibles de valor.

Desde luego, la corporeidad como presupuesto capital no vendría a residir en el mantenimiento a ultranza de una dogmática cada vez menos compatible con los bienes que caracterizan a nuestra época, sino en los efectos que aún hoy suscita y que ni siquiera el legislador puede negar: me refiero, fundamentalmente, a la apropiabilidad, primero, como nota inconcebible tratándose de bienes de naturaleza inmaterial, y a la apariencia jurídica que ese nexa provoca.

Lo anterior no implica, empero, que no pueda mantenerse sobre bienes inmateriales una titularidad de continuado aprovechamiento, o que tales bienes no puedan encontrarse afectados al interés de quien no sea, a su vez, titular. En la normativa, ciertas hipótesis llevan tiempo consagradas sin que el *nomen iuris* con que se presentan (13) pueda conducir a engaños sobre la distinta realidad a la que refieren (14); el régimen de la utilidad que se pretenda constituir, y que se constituya, será similar a la que incida sobre cosas técnicamente hablando, aunque nunca idéntico (15). Empezando, sin ir más lejos, por su modo de constitución, donde la sujeción de tales bienes requiere irremediablemente del cumplimiento de ciertos presupuestos para que la operación pueda lograrse, al faltar el modo que se exige para las cosas. La notificación a quien hubiera de generar el objeto del bien afecto (cesión de créditos) o, sobre todo, la inscripción en el registro competente acreditará, haciendo posible su conocimiento por terceros, la transmisión o gravamen acordado. Habría casos, incluso, piénsese en la prenda sobre frutos o productos pendientes, en la prenda sobre cosechas (16), donde la inscripción actuaría haciendo jurídicamente posible el gravamen sobre unos bienes que de suyo no podrían afectarse, si no fuera haciendo lo propio, en el caso, con el inmueble al que acceden.

(13) *Ad exemplum*, el artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, que lleva por expresivo acápite el de *Constitución de derechos reales limitados sobre las acciones* (el destacado, es obvio, me pertenece). Véase en la misma Ley el título de la Sección 3.^a del Capítulo IV, que reza: *De la copropiedad y de los derechos reales sobre las acciones* (*idem*).

(14) Con respecto al caso advertido, en el seno de la doctrina mercantilista se alude a una especie de «fragmentación» de esa compleja titularidad que reporta la participación societaria (vid., entre todos, CABANELLAS, *Derecho societario*, 5, Buenos Aires, Heliasta, 1997, pág. 49 y sigs.).

(15) En otras palabras: el formal pronunciamiento del legislador no basta para reconocer a favor del usufructuario o acreedor prendario de acciones un verdadero derecho real, a saber, un derecho por cuya virtud quien sea su titular podrá actuar directamente sobre su objeto, y sin la intervención de otra persona —en nuestro caso, la sociedad mercantil de turno— que cumpla o haga factibles sus expectativas.

(16) Cfr. artículo 52 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión.

No siendo, como se dice, completamente equiparables, los derechos sobre cosas de los que tengan por objeto bienes incorporales, no cabe discutir, precisamente por su función, pero también por ese régimen compartido aunque modulado según sea el caso, la existencia de una fuerte analogía entre ambos; o lo que es lo mismo: lo alejados que estamos de lo puramente obligacional. En la doctrina, se habla, en este sentido, de una suerte de «reificación» (de *res*) o cosificación de los derechos personales (17).

III. EL SUSTRATO JURÍDICO-REAL EN FUNCIÓN DE GARANTÍA

A) LAS GARANTÍAS REALES EN EL CONTEXTO DE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS REALES: POSESIÓN, PUBLICIDAD, POLÍTICA LEGISLATIVA

De los derechos reales, de la clase que sean, se predicán dos características fundamentales: la inmediatez, esa cualidad por la cual la utilidad pertinente en que consista el que se trate no requiere de la intermediación de particular alguno para su consecución; y la absolutividad, oponibilidad *ad casum*, por la cual el haz de facultades que hace al derecho real se puede hacer valer frente a cualquiera —y tal es la razón por la que conviene en preferirse el concepto de oponibilidad— que haya conocido o podido conocer de la expectativa previa, del interés patrimonial de quien alegue tal titularidad sobre la cosa. Los dere-

(17) Como con cariz general ha formulado Díez-PICAZO, «el tráfico jurídico sobre créditos, unido al valor económico y patrimonial que los créditos poseen, conduce a una cosificación de los créditos y a una consideración de los créditos como cosas. En torno a los créditos puede darse un ciclo jurídico paralelo al que es posible sobre los bienes muebles. Se transmiten, se usufructúan y se pignoran». Agregando que la teoría «tiene hondas raíces en la historia del Derecho y se concreta en la consideración de los créditos, y en general de los derechos, como “cosas incorporales”. Probablemente esta doctrina no es admisible en una buena técnica jurídica, pues en rigor ni los créditos ni en general los derechos son cosas. Pero posee el valor de un expediente de ficción, con un alcance explicativo y significa, como ya hemos dicho, que los créditos son objetos del tráfico patrimonial y que admiten, en este sentido, las mismas operaciones jurídicas que las cosas corporales» (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, Civitas, 1993, págs. 115-116). En análoga dirección, PAZ-ARES se ocupa de la incorporación crediticia de los títulos-valores como un medio por el cual «se reifica o cosifica un “derecho incorporal” al objeto de sustraer su circulación a las reglas poco favorables del Derecho de obligaciones, y de someterla a las más favorables del Derecho de cosas» («La desincorporación de los títulos-valores», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 219 [1996], págs. 13-14). En realidad, el Derecho especial de los títulos-valores no sería más «que el intento de trasladar al campo de las obligaciones principios jurídicos de los derechos reales». La clave de vertebración del sistema residiría, entonces, en la publicidad posesoria que se alcanzaría con la incorporación. Pero, dicho esto, «enseguida ha de advertirse que, no obstante, la incorporación no es un proceso taumáturgico que transfigure un derecho en una cosa, sino un proceso instrumental que, en función de determinados fines, hace posible —en ocasiones y con límites— tratar un derecho como si fuese una cosa» (*ibídem*).

chos reales, o dicho en objetivo, la eficacia jurídico-real dependerá a la postre del conocimiento adquirido por terceros, conocimiento que debe posibilitarse por el ordenamiento en el modo y manera en que las características del bien (valor, identificabilidad, etc.) mejor lo dispongan.

Bien mirado, entonces, para que una garantía real lo sea tienen que concurrir tres condiciones legales: en primer lugar, una relación de apta sujeción económica sobre la cosa; en segundo lugar, el reconocimiento expreso del carácter oponible de esa relación frente a terceros (esa es la matriz en la que consiste el principio de tipicidad, que no *numerus clausus*, de los derechos reales); y por último, la articulación de un medio —puede ser tan básico, en el mejor de los sentidos de la palabra, como el que constituye la posesión— para posibilitar el conocimiento en evitación de que la pretensión se imponga frente a quienes no pudieron conocerla en relación con el alcance de sus actos, pues el orden jurídico, en su lógica, no puede exigir el respeto de lo desconocible.

La cualidad de poder conocerse por terceros es la clave de la oponibilidad de los derechos reales y conduce, más técnicamente, al concepto de publicidad, material o institucional. La contemplación por el legislador de la publicidad como presupuesto para la oponibilidad varía según los casos. En unos, indica DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «el Derecho acepta una apariencia que le viene dada, que surge de hecho como fenómeno social. Esto ocurre, por ejemplo, con la posesión, entendido este concepto en un sentido amplio de ostentación externa por parte de una persona del ejercicio de un poder o cualidad con apariencia de jurídicos... En otras ocasiones el Derecho va más lejos: organiza *ex profeso* todo un sistema de publicidad de los derechos, a fin de crear una apariencia suficiente para proporcionar a los individuos el margen de seguridad que en cada momento y en relación con cada problema se estima oportuno, atendidas las necesidades sociales y económicas. El ordenamiento arbitra, en este caso, una apariencia que podríamos llamar «artificial» o provocada, no espontánea» (18). Hasta tal punto es la diferencia entre ambos órdenes de apariencia, que en su valoración el legislador difícil e improbablemente podría negar la juridicidad de la apropiación y disfrute material (posesorio) que se tenga sobre una cosa. La permanente vigencia de la elaboración iheringniana acerca de la protección autónoma de la posesión, de ese derecho subjetivo generado únicamente a partir del hecho de la posesión, lo demostraría sobradamente.

Se comparte, pues, desde estas líneas el sentir de FAIRÉN (19) en sus apostillas a la obra de BARASSI (20), quien tuviera, a su vez, el acierto de

(18) *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1975, págs. 26 y 28.

(19) «Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción», en *Revista de Derecho Notarial*, t. 25-26 (1959), págs. 285 y 286.

(20) Cfr. *Diritti reali e possesso*, I, Milán, Giuffrè, 1952, § 10, pág. 26 y sigs.

preguntarse si el derecho real recibe esta calificación por la misma naturaleza de los hechos o por una decisión legislativa soberana. «La realidad, ¿es una cualidad ínsita en determinados derechos subjetivos, o depende más bien de la mudable voluntad del legislador? Para los que de uno u otro modo dan importancia preponderante a la idea del señorío, se llega a una solución de índole naturalista o más exactamente iusnaturalista: el derecho real lo es por exigencia de la misma *Natur der Sache*; para los obligacionistas en todas sus formas, la voluntad legislativa determina el carácter absoluto y consecuencia de éste es el señorío inmediato». En tal sentido, «es evidente que existen una serie de entidades sobre las que no cabe un señorío de tipo inmediato, un derecho real; la actividad humana, en todas sus formas. Pero, desde el momento en que nos limitamos a la titularidad sobre las cosas, llegamos a la conclusión de que el carácter real de un derecho es una mera consecuencia de la decisión del legislador. Tanto por razones históricas como económico-sociales —dice BARASSI— la realidad es un mero problema de política legislativa. El legislador, en vista de consideraciones metajurídicas, se determina a una solución u otra, en función de la tutela más o menos enérgica que desee atribuir a una relación dada». Lo cual se aplica a cualquier derecho real, incluso el de propiedad; depende de la voluntad del legislador que exista «una propiedad absoluta o que ésta no sea reconocida; pensemos en la situación de los bienes de producción en el sistema jurídico soviético [de extensa vigencia en la época] o en los condicionamientos de la propiedad al bien común, propios de los países fascistas o totalitarios [demás está decir la polémica adscripción del profesor BARASSI al movimiento de tal índole italiano]. Sabido es que en Roma fueron primeramente obligatorios los derechos de garantía, la servidumbre o la enfiteusis, y no hablemos de la extraordinaria inflación del concepto de derecho real en la Edad Media, que actualmente resulta inexplicable a la luz de la dogmática y de la conciencia jurídica modernas».

Todo ello es cierto y comprobado, aunque después de todo conviene quedarse mejor con la propia opinión de FAIRÉN, consiguientemente convencido como estaba, entre las dos posibles teorías citadas, de que la decisión acerca de si una situación se trata de un derecho real o de crédito depende en parte de la naturaleza misma del derecho (yo elevaría la cuestión, al objeto material y apropiable sobre el que tal derecho recaiga). Habría situaciones jurídicas reales (la propiedad, la posesión) que no podrían ser dibujadas por la ley como derechos de crédito. Como habría derechos de crédito que jamás podrían ser gobernados a partir de las reglas de los derechos reales, poniendo como ejemplo el mutuo, que en puridad es un contrato, y por el cual se transmite justamente el dominio de la cantidad o especie entregada, creando, eso sí, la correlativa obligación de restitución a cargo del mutuario, que es a lo que seguramente pretendía referirse FAIRÉN. Y finalmente habría variadas

situaciones intermedias en las que la ley podría atribuir el carácter real o el obligacional a su voluntad (21).

Dicho lo cual, ha sido precisamente la función de garantía, desde sus contrastados antecedentes romanos, la que más ha hecho por la evolución del Derecho de cosas, al punto de ponerse en tela de juicio el carácter ontológicamente inmediato del derecho respecto de la cosa por la creación de registros exigida para evitar la antieconómica desposesión del deudor-propietario, enlazándose ello directamente con el problema de política-legislativa recién abordado.

En esta tendencia crítica se ubica, entre otros, GIORGIANNI, quien recordando la visión tradicional acerca de los derechos reales de garantía en cuya virtud se encontraría presente la característica fisonómica de los derechos reales en general, consistente en la inmediatidad del poder del titular sobre la cosa, concentrada en la hipoteca en la posibilidad que tiene el acreedor hipotecario de ejercitar un derecho sobre la cosa sin necesidad de la cooperación del deudor, alude, sin embargo, a la moderna y más sagaz doctrina que «no ha dejado de poner de relieve que así entendida la inmediatidad del poder del acreedor hipotecario, resulta un concepto evanescente, y que, por otra parte, bien vistas las cosas, no puede considerarse como una característica exclusiva del poder del acreedor hipotecario comparado con el poder de los demás acreedores. Por lo que se refiere al primer punto —continúa—, hay que advertir que, si bien es cierto que el acreedor hipotecario puede ejercitar su derecho sobre la cosa sin necesidad de la cooperación del deudor, eso no significa que ejercite su poder inmediato sobre la cosa, dado que es necesaria, sino la cooperación del deudor, por lo menos la cooperación del órgano jurisdiccional. El ordenamiento jurídico no permite que el acreedor hipotecario satisfaga su interés directamente sobre la cosa, sino que le impone la necesidad de reclamar al Estado la realización de su interés mediante la instauración del correspondiente procedimiento de expropiación (art. 2808 *Codice*). Más aún, la ley prohíbe expresamente el pacto en virtud del cual se estipule que, por la falta de pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada (o dada en prenda) pase automáticamente al acreedor (art. 2744 *Codice*)». Mientras que por lo que atañe al segundo de los puntos esbozados, «se hace preciso observar que si fuese cierto que la hipoteca es derecho real porque su contenido consiste en el poder de satisfacer directamente sobre el bien el interés del acreedor sin la colaboración del propietario de la cosa hipotecada —poniéndose en la sombra la intervención del Estado y subrayando, en cambio, la falta de actividad del sujeto pasivo—, debería considerarse también como real el derecho atribuido a cualquier acreedor sobre los bienes presentes y futuros de su deudor (art. 2740 *Codice*), y más

(21) Cfr. *ob. cit.*, pág. 285, nota 219.

todavía el derecho del acreedor protegido por un título ejecutivo que le permite expropiar los bienes del deudor que ha incumplido», destacando que las cosas no cambian en nada por lo que se refiere a la prenda (22).

Se entiende la raíz del problema, el trasunto no posesorio de la hipoteca, y el consecuente elemento normativo desde su reconocimiento por el Pretor durante el siglo II de nuestra era, por lo que, de primeras, no es posible reproducir el planteamiento como termina proponiéndose sin más para la prenda. Pero, en su fondo, la posición que se recepta con tales palabras se deja llevar por la explicación procesalista de la hipoteca, hoy, por confusa, superada, tesis que gozara de cierto predicamento en las primeras décadas del siglo pasado a propuesta de CARNELUTTI (23). El influente estudio del maestro italiano había radicado en negar la autonomía de la hipoteca, los atributos de preferencia (*ius præferendi*, *droit de preference*) y persecución (*ius persequendi*, *droit de suite*) asignados tradicionalmente a la garantía.

En primer lugar, porque quien, como el acreedor hipotecario, tiene reconocido a su favor una preferencia no ostentaría realmente un derecho sobre el resto de acreedores; de la misma manera, ironizaba CARNELUTTI, que el viajero de primera clase no tiene un derecho sobre el viajero de segunda. Uno y otro lo que tienen es un derecho frente al empresario, que se ha comprometido frente a ellos a hacerlos viajar de distinta forma. Pues bien, el empresario sería, en el caso de la hipoteca, el Estado, que tendrá el deber de distribuir el producto de la ejecución de una determinada manera, haciendo que el acreedor hipotecario, que el acreedor privilegiado cobre antes. La preferencia, por tanto, se presentaría como un mandato al órgano estatal encargado de la ejecución, el Juez, al objeto de actualizar su contenido. El derecho de persecución se explicaría análogamente. La hipoteca, aunque accesorio, no convertiría en deudor al dueño del bien; sólo si éste contrajera personalmente la obligación respectiva. Esto es lo que sucede más normalmente, por ser hipotecante el deudor, pero ello no es necesario, pudiendo hipotecar una persona un bien de su propiedad en garantía de la deuda de otro. Tanto en este caso, como en el de venta de la cosa hipotecada a un tercero, que es perfectamente posible, quien sea propietario no estará, como se señala, obligado a abonar el monto de la deuda. Se distinguiría así normalmente entre débito, que se imputa siempre al deudor, y la responsabilidad que surge de la hipoteca, que es puramente real, circunscrita al valor de la

(22) «Los derechos reales», traducción de Díez-PICAZO, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 458 (1967), págs. 12 y 13. Vid., con distintos fundamentos y conclusiones, aunque con igual espíritu, «Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito» y «La distinción entre derechos reales y derechos de crédito (notas sobre un estudio de TILOCCA)», ambos de VALLET en sus *Estudios sobre Derecho de Cosas*, I, Madrid, Montecorvo, 1985, págs. 217 y sigs., y 227 y sigs., respectivamente.

(23) Cfr. «Naturaleza jurídica de la hipoteca», en CARNELUTTI, *Estudios de Derecho Procesal*, I, traducción de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, EJEa, 1952, pág. 627 y sigs.

finca. Por esta responsabilidad, el dueño lo único a lo que se encontraría consreñido es a permitir que el acreedor se cobre a costa del bien, lo cual exige del pertinente proceso judicial, de ahí que el derecho de persecución pueda reducirse igualmente a un mandato al Estado para que se ejecute el bien y se proporcione, a resultas, lo necesario para satisfacer el crédito. En congruencia, se trataría de un especial estado de sujeción vinculado con la actividad ejecutiva del Estado, situación únicamente reconducible a la esfera de lo procesal.

Concebida conforme se ha señalado, la teoría procesalista en torno a la hipoteca vendría a convertir en absolutamente secundaria la función de garantía de la hipoteca remitiendo al momento patológico del incumplimiento para su comprensión (24). Desde tal consideración, el contenido del derecho de hipoteca sería inconcreto, meramente potencial. Sucede, sin embargo, que la hipoteca no nace para ejecutarse, esto es solo una eventualidad. Mientras tanto lo único cierto es que cumple con una necesaria función socio-económica de seguridad en el tráfico jurídico y crediticio. El derecho de hipoteca se presentará, así, según la fase en la que se halle, de dos maneras: primero, como sucede también, y únicamente, con las servidumbres *in non faciendo*, con un contenido marcadamente expectante, pasivo, en tanto el deudor vaya cumpliendo con las obligaciones a su cargo; luego, pero sólo si fuera el caso, con un contenido positivo, cifrado en la desposesión y, seguidamente, la ejecución o enajenación forzosa del bien, mejor dicho, del dominio sobre el mismo.

Todo ello es algo que al final ni siquiera a GIORGIANNI se le escapa, una vez logra apartarse de los argumentos estrictamente procesales acerca del instituto. A su parecer, hoy en perspectiva no tan novedoso, la calificación del derecho real sería el resultado de una clasificación de los derechos patrimoniales sobre la base de la diversidad de la estructura del poder concedido al titular, a partir de la ligazón o inherencia (sinónimo en suma de intermediación) de ese poder respecto de una cosa. Sería «posible, de esta manera, determinar entre los derechos patrimoniales aquellos en los cuales el poder está ligado a una cosa determinada. Tal ligazón existe cuando el poder del titular tiene una íntima conexión con la cosa, bien en el sentido de que se ejercite directamente sobre ella (como ocurre en el derecho real por excelencia, la propiedad, y en los derechos de goce), bien en el sentido de que el interés del titular se satisface mediante un determinado destino de la cosa (*como ocurre en los llamados derechos reales de garantía*), o bien, finalmente, en el sentido de que la prestación a que el titular tiene derecho, hace referencia a una cosa (lo que no es infrecuente en las relaciones obligatorias)» (25), en alusión, en cuanto puede resultar más provechoso de cara a nuestro ordenamiento, a las relaciones crediticias con proyección *ad rem*; aquellas donde la intermediación

(24) Para una crítica más profunda, más allá del caso de los derechos de garantía, a los que por el tema de este estudio me aboco, vid. FAIRÉN, *ob. cit.*, pág. 330 y sigs.

(25) GIORGIANNI, *ob. cit.*, pág. 21; el destacado me pertenece.

no existe pues para alcanzar la cosa se necesita del cumplimiento de la prestación intermediaria de un sujeto (consistente, sin ir más lejos, en hacer la tradición oportuna).

Sirva la discusión para exponer el protagonismo de los derechos reales de garantía en la construcción dogmática del concepto de derecho real, desde lo mobiliario a lo inmobiliario o hipotecario, y desde ahí, a principios del siglo pasado, de vuelta —aunque desde entonces ya en forma concurrente— a lo mobiliario. En la materia, el fenómeno sólo puede equipararse a cuestiones de tanta relevancia en su desenvolvimiento como la hoy universal declamación por la función social de la propiedad, la consolidación de los derechos de adquisición preferente como categoría o también del derecho de superficie una vez superado el complejo postfeudalista de los cuerpos promulgados a imagen del *Code*. Y es que la evolución de los derechos de garantía real estaría «presidida por una especie de “ley del menor esfuerzo” o por un principio de economía de medios jurídicos», que se «trata de perfeccionar las garantías, procurando a la vez disminuir el sacrificio que su constitución representa para el deudor» (26). La apreciación social en cada época de tal o cual clase de bienes tendría al objeto, por tanto, mucho que decir, en cuanto la constitución de la garantía debe manifestarse con proporcionalidad respecto de los costes de la operación, de crédito o financiamiento, en su conjunto.

A primera vista, en la evolución —y sigo aquí la excelente exposición que PUIG PEÑA efectúa del proceso (27)— parece lógico que el refuerzo de sus créditos lo consiguieran los acreedores aceptando de los deudores el ofrecimiento de cosas de valor, en garantía de su conducta de cumplimiento. Pero no fueron las garantías reales las primeramente utilizadas, dado el escaso valor de los bienes muebles con vistas fundamentalmente a negocios de cierta envergadura, y la consideración general que los inmuebles todavía tenían de ser elemento de copropiedad familiar. Las garantías reales habrían entrado así tarde en el tráfico patrimonial. Fueron, pues, no cabe duda, las garantías personales las primeras que aparecen en la historia, lo cual, por otra parte, parece confirmarlo aquella estrecha solidaridad del grupo familiar amplio, de la cual surgió a su vez un sentimiento de responsabilidad entre sus componentes que facilitaba mayormente la idea de la fianza. Ahora bien, con el trascurso del tiempo, esta forma de garantía irá perdiendo importancia y valor. La disociación del grupo familiar, la individualización de la propiedad inmueble, el nacimiento del principio individualista en la responsabilidad, el comienzo del desarrollo de la riqueza mueble y otros acontecimientos histórico-jurídicos de trascendencia, como la expansión demográfica y los masivos flujos migratorios, fueron deter-

(26) FERRANDIS VILELLA, «Introducción al estudio de los derechos reales de garantía», en *Anuario de Derecho Civil*, 1960, pág. 45.

(27) Cfr. «Tratado de Derecho Civil Español», III-2.º, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 1 y sigs.

minando el auge de las garantías reales y el desplazamiento de las personales, asentadas sólo en el sentimiento de confianza tan fácil de quebrarse y perderse. He aquí, pues, por qué cuando empieza a florecer con la masiva relevancia del momento el tráfico, comienzan asimismo a recibir esplendor las diversas formas de garantía real, primero en la forma simplista y manual de la prenda y después en la más perfecta y avanzada de la hipoteca, con las otras figuras convergentes a estas principales.

Habrían de pasar muchas centurias, en concreto hasta sentirse las necesidades generadas por la Revolución Industrial, para que el sistema de garantías reales se abriera más allá de la prenda y la hipoteca como fórmulas prototípicas y comunes. Se iría abriendo camino una figura intermedia entre la primera, que supone el total desplazamiento de la posesión al acreedor, y la segunda, que representa, por el contrario, la retención en el deudor de la posesión de la cosa brindada en garantía. El carácter intermedio de la figura se comprobaría desde ya la elección del mejor nombre para ella, si el de prenda sin desplazamiento o el de hipoteca mobiliaria, pareciendo desde luego mucho «más correcta esta segunda denominación, pues la de “prenda sin desplazamiento” es una verdadera *contradictio in terminis*, ya que no se concibe propiamente una prenda en que la cosa no quede desplazada. En cambio, la expresión “hipoteca mobiliaria” no supone violación alguna de la técnica, sino corrección en el Derecho moderno de una anomalía (la adscripción de la hipoteca a los inmuebles) que sólo pervivió por razones meramente históricas y nunca dogmáticas» (28).

Pues bien, la nueva figura no privará al deudor de determinadas cosas que vendrían a constituir su medio de vida y explotación, posibilitando que las siga utilizando conforme a su destino económico estando empero gravadas. Y esto, a diferencia del que viera nacer la hipoteca, en un contexto socio-económico que ya no se incardina sobre la explotación de la tierra exclusivamente, sino, donde adquieren singular importancia ciertos muebles que merecen un régimen, signado por la registración, paralelo al de los inmuebles (29). Se trataría de una afirmación igualmente predicable de la fórmula mucho más reciente que implica la reserva de dominio.

B) EL FUNCIONAMIENTO VARIADO DE LAS GARANTÍAS REALES SEGÚN EL MODELO IMPLICADO

En la vida de las garantías se distinguen dos etapas: la de seguridad y la de realización o ejecutiva. Como institución primordial de esta segunda fase,

(28) *Idem*, pág. 5.

(29) Vid. GÓMEZ MATOS, *El Registro de Bienes Muebles*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, Capítulo I, *passim*.

también llamada satisfactiva, el *ius distrahendi*, el derecho de realización de valor, de perseguir la cosa de manos del deudor o un tercero (a reserva de lo arriba expresado en torno a la buena o mala fe por conocimiento del tercero) con el propósito de cobrarse a costa de su valor, se reconoce para todas, con independencia del tipo (30). Sólo en el caso de las garantías atípicas, las vinculadas con una previa enajenación en garantía o reserva de propiedad, puede ponerse en tela de juicio el aserto; podrá cobrarse el titular de la garantía contra el bien, es claro, sin embargo, al ser propietario de la cosa desde el mismo momento de la constitución de la garantía, el *ius distrahendi* puede llegar a diluirse en el *ius separationis* que como dueño le asiste frente al concurso; y si es un tercero el que se interpone sin título entre la cosa y él, por serlo, asimismo, será a través de la acción reivindicatoria o la tercera de dominio que ponga en ejercicio la garantía (31). En ambos casos, el éxito de sus facultades no derivaría en la necesidad de ejecutar el bien, de realizarlo en su valor, aunque sí de responder por el sobrante entre lo efectivamente adeudado y el precio objetivo del bien en el mercado a ese tiempo (32).

La fase de seguridad, en cambio, varía considerablemente en su manifestación empírica. Las garantías atípicas siguen el señero camino de la hipoteca, con base en la publicidad registral de seguridad. El comportamiento de estas

(30) La acción hipotecaria, prendaria, etc., puede tener efectos contra terceros, como se dice; pero no toda acción impetrada en defensa de su derecho por el acreedor frente a un tercero refleja su *ius distrahendi*. En otras palabras, no es la legitimación pasiva vinculante de terceros lo que hace a tal facultad, sino el propósito, incardinado en la esencia de la garantía. Cuando el acreedor prendario es despojado de la cosa mientras se le viene pagando, entiéndase sin participación alguna del deudor en el hecho, y ejercita la vía interdictal para reintegrarse de la cosa, nada tiene que ver su petición con la del cobro de la deuda contra el bien.

(31) Al respecto, ESPEJO se pregunta si la garantía real implica necesariamente un derecho a la realización del valor. Desde el punto de vista funcional, y poniendo a salvo que la realización del valor parece ser un elemento esencial en la prenda y la hipoteca, el autor encuentra la respuesta en la teoría general de las obligaciones; si la garantía consiste en un modo especial de asegurar un crédito que «viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o esta yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho» —argumenta citando a Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, Civitas, 1993, pág. 395)—, a partir de ello no se aprecia la necesidad de que la garantía consista precisamente en un derecho de realización del valor; es cierto que se trata de una fórmula acabada entre todas las posibles, pero no la única («Autonomía privada y garantías reales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Díez-Picazo*, III, Madrid, Civitas, 2003, págs. 3747 y sigs., estudio reproducido en DE REINA TARTIERE [Coord.], *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pág. 457 y sigs., de donde ahora se cita). En todo caso, debe advertirse que de ahí a la libertad irrestricta de las garantías demaniales en su configuración va un paso que el autor veta en ajustada consideración a la interdicción de abusos que late tras la estructura típica de los derechos reales de garantía, en suma, de los principios rectores que se inducen de su normativa, conformes se detallarán en el epígrafe siguiente de este artículo.

(32) Para una mejor comprensión, vid. lo que se expresa *infra* en torno a la prohibición del pacto comisorio.

garantías en la etapa se reduce a una relación de especial sujeción sobre el bien, en la que el poseedor podrá seguir usando de la cosa conforme a su fin y destino económico, y de ser el caso de la hipoteca, ejercitar sus facultades dominicales con total libertad, con tal de que no perjudique —intencionada o desproporcionadamente— el «valor de la garantía».

En la prenda, por su parte, la protección del interés del acreedor se obtiene a través del derecho de retención de la cosa que se le ha entregado en caución. El *ius retentionis* basta para asegurarle que existirá, si no se cumple en tiempo y forma, un bien en propiedad del deudor de suficiente valor, el que el acreedor precisamente conserva, con vistas al cobro. Como en las garantías demaniales o en la hipoteca, no usará el acreedor de la cosa; como en ellas, poco le interesa más allá de que conserve su valor. Sin embargo, observamos una neta diferencia entre el juego de su operatoria: mientras que en aquéllas la relación de garantía es de mera expectativa o abstención, el componente de la retención posesoria en la prenda se presenta con una proyección marcadamente negativa, en cuanto la garantía impide la posesión material (uso) del bien afectado.

Fíjese en que, como tampoco distinguieran los romanos, no se hace lo propio en este breve esquema comparativo de las diferentes fórmulas de garantía real en función de la naturaleza del bien, si mueble o inmueble; cierto es que no estamos ante un dato despreciable, de cara a los presupuestos necesarios para que uno u otro modelo de garantía sea posible en el caso. Sin embargo, la evolución del Derecho de garantías, si demuestra algo, es que ha sido el modo en que se cifra o querido cifrar el interés el que distingue unas de otras, y no el patrón objetivo que hace al bien. Dicho de otro modo: nuestra prenda sin desplazamiento actuaría como hipoteca, aplicándose a la figura, entonces, lo dicho más arriba, salvo cuando los bienes (muebles, por supuesto) fueran, por su fungibilidad, por su producción y circulación masiva, ingobernables dentro de los patrones de estática protección de la hipoteca. Entonces, ahí, y antes de congelar el ciclo productivo de los bienes, es que el legislador concibe la auténtica prenda sin desplazamiento posesorio, y sin el consecuente derecho de retención, disciplinando una serie de recaudos, algunos no del todo seguros, para que haya una cantidad de bienes similar a la puesta en garantía al tiempo de su constitución. Surge, así, el concepto de prenda flotante o se habla, mucho más recientemente, de la rotatividad de la prenda, básicamente en relación con la prenda de acciones, donde el elemento objetivo, la cartera de valores, debe continuar en el movimiento del contrato de gestión; cuestiones en apogeo de las que por su impronta relacionada con la empresa como ente absolutamente dinámico susceptible de vincularse en garantía, me ocuparé más adelante. Quedan, por el momento, simplemente apuntadas.

Por último, la más singular de las garantías por su contenido paradójicamente es la menos aplicada, siquiera no vinculada con otras fórmulas como

la fiducia, combinación que, en nuestra práctica, ha llegado a estilarse respecto de algunas líneas de financiamiento para nuevas edificaciones. Me refiero, cómo no, a la anticresis en atención a las dos funciones que cumple: la función de garantía o seguridad, que comparte con la hipoteca y la prenda, y por la cual se sujeta la cosa al cumplimiento de una obligación, y la satisfactiva, por la que se prevé y autoriza desde que se constituye la garantía una amortización progresiva del crédito con cargo a los frutos que se vayan produciendo (33). Como en los derechos de disfrute, el acreedor ostentaría la facultad de gozar de un bien ajeno, goce supeditado, como la garantía, a que se cumpla con el crédito, de forma tal que no puede esgrimirse que por la anticresis nos encontremos ante un derecho mixto, de disfrute y garantía, «pues lo cierto es que el derecho a percibir los frutos no tiene una existencia y finalidad autónomas (características de los derechos de goce), sino que dicho aprovechamiento tiene una destinación predeterminada, establecida de antemano; existe en razón de un crédito que se asegura..., y el anticresista (a diferencia del usufructuario) no es libre respecto al destino que ha de dar a los frutos percibidos» (34).

Técnicamente, estas dos funciones, de garantía y satisfacción, están presentes también en los derechos de hipoteca y prenda; sería otra manera de enfocar las dos etapas o fases aludidas a lo largo de este subepígrafe. Sucede, no obstante, que para ambos la función satisfactiva no se despliega desde un principio, sino cuando acontezca el incumplimiento. Puede decirse así que de las dos funciones, en ellos la predominante y ordinaria sería la de garantía, pues la satisfactiva, tendrá un alcance extraordinario, siquiera eventual, pues, después de todo, lo más normal es que el deudor cumpla.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES: CUADRO DE DISTINCIÓN

Los derechos reales de garantía consagrados en la legislación pueden clasificarse según múltiples variantes. En el cuadro que se adjunta se exponen las principales. En él se analizan a partir de cinco elementos: el objeto sobre el que son susceptibles; si su régimen implica la traslación de la posesión a manos del acreedor; la forma requerida para su constitución; si corresponde, y a quién, el uso de la cosa durante la vigencia de la garantía; y, finalmente, el medio a cuyo través se publicitan.

(33) Cfr. FERRANDIS VILELLA, *ob. cit.*, pág. 48 y sigs.; BUSTOS PUECHE, «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, págs. 541-542.

(34) GARCÍA GRANERO, «Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, pág. 474.

Así, a modo de ilustración, la prenda gravaría bienes muebles o semovientes, los cuales se entregarían sin mayor solemnidad al acreedor, quien, por regla general, no podría usar ni disfrutar de los mismos, aunque fuera a través de la posesión como se exteriorizara su derecho.

Claro está que el cuadro de distinción que se aporta se antoja incompleto, pues sólo refiere los derechos reales de garantía, los gravámenes en garantía sobre la cosa, evidentemente, de otro, si no, no podrían recibir ese calificativo de gravamen. A ellos han de sumarse, en sus múltiples variantes, las garantías reales atípicas que se instrumentan tomando el derecho de propiedad con el fin de caución. Estas garantías carecen, como su calificativo indica, de un reconocimiento legal adecuado (siempre, aquí, desde la óptica del Código Civil y del Derecho Común). En la práctica se comportan como auténticas alternativas al esquema de las garantías típicas, ya que, en su virtud, el bien o no llega a entrar en el patrimonio del deudor, o directamente se sustrae de su haber hasta que satisfagan sus obligaciones. Del primer caso se muestra ejemplo el *leasing* financiero, operación por la que la propiedad no queda transferida en tanto el tomador no reintegre al dador de cuanto haya desembolsado para la adquisición del bien cuya posesión sí le ha transmitido; del segundo, la archiconocida fiducia en garantía (35).

V. LOS PRINCIPIOS COMUNES DE LAS GARANTÍAS REALES

Los derechos reales de garantía, entendiendo por tales las garantías reales típicamente consagradas, presentan una serie de características que justifican su tratamiento como categoría particular dentro de los derechos reales limitados. Pero como recién se ha dicho, existiendo garantías reales que no conforman en puridad derechos reales, debe advertirse que estos principios, inducidos del tratamiento legal de los tipos reconocidos expresamente con tal función, deben aplicarse igualmente a esas otras garantías, por exigirlo la necesaria coherencia del ordenamiento. De lo contrario, bastaría con acudir al expediente de turno específicamente no regulado, siquiera con tales efectos (v. gr., fiducia, *leasing* de retro, opción en garantía) para eludir todas las normas de orden público inspiradas en principios superiores —protectores del deudor y de terceros—, que no deberían soslayarse tan fácilmente y sin disposición alguna que lo permita (36). No se trata de defender la cerrazón de

(35) Más en profundidad, vid. mi artículo «Las garantías reales atípicas», de próxima publicación en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

(36) Como al respecto expone GINÉS CASTELLET, «en el caso de la enajenación en garantía no debe perderse de vista un principio fundamental: por definición, las aspiraciones de las partes se expresan en el designio de obtener una mayor seguridad en la realización del interés crediticio, en nuestro supuesto, a través de la vinculación de la titula-

	<i>Objeto</i>	<i>Traslación posesoria</i>	<i>Forma</i>	<i>Uso de la cosa gravada</i>	<i>Publicidad</i>
<i>Prenda</i>	Muebles o semovientes	Sí	No solemne (a reserva art. 1865 CC)	Para nadie, salvo por excepción (cfr. art. 1870 CC)	Posesoria
<i>Hipoteca</i>	Inmuebles	No	Solemne	Para el constituyente	Registral
<i>Anticresis</i>	Inmuebles	Sí	Solemne	Para el acreedor	Posesoria y registral
<i>Hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento</i>	Muebles, semovientes, establecimiento mercantil, propiedad intelectual	No	Solemne	Para el constituyente	Registral
<i>Derecho de retención</i>	Muebles, semovientes, inmuebles	Indirecta, al haberse transmitido antes con otro motivo	No solemne	Para nadie	Posesoria
<i>Reserva de dominio</i>	Muebles, pero sólo aquellos que se adquieren en el mismo acto en que se conviene la garantía	No	No solemne, aunque debe suscribirse en los modelos oficialmente aprobados para su inscripción	Para el deudor, quien adquiere la propiedad por virtud del mismo acto en que se constituye la garantía	Registral

un elenco de figuras típicas, sino de velar por los intereses con miras a cuya protección se fundan precisamente tales principios (37). Dicho lo cual, se citan y desarrollan los siguientes:

A) CONVENCIONALIDAD

Si las garantías reales, empezando por las positivamente reconocidas, se construyen a partir de una afectación sobre un bien concreto, en perjuicio no sólo del deudor (o garante) —que, como consecuencia, puede perderlo— sino también del resto de sus acreedores —quienes habrán de respetar la posición

ridad del dominio sobre un bien a la efectividad de dicha realización. Ello se corresponde con lo que se ha destacado como un dato estructural concurrente en las distintas modalidades (típicas o atípicas) de garantía específica de naturaleza real, y que no es otro que el del establecimiento, en todas ellas, de un vínculo de destinación de uno o más bienes a la satisfacción del interés del acreedor...» («La enajenación en garantía», en CABANELLAS DE LAS CUEVAS [Dir.] y DE REINA TARTIÈRE [Coord.], *El fideicomiso de garantía. Análisis integral, función y régimen*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pág. 144). Con ello no hacemos más que recordar «que, por hipótesis, toda enajenación con fin de aseguramiento pertenece a la categoría más general de los negocios (*rectius*, contratos) de garantía, categoría que podría definirse como aquella integrada por una serie de formas negociales dirigidas al refuerzo de las posibilidades jurídicas del acreedor en cuanto a la obtención de satisfacción de su interés crediticio. Y con mayor concreción, en la figura examinada, esa seguridad adicional en favor del acreedor cuya consecución constituye el objetivo básico de todo negocio de garantía se obtiene mediante el establecimiento de un vínculo de sujeción especial entre la titularidad de un derecho de dominio y el buen fin de una relación obligatoria. Y esa afirmación nos lleva a otra, a la conclusión que las normas causales o, en general, los principios rectores en la disciplina de garantías deben informar también a la enajenación con fin de aseguramiento, en su doble faceta de negocio y derecho de garantía» (*idem*, págs. 144 y 145).

(37) Enfatizando su opinión tal y como se ha extractado en la nota anterior, la Profesora GINÈS CASTELLET destaca la existencia de un cierto número de reglas que se aplican a las garantías reales, las que constituyen, citando a CABRILLAC y MOULY, una suerte de régimen primario por oposición al propio de cada tipo de garantía, acervo que rige sin lugar a dudas las garantías concebidas como tales, pero que tiene vocación de gobernar también las *sûretés par voie détournée*, esto es, las atípicas (*Droit des sûretés*, París, Litec, 1993, pág. 390). Sin desdeñar aquel primer papel, es en esto último que radicaría, en opinión de la autora, «la mayor utilidad que cabe asignar al diseño de ese mínimo común denominador en el régimen de las garantías reales o cuasirreales. Al fin y al cabo, esa cuasirrealidad y proximidad a las garantías reales en sentido estricto justifica que se les aplique también el régimen primario de éstas. Y es que cualquier figura a través de la cual se aspire a cumplir el rol propio de un derecho real de garantía tal como se ha descrito con anterioridad (aunque no se logre en su integridad), debe someterse, a mi juicio, al filtro de ese régimen o fondo común, ya que, al fin y al cabo, aquella figura (contrato/derecho) responde a la función económico o práctico social que desempeña una garantía real, esto es, presenta una causa de garantía, pese a que los impedimentos antes enunciados le impidan alcanzar la plenitud de correspondencia» («El concepto de garantía real y sus principios rectores», en DE REINA TARTIÈRE [Coord.], *Derechos reales...*, cit., pág. 434).

del acreedor garantizado—, parece lógico limitar su existencia a los supuestos en que medie expreso consentimiento. En todo caso, para la constitución de una de estas garantías se requiere de la propiedad y libertad de disposición por parte de quien pretenda hacerlo. Carecería de validez si fuera consentida por un tercero no propietario o un incapaz, y ese defecto no se salvara por alguno de los mecanismos de protección del tráfico jurídico conocido (cfr. arts. 464 CC y 34 LH). Por supuesto, lo dicho no impide que una persona garantice una deuda que no le corresponde, es decir, ajena, situación a la que, aunque no muy correctamente, se suele aludir con el término de fianza real (38).

El origen consensual de los derechos reales de garantía se antoja, por tanto, una premisa primordial en su régimen. Para la prenda y la anticresis, por el tenor con el que se despacha toda su normativa. En tal sentido, la condición tácita que parece predicarse de ambos derechos (cfr. arts. 1866 y 1886 CC) para cuando, estando la cosa en poder del acreedor, se contraiga entre las mismas partes una nueva obligación que viniese a ser exigible antes del pago de la primera, exclusivamente referiría un derecho de retención y no pignoraticio o anticrético, en tanto la segunda obligación no fuera cumplida. Con todo, se trataría de un derecho de retención especial, al no exigir conexión ninguna entre la cosa dada antes en prenda o anticresis y el nuevo crédito vigente entre las partes.

En relación con la hipoteca, y como prevención en favor de ciertos sujetos, la Ley Hipotecaria, y como declarada excepción (cfr. art. 158), establece la facultad de exigir la constitución de tal garantía «sobre cualesquiera bienes inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarla, en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, como el matrimonio, la tutela, la patria potestad o la administración, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado» (art. 160). Las hipótesis de protección se antojan hoy hasta marginales basadas en el preconstitucional régimen económico de la familia, pero todavía quedan en pie la de los reservatarios sobre los bienes de los reservistas en los casos de los artículos 811, 968 y 980 del Código Civil; la de los hijos sometidos a patria potestad por los bienes usufructuados o administrados por el padre y/o madre que hubieren contraído segundo matrimonio, y sobre los bienes de los mismos padres; o la de los menores o incapaces sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren y por la responsabilidad en que incurrieren, a no ser que presten, en lugar de fianza hipotecaria [*sic*], otra garantía establecida y autorizada por el Código Civil, todo ello según el artículo 168 LH.

El artículo 168 LH continúa ocupándose de las hipotecas en favor de las Administraciones Públicas sobre los bienes de quienes contraten con ellos o manejen fondos públicos (cfr. art. 193 LH) o sobre los inmuebles

(38) Vid., *infra*, epígrafe VI.

gravados por impuestos impagos correspondientes a más de dos anualidades (cfr. art. 194 LH), o de la de los aseguradores sobre los bienes asegurados cuyo dueño no haya satisfecho las primas del seguro de dos o más años (cfr. art. 195 LH). Fuera de unos y otros casos, la hipoteca sólo puede constituirse voluntariamente (cfr. art. 138 LH).

La segunda excepción confirmatoria del principio de convencionalidad se destaca a raíz del controvertido derecho de retención. Aunque no se contemple a nivel normativo más que incidentalmente con motivo de ciertas situaciones, mayormente contractuales y de que, por supuesto, no se califique como derecho real ni se trate sistemáticamente el de retención queda sometido en su funcionamiento a las máximas de accesoriedad, especialidad e indivisibilidad de los derechos reales de garantía, no facultando a la mera apropiación del bien que se retiene como medio para la liquidación de la deuda. Pero, el derecho de retención no se constituye, por su propia esencia, a título voluntario; precisamente por la razón de equidad en la que se funda, en cuya virtud no se juzga procedente que se reclame por una cosa sin antes corresponder con los gastos o mejoras que sobre ella se hayan realizado, la garantía opera por ley, a sola voluntad del acreedor y sin que se requiera de pacto alguno. Únicamente se exige que el crédito haya tenido por objeto o se haya contraído en atención a la cosa.

B) ACCESORIEDAD

Las garantías reales típicas no son independientes, siempre nacen para el aseguramiento de una obligación. Esta nota de accesoriedad se concreta en tres momentos: en el de la constitución de la garantía, pues, según se dice, no puede constituirse sin tomar como punto de referencia el crédito correspondiente; en el de su transmisión, ya que sólo cabe su cesión junto con la del crédito; y en el de su extinción, habida cuenta que la extinción efectiva del crédito ha de suponer la de la garantía, circunstancia que no sucede necesariamente al revés.

La obligación asegurada puede ser de todo tipo, de dar, hacer, no hacer; pura, condicional, eventual, futura. Es posible, por tanto, que no exista efectivamente al tiempo en que se conviene la garantía, en que sencillamente se prevea, pero debe existir siempre en el de la ejecución, pues es precisamente su satisfacción lo que con ese trámite se persigue.

Una misma garantía puede cubrir uno o varios créditos. En esta segunda hipótesis no se sustituirían unos por otros, no constando en el título ninguno como primero o principal, y todos, por igual, aparecerían, para el caso en que vieran la luz, asegurados. Es decir: merced al mecanismo de globalización que se indica, todas las obligaciones quedarían garantizadas, de forma tal que si alguna se extinguiera no es que la garantía pase a garantizar otras, sino que

las nuevas obligaciones que, al existir, han de quedar garantizadas, lo estarían igualmente aunque no se hubieran extinguido las anteriores (39).

Explicado así, el principio de accesoriidad veta la imposición de garantías independientes, autónomas, entendiéndose por tales aquellas que prevean su realización con total desvinculación del hecho del incumplimiento y de su constatación o, incluso, de la validez (tacha que puede alegarse al momento en que se requiere de pago al garante) de la relación de crédito asegurada. Es verdad que la fórmula habría encontrado un gran eco en el tráfico internacional en relación con grandes operaciones comerciales, siendo admitida por doctrina y jurisprudencia al amparo de la autonomía de la voluntad que rige con mayor holgura para las garantías personales, pero sin que parezca prudente, sólo por ello, su reconocimiento para las reales.

Ciertamente, ninguna de las garantías reales codificadas se plegaría a la variante, impidiendo, aunque fuera judicialmente, que el deudor se defienda mediante la interposición de las excepciones relativas a la existencia o validez del crédito que se le exige. Piénsese, además, en la muy distinta situación provocada entre ambos tipos de garantía: no sería lo mismo comprometerse al directo pago ante el solo requerimiento del acreedor, hipótesis que, aunque sólo sea en prevención de posibles abusos en la reclamación (40), dejaría un cierto margen de autoprotección para el garante, que la agresión directa sobre uno o varios bienes afectados con antelación como cautela. La prevención se tornaría todavía más necesaria fuera del ámbito puramente profesional, con extensión a todo aquel supuesto donde el deudor (*ergo*, consumidor) no se dedique al comercio, no prevea financiarse con fines mercantiles (41).

(39) Cfr. CORDERO LOBATO, *La hipoteca global. La determinabilidad del crédito garantizado*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 129.

(40) Como se resalta, la independencia que se predica de las garantías (personales) no accesorias, en especial de las garantías bancarias, se cuestiona vivamente al admitir, bajo determinados presupuestos, la *exceptio doli*, que puede ser opuesta por el garante cuando el beneficiario ejercita abusivamente su derecho. Para esta línea de pensamiento, resulta indiferente que la garantía se conciba como un negocio abstracto, puesto que por encima debe primar la buena fe. Efectivamente, «la *exceptio doli* no es oponible en cualquier caso, pudiendo ejercitarse sólo cuando es notoria la lesión de la buena fe contractual o existe una “prueba líquida” de la pretensión injustificada del beneficiario. Este carácter restrictivo de la excepción no impide, sin embargo, una importante fisura en el alto grado de independencia que tienen las garantías bancarias, al introducir el elemento de la buena fe contractual en negocios concebidos como abstractos y, por tanto, neutros. En realidad, con la *exceptio doli* las garantías bancarias dejan de ser garantías abstractas, para convertirse en garantías más accesorias, puesto que no sólo es posible entrar en el control de la causa, sino en cualquier vicisitud de la relación de base (por ejemplo, incumplimiento de la obligación, cumplimiento defectuoso, incumplimiento parcial, imposibilidad de cumplimiento por causa sobrevenida...)» (ALBIEZ DOHRMANN, «Las bases dogmáticas de las garantías bancarias», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 636 [1996], pág. 1819).

(41) No parece que «el régimen riguroso de algunos contratos de garantía nacidos en el tráfico bancario, como el de la fianza o aval a primera demanda, deba ser extendido a los fiadores que no sean entidades de crédito, quienes no deben usar los formularios

Del carácter accesorio se deriva, además, una importante consecuencia en sede concursal. Ello así por cuanto es evidente que si el crédito es declarado ilegítimo o inexistente en el concurso del deudor, o si se lo verifica por un monto menor al pretendido, tal sentencia, al vincularse a la obligación principal, incidirá sobre la posibilidad de ejecución de la garantía y, siendo posible, sobre su resultado.

C) ESPECIALIDAD

En lo que concierne a las garantías reales, el principio de especialidad atiende, en un primer plano, a la necesidad de concretar claramente los bienes que hayan de gravarse, manifestándose, en segundo lugar, en la determinación mínima de la relación principal garantizada, siquiera por remisión a los sujetos involucrados, así como en la fijación del montante máximo de responsabilidad vinculado.

En esta doble dimensión, mediante el principio, por igual trata de protegerse al deudor como al resto de sus acreedores. Al deudor, de cara a evitar que uno solo de sus acreedores reciba una sobregarantía forzándole a agotar su total capacidad de endeudamiento de un solo plumazo, y sin contraprestación que lo justifique. Al resto de sus acreedores, ya que si se considera que mediante la formalización de una garantía real se va a sustraer uno de los bienes integrantes de la masa patrimonial que les sirve de común garantía, en cualquier caso tienen derecho a que se les brinde información suficiente sobre el nivel de exposición al riesgo al que hayan de estar sometidos.

1. *En relación con el objeto*

El ordenamiento proscribe las garantías genéricas o sobre una generalidad indiscriminada de bienes. En su seno, la única garantía que con tal alcance se conoce es la común en favor de todos los acreedores y que se cifra en el patrimonio entero del deudor, que, por ser común, realmente no constituye una garantía en el sentido técnico; ninguna seguridad añadida incorporaría.

En principio, por tanto, se infringiría igualmente el postulado de especialidad si el objeto sobre el que recae la garantía consistiera en el conjunto

utilizados en el tráfico bancario. Esta doctrina se defiende no sólo para el denominado por antonomasia en el Derecho alemán, *Garantievertrag* o contrato autónomo de garantía, en el cual el banco asume una obligación propia, independiente de la existente entre el acreedor y el deudor, sino también para la fianza a primera demanda». La misma doctrina se ha abierto paso en los sistemas francés y español (VICENT CHULIÁ, «Introducción al estudio de las garantías personales en el ordenamiento español», en NIETO CAROL y BONET SÁNCHEZ [Coord.]. *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, cit. pág. 412).

de los ingresos que a partir de su constitución, o en un instante posterior, ha de recibir el constituyente (sea el deudor o un tercero). No obstante, se trata esta de una conclusión sobre la que la práctica ha demostrado que convendría avanzar. ¿Cómo podría, pues, conciliarse el supuesto con las exigencias de la especialidad?

Recordando cómo una de las consignas a lo largo de la historia de las garantías reales habría radicado, justamente, en evitar que su constitución entorpezca el ciclo económico al que estén adscritos los bienes. Tal circunstancia, que habría legitimado la aparición en el *ius praetorium* de la hipoteca, se habría reproducido en el pasado siglo para la positiva consagración de las garantías mobiliarias sin desplazamiento, en cuyo contexto se reconoce la posibilidad de una cierta rotación objetiva, siquiera, dada nuestra normativa, al amparo de la hipoteca de establecimiento mercantil, cuyo gravamen puede extenderse convencionalmente a las mercaderías y demás materias primas, que son, de suyo, fluctuantes. Y lo mismo cabría advertir respecto de las maquinarias que, en el ejemplo, se fueran tornando obsoletas; el deudor no sólo podría, sino que debería proceder a su renovación, ya que no hacerlo conspiraría contra el giro normal de la empresa, en torno al que por la garantía se halla obligado.

Pero, sin duda, es la prenda de una cartera de valores, o de valores, sin más, la que mejor plantea la conveniencia de sustituir los objetos pignorados durante la vigencia de la garantía, sin necesidad de celebrar un nuevo contrato, de otorgar en cada ocasión un nuevo documento público, como exige para su oponibilidad frente a terceros la prenda ordinaria. A través de la sustitución lo que se busca es que no se perjudiquen los intereses de los inversores pignorantes, permitiéndose la enajenación de determinados valores toda vez que se observe una baja en su cotización de mercado, empleándose el dinero obtenido para su reemplazo por otros valores más seguros en ese momento o para los que exista una expectativa de mayor ganancia (42).

Frente al régimen de este muy especial gravamen, donde la remisión a la normativa societaria y del mercado de valores resulta determinante, debe destacarse su sustrato operativo, el cual, a la postre, vendría a justificar su inclusión paradigmática dentro de las denominadas garantías rotativas. Para uno de los mayores estudiosos sobre el tema, el profesor Enrico GABRIELLI, es rotativa «aquella forma de garantía que admite la sustituibilidad y la mutabilidad del objeto en el tiempo, sin requerir, en cada oportunidad, la renovación del cumplimiento de las modalidades exigidas para la constitución de la garantía o para el surgimiento del derecho de prelación [preferencia], y sin dar lugar a las condiciones para la revocabilidad de la operación económica del

(42) Vid., por todos, VEIGA COPO, «La prenda de cartera de valores», en CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Dir.) y DE REINA TARTIÈRE (Coord.), *Mercado de capitales*, Buenos Aires, Heliasta, 2009, pág. 391 y sigs.

tal modo creada» (43). A lo largo de su elaboración, de imprescindible, como se dice, reconocimiento, se nota la influencia del Derecho angloamericano en cuanto a la fórmula de la *floating charge*, y la construcción de la noción a partir del supuesto de la prenda de instrumentos financieros. Por más que advierta que el fenómeno, el de la rotatividad, se iniciara limitadamente con respecto a la prenda, para enseguida profundizarse y desarrollarse «en un cuadro normativo más amplio y articulado, con el fin de componer un diseño sistemático unitario y ordenado de garantías rotativas legales y convencionales» (44), la misma normativa enseña que es la prenda de acciones en régimen de (mercerizada) gestión la que preocupa, algo que bien demuestra la influyente Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.

La Directiva, traspuesta al ordenamiento español mediante el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, distingue entre la facultad de sustitución, a ejercitar por el garante, y un derecho amplio de utilización que atribuye al acreedor, que le permita hacer uso y disponer «como propietario» de la garantía financiera prevista, derecho que desde luego legitimaría la sustitución de valores impetrada por él excluyendo la hipótesis del ámbito prendario. El legislador comunitario da un paso más: admitir el pacto por el que el deudor se obligue a aportar una garantía complementaria cuando el precio, el valor del objeto dado en garantía decrezca, por razones externas, dependientes de su estimación objetiva. El Considerando número 16 de la Directiva razona conjuntamente sobre las tres figuras: «se debe proteger —explica— de determinadas normas de nulidad automática las buenas prácticas de mercado preconizadas por los reguladores que permiten a los participantes en el mercado financiero servirse de acuerdos de garantía financiera complementaria para gestionar y limitar su respectivo riesgo de crédito mediante cálculos actualizados del valor de mercado de sus riesgos de crédito y del valor de la garantía y, en consecuencia, solicitar una garantía financiera complementaria o la devolución del excedente de la garantía. Lo mismo puede decirse de la posibilidad de sustituir los activos entregados como garantía financiera por otros activos de idéntico valor. Lo único que se pretende es que la prestación de una garantía financiera complementaria o de sustitución no pueda ser puesta en tela de juicio basándose únicamente en que las obligaciones financieras principales ya existían antes de prestarse la garantía financiera, o en que ésta se prestó durante un período determinado. No obstante, esto no significa que

(43) «Las garantías reales mobiliarias en Europa», en DE CORES Y GABRIELLI, *El nuevo Derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales inmobiliarias*, Buenos Aires-Bogotá-México-Madrid, Zavallá-Temis-UBIJUS-Reus, 2008, pág. 367, donde cita varios de sus escritos anteriores en los que se habría ido ocupando de la problemática concerniente a la figura.

(44) *Ibidem*.

no pueda impugnarse, con arreglo a la legislación nacional, el acuerdo de garantía financiera y la prestación de la garantía financiera como parte de la prestación inicial, el complemento o la sustitución de la misma, por ejemplo, cuando ello se ha hecho con la intención de perjudicar a los otros acreedores (con ello se cubre, entre otros aspectos, las actuaciones basadas en el fraude u otras normas de nulidad automática similares que puedan aplicarse en un período determinado)».

Vemos, así, cómo es la propia legislación la que admite la existencia de garantías reales con un objeto dinámico. En tales hipótesis, el deudor conserva su facultad de disposición sobre los bienes gravados, que se suceden unos por otros en cumplimiento de su función económica.

2. Con respecto al crédito

Con respecto al crédito o créditos cuyo cumplimiento ha de garantizar, el alcance de la especialidad como mejor puede comprenderse en nuestro tiempo es a partir del debate suscitado desde finales de la década de los setenta en torno a la hipoteca llamada global, flotante o abierta, a saber, la constituida en seguridad de una pluralidad, más o menos, acotada de créditos, indeterminados al momento de convenirse la garantía en su existencia y cuantía. Y es que, en la polémica, el escollo más firme que se ha apuntado contra la modalidad, aun después de su reconocimiento con motivo de la reforma hipotecaria de 2007, radica en la violación que acarrearía del principio de especialidad en su perspectiva crediticia. Para evitar la pertinente sanción de nulidad, lo que se habría propuesto en su lugar es que en el título, además del monto total que cubra la garantía, al menos a tanto alzado, se haga ajustada especificación no ya del crédito —que nada impide que no exista al tiempo de convenirse— sino de su causa fuente, entendiéndose por tal el negocio, la plataforma, mayormente, contractual de la que se derive, esta sí existente al formalizar la hipoteca.

No obstante, parece haber calado hondo la acabada defensa que realizara CORDERO LOBATO de la figura. Fue la autora la que destacara cómo la confrontación de la hipoteca abierta con el espíritu cautelar del principio de especialidad, en esa dimensión bifronte que trasluce, puede arrojar después de todo una respuesta positiva (45).

Así, en relación con los demás acreedores del garante, la existencia de una relación jurídica común, de una «causa fuente» al momento de pactarse la hipoteca, se mostraría inútil. ¿Por qué ha de beneficiar a los terceros el conocer la existencia de la relación jurídica de la que provienen o provendrán las obli-

(45) En la obra de su artículo citado aquí con anterioridad.

gaciones garantizadas, si resulta que, por hipótesis, el Registro no va a publicar la cuantía en que se cifren las obligaciones que finalmente se contraigan al amparo de la relación requerida? Por demás, se trataría de una circunstancia ya presente, y admitida, para la hipoteca de cuenta corriente, donde los terceros sólo pueden informarse del máximo de responsabilidad anunciado, pero sin llegar a saber el grado de endeudamiento efectivo mientras tanto.

La protección al deudor, en cambio, se perfila más comprometida. Al respecto, desde que conviene la hipoteca global sobre su inmueble se produce una suerte de bloqueo patrimonial, que en la práctica le habrá de impedir acudir a otros oferentes de crédito poniendo el bien como garantía, por muy ventajosas que sean las condiciones de financiación que le ofrezcan, sacrificio agravado por el hecho de que en esta clase de hipoteca —al contrario de lo que subyace a la de cuenta corriente— el acreedor no se encuentra obligado a la concesión de crédito. Sin embargo, desde una perspectiva puramente económica de la relación, si el deudor ha decidido anticipar el gravamen es porque piensa rentabilizar la oportunidad en el futuro, por cuanto el acreedor, que, como se apunta, no está compelido a conceder crédito, estará más incentivado que ningún otro para concederlo, dado que la preexistencia de la garantía será la mejor invitación para hacerlo.

En relación con esto, la delimitación temporal de la garantía aparece como parámetro más que recomendable. La garantía suele abarcar, así, todas las deudas que se generen por la relación entre los interesados por uno, dos o los años que se convengan, o hasta tal día. Si, a tenor de lo expuesto, el acreedor se rehusara, después de todo, a la concesión efectiva de crédito, habría de facilitársele al deudor, en todo caso, la «redención» del gravamen. Y es que «el acreedor no tiene un interés legítimo que justifique la persistencia de la relación de aseguramiento. El plazo sólo sirve, en efecto, para “encadenar” al deudor, porque, a diferencia de lo que ocurre en un contrato de apertura de crédito, el acreedor no se obliga a nada durante el meritado plazo» (46). En definitiva, el deudor que otorgara una hipoteca anticipada —o una garantía como el fideicomiso por el estilo— lo haría para tener una razonable oportunidad de obtener crédito de forma continuada y al reducido coste que permite una financiación garantizada. Éste sería el único interés que satisfacerían las garantías globales, interés que, además, el deudor realizaría a costa de un sacrificio patrimonial anticipado, por lo que tendría que poder poner fin a la relación, sin alegar causa alguna, y con efectos hacia el futuro, esto es, habiendo de satisfacer las deudas que a la fecha sí hubieran nacido (47).

(46) CORDERO LOBATO, *ob. cit.*, págs. 118-119.

(47) *Ibidem*.

D) INDIVISIBILIDAD

Los derechos reales de garantía, y por extensión, según lo dicho, el conjunto de garantías reales, subsisten hasta el total pago extinción de la obligación, gravando todo el bien, aun cuando éste se divida, circunstancia en la que cada parte resultante habría de quedar igualmente vinculada al cumplimiento íntegro de lo debido. Tal es el principio a reserva de las particularidades del caso con vistas a su recepción, especialmente en sede hipotecaria.

E) SOMETIMIENTO A LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

Ninguna garantía real habilita a que el acreedor se quede con la cosa directamente, sin mayores trámites ni valoraciones, por el mero incumplimiento (48). Es la prohibición del pacto comisorio, pacto cuya más corriente acepción, no obstante, excede de nuestro ámbito, por aludir a esa cláusula que hace a los contratos sinalagmáticos y por la cual pueden darse por resueltos si no cumple la contraparte.

El fundamento de la prohibición responde a la prudencia del legislador. En este sentido, la fórmula se habría proscrito para evitar los abusos que su admisión pudiera producir, y, ello, aunque según las circunstancias, por conveniencia del deudor, ese perjuicio efectivamente no se observe. Como toda prohibición, incorporaría el riesgo de perjudicar la libertad de autorregulación, incluso cuando sus intereses se hallaran a salvo; sin embargo, se habría entendido recomendable como medida preventiva.

En el Código Civil, la prohibición se contempla con un carácter genérico en el artículo 1859, en cuanto disposición común para la prenda y la hipoteca, aunque por su sentido tuitivo resulta perfectamente aplicable a la anticresis, y junto a ella, repito, a cualquier otra garantía real (atípica). En cualquier caso, la prohibición no juega con un alcance absoluto, aceptándose convenios del tenor, con tal de que el fundamento que la preside quede resguardado; lo contrario sería mero formalismo. Desde este prisma, interesa mencionar los seculares pactos marciano y *ex intervallo*.

El pacto marciano, expresa DURÁN RIVACOBÁ, permite formas ejecutivas extrañas a los cauces formales preestablecidos, aspecto en que quiebra con la prohibición, pero a partir de su justo precio (49). Se salvaguardan los dere-

(48) Vid., por todos, DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía: prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, cuya acabada exposición se sigue en este punto.

(49) El pacto recibe su nombre del pasaje del Digesto (20,1,16,9), en el que MARCIANO, transcribiendo un rescripto refrendado por SEVERO y CARACALLA, expresa la posibilidad de constituir prenda de modo que si no se pagara en el plazo estipulado, el acreedor poseyera la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se hiciera conforme al justo precio.

chos del deudor y de los demás acreedores, máxime cuando los resultados económicos suelen ser mucho más ventajosos que los normalmente obtenidos en los procedimientos de ejecución ordinarios. Si hay sobrante, se revierte al deudor. De todos modos, la tasación del bien se exige objetiva, lo que remite a la intervención imparcial de un tercero o, cuando menos, a los patrones reconocidos del mercado.

En cuanto al pacto *ex intervallo*, éste tiene una doble dimensión: la más primordial refiere el acuerdo ulterior al establecimiento de la garantía, de forma que, cual modificación del contrato inicial, se permite al acreedor apropiarse de la cosa si deviene el incumplimiento. Obviamente, la secuencia temporal no basta para eludir en su espíritu la prohibición. En su segunda vertiente, el pacto sugiere la facultad de que el acreedor acceda, mediante el consentimiento actual —es la clave— del deudor o garante, a la propiedad de la cosa gravada, como eficaz medio de pago. En este caso, el pacto se presume válido, en tanto no se acredite el desequilibrio *inter partes*.

VI. LA GARANTÍA REAL CONSTITUIDA POR TERCERO

La constitución de la garantía por un tercero, algo esencial en materia de cauciones personales, se muestra mera contingencia tratándose de garantías reales (cfr. art. 1857 *in fine* CC) (50). Técnicamente, quien constituye uno de sus bienes en garantía de la deuda de otro no puede considerarse fiador. No es fiador por la sencilla razón de que no tiene la obligación personal de corresponder al pago. Tan sólo ha querido comprometer el bien, en previsión de que el deudor incumpla. Por ello, no goza del tradicional beneficio de excusión de la fianza; basta que el deudor rehúse el pago, y esto se acredite fehacientemente, para poder entablar la acción de ejecución oportuna.

Profundizando un poco más en la cuestión, la preventiva excusión de los bienes del deudor no es un elemento esencial de la fianza, pues nada impide que el fiador renuncie a ese beneficio. Sucede esto en la llamada fianza solidaria, donde el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador. Sin embargo, entre esta clase de fiador y el constituyente de una garantía no deudor aun existiría la trascendental diferencia de que éste habría limitado su responsabilidad al bien gravado; el fiador, en cambio, habría avalado su obligación accesoria con todo su patrimonio, y ello independientemente de que, además, la hubiera asegurado con garantías específicas. Únicamente cuando el fiador se obligara por la cantidad representada por la garantía que constituyera, y renunciara al beneficio de excusión, se llegaría a una situación parecida a la que se alude.

(50) Vid., en general sobre el aserto, MORENO QUESADA, *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, Universidad de Granada, 1987.

Tampoco el garante no deudor tiene la condición de tercer poseedor, extendiendo aquí al conjunto de garantías reales el concepto tal y como se ha acuñado para el ámbito hipotecario. En relación con esta figura, sabido es que la garantía real, al menos cualquiera de las típicas, no conlleva la indisponibilidad del bien. El dominio puede transmitirse a un tercero sin necesitar del consentimiento del acreedor. A resultas de su adquisición, el nuevo titular se responsabilizará del pago de la deuda que la garantía asegure, aunque tendrá la oportunidad de decidir hasta qué punto. Por principio, sólo responderá hasta el valor del inmueble aunque puede obligarse personalmente al pago de la deuda, con lo que estará afectando para su satisfacción el resto de su patrimonio.

El garante no deudor compartiría con el tercer poseedor esa limitada vinculación con la relación obligatoria precedente, aunque con distinto fundamento. Aquél, por haber delimitado su concurrencia de responsabilidad voluntariamente; éste, por su cualidad de tercero. Y es que el garante no deudor no es, de suyo, parte en la obligación principal pero sí respecto del negocio en su conjunto, al haber dispuesto uno de sus accesorios.

Que por principio no resulte obligado no impide, con todo, que el garante no deudor asuma personal y voluntariamente la deuda. Si lo hace en el mismo acto de constitución, se daría una especie de garantía por deuda parcialmente ajena, y ello a expensas del régimen, solidario o mancomunado, que se haya disciplinado entre los obligados. Habría varios deudores, aunque el bien gravado perteneciera a uno solo. En la hipótesis de que la asunción tenga lugar con posterioridad, nos encontraríamos, en cambio, ante un supuesto de delegación, cuya plena eficacia habría de depender del consentimiento del acreedor al respecto.

PALABRAS CLAVE

DERECHO DE GARANTÍAS.—DERECHOS REALES.—GARANTÍAS REALES.—HIPOTECA.—PRENDA.—ANTICRESIS.—FIDUCIA.—CESIÓN DE CRÉDITOS.

RESUMEN

DERECHO DE GARANTÍAS GARANTÍAS REALES

En absoluta evolución al amparo de los fenómenos sociales y económicos de nuestra época, el Derecho de garantías se encuentra en estas páginas con la dog-

ABSTRACT

SECURITY LAW COLLATERAL

In full evolution under the wing of the social and economic phenomena of our era, security law encounters in these pages the dogmatics that make collate-

mática que hace a las de carácter real, aquellas en las que un bien se afecta en previsión especial de que no cumpla el obligado. Las alternativas son diversas, y no corresponde al legislador, y menos al intérprete, acotarlas; más bien cifrar a su partir los principios generales a los que ha de estarse, con plena extensión de sus razones a las modalidades previstas por los particulares en ejercicio de su libertad contractual. Con todo, no es propósito de este trabajo, no al menos el fundamental, advertir sobre la aplicación de tal índole de cautelas, sino rescatar la idea jurídico-real en función de garantía, a partir de la naturaleza que subyace.

ral, the kind of security in which property is encumbered for the special contingency of a breached obligation. The alternatives are diverse, and it is not the place of a legislator, and less the place of an interpreter, to place limits upon them, but instead to resume on the basis of those alternatives the general principles that must be respected, with full extension of their reasons to the modes of collateral anticipated for private persons in the exercise of freedom of contract. All in all, it is not the purpose of this paper (at least not the fundamental purpose) to issue warnings about the application of security of this sort, but to salvage the legal/real idea of collateral as security, on the basis of the underlying nature of the concept.

(Trabajo recibido el 5-11-09 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)