

Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor

SUMARIO: 1. *La venta en garantía*: I) Los orígenes de la figura. II) La venta en garantía como modalidad de negocio fiduciario. III) La venta en garantía en el Derecho español.—2. *La venta en garantía y los procedimientos de ejecución del deudor*: I) La ejecución universal del fiduciario. II) La ejecución del fiduciante.

I

LA VENTA EN GARANTIA

1. *Los orígenes de la figura*

La expresión «venta en garantía» ha adquirido ya carta de naturaleza en nuestra doctrina jurídica. Su origen remoto se encuentra probablemente en la figura romana de la *fiducia* y su antecedente más inmediato es la llamada *transmisión de seguridad* germánica (*Sicherungs-übertragung*). BOEHMER nos describe con toda precisión el alumbramiento de esta última figura jurídica (1). Nos expone cómo el BGB, en sus parágrafos 1.205 y 1.206, optó por desechar la práctica romana de

(1) *El Derecho a través de la jurisprudencia*, ed. esp., con traducción y anotaciones de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1959, págs. 315 y ss., principalmente 319-328.

la pignoración «oculta», en virtud de la cual el deudor sujetaba con el derecho real de prenda no sólo bienes individualizados, sino incluso patrimonios enteros a favor del acreedor, y todo ello sobre la base de un mero acuerdo, sin entrega de la cosa o cosas pignoradas y sin la concurrencia de ningún otro medio de publicidad. Los inconvenientes que esta pignoración clandestina puede representar para el acreedor saltan a la vista: por un lado, en cuanto que la falta de transferencia posesoria hace posible que el deudor haya pignorado con anterioridad los mismos bienes a favor de otro acreedor, que, en consecuencia, resultará preferente en virtud del principio de prioridad. Por otra parte, porque la misma circunstancia de que el deudor pignorante permanezca en la posesión de la cosa pignorada le permite enajenarla a un tercero, con la consecuencia de que si éste se halla asistido de las notas que hacen inatacable su adquisición, el acreedor pignoraticio podrá ver fácilmente frustrada su garantía. Consciente de estas dificultades—dice BOEHMER—, el legislador alemán se aferró firmemente al principio de publicidad e impuso las fórmulas de la entrega al acreedor de la cosa pignorada, cuando se tratase de un bien mueble, y de la inscripción en un Registro público, cuando el bien afecto a la garantía fuese un inmueble.

No obstante, añade el autor alemán, la práctica vino a mostrar en seguida que la pretensión legislativa distaba mucho de las exigencias del tráfico, sobre todo porque la pignoración mobiliaria resultaba casi imposible cuando se trataba de garantizar créditos a largo plazo mediante la entrega de bienes productivos, ya que la desposesión de estos bienes suponía para el deudor la pérdida de elementos a veces fundamentales para su actividad económica y con frecuencia determinantes de su capacidad futura para hacer frente al pago del crédito asegurado.

Fue en este momento, continúa BOEHMER, cuando «el mismo tráfico salió al paso mediante un recurso indirecto, que recuerda curiosamente las tretas de la jurisprudencia romana». Tal recurso consiste, ni más ni menos, en marginar los inconvenientes de la prenda posesoria a través de una fórmula jurídica compleja, que bajo la apariencia formal de un negocio de transmisión encubre realmente una figura de garantía: el deudor declara vender al acreedor un bien por un precio determinado, pero, en realidad, tal precio no existe, sino que corresponde al capital (o al capital más intereses) que el primero adeuda al segundo. La fórmula más habitual suele acompañar a este primer pacto, ordinariamente documentado en escritura pública, otro oculto a modo de «contradecларación» (en documento privado, por ejemplo), en el que se declara la auténtica pretensión de las partes, que es la de proporcionar al acreedor una garantía especial para el cobro de su crédito, y se añade que cuando

éste se haga efectivo, el acreedor venderá de nuevo al deudor la cosa en cuestión, o que el deudor podrá rescatar la cosa mediante el pago de la suma debida. Por otra parte, el «vendedor» no pierde de ordinario la posesión de la cosa enajenada, merced al tecnicismo del *constitutum possessorium*. Con ello se crea una apariencia de continuidad que permite al deudor ostentar externamente su titularidad e inducir a quienes con él contratan a la confianza de que sigue siendo propietario del bien o bienes transmitidos en garantía.

La fórmula alemana de la «transmisión de seguridad» no queda reducida, sin embargo, al único supuesto de la venta. Alcanza incluso a la cesión de créditos, y aun dentro de éstos, a los que en el futuro pueda adquirir el deudor transmitente (2).

BOEHMER se refiere a la «transmisión de seguridad» como ejemplo típico de creación jurídica *extra legem*. En efecto, es el propio tráfico el que arbitra una figura jurídica nueva, fruto, en parte, de la imaginación y, en parte, de los mismos antecedentes romanos, con el fin de eludir un precepto legal imperativo—el que rechaza la prenda desprovista de traslado posesorio—probablemente incapaz de atender las necesidades de la realidad económica. «Si la fiducia romana—dice—había servido para enriquecer el Derecho rudimentario y pobre de formas de la primera época romana con una nueva institución jurídica exigida por las progresivas necesidades del tráfico, la transmisión de seguridad de nuestro actual Derecho alemán se presenta como una tentativa de ampliar la ya existente y técnicamente depurada figura de la prenda manual, que se mostraba incapaz de atender las tareas que le proponía la práctica de la vida económica...» (3).

La misma doctrina alemana no ignoró, sin embargo, los evidentes peligros que la «transmisión de seguridad» podía deparar. BOEHMER dice que es figura «inquietante» y se hace cargo de los riesgos de su aplicación abusiva (4). De un lado, su montaje técnico, aun siendo teóricamente irreprochable en cuanto descansa en la posibilidad de enajenar una cosa sin llevar a cabo el traslado posesorio, roza peligrosamente el fraude de la ley prohibitiva de la prenda oculta o clandestina. Por otra parte, también desde el punto de vista jurídico, la figura en cuestión se muestra como medio especialmente sospechoso de fraude de los demás acreedores del vendedor en garantía. Desde una perspectiva económica,

(2) DE CASTRO hace un magnífico resumen del alcance que se ha dado en Alemania a la «venta en garantía» en *El negocio jurídico*, 1.^a edición (existe una 2.^a), Madrid, 1967, pág. 430. Vid. igualmente BOEHMER, *loc. cit.*, páginas 326-329.

(3) *Op. cit.*, pág. 325.

(4) *Op. cit.*, págs. 326 y 328.

(5) *Op. cit.*, págs. 328 y ss.

en fin, la «transmisión de seguridad» puede servir de apoyo a fórmulas leoninas de garantía, mediante las cuales el acreedor consiga unos medios de aseguramiento del crédito notablemente desproporcionados con su cuantía, hasta poder convertirse en una auténtica esclavitud económica cuando el deudor vende en garantía todo su patrimonio, aun el futuro, perdiendo con ello su autonomía económica. El mismo autor, BOEHMER, nos describe minuciosamente la problemática de la venta en garantía y las precauciones adoptadas por los Tribunales alemanes para evitar su aplicación abusiva.

2. La venta en garantía como modalidad de negocio fiduciario

La figura que acabamos de describir constituye un señalado ejemplo de negocio fiduciario. No es necesario extenderse mucho en esta modalidad negocial (6). Tradicionalmente se viene caracterizando en base a dos criterios: la desproporción y la confianza. Desproporción, porque mediante el negocio fiduciario se persigue una finalidad más humilde que la que típicamente resultaría del mecanismo jurídico utilizado. Y confianza (*fiducia*), porque esta actitud psicológica es la que justifica —con o sin otras motivaciones complementarias— la adopción de esta fórmula negocial.

La doctrina distingue dentro del género «negocio fiduciario» dos tipos diferentes, en función de la diversa finalidad perseguida: uno, el que se justifica en formas de favor o complacencia; otro, el que está motivado por razones de seguridad o garantía. Aquél se engloba en la expresión *fiducia cum amico*, y éste, en la de *fiducia cum creditore*. En este momento, dejando al margen la línea doctrinal que en los últimos tiempos se ha manifestado opuesta a la construcción de una doctrina unitaria que reúna los variados supuestos que de ordinario se consideran como negocios fiduciarios, señalemos únicamente que en la venta en garantía parecen reunirse con toda claridad los caracteres constitutivos de la *fiducia cum creditore*. En ella, el deudor trata de asegurar al acreedor la satisfacción de su crédito mediante una declaración negocial revestida de la forma de una venta. El acreedor declara querer comprar los bienes que el deudor le transmite nominalmente, pero, en realidad, no quiere otra cosa que una seguridad adecuada para su crédito. El precio, como tal, no existe. Por el contrario, su función se atribuye al capital adeudado o, lo que es más frecuente y en cierto sentido razonable, a una

(6) Vid. la completa exposición que del negocio fiduciario hace DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 379-442. La abundante bibliografía allí citada nos exime de otras referencias. Con posterioridad a esta obra, vid. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil (El negocio jurídico)*, Madrid, 1969, págs. 129-135.

cifra superior a dicho capital, que sirva de cobertura suficiente a la cantidad debida más los intereses (7).

Con lo que antecede queda ya dicho que la problemática de la venta en garantía se inscribe en el marco general de la que implica la figura del negocio fiduciario. En este sentido, las cuestiones fundamentales son dos: la naturaleza y estructura de tal negocio y el carácter de la titularidad del fiduciario.

En la solución de ambas no vacila la doctrina que podemos considerar «clásica» en el estudio del negocio fiduciario, la llamada «teoría del doble efecto». Esta concepción se sustenta en dos afirmaciones fundamentales: La primera, que existe una separación total entre los dos negocios constitutivos del complejo fiduciario; un negocio de plena eficacia traslativa del dominio u otro derecho, que pasa así del fiduciante al fiduciario a todos los efectos y con todas las consecuencias, y otro negocio de carácter obligacional, por el que el fiduciario se compromete a cumplir la finalidad propuesta. La segunda aseveración se desprende de la anterior y mantiene que la titularidad del fiduciario es plena y definitiva, tanto frente al fiduciante cuanto frente a terceros, sin distinguir entre éstos los de buena o mala fe.

A las mismas consecuencias conduce la dirección doctrinal, dentro de esta teoría del doble efecto, que entiende que el negocio fiduciario

(7) Pueden observarse algunas variantes de este negocio y de figuras afines en SAPENA TOMÁS, *Actualidad de la fiducia cum creditore (Problemas de la carta de gracia)*, "Revista de Derecho Notarial", 1957, julio-diciembre, págs. 125-212, y sobre todo 145-177. Entre otras cosas, se trata allí del vidrioso tema de las diferencias entre la venta en garantía y la venta con pacto de retro con fines de garantía. No vamos a entrar ahora en tan interesante cuestión, pero sí a puntualizar que aunque en algunos casos la venta en garantía se enmascara bajo la denominación de venta con pacto de retro, existe entre ambas una diferencia fundamental: en la venta con pacto de retro las partes *quieren vender*, si bien a los solos efectos de proporcionar el vendedor al comprador una garantía de la restitución de una cantidad de dinero que en la dicha venta actúa como precio realmente pagado; mientras que en la venta en garantía no existe voluntad de vender, aunque formalmente el negocio se articule bajo la apariencia de una compraventa. El deslinde entre ambas fórmulas jurídicas no es difícil cuando las partes manifiestan su auténtica voluntad en un documento separado, normalmente privado, a modo de contradefinición, cosa que ocurre con cierta frecuencia. Pero en otros muchos casos la indagación de la real voluntad de los contratantes obligará a una difícil labor interpretativa, en cuyo proceso pueden tener un valor decisivo ciertos indicios, determinantes de lo que aquéllos quisieron verdaderamente (por ejemplo, la relación cronológica entre el nacimiento del crédito y la transmisión, la circunstancia de ser o no ser el precio que se fija en la venta razonablemente proporcionado con el valor real de la cosa vendida, la existencia o inexistencia de pacto de pago de intereses y, desde luego, como fundamental, el hecho de quedar o no el "vendedor" en posesión del bien vendido). Estamos, en definitiva, en el resbaladizo terreno de la prueba del carácter fiduciario de un negocio, tema que también trata DE CASTRO en la obra citada, págs. 439-442.

no es el resultado de dos negocios distintos, aunque conexos, sino que constituye un único negocio complejo en sus efectos, puesto que del mismo deriva uno real (*erga omnes*) y otro personal (en la relación fiduciante-fiduciario). Esta tesis explica el carácter unitario que se atribuye al negocio fiduciario mediante el recurso de una forma especial de causa, la *causa fiduciae*.

No obstante la reconocida pureza técnica de la teoría del doble efecto, hace tiempo que se encuentra en profunda crisis y en trance de revisión. Se pone en duda, en efecto, su ascendiente histórico, advirtiéndose que la *fiducia* romana—amén de haber encontrado cierto auge sólo en la época primitiva, al calor del formalismo de la *mancipatio* y la *in iure cessio*—presenta ciertas notas que no concuerdan con ese dominio pleno y definitivo que la doctrina del doble efecto atribuye al fiduciario. Por otro lado, se pone de manifiesto que dicha doctrina, que dice apoyarse en el principio de la autonomía privada, en muchas ocasiones choca abiertamente con lo que en realidad las partes quisieron, observación que se confirma en la práctica si consideramos que en la mayoría de los supuestos al otorgamiento de la escritura constitutiva del negocio sigue inmediatamente un documento privado en que las partes desautorizan el contenido del documento público y declaran sus auténticas pretensiones. Además, se le reprocha su abstracta frialdad, encontrada con el causalismo y el espiritualismo de ciertos sistemas jurídicos, y en todo caso con el respeto debido a la *fides*, buena fe o lealtad que deben presidir las relaciones jurídicas. Y, desde luego, se denuncian las intolerables consecuencias que derivan de la aplicación recta y consecuente de sus postulados (total abandono del fiduciante, desprecio de los acreedores, injustificada protección a terceros adquirentes de mala fe, etc.).

La crítica a la teoría del doble efecto se ha centrado, como queda dicho, en el problema de la titularidad fiduciaria. Se trata de evitar, sobre todo, que el fiduciario puede ser considerado como propietario incluso frente al fiduciante y que los terceros adquirentes de mala fe se hallen protegidos por la mera invocación de la plena titularidad que según aquella doctrina se atribuye al fiduciario.

Para conciliar el debido respeto a los principios jurídicos, de un lado, y la vigencia de lo *externamente* querido por las partes, de otro, se han arbitrado diversas soluciones. Una que ha tenido mucho éxito ha sido la que distingue una *propiedad material*, que corresponde al fiduciante, y una *propiedad formal*, que se atribuye al fiduciario. La propiedad del fiduciante le permitiría, según esta idea, reivindicar incluso la cosa entregada en fiducia, sobre la base de que no es verosímil pensar que dicho fiduciante quiso efectivamente transferir al fiduciario el dominio de tal cosa. La propiedad formal del fiduciario ampararía la

condición de eventuales terceros adquirentes que, fiados de la apariencia, hubiesen creído realmente que el fiduciario era auténtico dueño de la cosa en cuestión.

No obstante, esta construcción parece un tanto artificiosa a pesar de sus loables pretensiones. La creación de una nueva categoría dentro del dominio y su fundamentación en los negocios abstractos no encajan en nuestro sistema jurídico. Se trata de llegar a sus consecuencias sin forzar demasiado las cosas ni desarticular los conceptos técnicos tradicionales. Para intentar conseguirlo se han emitido diversas teorías, de las cuales citamos una que creemos especialmente convincente.

Es la tesis de DE CASTRO acerca de la que él llama «titularidad fiduciaria». Según dicho profesor, la transmisión fiduciaria es algo muy parecido a la titularidad aparente del que adquiere a través de un negocio simulado. Dice literalmente DE CASTRO: «En un Derecho causalista, como el español, que no admite el negocio abstracto, los llamados negocios fiduciarios se manifiestan en dos momentos: el contrato de compraventa, por ejemplo, simulado o con causa falsa (falta de precio), y los pactos disimulados también, por ejemplo, la garantía o mandato. Su verdadera singularidad se encuentra en que el supuesto adquirente (comprador) aparece como titular dominical por obra del verdadero dueño, que le confía tal titularidad para conseguir un fin determinado. En la simulación absoluta también se creará generalmente una titularidad fiduciaria, ya que quien, por ejemplo, aparece como comprador en la compraventa hecha para escapar de la amenaza de un embargo, queda externamente en la situación de dueño, de la que puede, aunque no deba, usar y abusar. La diferencia que le separa del titular por venta al amigo que administre, verbigracia, es mínima. En uno y otro supuesto, la posibilidad de abuso se centra en la enajenación que el dueño simulado o el fiduciario puede hacer en favor de un tercero de buena fe. Queda la nota residual de que mientras el falso dueño carece de todo poder verdadero en la cosa, este poder se dará en el negocio fiduciario a consecuencia del pacto fiduciario, que puede ser de mandato, comisión, servicios, depósito, de garantía, en beneficio propio o ajeno, poder que incluso cabe que consista en una enajenación más o menos amplia del poder dispositivo (poder irrevocable)» (8).

De acuerdo con este criterio, eminentemente realista, se aproxima el negocio fiduciario al simulado relativamente, por lo menos en lo que a los efectos se refiere. Se afirma la vigencia de lo que las partes quisieron, si entra en el campo de lo lícito, y se evitan las sangrientas consecuencias de la teoría del doble efecto. El fiduciante puede esgrimir su

(8) *Op. cit.*, pág. 423.

condición frente a todos, excepto frente a terceros que de buena fe y a título oneroso hubiesen adquirido del fiduciario. Y esta excepción se justifica, como hemos dicho, fuera del juego del negocio fiduciario; en parte, como concesión obvia a la protección del tráfico y a la seguridad jurídica; en parte, como sanción al fiduciante, a quien, en cierta medida, es atribuible la confusión sufrida por esos terceros. Otro tanto podrá decirse de los terceros adquirentes de un derecho real sobre la cosa dada en fiducia cuando su titularidad se amparase en la fe pública registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria).

3. *La venta en garantía en el Derecho español*

Cualquiera que sea la construcción técnica que se adopte para explicar el negocio fiduciario, lo que parece fuera de toda duda es que nuestro Derecho no puede admitir que la venta en garantía genere el resultado que las partes declaran querer, esto es, la transmisión de la propiedad de la cosa confiada, bien por entender que nos hallamos en presencia de un negocio en que falta un elemento esencial (el precio, en relación con el art. 1.445 del Código Civil), bien porque adolece de falta de causa (art. 1.275 del Código Civil), bien por opinar que la venta en garantía constituye un caso típico de negocio simulado, en el que la causa falsa en el negocio aparente conduce a su nulidad (art. 1.276 del Código Civil).

Ahora bien, esto no es obstáculo para que en la práctica se haya usado y siga usándose de la venta en garantía como consecuencia de motivaciones muy diversas (9). En otro tiempo, sobre todo, como medio para eludir los inconvenientes de la prenda con traslado posesorio que impone nuestro Código Civil (art. 1.863). Después de promulgada la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, la venta en garantía puede manifestarse como medio teóricamente apto para salvar los inconvenientes que aquel cuerpo legal presenta, sobre todo en su enumeración exhaustiva de los bienes que se pueden pignorar sin desplazamiento y en la exigencia de requisitos formales de carácter constitutivo. Por otra parte, nunca se puede dejar en el olvido la incidencia fiscal, notablemente gravosa para las figuras puras de garantía, sobre todo la hipoteca, y más generosa—o más eludible—en lo que respecta a la transmisión, en general, y, por tanto, también a la que oculta finalidades de garantía. En último término, y rozando ya el *fraus legis*, la venta en garantía puede ser querida por las partes

(9) *Vid.* un análisis de la praxis en este punto en SAPENA, *op. cit.*, páginas 154 y ss.

—lógicamente, por el acreedor—como remedio para evitar los inconvenientes que comporta el ejercicio del *ius distrahendi* característico de los derechos reales de garantía. En nuestro Derecho no es posible la realización del valor de la cosa pignorada o hipotecada sino a través de un procedimiento—más o menos enojoso, pero siempre predeterminado por la Ley—de ejecución judicial o extrajudicial. Esta regla, combinada con la que impide al acreedor apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca o disponer de ellas (art. 1.859 del Código Civil), ha desembocado en la unánime interpretación—si bien no consagrada expresamente por la Ley—de que continúa vigente la prohibición del pacto comisorio, en virtud del cual el deudor autoriza al acreedor para hacerse dueño de la cosa dada en garantía en caso de incumplimiento de la obligación principal. En consecuencia, la venta en garantía sugiere siempre el problema de su propia licitud cuando por su mediación puede resultar conculcada dicha prohibición del pacto comisorio. Sin embargo, no vamos a entrar ahora en estos temas, ajenos a nuestro propósito.

El Tribunal Supremo ha tenido varias ocasiones de manifestarse sobre la venta en garantía. Señalemos únicamente que nuestro Alto Tribunal no ha vacilado en admitir la validez de dicha figura y que, en general, ha aplicado con corrección las consecuencias que derivan de su peculiar estructura, tanto *inter partes* como en relación con terceros adquirentes o acreedores, aunque no siempre haya llegado a sus conclusiones por vías técnicas del todo convincentes.

En síntesis, el Tribunal Supremo viene repitiendo: que la venta en garantía no tiene carácter transmisivo (con todas las consecuencias que de este principio derivan); que hay que reconocer la validez, en principio, del pacto subyacente movido por una finalidad de garantía; que, por tanto, la titularidad del fiduciario está sometida a dicha finalidad, sin que pueda otorgársele otra virtualidad que la mera posesión ni otro alcance que el que deriva del aseguramiento, y que a pesar de todo ello, el tercero que de buena fe confía en la apariencia creada por la falsa transmisión debe ser protegido en su condición jurídica, y más en concreto cuando ésta es la de tercer adquirente (10).

(10) *Vid.* el ordenado y completo estudio de la jurisprudencia sobre la venta en garantía que hace DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 435-439.

II

LA VENTA EN GARANTIA Y LOS PROCEDIMIENTOS
DE EJECUCION DEL DEUDOR

El difícil montaje, real y técnico, de la venta en garantía, complicado ya de por sí en el plano de las relaciones vendedor-comprador, fiduciante-fiduciario, desencadena mayores problemas aún en cuanto se le conecta con la intervención de terceros acreedores, ya lo sean del fiduciante o del fiduciario. Las ideas de *efecto* del negocio fiduciario, *titularidad o titularidades* emanadas de él, *respeto a la autonomía privada y protección de la apariencia*, y los principios de la *relatividad de los pactos* y de la *par conditio creditorum*, se entremezclan de manera insospechada poniendo en serias dificultades a no pocos planteamientos teóricos. De ahí nuestro interés acerca de esta cuestión, que vamos a dividir en dos supuestos: el de ejecución del fiduciario y el de ejecución singular o universal del fiduciante.

1. *La ejecución universal del fiduciario*

Es, sin duda, la situación que más ha dado que hablar a la doctrina, sobre todo en su manifestación de quiebra del fiduciario. Este tema ha tenido, además, el valor singular de haber planteado a la teoría del doble efecto las dificultades de más calibre, dificultades que los partidarios de aquella doctrina han sorteado como han podido, con afirmaciones que aun estando de acuerdo con las exigencias de la justicia material, son difícilmente compatibles con los postulados puros de la citada teoría. Esta parte de la base de que el fiduciario es propietario pleno de la cosa, en este caso de la cosa vendida en garantía. De esta premisa debe desprenderse, en rigor, que los acreedores del fiduciario cuentan, entre los bienes constitutivos de la masa activa, con la cosa objeto de dicha venta. Si se pretende, por el contrario, evitar las sangrantes consecuencias de esta última conclusión, parece necesario abandonar los principios de la genuina teoría del doble efecto, a pesar de las ingeniosas construcciones arbitradas por sus defensores en el intento de salvar el escollo. Por eso se ha dicho: «Dadas las premisas de que parte la teoría del doble efecto, lo contrario a Derecho sería sacar de la masa la cosa confiada. La cosa se ha postulado ser propia del fiduciario; en virtud del pacto de fiducia, el fiduciante tiene un mero derecho de crédito al cumplimiento de la finalidad fiduciaria; con este crédito, y por su importe,

podrá concurrir con los demás acreedores, conforme a la ley del diviendo y no más. Concèderles como tal acreedor un derecho sobre la cosa misma sería romper en su favor la *par conditio creditorum*» (11).

A la luz de nuestro Derecho positivo y de las construcciones que sobre él explican con más lucidez el fenómeno de la venta en garantía, no es difícil sostener que los acreedores del fiduciario no tienen poder alguno sobre la cosa vendida en garantía, ya que en modo alguno puede otorgarse al negocio el efecto transmisivo que aparentemente ostenta. El «vendedor»-fiduciante no ha dejado nunca de ser propietario de la cosa vendida y, en consecuencia, le deben asistir los medios adecuados para defender su derecho. Por eso tendrá en su mano la tercería de dominio (arts. 1.532 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en el caso de que el bien vendido se vea en peligro como consecuencia de una ejecución singular entablada contra el fiduciario. Cuando éste se halle sujeto a procedimiento de ejecución universal (concurso o quiebra), el fiduciante, propietario de la cosa pretendidamente vendida, podrá separarla de la masa activa para evitar su liquidación como bien propio del concursado o quebrado.

A este efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1.269, tratando de la operación de graduación de los créditos en el concurso, dispone: «Por separado formarán los síndicos una nota de los bienes de cualquier clase que el concursado tuviese correspondientes a terceras personas, con expresión de los nombres de sus dueños. Si éstos se hubieren presentado reclamándolos—añade—se les entregarán, conviniendo en ello los síndicos y el concursado. Si alguno no conviniere se sustanciará la demanda en ramo separado por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía.»

Si el ejecutado es un comerciante, supuesto de quiebra, el Derecho sustantivo es aún más explícito, ya que, en concreto, el Código de Comercio, al establecer el reconocimiento y graduación de los créditos del quebrado (arts. 908 y sigs), se preocupa de dejar a salvo el *ius separationis* de que gozan los propietarios de bienes que existan en la masa de la quiebra y cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, si bien aclara que la masa retendrá los derechos que en dichos bienes pudieran corresponder al quebrado. Se trata de evitar que se consideren como propios del quebrado bienes que no lo son. Como lo habían hecho antes las Ordenanzas de Bilbao, al disponer que se entreguen a sus legítimos propietarios las cosas recibidas por el fallido *en comisión o depósito confidencial* (obsérvese en esta última palabra una clara referencia a la idea de «confianza»). Y a con-

(11) DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 412-413.

tinuación el Código, en el artículo 909, enumera una serie de supuestos de aplicación de ese *ius separationis ex iure dominii*.

No parece difícil la inclusión en esa lista de supuestos la fiducia *cum amico* (bienes que el quebrado tuviese en depósito o administración o en comisión de compra o de venta, entre otros). En cuanto a la *fiducia cum creditore* y su modalidad de venta en garantía, aunque no venga directamente aludida en la enumeración del artículo 909, parece claro que está afectada por el principio general del 908, comprensivo de todo negocio susceptible de crear una apariencia de propiedad a favor del quebrado, pero sin que efectivamente se la haya transferido *por un título legal e irrevocable*. En cualquier caso, conduce a la misma inteligencia la aplicación de los principios jurídicos generales contenidos en el Código Civil, que determinan la inexistencia de una auténtica transmisión, que pueda permitir a los acreedores del fiduciario quebrado computar como cosa perteneciente a éste la que ha llegado a su poder a través de una venta en garantía.

La teoría que antes hemos sintetizado, del profesor DE CASTRO, deja a salvo los derechos del fiduciante de manera perfectamente limpia, ya que a todos los efectos se considera que sigue siendo propietario de la cosa confiada. El único elemento que podría enervar esta afirmación sería el respeto al interés de terceros (en este caso, los acreedores del concursado o quebrado); pero vemos que el Código de Comercio no duda en postergarlo en supuestos claramente alusivos a formas o situaciones fiduciarias, casos todos ellos en que por ostentar el quebrado la posesión efectiva de los bienes separables de la masa—obsérvese la repetición de la expresión «en poder» dentro del artículo 909—constituyen hipótesis especialmente aptas para crear o haber creado en los acreedores del quebrado la confianza o creencia de que tales bienes pertenecen o pertenecieron realmente a aquél.

Evidentemente, en todo este problema la dificultad estribará en la determinación del carácter fiduciario del negocio. Y más que en esto todavía, en la utilización de pruebas que aun dentro del amplio margen de libertad que concede nuestro Derecho procesal, estén exentas de toda sospecha de improvisación o falsedad. En este sentido revestirán una importancia especial las reglas determinantes de la eficacia frente a terceros de los diversos medios probatorios y, en concreto, en lo que respecta a los documentos, los principios de los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil.

2. La ejecución del fiduciante

Esta es la otra cara de la moneda, no menos interesante que la anterior, aunque con frecuencia sea más olvidada.

Si hemos dicho que los principios técnicos (una vez superada la teoría del doble efecto) y el mismo Derecho positivo conducen a la conclusión de que el fiduciante no deja de ser propietario de la cosa confiada, el problema se plantea ahora en los términos siguientes: ¿puede el fiduciario invocar derechos especiales sobre la cosa o, por el contrario, su condición queda limitada a la de un acreedor más del fiduciante? Imaginemos un ejemplo de venta en garantía: *A*, deudor, vende en garantía una cosa a *B*, acreedor. Antes que *A* cumpla la obligación que le vincula a *B* y que justificó la venta fiduciaria, aquél se ve demandado por un tercer acreedor, *C* (o por todos sus acreedores en un procedimiento de ejecución universal), y para asegurar la satisfacción del actor o actores se embarga la cosa vendida en garantía.

En esta hipótesis caben dos opiniones: una de ellas partirá de la base de que aunque *A* vendió la cosa a *B*, tal negocio fue fiduciario y, por tanto, no ocasionó para aquél la pérdida de la propiedad de la cosa vendida, y, consecuentemente, estimará que esa cosa forma parte del patrimonio de *A* para la satisfacción igualitaria de *todos* sus acreedores; la otra dirección, partiendo de la misma base entenderá que si bien la cosa sigue siendo propiedad de *A* está sujeta, sin embargo, al cumplimiento de una obligación concreta, la que *A* tiene respecto al comprador fiduciario *B*, y que, en consecuencia, *B* tiene sobre la cosa en cuestión una preferencia; en otras palabras, que el crédito de *B* es privilegiado.

Esta segunda dirección no carece de fundamento. Sobre todo si se atiende a lo que las partes de la venta en garantía quisieron. La crítica a la teoría del doble efecto encuentra su más firme apoyo en la autonomía privada. Como se ha puesto de relieve, es claro que ni el vendedor *quiere* vender ni el comprador *quiere* comprar. Solamente *dicen querer* la venta y la compra, respectivamente. Y, en último término, lo que el vendedor quiere es conceder al comprador-acreedor una garantía especial para su crédito, y lo que éste quiere es conseguirla. Sobre esta base, lo mismo que aceptamos que en la venta en garantía *no hay venta*, tenemos que admitir que hay *algo más* que la nada jurídica. Ese *algo más* está en relación con el pacto de fiducia. DE CASTRO sugiere, entre los efectos de este pacto, el *ius retinendi* del comprador y su preferencia para el cobro (12). En otro lugar opina que mientras no se den los

(12) *Op. cit.*, pág. 434.

presupuestos para la restitución, en este caso mientras el vendedor no pague al acreedor-comprador, éste no puede ser obligado a restituir y parece que estará autorizado a retener (13).

Pero, por otra parte, tenemos que la enumeración que de los privilegios hacen nuestros textos legales tiene carácter estricto, de *numerus clausus*, porque con ellos está en juego el interés de los demás acreedores.

¿Cómo hacer compatibles ambos principios? Parece que en cualquier caso hay que dejar a salvo esos intereses de terceros acreedores en base al criterio de la reconocibilidad de los datos que configuran cada forma de garantía. Por ejemplo, si el comprador-acreedor posee la cosa vendida en garantía creemos que tal posesión le legitima como acreedor prendario protegido por el privilegio del número 2 del artículo 1.922. Porque así lo quisieron implícitamente el vendedor y él y porque frente a terceros se muestra el fenómeno posesorio, que es lo que el Derecho pide al acreedor pignoraticio.

Mayor dificultad ofrece la venta en garantía de un bien mueble cuando el vendedor continúa en posesión de él y la que recae sobre un inmueble. Porque las formas típicas de garantía en estos casos (hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, por un lado, o hipoteca inmobiliaria, por otro) exigen otorgamiento de escritura pública e inscripción en los correspondientes Registros.

Pero ocurre que estos elementos formales pueden darse, en alguno de los casos referidos, también en relación con la venta en garantía. Por ejemplo: A vende un inmueble a B en garantía de un crédito de este último, se otorga escritura de venta y ésta se inscribe. ¿Bastarán estos requisitos publicitarios para otorgar al comprador una preferencia semejante a la del acreedor hipotecario del número 3 del artículo 1.923 del Código Civil? De un lado, en sentido afirmativo, milita el argumento de que la condición de los terceros está suficientemente protegida o, mejor dicho, está afectada, pero a través de las mismas garantías formales que las de una hipoteca. Si un acreedor no puede desconocer la hipoteca que a favor de otro está establecida sobre un inmueble del deudor común, lógicamente tampoco debiera poder desentenderse de la garantía convenida a través de pacto fiduciario si la venta aparente figuró oportunamente en el Registro. Porque en él se publicaba algo más que un derecho real de garantía, se publicaba una «propiedad». El que esa «propiedad» no fuera real no tuvo por qué importarle en su día (si la venta no era, además de fiduciaria, fraudulenta) y no se ve el motivo por el

(13) *Op. cit.*, pág. 432.

cual pueda luego invocar su falsedad para negar al fiduciario una preferencia para el cobro sobre el producto del bien en cuestión.

En sentido contrario, y si nos aferramos a una interpretación rigurosamente literal del privilegio del referido artículo 1.923, 3, hemos de aceptar que la inscripción *precisamente de hipoteca* no existe y que, por tanto, no hay privilegio.

No obstante, nos parece más convincente la primera interpretación, porque creemos que el fundamento de la aplicación rigurosa de los privilegios *debe estar* no tanto en la cobertura de ciertas fórmulas nominales, sino en la observancia de las garantías que esas figuras legales presuponen. Sin embargo, no es fácil que los Tribunales admitan este criterio (14).

A primera vista parece seguirlo la sentencia de 8 de marzo de 1957. Se trataba del caso siguiente: una persona, *A*, precisando dinero, acudió a *B* para que éste se lo facilitase en concepto de préstamo. *B* accedió, pero con la condición de que tal préstamo fuese garantizado mediante una venta con pacto de retro. Al efecto se otorgó escritura pública en la que *A* figuraba vendiendo a *B* una finca, con reserva del derecho de retraer durante diez años. En realidad, sin embargo, no había tal venta, ya que no medió precio alguno, sino que lo que se estipuló como tal no era más que el importe del préstamo. Ocurrieron luego diversas incidencias debidas, sobre todo, a la afirmación de los herederos de *B* de que *A* no había manifestado oportunamente su intención de retraer ni había devuelto a tiempo la cantidad prestada. Planteado el asunto judicialmente, *A* pedía sustancialmente que se declarase:

1) Que nunca dejó de ser dueño de la finca, ya que la escritura de venta respondió al solo propósito de obtener un préstamo y proporcionar una garantía al prestamista.

2) Que el prestamista-comprador (sus herederos) estaba obligado a otorgar la escritura de retroventa en base al ofrecimiento de pago que el deudor había hecho oportunamente.

El Juzgado dicta sentencia en la que se declara, entre otras cosas:

1) la inexistencia por simulación del pretendido contrato de compraventa, y 2) que a pesar de la escritura de venta el propietario originario (deudor-vendedor) sigue siendo dueño único y pleno del inmueble en cuestión.

La Audiencia confirma en todas sus partes esta sentencia y contra

(14) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 432, estima que para la admisión de la teoría que otorga un derecho preferente al fiduciario "habrá que presuponer la formación de una regla consuetudinaria que la ampare, reconocida por los Tribunales de justicia".

ella se recurre en casación. El Tribunal Supremo dice, entre otros extremos, que «el prestatario *con garantía* cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando entonces *liberada la garantía* que era accesoria del préstamo, y que no pasa automáticamente a poder del acreedor, como en la compraventa con pacto de retro al no verificarse el retracto en su tiempo, sino que tratándose de préstamo incluso con plazo pactado *habría de perseguirse la garantía*, una vez denunciada y probada la falta de pago del capital e intereses objeto del préstamo, y en el caso presente ha quedado acreditado que *lo convenido fue un simple préstamo...*». Repárese en la doble referencia al concepto de garantía, que muestra claramente una perfecta valoración del caso por parte del Tribunal Supremo. Sin embargo, y a los efectos del problema que venimos planteando, la mención de la «persecución de la garantía» no es concluyente, ya que en este supuesto no se daba la concurrencia de acreedores que hubiera sido necesaria para saber si el derecho del fiduciario goza o no de preferencia o privilegio sobre la cosa recibida en garantía.

Es claro que las referidas palabras del Tribunal no son determinantes del fallo en este caso concreto; pero esto no obstante, merecen ser citadas como criterio significativo en este punto.

Una postura muy peculiar por parte de la jurisprudencia resulta de la sentencia de 10 de marzo de 1944. Se trataba aquí de una venta en garantía que A había hecho a favor de B, en escritura pública, de la participación indivisa que aquél tenía en una fábrica. A tal venta había seguido un documento privado, en el que A y B declaraban que tal transmisión implicaba una operación de garantía y preveían la posibilidad de que la porción indivisa volviese al patrimonio del vendedor cuando éste cumpliera sus obligaciones respecto al comprador. La venta en garantía derivaba del hecho de que B hacía avalado a A en una operación de crédito con el Banco de España; la transmisión de la parte indivisa tenía la finalidad de garantizar al avalista por el riesgo asumido. Varios años después de este contrato, A, vendedor, incurre en quiebra. La sindicatura demanda parte a B, pidiendo que se declare, entre otras cosas, la nulidad o inexistencia de la venta, por simulación, y que se ordene la cancelación de la inscripción registral practicada en su día a favor del demandado.

El Juzgado no dio lugar a la demanda. La Audiencia, por el contrario, declaró inexistente, por simulado, el contrato en cuestión. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso y consideró que no hubo inexistencia por simulación, estimando que la contradecларación conte-

nida en el documento privado evidenciaba una intención verdadera de los contratantes en beneficio del deudor-vendedor y que las consecuencias de este «verdadero negocio» afectaban no sólo a los contratantes, sino también a terceros. Reconocía el Tribunal Supremo, eso sí, el derecho de los acreedores del vendedor, A, de *rescatar* el objeto vendido mediante el cumplimiento de las obligaciones de su deudor con respecto a B, en virtud de lo previsto en el documento privado, que señalaba, como hemos dicho, la posibilidad de *dejar sin efecto* la venta cuando el vendedor cumpliera las obligaciones que asumió por el afianzamiento del comprador. De los hechos consignados parece desprenderse que en la referida venta no hubo precio, es decir, que no cabe hablar de una compraventa con pacto de retro con finalidad de garantía. Por eso resulta más que discutible aceptar que aquí la expresión *verdadero negocio* pueda referirse al de compraventa. No hay duda de que hubo una voluntad de conceder al avalista una garantía de su crédito, pero de ahí a admitir la existencia de la venta hay un gran trecho. El Tribunal Supremo así lo estima, sin embargo, incurriendo, a nuestro juicio, en una aceptación un tanto irreflexiva de los postulados de la teoría del doble efecto. Sólo sobre esta base son admisibles sus conclusiones. Ahora bien, en relación con el problema que venimos tratando hay que señalar que en este caso el Tribunal Supremo siguió, *de hecho*, la tesis de que la venta en garantía otorga al fiduciario una preferencia para el cobro, ya que de acuerdo con su pronunciamiento se impone a los demás acreedores del quebrado la obligación de pagar enteramente al fiduciario-comprador si querían *rescatar* la cosa vendida. Con lo cual se sustrae al comprador-acreedor de la regla de la *par conditio creditorum*. No obstante, tampoco cabe dar un valor definitivo a este criterio concreto del Tribunal Supremo, puesto que parte de una premisa incompatible con la que venimos sustentando, que es la única que confiere al interrogante que hemos planteado la cualidad de auténtico problema. El Tribunal comienza por entender que el negocio de venta es real y produce todos sus efectos típicos, aun sometido a condición resolutoria. De ahí que su conclusión no sea más que una simple obediencia a su punto de partida, que juzgamos incorrecto. Nuestra duda no es esa, por tanto: se asienta sobre la base de que la venta es inexistente y que lo único que existe es un crédito del falso comprador contra el vendedor. Aquí es donde tiene sentido la pregunta acerca de si dicho acreedor tiene o no, a pesar de no ser propietario de la cosa dada en garantía, un derecho preferente sobre los demás acreedores del fiduciante.

Algún autor se ha planteado otro problema en relación con la tesis de que la venta en garantía confiere al fiduciario una auténtica garantía

real para el cobro de su crédito. PUIG BRUTAU (15) dice que si la transmisión de seguridad otorga al fiduciario una garantía real para la satisfacción de su crédito, puede darse una falta de adecuación o desproporción entre la cuantía del derecho asegurado y el valor real de la cosa transmitida. Tal desproporción, continúa, no supone problema alguno en el caso de los derechos reales de garantía (prenda, hipoteca y anticresis), ya que el Derecho arbitra un sistema de realización del valor de la cosa sujeta a esos derechos reales, que permite al acreedor cobrar el importe de lo que se le adeuda, y a los demás acreedores hacer suyo el remanente o diferencia con el mismo fin. Por el contrario, dice, en la transmisión de seguridad no cabe instar un procedimiento ejecutivo en el que se deje a disposición de los demás acreedores el precio obtenido de la cosa en lo que exceda del crédito asegurado. Para salvar esta dificultad, PUIG BRUTAU señala una posible solución: entender que la transmisión es fraudulenta en la medida en que priva a los demás acreedores del transmitente del *superfluum* o exceso de valor de la cosa sobre la suma debida al adquirente en garantía y, en consecuencia, admitir su impugnación por esa diferencia.

La cuestión no es ociosa, pero creemos que su solución depende fundamentalmente de la postura que se adopte en torno a la naturaleza y efectos de la venta en garantía. En concreto, PUIG BRUTAU sigue una que no creemos fácilmente sostenible en nuestro Derecho y que tampoco concuerda realmente con la jurisprudencia que él mismo cita. Dicho autor piensa que la venta en garantía genera una auténtica transmisión de dominio a favor del fiduciario. De ahí concluye en que el fiduciante, en la transmisión de seguridad, posee físicamente una cosa sobre la que recae un derecho de propiedad de otro, el fiduciario (16), y luego repite que el efecto normal de la transmisión de seguridad consiste en dejar al propietario (es decir, el fiduciante) reducido a poseedor (17). En consecuencia, para él la venta en garantía concede «una preferencia tan extraordinaria que se confunde con el acto mismo de satisfacción de la deuda a manera de una dación en pago provisional o anticipada» (18). De ahí que el problema que él plantea encuentre en su propia solución remedio adecuado.

Ahora bien, creemos que esta tesis no es admisible en nuestro Derecho. Supone tanto como entender real lo que los propios contratantes consideran fingido, al menos si partimos de nuestra opinión de que la venta en garantía en sentido estricto y puro no tiene de venta más que la

(15) En sus notas al citado libro de BOEHMER, págs. 373-375.

(16) En las notas citadas, pág. 364.

(17) *Loc. cit.*, pág. 371.

(18) *Loc. cit.*, pág. 373.

mera apariencia. Derivar de ella una auténtica transmisión implica optar por la teoría del doble efecto, en cualquiera de sus variantes, cosa que no parece sostenible, como bien lo refleja *de hecho*, con sus pronunciamientos, la jurisprudencia, a pesar de que nominalmente *parece* haber seguido sus postulados en algunas sentencias. Concretamente, ninguna de las dos sentencias que dicho autor cita al tratar del problema que nos ocupa parece sustentar su criterio (19).

Por todo ello, si mantenemos la tesis de que el fiduciario no es más que un mero acreedor y planteamos luego la duda de si es o no acreedor dotado de un privilegio especial sobre la cosa aparentemente vendida, en los términos en que antes lo hemos hecho, la solución afirmativa de dicha duda, con los condicionamientos que también hemos sugerido, suscitan el problema del *superfluum* o exceso de valor de manera diferente a la que defiende PUIG BRUTAU. En nuestro criterio, tal cuestión puede canalizarse en el procedimiento judicial de ejecución singular o universal del fiduciante, *que no ha dejado de ser propietario de la cosa vendida*, según nuestra opinión.

Si se trata de una ejecución singular entablada por otro acreedor, podrá el fiduciario interponer una tercera de mejor derecho para que en el juicio correspondiente se resuelva acerca de la existencia o inexistencia de un privilegio a su favor. Si se estima que sí le asiste cobrará con preferencia al primer demandante (art. 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y el resto se destinará a la satisfacción de éste.

En el caso de ejecución universal, la fase de reconocimiento y graduación de los créditos permitirá al fiduciario someter a decisión judicial la cuestión referente a su presunto privilegio (arts. 1.250 a 1.277 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el concurso, y 1.378 a 1.380 de la misma Ley y 908 a 919 del Código de Comercio, para la quiebra). Si la solución fuese afirmativa, el fiduciario cobrará con preferencia en la medida y alcance de su privilegio, quedando el remanente eventual para los demás acreedores.

En resumen, en nuestra opinión, el único problema—desde luego nada fácil—reside en decidir si la venta en garantía otorga o no al

(19) *Loc. cit.*, págs. 374-375. La una, de 25 de septiembre de 1956, rechaza teórica y prácticamente la idea de que el fiduciario sea, por la venta en garantía, propietario de la cosa vendida, y la otra, de 8 de marzo de 1951, no es aplicable a nuestro propósito, ya que en aquel caso se trataba—al menos así lo deja sentado el Tribunal—de una venta con pacto de retro con fines de garantía, bien en su modalidad común del Código Civil, bien en la de venta a carta de gracia del Derecho catalán, y no de una venta en garantía. Se dio por válido que el precio declarado fue realmente precio, cosa incompatible con la venta en garantía, en la que por principio, y aunque éste sea extremo difícilmente demostrable, las partes no quieren vender y comprar, y, por tanto, la cifra declarada como precio no tiene en verdad esa función.

fiduciario rango privilegiado. La efectividad de su privilegio, si lo tiene, y la posición de los otros acreedores quedan salvadas a través de las leyes procesales.

Para terminar ya con este tema vamos a referirnos a una cuestión agudamente planteada por RODRIGO BERCOVITZ en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1970 (20). En este trabajo, BERCOVITZ sostiene que en la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles existe, aunque oculto bajo otra denominación, un supuesto de cesión o transmisión en garantía. Su argumentación viene a ser ésta: La Ley de 17 de julio de 1965 permite la inclusión de un pacto de reserva de dominio, tanto en el contrato de compraventa a plazos como en los contratos de préstamo de financiación a vendedor o comprador. En el primer caso, tal reserva de dominio es técnicamente irreprochable. En el supuesto de préstamo de financiación a vendedor tampoco hay dificultad, pues el vendedor es quien se reserva el dominio (que figura como cláusula en la compraventa a plazos), cediéndolo después, junto con el precio restante, al financiador de la operación. En cambio, el tercer caso es más problemático: hay que tener en cuenta que cuando se financia al comprador, la venta propiamente dicha no es a plazos, sino al contado; el que es un negocio a plazos es el préstamo del financiador al comprador. De ahí se desprende que el vendedor no puede reservarse el dominio porque el precio se le paga al contado y, en consecuencia, tampoco puede gozar de esta reserva el financiador. Pero el hecho es que la Ley habla también en este caso de «reserva de dominio» a favor del financiador. ¿Cómo entender esta expresión legal? A juicio de BERCOVITZ estamos en presencia de un caso de transmisión de garantía: el comprador paga al contado al vendedor, adquiere la propiedad del objeto y en virtud de la mal llamada por la Ley «reserva de dominio» transmite en garantía al financiador la propiedad del bien comprado, a pesar de continuar en posesión del mismo. Las premisas son totalmente convincentes, la conclusión es muy sugestiva.

Por otra parte, el artículo 19, 1, de la Ley de 1965, dice que «el acreedor para el cobro de los créditos nacidos de contratos inscritos en el Registro, a que se refiere el artículo 23, gozará de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922, número 2, y 1.926, número 1, del Código Civil». En otras palabras, el acreedor tiene un derecho de preferencia similar al del acreedor prendario. Y de ahí concluye BERCOVITZ que si se da lugar al embargo promovido por el financiador del comprador en base a la «reserva de dominio» (en realidad, transmisión en garantía), se está aceptando que el acreedor ostenta contra el

(20) En *Anuario de Derecho Civil*, 1971, I, págs. 240-243.

comprador financiado un derecho privilegiado, que le otorgará preferencia sobre el objeto adquirido mediante la financiación.

Creemos que esta interpretación es muy afortunada. Su aceptación obliga a considerar que, al menos en este caso, el Derecho positivo ha optado por una de las dos teorías enfrentadas en relación con el problema de la cualidad del crédito del fiduciario; en concreto, por la que entiende que éste goza de una preferencia igual a la que las partes quisieron a través del pacto de fiducia (una garantía real). No es fácil sostener que fuera esa la mente del legislador, por cierto, pero sí es razonable pensar que los efectos perseguidos por la Ley (más que sus palabras o conceptos jurídicos concretos) conducen a la conclusión apuntada. Reparemos en la importancia de dicha conclusión considerando que la equiparación del derecho del financiador (fiduciario) al del acreedor pignoraticio logra sobreponerse a las diferencias que median entre la cesión en garantía y la prenda, ya que en la primera no hay traslado posesorio (lo cual no permite identificarla con la prenda tradicional) ni hay la escritura e inscripción en el Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (lo cual no permite identificarla tampoco con estas dos últimas figuras).

RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Deusto (Bilbao)