

De la prohibición del pacto comisorio, la venta en garantía y el negocio fiduciario

1. – La sentencia del Pleno del TS italiano confirma textualmente el contenido de la anterior Sentencia núm. 1611/89 del mismo órgano ⁽¹⁾. En la práctica, el caso elegido es lineal y no presenta especificidades, lo que permite alguna que otra reserva acerca de la inequívocidad y extensión del *dictum*, circunstancia que ya lamentase problemáticamente Mariconda en lo referente a la sentencia precedente ⁽²⁾.

El Pleno confirma aquí el reciente planteamiento al que da origen la STS italiano núm. 3800/83 y las sentencias

Fuentes: «Il Foro italiano», 1990, I, págs. 205 y ss., y «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994.

El texto comenta la siguiente resolución judicial:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO italiano núm. 1907, Pleno, de 21 de abril de 1989; Presidente: Brancaccio - Juez ponente: Meriggiola – MF: Amatucci E. (Conclusión conforme); Castiglione vs. Leotta: «*Se declaran nulas en cuanto prohibidas por el art. 2744 del Código Civil tanto las ventas simuladas que encubren un negocio de garantía [ventas en garantía], en las que se transmite definitivamente la propiedad del bien al acreedor en caso de no restitución de la suma prestada, como las ventas en las que, sin embargo, el bien se transfiere inmediatamente, si bien tendrá efecto la cláusula resolutoria en el caso en que el vendedor, en un determinado plazo, devuelva al adquirente el importe pactado (con referencia al caso en que el adquirente sea el acreedor y el importe haya sido pagado previamente en concepto de préstamo). En las ventas en garantía, esta última surge con motivo del contrato en la medida en que la transmisión de la propiedad encuentra objetiva justificación en la finalidad de la garantía y el pago de dinero no representa el pago del precio, sino la realización de un préstamo. La transmisión del bien no integra la atribución al comprador, sino la constitución de una posición de garantía indiscutiblemente provisional pese a las apariencias. La provisionalidad constituye un elemento revelador de la causa de garantía y, por tanto, de la diversidad entre la causa típica del negocio y la determinación causal de las partes. La venta, de naturaleza lícita y no puramente formal, asume la figura de contrato en fraude de ley (art. 1344 del CC)*».

⁽¹⁾ En *Il Foro italiano*, 1989, I, p. 1428, con notas adhesivas de V. MARICONDA y F. REAL MONTE.

⁽²⁾ En *Il Foro italiano*, 1989, I, p. 1429.

subsiguientes ⁽³⁾, quedando superado el aislado *revirement* de la Sentencia núm. 7385/86 ⁽⁴⁾. Asimismo, la decisión del Pleno pone fin a una larga disputa en la medida en que considera obligatoria la interpretación extensiva del art. 2744 del CC italiano, ya que no se trata de una norma excepcional sino, más bien todo lo contrario, en cuanto refleja «un principio común a numerosas instituciones».

En el caso que nos ocupa, la sentencia hace referencia a las disposiciones o cláusulas comisorias, en particular, que surgen en relación con las denominadas garantías «ocultas», tales como las ventas en garantía. La sentencia confirma, de forma inequívoca, que la prohibición del pacto comisorio comprende tanto las ventas en garantía, bajo condición suspensiva, como aquellas otras bajo condición resolutoria (como son las ventas con pacto de rescate, de retroventa y de retrocompra).

La diversidad existente entre ambos negocios fiduciarios y entre las respectivas condiciones se considera, justamente, más aparente que real. De hecho, en el primer caso, la venta (al igual que la compra) deviene definitiva en el momento de la no restitución del préstamo; en el segundo, la compra (al igual que la venta) lo deviene en el momento de la no restitución del precio de rescate (que no es otra cosa que el propio importe prestado).

El Pleno se pronuncia acertadamente al subrayar que ambos casos representan, en la práctica, dos «manifestaciones de la misma realidad».

En efecto, el común denominador radica en la respectiva función de garantía del crédito hasta su extinción o reembolso, hecho que tendrá lugar, alternativamente, mediante la *solutio* o la prevista cesión definitiva del bien en garantía.

La sentencia afirma acertadamente que en ambos casos «imperera el fin primordial de garantía» y que «el objetivo perseguido no es distinto». Partiendo de esta premisa, el Tribunal hace hincapié en el hecho de que, en estos casos, existe «una manifiesta divergencia

⁽³⁾ En *Il Foro italiano*, 1984, I, p. 212, con apostilla de MACARIO; en *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1, p. 1648, con apostilla de DANUSSO; en *Giustizia civile*, 1983, I, p. 2953, con apostilla de AZZARITI; en *Nuova giurisprudenza civile*, 1985, I, p. 97, con apostilla de ROCCO. Dicho planteamiento ha sido confirmado por las SSTS italiano núm. 7271/83, en *Il Foro italiano*, 1984, I, p. 426; la núm. 3784/87, en *Repertorio del Foro italiano*, 1988, bajo *Patto commissorio*, núm. 4, y la núm. 46/88, en *Repertorio del Foro italiano*, 1988, I, p. 387.

⁽⁴⁾ En *Il Foro italiano*, 1987, I, p. 799.

entre el objetivo práctico de garantía, perseguido por ambas partes, y la causa típica de la venta», hecho ante el cual ha de juzgarse dicha venta como simulada. Nos hallamos ante una respuesta correcta y pertinente al continuo debate acerca de si la venta bajo condición resolutoria (en garantía) debe considerarse simulada (debiendo considerarse admisible, en consecuencia, la simulación) o si, por el contrario, es más bien verdadera, real y de tipo fiduciario.

En cualquier caso, de sostener eventualmente el punto de vista contrario de negocio fiduciario, las afirmaciones *in obiter* de la sentencia impondrían conclusiones radicalmente novedosas, aunque desde la misma óptica. Analizando la parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia que nos ocupa, resulta particularmente contrastada y ha de juzgarse absolutamente improponible la idea romanista de la *fiducia cum creditore*, admitida hasta ahora ⁽⁵⁾.

Se hace referencia al pasaje de la sentencia que califica de «causal y no abstracta la transmisión». La «causa» –como ya hemos dicho antes– se ha identificado correctamente «en el pacto interno de garantía, voluntad de las partes» y no en la *fiduciae causa*, considerada en sentido abstracto, que inducía a minimizar el pacto interno a simple motivo ⁽⁶⁾. La misma propiedad de la que se hipotiza la transmisión se interpreta aquí como «provisional» y no se considera «plena y definitiva», tal y como se sostenía con anterioridad. En cualquier caso, el Pleno considera igualmente un negocio fiduciario como éste completamente ilícito y nulo desde la óptica del fraude a la ley –*ex art. 1344 del CC italiano* ⁽⁷⁾–.

⁽⁵⁾ G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, en *Scritti giuridici*, Milán, 1948, págs. 1-32, 52-101, 105-120; C. GRASSETTI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1936, I, p. 345; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milán, 1964, págs. 334 y ss.; R. NITTI, *Negozio fiduciario*, voz del *Novissimo digesto*, Turín, 1965, XI, p. 202; V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, voz de la *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1978, XXVIII, p. 32; G. PUGLIESE, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civili.*, 1945, II, p. 156; también *id.*, 1946, I, p. 87, y en *Rivista di diritto civile*, 1955, II, p. 1064. En relación con la fiducia germánica: A. DE MARTINI, en *Giurisprudenza italiana*, 1946, I, 1, p. 321; U. CARNEVALI, en *Dizionario del diritto privato*, Milán, 1980, págs. 455 y ss. y bibliografía citada. En sentido crítico, en general: S. PUGLIATTI, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, págs. 298 y ss.; M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milán, 1957, p. 298.

⁽⁶⁾ GRASSETTI, *ob. cit.*, págs. 348, 353, 358-362, 363-372, 375-377.

⁽⁷⁾ A este respecto, véase también: G. PUGLIESE, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civili*, 1946, I, págs. 87 y ss.

2. – Comencemos a adentrarnos exhaustivamente en el fenómeno contemplado por la prohibición del pacto comisorio.

El pacto comisorio puede definirse como «el acuerdo mediante el cual el deudor transmite la propiedad definitiva de un bien en garantía al propio acreedor con el fin de saldar por compensación (total o parcial) la deuda contraída en caso de incumplimiento por su parte, sin previsión alguna de estima de su valor sobre la base de aquellos vigentes en dicho momento». Puede tratarse de una deuda contraída al mismo tiempo que la estipulación del contrato (*in continenti*) o bien previamente (*ex intervallo*). Ello ocurre frecuentemente cuando la deuda originada previamente se aplaza ⁽⁸⁾.

El pacto comisorio concierne necesariamente, como ya hemos señalado, al bien constituido en garantía del crédito y no ya a cualquier otro bien que integre el patrimonio del deudor. Desde el punto de vista dogmático, la disposición o cláusula comisorial tiene, pues, carácter accesorio en relación con el vínculo de garantía y, en definitiva, con el negocio fiduciario que da origen a dicho vínculo. Ello resulta evidente en el caso en que el bien sea objeto de prenda, hipoteca o anticresis (conocidas como *garantías explícitas*). No obstante, la distinción conceptual es bastante menos perceptible en las denominadas *garantías implícitas*, tales como la venta en garantía de la que trata la sentencia que nos ocupa ⁽⁹⁾.

A este respecto, cabe señalar que, por lo general, «la venta en garantía» no resulta manifiesta y, a mayor razón, se oculta la cláusula comisorial. Por lo general el negocio aparente viene representado simple y llanamente por la venta de un bien del deudor al acreedor. Las concretas circunstancias en las que se enmarca la venta y, por tanto, los acuerdos internos celebrados junto con la documentación creada por las partes, revelarán que la venta sin más tiene un carácter simulatorio, al tiempo que disimula la función subyacente de garantía y la asociada cláusula comisorial. Ello se verifica con toda claridad en el caso en que las partes consideran que la deuda perdura con respecto de la venta y de la hipotética compensación mediante

⁽⁸⁾ M. BIANCA, en *Il Foro padano*, 1958, I, p. 457, así como también *id.*, 1961, I, p. 49, y en *Rivista di diritto civile*, 1987, II, págs. 117 y ss. (véase también *Il divieto*, cit., págs. 79 y ss.).

⁽⁹⁾ Entre otros muchos, cfr.: BIANCA, *ob. ult. cit.*, págs. 114 y ss.

el precio presunto, y cuando calculan, por si fuera poco, los intereses ulteriores.

La distinción entre un negocio fiduciario y una cláusula comisorio representa, no obstante, una teoría admisible desde el punto de vista dogmático cuando se trata de una garantía implícita en que se presumen dos negocios existentes en un único contexto en lugar de un solo negocio.

El carácter ilícito (además de nulo) del pacto comisorio entraña la plena libertad de prueba entre las partes, tanto oral como presuntiva, en virtud del art. 1417 del CC italiano. La cuestión concierne, tal y como se deduce de la presente sentencia, tanto a la estipulación de pactos comisorios bajo condición suspensiva como a la de aquellos otros bajo condición resolutoria. En particular, podremos considerar que la venta con pacto de rescate tiene un carácter simulado y que encubre un préstamo con pacto comisorio. En definitiva, las características fundamentales de la cláusula comisorio residen en el hecho de que:

A) El bien destinado a saldar la deuda es el bien específico en garantía (y no ya un bien cualquiera de los que integran el patrimonio del deudor).

B) La cesión tiene lugar sin garantía alguna de una justa valoración del bien en relación con el momento en que pasa a integrar definitivamente el patrimonio del acreedor ⁽¹⁰⁾.

C) Por último, el acreedor no adquiere el bien compitiendo con otros posibles compradores (tal y como ocurre, teóricamente, incluso en las ventas en pública subasta).

Estas circunstancias determinan el peligro de que el acreedor pueda enriquecerse en perjuicio del deudor y justifican el interés social y/o colectivo. Asimismo, es lógico entender la razón por la que se ha venido considerando lícito el denominado pacto marciano (asociado a la valoración del bien) ⁽¹¹⁾ y, en definitiva, el que se haya considerado igualmente nulo el pacto comisorio, con efecto obligatorio, y su epílogo conclusivo ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ A este respecto, cabe destacar la intervención de Gianquinto en la sesión celebrada el 4 de julio de 1940, acerca de los arts. 690 y 691 del anteproyecto del Código Civil.

⁽¹¹⁾ U. CARNEVALI, *Patto commissario*, voz de la *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1982, XXXII, págs. 501 y ss.; BIANCA, *Il divieto*, cit., págs. 202 y ss.

⁽¹²⁾ Entre otros muchos, cfr.: BIANCA, *ob. cit.*, págs. 177 y ss.

3. – Pasemos ahora a considerar el problema principal relacionado con la interpretación que ha de considerarse preferible, problema resuelto por la sentencia que nos ocupa, que se pronunció a favor de la interpretación extensiva.

Estando aún en vigor el código anterior, se planteó el problema relativo a la extensión de la prohibición del pacto comisorio de la prenda a la hipoteca (que no estaba incluida). La doctrina legal predominante ⁽¹³⁾ y la jurisprudencia más antigua de los tribunales de casación regionales ⁽¹⁴⁾ se inclinaban por la interpretación extensiva. Por el contrario, tras la Sentencia del Pleno de 28 de julio de 1923 ⁽¹⁵⁾, el TS italiano y Brugi ⁽¹⁶⁾ defendieron la postura restrictiva en base al pretendido carácter excepcional y a la prohibición de analogía deducible del art. 4 de las leyes de bases de la época. Esta disputa volvió a surgir con el nuevo código (que extendía la prohibición a la hipoteca y al pacto *ex intervallo*) en lo referente a las ventas en garantía. La teoría restrictiva, asimilada por la jurisprudencia menos reciente, ampliaba la prohibición hasta incluir la venta en garantía bajo condición suspensiva, si bien la excluía en el caso de venta en garantía bajo condición resolutoria ⁽¹⁷⁾. Sin embargo, el nuevo enfoque adoptado por la Sentencia de legitimidad núm. 3800/83 y la doctrina legal dominante ⁽¹⁸⁾ se declararon, en principio, a favor de la interpretación extensiva.

El Pleno del TS italiano pone fin a la disputa en torno a esta cuestión afirmando abiertamente que la interpretación literal es totalmente desatendible y que carece de fundamento.

⁽¹³⁾ G. P. CHIRONI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1917, II, p. 708; E. ALBERTARIO, *id.*, 1924, II, p. 233; E. BETTI, *id.*, 1931, II, p. 688.

⁽¹⁴⁾ Entre otras muchas: STJ de Roma, de 15 de mayo de 1914, en *Repertorio del Foro italiano*, 1914, voz *Mutuo*, núm. 3.; STJ de Nápoles, de 23 de febrero de 1911, en *Repertorio del Foro italiano*, 1911, voz citada, núm. 6.

⁽¹⁵⁾ En *Il Foro italiano*, 1923, I, p. 935, y en *Rivista di diritto commerciale*, 1924, II, 233, con apostilla de ALBERTARIO.

⁽¹⁶⁾ En *Rivista di diritto commerciale*, 1929, II, p. 46.

⁽¹⁷⁾ Entre otras muchas: SSTS italiano núm. 6005/82, en *Repertorio del Foro italiano*, 1982, voz *Patto commissorio*, núm. 3; la núm. 2854/80, en *Repertorio del Foro italiano*, 1980, voz citada, núm. 2 y, por último, la núm. 1390/73, en *Repertorio del Foro italiano*, 1973, voz *Vendita*, núm. 80.

⁽¹⁸⁾ F. CARNELUTTI, en *Rivista di diritto processuale*, 1946, II, p. 156; BIANCA, *ob. loc. cit.*; G. STOLFI, en *Il Foro padano*, 1957, I, p. 767; DALMAZZO, en *Rivista di diritto commerciale*, 1957, I, p. 80; ANDRIOLI, en *Commentario di Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1955, *sub art.* 2744 y, en general, los comentadores de la citada STS italiano núm. 3800/83.

La motivación se demuestra del todo acertada. En efecto, el enfoque restrictivo del que hablábamos antes resulta contradictorio. La interpretación restrictiva podría haber tenido algún sentido si se hubiese restringido la prohibición a los casos de prenda, hipoteca y anticresis, en virtud de los arts. 1963 y 2744 del CC italiano. Por su parte, se revela totalmente incoherente la opinión que extiende la prohibición al caso no previsto de la venta en garantía bajo condición suspensiva (siguiendo una interpretación extensiva), mientras que se remite a la interpretación restrictiva a fin de excluir la venta en garantía bajo condición resolutoria.

Nos hallamos, pues, ante dos opciones completamente distintas e injustificadas. El Pleno del TS sigue identificando la *ratio* de la prohibición en la doble necesidad de salvaguardar, por un lado, a la parte económicamente más débil frente a la posibilidad «de una coacción moral del acreedor» y, por otro, de preservar la expectativa de los demás acreedores del principio de la *par conditio* ⁽¹⁹⁾. En pasado, algunos autores no consideraron completamente satisfactoria esta fórmula ⁽²⁰⁾. En realidad, la admisibilidad del pacto marciano demuestra que el ordenamiento italiano se preocupa, en sentido extremadamente relativo, de preservar el principio de la *par conditio* en este contexto ⁽²¹⁾. Cabe profundizar ulteriormente en el estudio de la *ratio*. En particular, se plantea el problema de identificar en concreto la *ratio* cuyas últimas consecuencias no conduzcan a negar la libertad del deudor y del acreedor para hacer entrega o recibir una cosa distinta de la debida conforme al art. 1197 del CC italiano, sino que resulte conciliable, más bien, con dicha norma. Se trata, pues, de entender la relación diferencial existente entre *cessio in solutum*, válida por naturaleza, y el pacto comisorio, inválido por su parte.

Este tema precisa de una profundización.

⁽¹⁹⁾ F. CARNELUTTI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1916, II, págs. 887 y ss.

⁽²⁰⁾ Se ha observado con acierto que, en relación con el pacto comisorio, carecen de relevancia el hecho de que el valor del bien sea superior al préstamo y que, en concreto, el acreedor se beneficie en perjuicio del deudor, quien podría recurrir a la solución prevista por el art. 1448 del CC italiano.

⁽²¹⁾ El pacto marciano legitima la satisfacción preferencial del acreedor individual en detrimento de la *par conditio*.

Como hemos observado, la cesión comisoria concierne no sólo al destino, de cara a la satisfacción del crédito, del bien vinculado a su garantía y no de cualquier otro bien integrante del patrimonio del acreedor. En el caso en cuestión, la condición vinculada del bien limita, en la práctica, la posibilidad de enajenarlo a terceras partes a un precio más alto, dado que se les pone en condición de desconfiar y se les desincentiva de competir de cara a la compra, por lo que dicho bien queda inevitablemente destinado, desde el principio, a contar tan sólo con el acreedor en concepto de adquirente y se somete «a sus condiciones».

Ante estas circunstancias, el sistema legal italiano se preocupa por salvaguardar al deudor hasta el momento en que disponga del bien (también en favor del propio acreedor, eventualmente) y de las oportunidades (*chances*) de vender aquel bien, como alternativa, a terceros interesados en la compra. El legislador italiano no excluye, pues, el que el deudor pueda ceder dicho bien –*ex art. 1197*– al acreedor, si bien prohíbe su transmisión anticipada o incluso su cesión al mismo sujeto, dado que ello equivaldría a privarlo de la libertad contractual. A este respecto, la libertad se identifica con el hecho de tomar decisiones alternativas concretas y no abstractas.

Así pues, la *ratio* de la prohibición puede formularse de la siguiente forma: la cesión al acreedor del bien objeto de garantía debe ser la expresión inequívoca de una voluntad libre y el deudor no debe verse absolutamente privado de la posibilidad de vender dicho bien a terceras partes. Por lo general, el acreedor sólo puede constituirse en cesionario sobre la base de una evaluación.

A este respecto, la motivación del Pleno del TS italiano se revela perspicaz y totalmente acertada en la medida en que justifica la protección legislativa basándose en la necesidad de evitar que el propietario-deudor se vea «privado de la libertad para negociar». En este sentido, la prohibición confirma y preserva la libertad contractual y la propiedad misma.

Por otra parte, la motivación del Pleno se revela igualmente incisiva en cuanto considera el principio «común a numerosas instituciones». En la práctica el ordenamiento italiano no se suele mostrar a favor de una adjudicación que prescinda de la valoración del bien. Así pues, el art. 2798 del CC italiano prevé la adjudicación del bien en concepto de prenda al acreedor única y

exclusivamente «en función de la evaluación efectuada con pericia y dependiendo del precio vigente, si la cosa tiene un precio de mercado».

En consecuencia, en el apremio la adjudicación del bien pignorado podrá realizarse tan sólo después de la deserción de la primera subasta y siempre a un valor mínimo vinculado al precio de base de la venta, aunque la nueva subasta se celebrará acogiendo toda oferta (arts. 506, 538.2.º y 536.2.º del CPC italiano). De la misma forma, la adjudicación de un inmueble se contempla tan sólo tras la venta infructuosa y a un precio vinculado al de la evaluación (arts. 588 y 589 del CPC italiano). Esto mismo se extiende, en particular, a la disciplina por la que se rige la transmisión o cesión de bienes a los acreedores. En Italia, se hipotiza únicamente la cesión *pro solvendo* frente a la *pro soluto*, en cuyo caso los acreedores son titulares de poderes y facultades de administración y liquidación (arts. 1977-89 del CC italiano) con el control del deudor, a quien se le reconoce, en todo caso, el derecho a un eventual superávit (arts. 1982-83 del CC italiano). El derecho de expropiación de los bienes cedidos sigue recayendo sobre los restantes acreedores precedentes. A este punto, concluiremos diciendo que el sistema legal italiano prohíbe todo pacto o acto mediante el cual se destine de forma preventiva el bien objeto de garantía a la eventual satisfacción del acreedor, en cuanto mira a preservar la residual libertad del propietario deudor para disponer de dicho bien. Asimismo, observaremos que carece totalmente de relevancia el hecho de encontrarse dicha disposición subordinada a la condición suspensiva, y no ya a la resolutoria.

4. – En el contexto anteriormente descrito, cabe reconocer que la venta en garantía representa un caso extremadamente significativo de cláusula comisorias prohibida. En efecto, en virtud de la anterior se sustrae el bien a la facultad de disposición del propietario-deudor transformándolo en una especie de prenda no técnica del acreedor y, al mismo tiempo, se adjudica anticipadamente de cara a cumplir su función en concepto de crédito. A este respecto, carece de importancia el que la cláusula esté subordinada de forma indistinta a una condición

suspensiva o resolutoria. Desde una cierta óptica, esta última hipótesis es susceptible de prohibición a mayor razón, ya que aquí la libertad residual del deudor para disponer del bien se revela incluso menor respecto del caso anterior, y el bien se considera «inmediatamente» propiedad del acreedor y destinado a satisfacer su finalidad crediticia. Bajo este orden de ideas adquiere carácter secundario –como hemos dicho al principio– que la enajenación comisorio se presuma, desde el punto de vista dogmático, como negocio fiduciario «*fiducia cum creditore*», y no como un contrato atípico prohibido. No puede deducirse de la eventual calificación fiduciaria (entendida prevalentemente conforme a la teoría romanista frente a la germánica y, viceversa) ⁽²²⁾ justificación alguna de la validez de un negocio ilícito con arreglo al art. 1344 del CC italiano. En este sentido, carece también de utilidad el intento por determinar si la venta en garantía con pacto de rescate encubre en realidad una cláusula comisorio prohibida bajo condición suspensiva ⁽²³⁾. Se prohíben ambos casos. Por otra parte, estos tienen en común la «ausencia de un precio» y «la finalidad de garantía», mientras que el acreedor adquiere la propiedad definitiva tan sólo como resultado de la no restitución del importe satisfecho en su momento.

El Pleno del TS italiano afirma con acierto que en este tipo de negocio «el saldo no representa el pago del precio, sino la actuación de un préstamo, mientras que la transmisión del bien representa el acto constitutivo de una garantía a todas luces provisional y susceptible de evolución, dependiendo de si el deudor paga o no restituye la suma recibida».

Desde otro punto de vista, las SSTS aportan al intérprete un claro elemento diagnóstico para distinguir la cláusula comisorio bajo condición resolutoria, prohibida legalmente, de la venta con pacto de rescate, lícita por naturaleza y válida *ex arts.* 1500 y siguientes del CC italiano. Se trata de determinar si la venta con pacto de rescate tiene o no por objeto la garantía, ya que en este caso, debido al carácter comisorio del negocio, hemos de concluir su ilicitud.

⁽²²⁾ PUGLIESE, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civili*, 1946, II, págs. 87 y ss.

⁽²³⁾ BIANCA, en *Il Foro padano*, 1958, I, p. 456.

5. – Llegados a este punto, es conveniente profundizar en el tema relacionado con la extensa polémica suscitada, en pasado, por la venta en garantía.

No obstante, el hecho de que el Pleno del Tribunal haya considerado este negocio, calificado desde el punto de vista dogmático, ilícito y nulo en toda circunstancia, invalida prácticamente la disputa generada. ¿Qué importancia puede tener la distinta clasificación teórica de un negocio calificado, no obstante, de ilícito?

Para poder completar el razonamiento, pasemos a ver sus implicaciones. La venta en garantía es realizable actuando o poniendo en práctica un negocio simulado de venta de cara a asegurar, con carácter inmediato, una función de garantía y, por tanto, en caso de verificarse el incumplimiento, una cesión definitiva.

Comenzaremos viendo qué significado ha de atribuirse al concepto de «garantía». Ante todo, cabe excluir que el acreedor ostente, a raíz de esta «garantía», un derecho de preferencia frente a los restantes acreedores, quienes podrán seguir ejerciendo sus facultades ejecutivas sobre dicho bien en virtud del derecho de prelación que les asiste. Ello equivale a afirmar que el acreedor no goza de derecho real de garantía o de prelación alguno frente a terceras partes. Dicha garantía ni siquiera atribuye de por sí al acreedor la facultad de enajenar el bien ni, cuanto menos, de satisfacer su propio crédito, salvo en cumplimiento de un mandato específico que incluye la obligación de rendir cuentas ⁽²⁴⁾. La prelación de la que el acreedor podrá usufruir frente a terceros será meramente factual, en la medida en que estos últimos intercambien la propiedad aparente por real y se abstengan de acometer contra él *in executivis*, esto es, por vía ejecutiva. Ello depende, en gran parte –como ya hemos señalado ⁽²⁵⁾– del secreto o confidencialidad de las partes en relación con esta apariencia. En este sentido, resulta acertado hablar de «garantía implícita».

La garantía contemplada en el caso que nos ocupa en favor del acreedor se dirige sustancialmente al deudor-propietario de cara a impedirle disponer del bien, sustrayéndolo así al derecho de retención (en sentido no técnico) que compete a todo acreedor sobre

⁽²⁴⁾ La ausencia de la obligación de información o de rendir cuentas lo transformaría en un pacto comisorio.

⁽²⁵⁾ BIANCA, *Il divieto*, cit., págs. 114 y ss., 243 y ss.

todo bien del deudor, esto es, a la garantía genérica correlata a la responsabilidad ilimitada *ex art.* 2740 del CC italiano. La finalidad consiste en sustraer dicho bien al poder y facultad de disposición del propietario-deudor en perjuicio del acreedor o, cuanto menos, la de dificultar extremadamente su realización.

En definitiva, el término garantía, como ya se destacó en su momento ⁽²⁶⁾, se emplea aquí con el significado de «garantía en sentido económico o prejurídico» y, más exactamente, de «medida cautelar».

Dicho término parece hipotizar una forma anómala de secuestro o embargo de tipo cautelar en lugar de judicial, con arreglo a los arts. 1798 y siguientes del CC italiano ⁽²⁷⁾. Este negocio no ha de considerarse prohibido de por sí, en cuanto se limita a prever el origen del vínculo cautelar y no contempla tampoco la transmisión de la propiedad del bien al acreedor, en la que se materializa la cláusula comisorio.

No obstante, dicho pacto resulta inadmisibles para el ordenamiento italiano ya que no prevé la tutela por parte del acreedor, sino tan sólo de un tercero conforme al art. 1798 del CC italiano.

La actuación de un vínculo de garantía de esta índole (entendido como cautela) puede lograrse en abstracto cancelando la titularidad del bien por parte del deudor-propietario y registrándolo a nombre del acreedor. Éste es el caso del uso de la teoría de la fiducia germánica ⁽²⁸⁾, asociada a un mandato también en interés del acreedor y, por tanto, irrevocable en virtud del art. 1723.2.º del CC italiano o, más genéricamente, a un acuerdo de retención en sentido lato ⁽²⁹⁾.

El ordenamiento italiano admite la transmisión de la sola titularidad (o propiedad formal) del bien del deudor al acreedor frente a terceros de forma limitada a los valores, a las cuotas societarias y a los títulos de crédito, con arreglo a

⁽²⁶⁾ PUGLIATTI, *ob. cit.*, págs. 306 y ss.

⁽²⁷⁾ NICOLETTI, en *Giustizia civile*, 1969, I, p. 1226; STS italiano núm. 3252/57, en *Repertorio del Foro italiano*, 1957, voz *Sequestro*, núm. 79.

⁽²⁸⁾ Esto es factible en el caso de titularidades fiduciarias de participaciones societarias.

⁽²⁹⁾ BETTI, *ob. cit.*, p. 705, alude a una retención convencional en general. Dicha retención se considera ilícita por oposición al pacto comisorio, en mi opinión erróneamente, por parte de W. D'AVANZO, *Ritenzione*, voz del *Novissimo digesto*, Turín, 1969, XVI, págs. 68, 172 y ss.

la Ley núm. 1966, de 23 de noviembre de 1939, y la Ley núm. 148, de 13 de abril de 1987, en materia de sociedades fiduciarias. En este caso, la propiedad económica o sustancial ⁽³⁰⁾ permanece en manos del deudor. La transmisión de la mera legitimación formal por parte del deudor al acreedor de los títulos y valores antes mencionados puede desempeñar una pura y simple función de garantía. En este caso, no recae de por sí en el ámbito de la prohibición del pacto comisorio, siempre que se recurra a ella como simple medio de garantía y no se extienda a la transmisión de la propiedad económica o sustancial del bien.

Contrariamente, si se verifica esta última posibilidad nos encontraremos ante un caso muy distinto, es decir, ante una titularidad en concepto de garantía y la transmisión definitiva, o lo que es lo mismo, un pacto comisorio. En relación con los títulos antedichos, ello ocurrirá no ya cuando se efectúe simplemente el endoso o *transfert* en el libro de accionistas, sino cuando se transmita la plena propiedad (es decir, también económica) mediante una nota de venta del deudor al acreedor de cara a satisfacer el crédito. Este negocio se traduce en un pacto comisorio prohibido, al igual que ocurre en cualquier otro caso de venta en garantía como veremos más adelante.

6. – El ordenamiento italiano no prevé la transmisión de la titularidad fiduciaria de un inmueble del deudor al acreedor como medio de garantía.

A mayor razón, ello no puede verificarse a través de un negocio fiduciario que dé lugar a una *fiducia cum creditore*, conforme al planteamiento romanista ⁽³¹⁾. Estas transmisiones fiduciarias no son, cuanto menos, transcribibles o no se pueden registrar sobre los inmuebles, dado que no recaen bajo el ámbito del *numerus clausus* de los casos contemplados en el art. 2643 del

⁽³⁰⁾ CARNEVALI, *ob. loc. cit.*; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 85. La distinción es habitual en las jurisprudencias alemana y suiza, en cuyos ámbitos el negocio está sujeto a las reglas del mandato y las cuentas fiduciarias no aparecen en el balance financiero.

⁽³¹⁾ El estudio realizado ha revelado que no existe rastro alguno de transcripciones en los registros inmobiliarios de los negocios fiduciarios o de sentencias al respecto. Las sentencias teóricamente a favor de su admisibilidad no llegan a defender igualmente su transcripción.

CC italiano ⁽³²⁾y no se encuentran incluidas entre aquellas identificables debido al efecto análogo sobre la base del art. 2645 ⁽³³⁾.

Al no ser transcribibles, ninguna de ellas puede garantizar, en definitiva, la cancelación de la titularidad del inmueble por el propietario-deudor y el registro del mismo a nombre del acreedor. Como consecuencia, no pueden desempeñar una función de garantía, aun cuando sea desde la perspectiva cautelar antes mencionada.

Tanto menos pueden transcribirse o registrarse al tratarse esencialmente de negocios disimulados. En pasado, la venta en garantía bajo condición resolutoria (con pacto de rescate, de retroventa o de retrocompra) se consideraba un caso de transmisión fiduciaria de concepción romanista. Desde este punto de vista se ha hecho hincapié en la exhuberancia del medio respecto del objetivo y se ha sostenido que es real y verdadera, más bien, y no susceptible de ser simulada, al tiempo que representa un contrato atípico de causa abstracta (*fiduciae causa*) en el que el acuerdo interno constituye un simple motivo, principalmente sin importancia ⁽³⁴⁾. Desde mi punto de vista, esta postura dogmática es inaceptable, al tiempo que resulta inadmisibles la propia fiducia romanista en el ordenamiento italiano.

Por otra parte, el razonamiento antes expuesto se traduce en una petición principal, en la medida en que parte de las premisas no demostradas según las cuales se trata de una venta con pacto de rescate efectiva y no simulada y que, asimismo,

⁽³²⁾ A este respecto, entre otros muchos: PUGLIATTI, *ob. cit.*, págs. 302 y ss.

⁽³³⁾ G. MARICONDA, *La trascrizione*, en *Trattato*, bajo la dirección de RESCIGNO, 19, Turín, 1986, págs. 100 y ss.

⁽³⁴⁾ A este respecto y en relación con la admisibilidad del negocio fiduciario, con las características indicadas, en el ordenamiento italiano: SSTS italiano núm. 5663/88, en *Il Foro italiano*, 1989, I, p. 101; la núm. 560/85, en *Repertorio del Foro italiano*, 1987, voz *Contratto in genere*, núm. 295, y la núm. 6423/84, en *Repertorio del Foro italiano*, 1985, voz *Simulazione civile*, núm. 8. En lo referente a la ejecución específica del *pactum fiduciae*: STS italiano núm. 6478/84, Sección I, en *Repertorio del Foro italiano*, 1985, I, p. 2325, con apostilla de MAZZIA. No nos sumamos a este planteamiento desprovisto de respaldo legislativo y –en mi opinión– reemplazado por la sentencia que nos ocupa.

debe considerarse válida porque materializa una fiducia romanista, admisible en el sistema legal italiano.

En realidad, cabe desestimar la opinión que asegura que la simulación es incompatible con la venta, ya que todo negocio puede ser simulado ⁽³⁵⁾. En otros términos, hay que determinar si partes, en el marco de sus mutuas relaciones contractuales, no han querido sencillamente procurarse una garantía en lugar de comprar o vender. Por otra parte, un acuerdo bilateral no puede dar origen a una interposición real, sino tan sólo ficticia. Claramente, cabe excluir que un negocio simulado pueda producir los mismos efectos que un negocio análogo verdadero y real. A este resultado contradictorio conduce, sin embargo, la opinión que lo enmarca en el ámbito de la fiducia de concepción romanista. No obstante, la coherencia nos lleva a admitir que el vendedor simulado puede reivindicar el bien, que sus acreedores pueden expropiarle de él y que, eventualmente, la masa de la quiebra puede adquirirlo so pena de quiebra fraudulenta (arts. 216.1.º, epígrafe núm. 1, y 216.3.º de la Ley Concursal).

La sentencia del Pleno del TS italiano se pronuncia en este sentido en la parte dedicada a los fundamentos jurídicos al observar que, en la venta en garantía con pacto de rescate existe una manifiesta divergencia entre el objetivo principal de las partes y la causa típica de la venta ⁽³⁶⁾. Ello equivale a afirmar su carácter simulado.

La novedad más importante de esta sentencia –desde mi punto de vista– reside precisamente en el hecho de liquidar la fiducia romanista en sus aspectos característicos. Se hace referencia a aquellos pasajes que consideran la transmisión del bien causal y no abstracta (o *fiduciae causa*) y el acuerdo interpartes como la causa del negocio y no su simple motivo ⁽³⁷⁾. Asimismo, adquiere

⁽³⁵⁾ Se incurre en el error opuesto al sostener que el *lease-back* (o arrendamiento) equivale al pacto comisorio. De hecho, factores como la valoración del bien adquirido, el tipo profesional llevado a cabo por las sociedades de arrendamiento financiero o la ausencia de una *causa credendi*, no justifican la generalización de dicha conclusión. Ello no excluye que pueda existir, bajo determinadas circunstancias de hecho, pacto comisorio.

⁽³⁶⁾ En este sentido: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Turín, 1943, págs. 248 y ss.

⁽³⁷⁾ La Sentencia de 13 de julio de 1973 del Tribunal Federal suizo, mediante la que se anulaba la Sentencia de 21 de septiembre de 1971 del Tribunal de Lugano en relación con la causa por la Quiebra de Banca Vallugano, consideró causal (*causa mandati*) el negocio fiduciario, admitido por el ordenamiento suizo, y sustituyó el

relevancia otro pasaje en el que se excluye el que pueda existir una transmisión definitiva de la plena propiedad, análoga a la *mancipatio* de concepción romanista, mientras que, como máximo y por el contrario, puede hipotizarse la transmisión de una propiedad provisional ⁽³⁸⁾. En definitiva, la única fiducia admisible en el ordenamiento italiano, limitadamente a los casos en los que se permite y con certeza de la exclusión de los bienes inmuebles, es la que concierne a la titularidad formal (esto es, la fiducia de concepción germánica).

7. – Concluida la digresión precedente, volvamos al tema de la venta en garantía de un bien inmueble.

Para que llegue a producirse la anulación de la titularidad del propietario-deudor y se registre la titularidad a nombre del acreedor, es necesario recurrir a un negocio aparente que sea registrable, cuya forma más consuetudina es la compraventa simulada. No obstante, al ser simulada, está destinada a no producir, en teoría, efecto traslativo alguno, por lo que el vendedor conserva la propiedad y el acreedor no deviene propietario.

En cualquier caso, la simulación y la consiguiente ausencia de efectos requieren tiempo antes de reconocerse firmemente mediante una sentencia; durante ese lapso de tiempo, el propietario-deudor permanece «atado de manos» y no goza de libertad para disponer del bien frente a terceros. Esta situación queda enmarcada en el contexto de la *ratio*, base de la prohibición del pacto comisorio.

Además de esta situación cautelar meramente factual, para que pueda existir un pacto comisorio es preciso que las partes acuerden, asimismo, la posible transmisión definitiva del bien al

enfoque opuesto favorable a la abstracción. En época más reciente, se introducía, en Italia, el art. 30 del Decreto-ley núm. 69, de 2 de marzo de 1989, convertido en la Ley núm. 151, de 27 de abril de 1989, según la que el fiduciante debe pagar la imposición fiscal que grava las propiedades fiduciarias registradas a nombre de otros. Ello representa el último de los razonamientos contrarios a la fiducia de concepción romanista.

⁽³⁸⁾ Acerca de la propiedad provisional: M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, en *Il circolo giuridico*, 1930, págs. 69 y ss.; U. NATALI, *La proprietà*, Milán, 1962, págs. 145-154; PELOSI, *La proprietà risolubile*, Milán, 1975.

acreedor de cara a satisfacer el crédito. Dicha transmisión se incluye virtualmente en la venta en garantía y la disposición del bien por parte del acreedor, aun cuando sea hipotética, debe presumirse salvo prueba en contrario. La venta «encubre, pues, una cláusula comisoría» que puede probarse con arreglo al art. 1417 del CC italiano. En efecto, se trata de una venta predispuesta de cara a la compensación con el crédito, garantizado por la titularidad cautelar, y no al canje del bien por un precio. La venta, también desde este punto de vista, es aparente y encubre un pacto comisorio en su parte dispositiva. Es indudable que en nuestro caso no podemos hipotizar un negocio indirecto ya que ello equivaldría a utilizar un negocio simulado como medio encaminado a alcanzar un ulterior objetivo ⁽³⁹⁾.

Como conclusión, llegados a este punto no podemos por menos que afirmar que el negocio encubierto por la venta en garantía, ya esté subordinada ésta a una condición suspensiva o resolutoria, está ni mas ni menos constituido en su fisionomía unitaria (esto es, como medio de garantía y de saldo del crédito) por el pacto comisorio, prohibido con arreglo al art. 2744 del CC italiano y en virtud de la *ratio* antedicha.

Se remiten al texto:

L. BARBIERA, *Codice civile commentato*, Giuffrè, 1991, págs. 237, 247 (donde manifiesta su desacuerdo con mi tesis acerca de la inaplicabilidad de los negocios fiduciarios a los bienes inmuebles); C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Turín, 1993, I, p. 686, nota 15; G. GITTI, *Diritto del patto commissorio etc.*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, I, p. 461, nota 9.

⁽³⁹⁾ El negocio indirecto presupone que el negocio-medio sea verdadero y no simulado.