

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad: *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español*, Aranzadi, 2021, 134 pp.

En medio de una amplia producción de obras jurídicas de contenido necesariamente efímero, siguen apareciendo trabajos sobre las cuestiones esenciales del Derecho civil, abordados desde perspectivas que combinan la solidez científica con la atención a las modernas tendencias jurídicas. El libro de la profesora De la Fuente objeto de esta recensión se encuadra, por derecho propio, en este último tipo de obras: se ocupa de una cuestión clásica, pero a la vez de máxima actualidad, la de los procedimientos alternativos de realización de las garantías reales, analizando los fundamentos de la prohibición del pacto comisorio y postulando la admisión de sus versiones dulcificadas, es decir, el pacto marciano y el llamado pacto *ex intervallo*. En el primero de ellos, como es sabido, el posible enriquecimiento del acreedor ejecutante que se apropió del bien se ve impedido por la valoración objetiva llevada a cabo por terceros; en el segundo, la admisibilidad del pacto comisorio viene posibilitada porque el acuerdo se celebra una vez ya concedido el crédito y, por tanto, sin riesgo aparente de coacción para el deudor necesitado de dinero.

El estudio se divide en cuatro capítulos. En el primero de ellos se analiza desde una perspectiva más dinámica que la seguida por otros autores, cuáles son los argumentos que justifican la prohibición del pacto comisorio en nuestro ordenamiento jurídico. La autora demuestra allí que la interdicción de ese pacto obedece a una norma de Derecho sustantivo y no al mero respeto a las reglas procesales que rigen la ejecución. El análisis histórico le permite además constatar la tradicional admisión de las dos versiones dulcificadas del pacto ya mencionadas, el pacto marciano y el pacto *ex intervallo*. La licitud de pactos de estas características se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, así como en la inexistencia de riesgos ocultos para la posición del deudor que los admite. Un análisis exhaustivo del respeto a los principios jurídicos que rigen los procedimientos ejecutivos permite a la autora delimitar y admitir los pactos marciano y *ex intervallo* (por más que sus definiciones son expuestas en la introducción de la obra, respondiendo a una exigencia pedagógica de mejor comprensión).

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

La autora aborda luego, dentro de ese capítulo primero, un estudio comparativo entre el pacto comisorio y la dación en pago, concluyendo que, si bien ambas instituciones tienen como finalidad el hacer efectiva la deuda contraída por el deudor, no comparten naturaleza de garante de la obligación principal contraída. En consecuencia, la dación en pago no es contraria a la prohibición del pacto comisorio, pues es perfectamente lícito que deudor y acreedor lleguen a un acuerdo para la satisfacción de la deuda garantizada, vencida y exigible. En este caso, las partes deciden no ejecutar la garantía, sino que convienen un modo satisfactorio admitido en Derecho como es la adjudicación de una cosa en pago. La diversidad de trato que reciben dación y pacto comisorio radica, por tanto, en la distinta función que desempeñan: puramente solutoria o extintiva de la obligación la primera y de garantía en el segundo; únicamente el pacto cumple una función garantista. El capítulo concluye con una fundamentada demostración de que la regla prohibitoria del pacto comisorio no es de estricta justicia material, es decir, de equivalencia de las prestaciones, sino que responde más bien a una regla formal de exclusión de los acuerdos ejecutivos que permiten la apropiación de la garantía por el acreedor en el momento de concesión del crédito: de ahí su admisión en la modalidad llamada *ex intervallo*, es decir, una vez constituida la garantía.

El segundo capítulo se dedica al análisis de los pactos marciano y *ex intervallo* en nuestra legislación en el contexto de una garantía real típica: la prenda. La autora constata la existencia de tales pactos en un contexto garantista en la normativa vigente en nuestro país, lo cual le sirve como antecedente de la propuesta que hace en el tercer capítulo en su intento de trasladar estos acuerdos de ejecución de las garantías al ámbito del Derecho del consumo, en concreto, a la hipoteca inmobiliaria. En este segundo capítulo lleva a cabo una labor expositiva del mecanismo de funcionamiento del pacto marciano como medio solutorio de la obligación principal en el RDL 5/2005, de 11 de marzo, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública, en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles y en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil ratificado por España el 20 de junio de 2013. En su propósito de concretar la utilidad de estos acuerdos en su vertiente garantista y resolutoria, la autora hace un recorrido por distintas resoluciones judiciales de nuestro Tribunal Supremo, así como de la Dirección General de los Registros y del Notariado (actualmente, Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública), con la finalidad de constatar la eficacia real de un acuerdo de estas características, rechazando el mero carácter de *obiter dictum* que en algunas ocasiones se les ha querido atribuir. En este sentido destaca la STS de 21 de febrero de 2017, resolución en la que un pacto comisorio *ab initio* es acordado por los deudores hipotecarios en favor de sus fiadores llegado el incumplimiento de la cantidad adeudada a la entidad bancaria. Se trata de un acuerdo adoptado en una garantía atípica sin eficacia no solo por el momento en que fue adoptado, sino también por la inseguridad jurídica que provoca en el acreedor principal. Del mismo modo, también son muy interesantes los comentarios a las Resoluciones de 22 de febrero de 2013 o de 26 de diciembre de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En la primera de las mencionadas la Registradora de la Propiedad deniega la inscripción de la garantía constituida a favor de parte de una deuda vencida, líquida y exigible. La reformulación de la deuda pendiente y no satisfecha encubre un pacto comisorio *ab initio* al permitir que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede optar entre la exigencia de lo debido o la mal llamada opción de dación en pago que encubre el acuerdo prohi-

bido. Una vez más, la práctica demuestra que el pacto comisorio *ab initio* se enmascara en una garantía real atípica. En la segunda de las resoluciones de la Dirección General, el pacto marciano constituye un acuerdo solutorio del posible incumplimiento del deudor adscrito a una hipoteca naval. La Dirección admite la validez del mismo siempre y cuando el correcto ejercicio del *ius distrahedi* por parte del acreedor respete el principio de la *par conditio crediturom* al asegurar al deudor el justo valor del bien por la tasación del mismo que hace un tercero ajeno a la relación contractual que vincula a las partes.

En el tercer capítulo de la monografía, como ya se ha adelantado anteriormente, la autora propone trasladar la validez del pacto marciano al ámbito del Derecho de consumo, en concreto, como cláusula inserta en la garantía hipotecaria en la adquisición de un bien inmueble. Esta propuesta le lleva a un exhaustivo examen del proceso de adquisición del bien inmueble hipotecado siendo necesario para ello distinguir qué son dos los contratos celebrados: por un lado, el contrato de préstamo; por otro, el de garantía que asegura la obligación principal, debiendo calificarse, tanto uno como otro –obligación principal y accesoria– como contratos de consumo. Ello le lleva a analizar los elementos subjetivo y objetivo del contrato de garantía hipotecaria, siendo muy novedoso el análisis del mismo, ya que habría de hacerse desde la perspectiva que ofrece la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. La autora llega a la conclusión de que la inclusión de un pacto marciano en un contrato de garantía hipotecaria se haría a través de una condición general de contratación que ha de ser respetuosa con los controles de inclusión, contenido y transparencia que exige la legislación especial sobre protección de los consumidores. Superados estos controles, el ejercicio de un pacto de estas características ante el posible incumplimiento del deudor ha de asegurar el respeto a la commutatividad de las prestaciones mediante un procedimiento de realización privada previa justa estimación del bien, circunstancia que se alcanzaría mediante un mecanismo de evaluación o tasación de carácter objetivo.

El cuarto y último capítulo estudia un caso particular y un tanto contradictorio, de posible admisión del pacto comisorio: el *leasing back* o leasing de retorno. En él, el contratante necesitado de solvencia transmite un bien a un financiador, reservándose la facultad de seguir disfrutando de él y de recuperarlo mediante su adquisición por *leasing*. Hasta aquí, nada problemático. Lo peculiar y lo que dota al acuerdo de ribetes comisorios, es que el financiador, en la mayoría de casos, se reserva la facultad de exigir del arrendatario financiero el pago de las rentas y la prima de la opción acordadas, quedando, por tanto, en sus manos la alternativa, ante el impago de la otra parte, de recuperar el bien o ejecutar el crédito. La autora se inclina por admitir el acuerdo, pues así lo ha hecho el Tribunal Supremo, por más que queda en el aire la duda de si esta modalidad negocial no esconde también una fórmula comisoria que hasta aquí la autora ha rechazado con razón a lo largo de toda la obra.

El libro constituye un inteligente y meditada toma de posición sobre la admisibilidad de las formas ejecutivas extrajudiciales que conducen a la apropiación del bien por el acreedor. Presenta puntos y afirmaciones abiertas al debate, como ya se ha mencionado, pero la solución que ofrece la autora siempre resulta razonable y razonada. No puede pedirse más en una cuestión tan vidriosa como la que afronta la monografía.

Inmaculada VIVAS TESÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Sevilla