

LA GARANTÍA COMISORIA

RAMÓN DURÁN RIVACOBA

NOTARIADODHOY

BOSCH



Colección NOTARIADO HOY
dirigida por Ángel Serrano de Nicolás

LA GARANTÍA COMISORIA

© Ramón Durán Rivacoba, 2019
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 — Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
http://www.wolterskluwer.es

Primera edición: noviembre 2019

Depósito Legal: M-37653-2019
ISBN versión impresa: 978-84-9090-419-0
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-420-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, **Wolters Kluwer España, S.A.**, se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y las autoras no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

C) *La compensación en pago cautelar*

Tampoco puede obviarse la existencia de otros convenios que actúan como indicios reveladores de un pacto comisorio en garantía dentro de negocios principales, de categoría compleja, entre los partícipes.

Como en su lugar aduje, la existencia de relaciones jurídicas previas que arrojen deudas a favor de uno solo de los contratantes no permite de suyo inferir que cualquier negocio que los ligue a futuro sea por ello sospechoso de fraude. Eso supondría la ruptura de principios tan asentados como la presunción de buena fe, la pauta general favorable a la eficacia de los actos jurídicos y el ámbito estricto que caracterizan a las prohibiciones en la esfera del Derecho Civil, sobre todo en orden a su exégesis. Sin embargo, la presencia de ciertos acuerdos vinculados con dichos créditos puede constituir un signo muy aparente de la garantía comisoría.

El supuesto de la Resolución 2/2005 de 22 de abril es paradigmático. Se trataba de una opción de compra a la que se añade un pacto de compensación por deudas previas. «En cuanto al alcance del pacto del pago del precio por compensación, se ha pronunciado en ocasiones esta Dirección General (así en la Resolución de 8 de abril de 1991, entre otras) de forma contraria a su inscripción por carecer de trascendencia real y, en su caso, conculcar la prohibición de

en donde no parece posible pensar en un pacto comisorio [*sic*] encubierto. Sin embargo, razones fiscales, pueden aconsejar un negocio como el convenido en esta escritura». El Centro Directivo en la presente Resolución levantó la negativa para inscribir, aunque después de mostrar los indicios expresados.

pacto comisorio que rige en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.859 y 1.884 CC)»⁶¹. Evidentemente, si existen vestigios del estrecho vínculo intrínseco entre una deuda y el sometimiento del pago a la transferencia de la propiedad de un inmueble del deudor, que actúa como caución, queda en evidencia una garantía comisoría vedada. El hecho de que además se vehicule la compensación de dicha deuda con el precio de la entrega del bien resulta ya del todo reveladora de la maniobra elusiva del veto.

La Resolución de la Dirección General de 26 de diciembre de 2018 aborda de nuevo la materia, con cita de reciente jurisprudencia: «el Tribunal Supremo ha admitido en la ejecución de la prenda la aplicación de la compensación por parte de la entidad acreedora si es la depositaria del importe de que se trate, toda vez que, al referirse a valores dinerarios no hay riesgo de abuso para el deudor (cfr. Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 y 10 de marzo de 2004)». Como se observa, es un tipo de prenda irregular que dispensa del procedimiento normalizado ejecutivo por la confusión que se produce dentro del patrimonio de acreedor. Además, su categoría material permite valoraciones objetivas que dejan del todo aparte la concurrencia de un posible abuso de posición dominante con daño del deudor.

61. Aclara que «aunque se hubiese inscrito el pacto del pago del precio por compensación, tal estipulación no podría afectar a tercero, tendría alcance solutorio obligacional, únicamente afectando a las partes que lo convinieron y sin que el mismo, dada su ineficacia frente a terceros, permita cancelar los derechos posteriores que gravan la finca en tanto no concorra el consentimiento de tales titulares o se acredite la consignación o depósito del íntegro precio a favor de los mismos».

Ahora bien, las cosas varían significativamente con el cambio de la naturaleza del bien garante. Así, «en Sentencia de 24 de junio de 2010, afirmó que son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación de la figura del pacto comisorio: "En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor". En la misma línea, la Sentencia de 21 de febrero de 2017 centra la inadmisión del pacto comisorio objeto del recurso en la inexistencia de un "procedimiento objetivable de valoración de la adquisición" (aparte otro problema, como era la ausencia de un mecanismo de restitución de los pagos ya realizados por el deudor), lo que da a entender que, de existir ese mecanismo de valoración objetiva del bien inmueble objeto de la garantía, el pacto podría haber sido admisible».

No estoy tan seguro de la última conclusión. La falta de abuso gracias a valoraciones objetivas no impide que la inobservancia del procedimiento liquidatorio de la garantía en perjuicio de terceros destaque. Ligar ambos extremos como si fueran dos premisas unidas *per se* considero que constituye un apriorismo insostenible. La mejor prueba estriba en cuanto se adujo en su momento acerca del pacto marciano. Precisamente la cautela como fundamento de la prohibición impide analizar *ad casum* la circunstancia, pues arruinaría la prudencia que guía un

veto generalizado del comiso, según antes se ha hecho alusión. Si se opta por dicha óptica casuística supone un riesgo pretender concluir *a contrario* mientras la coyuntura varíe. Inhabilita formular premisas generales y certeras. La incertidumbre que se siembra no hace fácil dicha tarea de inducción, más bien preñada de buenos propósitos que de datos firmes y seguros, lo que tratándose de garantías constituye una paradoja invencible.

6. El leasing de retorno (*lease back*)

En el capítulo de las operaciones financieras aptas de suyo para contravenir la prohibición del pacto comisorio en garantía, propuse anteriormente con mero alcance teórico el caso del leasing en su modalidad de *lease back*. No tenía por entonces respaldo jurisprudencial alguno, aunque la idea me parecía plausible; sin embargo, en el transcurso reciente han hecho acto de presencia.

Como antecedente inmediato, la Sentencia del Tribunal Supremo 34/2012, de 27 de enero, recuerda que «la sentencia de 15 de junio de 1999 declara la nulidad del pacto comisorio en contrato de compraventa simulado, en un caso claro de simulación relativa y en sendos casos de contratos simulados de leasing». Las Sentencias del Tribunal Supremo 216/2010, de 15 de abril, y de 2 de febrero de 2006 citan «en el mismo sentido, frente a las posiciones iniciales, la jurisprudencia italiana: sentencia de la Corte de Casación de 16 de octubre de 1995».

Es lógico que una figura moderna, que tarda cierto tiempo en generalizarse dentro de su ámbito financiero, tam-

La llamada garantía comisoría es aquélla que permite la posible apropiación por el acreedor del bien sujeto al cumplimiento de una obligación previa. El clásico veto al pacto comisorio ha reprimido su presencia expresa y directa en las cautelas reales. Sin embargo, la práctica no deja de aportar numerosos ejemplos de mecanismos hábiles con este propósito prohibido. La jurisprudencia reciente y la doctrina del Centro directivo arrojan múltiples fórmulas cuyo estudio resulta ilustrativo. Todo ello se aborda en el presente libro que recoge por entero las sentencias y resoluciones dictadas sobre dicho asunto a partir del Siglo XXI. El debate jurídico entre los notarios autorizantes de las escrituras y la calificación contraria a su asiento por parte de los Registradores depara una muestra elocuente del problema y de su tratamiento. Se descubren así las nuevas figuras aparejadas y se pone en valor un debate científico que, sin duda, se ha enriquecido gracias a la práctica de unos operadores jurídicos de tan elevada calificación técnica.



NOTARIADOHOY

