

## LA EJECUCIÓN DE LA PRENDA DE DERECHOS SOCIALES. NUEVAS ALTERNATIVAS

Ignacio Paz-Ares Rodríguez

Notario de Madrid

---

TITLE: *The foreclosure of the pledge of social rights. New alternatives*

RESUMEN: El presente trabajo se hace eco de la problemática actual que presentan los procedimientos de ejecución de las garantías reales, especialmente su falta de efectividad. A partir de esta premisa se plantea la posibilidad de introducir modalidades ejecutivas de base convencional, más ágiles y eficientes. Este análisis se detiene en el estudio del origen, carácter y finalidad de la prohibición del pacto comisorio en nuestro derecho, acotando su alcance, para dejar fuera de su ámbito de aplicación aquellos pactos que, como el marciano, aseguran el ejercicio del *ius distrahendi* sobre la base del valor objetivo del bien gravado. También incide, superado el debate sobre el carácter necesariamente jurisdiccional de la ejecución, sobre el ámbito de configuración que se reconoce a la autonomía privada en esta materia. Finalmente, se hace un esbozo de los principales hitos procedimentales sobre los que podría desenvolverse la ejecución basada en un pacto marciano.

ABSTRACT: *This article echoes the current problems raised by the “in rem” guarantee foreclosure procedures, especially their lack of effectiveness. Considering this premise, the possibility of introducing more agile and efficient conventional-based foreclosure modalities is proposed. This analysis encompasses the study of the origin, character and purpose of the prohibition of the forfeiture clause (“pacto comisorio”) in our law; thus, it does not address the agreements, such as the so-called martian clauses (“pacto marciano”), which allow the exercise of the ius distrahendi on the basis of objective value of the encumbered asset. Once the debate on the necessarily jurisdictional nature of enforcement procedures has been overcome, this article also elaborates on the margin for configuration that is acknowledged to private autonomy in this matter. Finally, the main procedural milestones on which the execution based on a martian clause could unfold are briefly outlined.*

PALABRAS CLAVE: Prenda de acciones y participaciones. Ejecución pignoraticia. Pacto comisorio. Pacto marciano. *ius distrahendi*. Apropiación de la garantía. Ejecución privada..

KEY WORDS: *Pledge of shares and participations. Pledge foreclosure. Forfeiture clause. Martian clause. Ius distrahendi. Appropriation of the guarantee. Private foreclosure.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA FALTA DE EFECTIVIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS: CONSECUENCIAS Y SOLUCIONES. 2. LA PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO Y SU FUNDAMENTO. 3.- EL PACTO MARCIANO: SU DIMENSIÓN ACTUAL. 4. EL PROCEDIMIENTO “PRIVADO” DE EJERCICIO DEL IUS DISTRAHENDI. 5.- EL DERECHO DE DEFENSA DEL DEUDOR, Y DE LOS TERCEROS, EN LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA. 6. OPERATIVIDAD DE LA “FORMULA MARCIANA”. 7. PRESUPUESTOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LA EJECUCIÓN MEDIANDO PACTO MARCIANO. 7.1 *Título ejecutivo y título constitutivo*. 7.2. *Emplazamiento al deudor, pignorante y terceros. Oposición a la ejecución*. 7.3. *Procedimiento de valoración. La fijación objetiva del valor del bien*. 7.4. *Liquidación de la deuda y adjudicación de las acciones o participaciones*. 7.5. *Consignación y reparto del sobrante*. 7.6. *Posición de los titulares de derechos posteriores a la garantía que se ejecuta. Cancelación de cargas posteriores*. 8. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA FALTA DE EFECTIVIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS: CONSECUENCIAS Y SOLUCIONES

La garantía supone un reforzamiento del derecho de crédito, por cuanto potencia su recuperación por parte del acreedor. Le dota de calidad, mediante la adición de una facultad externa al propio crédito, y esa calidad se gradúa en función de su eficiencia. Una de las condiciones que marca la efectividad de la garantía es la de su ejecutividad<sup>1</sup>, que se traduce en la facultad de obtener la satisfacción del crédito actuando sobre otros patrimonios distintos del propio del deudor, como ocurre en las garantías personales, o de realizar el valor del bien dado en garantía, para aplicarlo al pago de la obligación garantizada. La prenda, como en general las garantías reales, (dadas sus características básicas, como la preferencia al cobro, su eficacia *erga omnes* y su resistencia concursal) aparece dotada de esta posibilidad de realización que aísla el valor del bien gravado para la satisfacción del crédito garantizado, disminuyendo así el riesgo de insolvencia del deudor. El propio Código Civil<sup>2</sup> reconoce como atributo inherente a la prenda el *ius distrahendi* que se confiere a su titular. Se concibe como una facultad que conforma el derecho patrimonial que tiene el acreedor pignoraticio, susceptible de ejercicio una vez que la obligación garantizada ha vencido sin que haya sido adecuadamente satisfecha, mediante el cual se realiza el valor de la garantía para aplicarlo al pago de aquélla.

El *ius distrahendi*, constituye un elemento esencial de la prenda, es lo que la dota de sentido. Sobre este derecho descansa la función satisfactoria de la garantía<sup>3</sup>, al permitir que se realicen mediante su conversión en efectivo los bienes gravados en seguridad de la obligación garantida. Pero no basta con que exista o con que se reconozca este derecho, sino que el mercado de crédito necesita que su ejercicio pueda resultar satisfactorio, lo que implica que se desenvuelva en condiciones adecuadas que permitan la más rápida recuperación del importe asegurado, para que pueda ponerse de nuevo en circulación. No se trata solo de hacer invulnerable este derecho del titular de la garantía, sino de que también sea eficiente. En el tráfico jurídico el prestigio de

<sup>1</sup> VEIGA COPO A *Eficiencia y función de la garantía*, disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/59954/EFICIENCIA%20DE%20LA%20GARANTIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, señala que la magnitud de la eficiencia de la garantía “viene de la mano de un eficaz instrumento, la ejecución, sea ésta individual o lo sea en un escenario de concurrencia conflictual de múltiples acreedores y en los que poder hacer frente al incumplimiento de la obligación con una ejecución o venta del bien garantizado o incluso una apropiación del mismo que no expropiación de valor”.

<sup>2</sup> Art. 1858 Cc.

<sup>3</sup> BUSTOS PUECHE J E, *Teoría General sobre los Derechos de Garantía*, ADC Vol. 43, Nº 2, 1990, págs. 539-572), DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO M S, *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en el derecho español*, ARANZADI 2020).

una garantía real se mide por su aptitud para asegurar y satisfacer el cobro de la obligación garantizada, en definitiva, para cubrir la eventualidad de su incumplimiento (aún en la hipótesis de mayor riesgo que supone la insolvencia del deudor) en un tiempo razonable. El propio funcionamiento del mercado financiero pone de manifiesto que cuanto mejor funciona la garantía mayor es el flujo de capital ajeno disponible para financiar las inversiones y menor el coste de su utilización, al acotar el riesgo del acreedor, lo que fomenta y facilita el intercambio de bienes y servicios<sup>4</sup>. Si la garantía es de carácter real esta virtualidad aseguradora resulta robustecida dado que los bienes gravados se sujetan al cumplimiento de la obligación garantizada confiriendo al titular de la garantía una preferencia de cobro sobre los mismos, preferencia que se impone *erga omnes*. La función de seguridad gravita instrumentalmente sobre la conservación de la cosa gravada y la satisfactoria sobre la realización de su valor. En la fase de seguridad, *pendente obligatione*, las facultades del titular de la garantía se orientan a preservar el valor de la cosa gravada, sobre el que descansa la cobertura del riesgo asegurado. En la fase de ejecución, que se activa cuando la obligación asegurada resulta incumplida, la garantía permite la recuperación del crédito, esto es que el acreedor se satisfaga con el importe que se obtenga por la realización de su valor a través de los mecanismos ejecutivos previstos al efecto. Llegados a este punto, ambos sujetos, el tomador y el prestador la garantía tienen un interés jurídicamente protegido a la obtención, en su caso, del mayor valor del activo gravado. Cuanto más idóneo sea el mecanismo de ejecución de la garantía, menores serán el riesgo y el tiempo de recuperación para el acreedor y más posibilidades tendrá el deudor de rescatar el valor sobrante. Desde una perspectiva abstracta, la posibilidad de ofrecer una garantía que cumpla estas condiciones de idoneidad aumenta la seguridad del financiador, minorando sus riesgos y sus costes de transacción y decisión, y, a la vez, aprovecha al financiado, en tanto le coloca en mejor posición de obtener crédito y de conseguirlo en condiciones más favorables. A nadie se le escapa que el propio valor de los activos también se mide por la virtualidad de servir de garantía, como presupuesto para acceder al mercado financiero. Una forma de obtener rendimiento de los mismos, nada desdeñable, es precisamente su utilización para lograr recursos financieros. Desde esta perspectiva puede decirse que la consistencia y la efectividad del *ius distrahendi*, anejo a la garantía, facilita el acceso al crédito, favorece que se obtenga en mejores condiciones y también contribuye a atenuar la tentación del acreedor a sobre garantizarse.

<sup>4</sup> MACÍA MORILLO A, Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán, InDret 1/2013, p. 6.

El derecho español ofrece varios expedientes para el ejercicio del *ius distrahendi*, tanto de carácter procesal como extrajudicial. Sin embargo, en buena medida, el mercado financiero no siempre los estima adecuados. Por una parte se resalta su carencia de agilidad, pues se dilatan en el tiempo, y su lentitud acrecienta los costes de ejecución y aumenta el riesgo de conservación del valor de la garantía, circunstancia que se acentúa en las garantías pignoraticias por razón de la mayor volatilidad de la mayoría de las cosas muebles, frente a los inmuebles, lo que genera en no pocas ocasiones la depreciación de los bienes pignorados, ya por la dificultad de conservación de su valor por parte del acreedor, especialmente en la fase ejecutiva, ya por la desidia del deudor que se aquieta a su inevitable pérdida; todo ello opera en detrimento no solo del acreedor, sino también del deudor<sup>5</sup>. Pero, por otra parte, la falta de transparencia del mercado de bienes en situación de ejecución, destacadamente por las dificultades que encuentran los eventuales postores al examen y comprobación de su estado, restringe la concurrencia y competitividad de ofertas y aboca a una irremediable minusvaloración de los activos gravados, situación que sufren igualmente tanto el acreedor como el prestador de la garantía<sup>6</sup>. Esta circunstancia, predicable de todas las garantías reales, resulta especialmente significativa en la prenda de derechos sociales, donde no existe un mercado transparente de acciones (no cotizadas) y de participaciones sociales que permita establecer valores objetivos de referencia, lo que, además de reducir el número de posibles postores interesados, sujeta su valoración a un riguroso examen de los estados financieros de la compañía concernida al tiempo de la ejecución. En el caso de estas prendas los criterios de valoración previos contemplados en el art. 694 LEC o quedan desfasados, por la enorme fluctuación que experimentan estos activos, o resultan inadecuados, como ocurre especialmente cuando se atiende exclusivamente al valor de la deuda. Todo esto pone de relieve, y así se constata en la práctica, la ineficiencia de los sistemas tipificados de ejecución, circunstancia que no ha pasado desapercibida al legislador (como ha tenido ocasión de destacar la jurisprudencia, especialmente la de la DGRN, incluso en un sector tan regulado como es el hipotecario, donde el mercado goza de mayor transparencia y los activos son más resistentes al deterioro), que se ha visto obligado a poner límites a las

<sup>5</sup> Así, también se destaca que uno de los aspectos adversos que se anudan a la dilatación de los tiempos de ejecución viene constituido porque la evaluación de la solvencia por parte de los bancos ya no se basa tanto en el valor del bien dado en garantía, sino en la capacidad de generación de ingresos por parte del deudor (en este sentido MARINO R, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, disponible en [https://blog.ilcaso.it/news\\_754](https://blog.ilcaso.it/news_754)).

<sup>6</sup> Como acertadamente señala el profesor MIQUEL GONZÁLEZ, JM (prólogo al libro *Cuestiones Actuales de las garantías reales mobiliarias*, La Ley, Temas, 2013), en referencia a la hipoteca, “muchos deudores hipotecarios estarían mejor protegidos y más satisfechos de lo que están ahora, si hubieran pactado que el acreedor pudiera apropiarse de la cosa hipotecada por un valor previamente acordado u objetivamente fijado”.

posturas<sup>7</sup> para asegurar que la ejecución respete algún porcentaje mínimo del valor de tasación otorgado *ab initio* al activo gravado. Por otra parte, los expedientes extrajudiciales, que en principio habrían de servir de vías alternativas para imprimir mayor celeridad a la ejecución, no han alcanzado una utilización significativa, en unos casos por razones prácticas (problemática de las notificaciones, imposibilidad de imputar todas las costas de la ejecución, dificultad de la entrega posesoria, etc.) y en otros por la desactualizada y exigua regulación, generadora de altas dosis de incertidumbre, como ocurre con el expediente previsto en el artículo 1872 Cc para la ejecución pignoraticia, que demanda una importante labor de integración y de diseño contractual que no siempre allana dudas y ofrece derroteros seguros para la ejecución. A estas circunstancias cabe añadir, con carácter general, que tampoco se ha despejado con nitidez el papel regulatorio que puede desempeñar la autonomía de la voluntad, su alcance y sus límites, pues todavía no se ha alcanzado a fijar con la claridad deseable la frontera del contenido dispositivo e imperativo de las normas concernidas por la ejecución, aunque la evolución del derecho europeo, y de una parte importante de los derechos nacionales, marca una tendencia a ampliar el campo de actuación de las previsiones negociales.

Ante este panorama, el legislador se muestra renuente a abrir la mano y regular nuevas fórmulas alternativas de ejecución, con mayor participación de la autonomía de la voluntad, por el temor latente, y en ocasiones justificado, a que el acreedor abuse de su posición para defraudar los legítimos derechos del titular del bien gravado o saque provecho de la situación de fragilidad en que se encuentra la persona que sufre carencias financieras. Como certeramente se ha apuntado<sup>8</sup>, el legislador es consciente de esta tensión, pero no se atreve a enfrentarse directamente a esta delicada cuestión. Esta tensión se refleja igualmente, en términos dialécticos, en la propia doctrina, donde la disparidad de criterios conduce a posiciones dispares, a veces enfrentadas, como se pone en evidencia en las dos monografías recientemente publicadas sobre esta materia.<sup>9</sup>

El caso es que este escenario provoca consecuencias adversas en el mercado financiero, entre las que podemos destacar las siguientes. La primera es que encarece y dificulta el acceso al crédito, especialmente para aquéllos (como ocurre en muchos sectores empresariales que desarrollan proyectos comerciales o tecnológicos, de los

<sup>7</sup> Arts. 651 y 670 LEC.

<sup>8</sup> RODRIGUEZ ROSADO B, en el prólogo a la monografía que luego se cita, *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en el derecho español* ARANZADI 2020.

<sup>9</sup> DURAN RIVACOBBA (*La garantía comisorio*, BOSH- Volters Kluwer, 2021) y DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO M S, (*La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en el derecho español*, ARANZADI 2020).

que es exponente el mundo de las *start up*) que carecen de activos que coticen en mercados transparentes y líquidos, como son el inmobiliario o el bursátil. En segundo lugar, y conectado con lo anterior, la necesidad, a veces imperiosa, de financiación propicia la huida a circuitos financieros más opacos, en los que intervienen mayormente operadores privados que no cuentan con un estatuto regulado y controlado, como el que caracteriza a las entidades de crédito, que se acogen a figuras indirectas o construcciones simuladas mediante las cuales se trata de sortear las prohibiciones legales, no solo para imponer precios altos al dinero, sino también para lucrarse en la ejecución, más allá de su legítimo derecho de recuperación de lo debido. A veces, también se trata de buscar la solución a través del recurso a otros mecanismos, como el fórum shopping, singularmente en el ámbito de la prenda sobre acciones y participaciones sociales, con el propósito de sustraerlos a la aplicación de los esquemas legales patrios<sup>10</sup>, mediante la sujeción de las garantías a leyes y foros extranjeros cuya regulación más flexible favorece una ejecución más ágil<sup>11</sup>. Por último, la experiencia enseña que la subasta pública, figura en la que desembocan la práctica totalidad de las vías de apremio, no se ha mostrado, en la inmensa mayoría de los casos, como un instrumento eficiente para conseguir el valor previsto o acordado de las cosas dadas en garantía<sup>12</sup>, lo que se traduce en un evidente perjuicio, no solo para el acreedor, que trata de paliar este resultado, sobre asegurándose, limitando el capital prestado a una parte del valor de la garantía e incrementando del precio del dinero para compensar el riesgo de insatisfacción, sino especialmente para el deudor que asiste impasible a la difuminación del valor de sus activos. Además, los largos tiempos de la ejecución, especialmente los inherentes a las subastas, contribuyen a aumentar los riesgos y los costes de la operación asegurada.

<sup>10</sup> El preámbulo del RDL 5/2005 ya advertía sobre “*el grave riesgo de inmediata deslocalización de la prestación de garantías financieras*”.

<sup>11</sup> Es el caso de la denominada prenda Luxemburguesa, que, muy resumidamente, consiste en la articulación de una estructura societaria, mediante la interposición de dos sociedades luxemburguesas (adquiridas o creadas ad hoc por el pignorante), y pasa por la aportación de las acciones o participaciones de la compañía financiada a la primera sociedad domiciliada en Luxemburgo, que está íntegramente participada por la segunda (que, a su vez, está íntegramente participada por el pignorante), siendo las acciones o participaciones de esta última las que en definitiva se pignoran, para asegurar así la sujeción a esta ley extranjera y la competencia de su jurisdicción.

<sup>12</sup> Como apunta MARTÍNEZ ESCRIBANO (*La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales*, INDRET 2/2104), “es importante tener en cuenta que cualquiera que sea el modo en que se desarrolle la subasta, es iluso pretender que pueda obtenerse fácilmente un precio de mercado o próximo a éste. Evidentemente, nunca se obtendrá un precio superior valor al de mercado, pues cualquier postor preferirá adquirir entonces un bien similar en el mercado. Y tampoco se llegará a obtener el precio de mercado, porque las circunstancias en que se desenvuelve la subasta hacen más gravosa la adquisición y ello sólo se compensa para los postores si van a obtener el bien por un precio inferior”.

## 2. LA PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO Y SU FUNDAMENTO

La insuficiente respuesta que ofrece nuestra legislación de garantías, particularmente la que se ocupa de las mobiliarias, ha favorecido y estimulado el desarrollo de una compleja regulación contractual, sobre todo en el ámbito de la garantía prendaria, al amparo de la libertad estipulativa que inspira a nuestro derecho patrimonial. Esta regulación convencional se articula para cubrir y complementar los silencios de la ley, incluso en materia de ejecución, como ocurre habitualmente para facilitar la integración del art. 1872 Cc, pero no siempre logra despejar todas las incertidumbres, probablemente porque los parámetros de actuación de la autonomía privada no aparecen claramente dibujados y se disparan las alarmas en cuanto apenas se traspasa la difusa línea que marca los contornos del sistema ejecutivo, marcado por el dogma de la imperatividad. Con todo, lo que demanda actualmente nuestro derecho de garantías, y a ello se orienta, es dar un paso adelante para, además de dotar de dinamismo a la garantía (construyendo moldes que la hagan más fungible y flexible), explorar otras vías privadas que permitan dotar de mayor eficiencia a la ejecución. La cuestión clave, en lo que se refiere a esta última cuestión, es delimitar el campo de actuación de la autonomía de la voluntad en este escenario ejecutivo, para afinarlo y optimizarlo, sin por ello exponer o desmerecer los derechos del ejecutado y los de aquellos terceros a quienes se trasladan las consecuencias de la ejecución, entre las que se encuentra el riesgo de insolvencia del prestador de la garantía. Comúnmente se señalan varios tipos de escollos, unos de orden privado, que se manifiestan en los reparos de nuestra legislación civil, y otros de naturaleza pública, que se desenvuelven en torno al carácter de las reglas y principios procesales.

En el ámbito del derecho privado, el principal obstáculo que limita la libertad estipulativa viene dado por la prohibición del pacto comisorio contenida en el artículo 1859 Cc, que limita las posibilidades de configuración convencional del poder ejecutivo del acreedor, particularmente que pueda adueñarse de la cosa o disponer de ella, mostrando un claro rechazo de los mecanismos de apropiación.

Esta prohibición, cuyo seguimiento histórico no concita una interpretación unánime, aparece en el devenir evolutivo del derecho romano de donde pasa a nuestros textos históricos<sup>13</sup> y, tras algunos vaivenes, se incorpora al Código civil de 1889 como un límite estructural de la prenda y, en general, de todos los derechos de garantía. A partir de su consagración en el artículo 1859 Cc, mayoritariamente se ha deducido, con cierta inercia por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, la inviabilidad, por ilicitud, de los pactos que facultaban al acreedor para disponer o apropiarse de la garantía, criterio

<sup>13</sup> Vid la evolución histórica de esta figura en DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, op. cit. p. 27 y ss.

que se reforzaba bajo el argumento de que la única forma de ejecución extraprocésal de la prenda (salvo que tuviese por objeto valores cotizados) era la contemplada en el artículo 1872 Cc, cuyas previsiones eran netamente imperativas<sup>14</sup>.

Desde una perspectiva iusprivatista, tradicionalmente se entiende que esta regla prohibitiva aparece diseñada para impedir que el tomador de la garantía incorpore a su patrimonio la facultad de apropiación y la facultad de disposición del bien gravado acaparando todo su valor. Cualquier contravención de esta regla determina la nulidad absoluta del pacto comisorio (no de la garantía<sup>15</sup>), al infringir un precepto que se ha calificado de *ius cogens*, incluso de orden público<sup>16</sup>. Sobre esta consideración, un destacado sector doctrinal abunda en que se trata, además, de un pacto que encierra una inmoralidad manifiesta<sup>17</sup>. Imperatividad, inmoralidad e ilicitud son las razones que se aducen para justificar la fuerza expansiva de la norma, pero sin que se profundice en su finalidad, en el efecto nocivo que traja de atajar, para así aquilatar su perímetro prohibitivo.

Bajo el horizonte de estas consideraciones, la justificación más técnica de esta prohibición se hace descansar, principalmente por la jurisprudencia, en que el pacto comisorio supone la quiebra de la conmutatividad de los contratos. La DGRN, siguiendo las pautas de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo,<sup>18</sup> desarrolla esta idea señalando que la norma trata de proteger al deudor de los eventuales abusos del acreedor que tiende a prevalerse de la necesidad de crédito que tiene el deudor, abusos que se traducen en el perjuicio que para éste se deriva de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución, que es aprovechada en su beneficio por aquél. Sin embargo, en puridad, no se trata de un problema de conmutatividad (que, en rigor, significa que el intercambio de prestaciones esté

<sup>14</sup> STS de 26 de diciembre de 1995.

<sup>15</sup> A salvo que resulte que la operación garantizada en su conjunto no se hubiese celebrado sin el pacto de comiso nulo. Hay que tener presente, como recuerda CORDERO LOBATO E, *Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio*, Las garantías en el Derecho Mercantil: problemática actual, Cuadernos de Derecho y Comercio. Colección monografías, 2021, p. 626 y s., que en este caso (a diferencia de lo que para la usura prevé el art. 3 de la ley Azcárate de 1908) no se deriva ninguna consecuencia sancionadora para los que infrinjan la prohibición contenida en el art.1859Cc.

<sup>16</sup> STS 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999, 26 de abril de 2001, 5 de junio de 2008, RDGRN de 12 de septiembre de 2012, 22 de febrero de 2013, entre otras. Es curioso que se enmarque este precepto dentro del sector de mayor imperatividad, como es el del “orden público”, toda vez que existen normas estatales (DL 5/2005) y autonómicas (art. 468 del Fuero Navarro) que se desvían de esta regla prohibitiva (en el mismo sentido BARRÓN ARNICHES P., *La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario*, RCDI nº 785, mayo 2021).

<sup>17</sup> DURAN RIVACOBÁ, op. cit. p. 29 alude a que este pacto “refleja el torticero aprovechamiento de la necesidad ajena”.

<sup>18</sup> RDGRN de 5 de septiembre de 2013.



previsto de manera fija al perfeccionar el contrato), ni de equivalencia de prestaciones (toda vez que el código en los contratos que suponen intercambio deja su fijación a la voluntad de los contratantes, minimizando la posible incidencia de las acciones rescisorias por perjuicio de una de las partes)<sup>19</sup>.

El sentido de esta prohibición, dentro de nuestro sistema eminentemente causalista, podría explicarse desde su conexión con la causa de la garantía, que es únicamente la satisfacción de la pretensión del acreedor -la satisfacción de la obligación asegurada- y no la transmisión dominical de la cosa gravada (cuyo valor rebasa aquella pretensión). Todo lo que exceda del marco de la satisfacción de la obligación garantizada queda fuera de la *causa garantiae*: los poderes del acreedor quedan estructuralmente limitados por esta causa negocial, lo que significa que la *hyperocha*, o el *superfluum*, esto es, el mayor valor de la cosa sobre el importe de la prestación asegurada ha de corresponder necesariamente al deudor o pignorante, en definitiva, al propietario de la cosa<sup>20</sup>. Es cierto que históricamente el pacto comisorio se ha ligado a una posición de predominio y de abuso del acreedor, pero, aunque no fuese así, la causa de la garantía no puede por sí sola justificar la apropiación por parte del acreedor, pues excede de su finalidad de caución o asegurativa<sup>21</sup>. Más que una defensa de la conmutatividad de las prestaciones, lo que busca el legislador es que no se suplante el derecho de ejecución del acreedor, su *ius distrahendi*, por un mecanismo transmisivo que dé cobertura a la libre apropiación (material o dispositiva) de la garantía, aprovechando para sí, el mayor valor de la cosa gravada sobre el importe de la prestación debida. La causa *garantiae* establece el importe de la obligación garantizada como límite de la facultad de recuperación del acreedor. Esta idea la resalta de manera muy gráfica, aunque, con otras palabras, la STS de 21 de febrero de 2017, al decir que constituye un presupuesto del comiso que “*el pacto de apropiación... se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza*”<sup>22</sup> pues evidencia que esta conexión causal

<sup>19</sup> Quizás por ello, el Derecho Civil Catalán, más celoso que el Código civil con la tutela del precio justo y del equilibrio de prestaciones en los contratos onerosos, no consagra (al menos de forma explícita), la prohibición del pacto comisorio (621-46 CCCat). La STJC n.º 12/2019, de 18 de febrero, cuyo criterio confirma otra sentencia del mismo tribunal de 28 de febrero de 2019, llega a afirmar que “*No existe una regla general prohibitiva con carácter general del pacto comisorio en derecho civil catalán...sin perjuicio de ser rechazado cualquier tipo de enriquecimiento injusto que conforme a las circunstancias del caso revelen un inadmisibles sacrificio patrimonial para el deudor, el propietario del bien o para los dos*).

<sup>20</sup>La STS de 6 de abril de 1992 dice que “*la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésta la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender*.”).

<sup>21</sup> Ésta, funcionalmente, se contrae a la protección del crédito garantido.

<sup>22</sup> O, como gráficamente dicen CARRASCO, LOBATO MARIN, *Tratado de los Derechos de Garantía* (2ª ed), p. 208, la norma prohíbe los pactos que entrañan una apropiación causalizada en la concesión del crédito.

no justifica el efecto traslativo, lo que no excluye que pueda aparecer esa causa traslativa suficiente en un posterior convenio solutorio<sup>23</sup>. Podría pensarse que el artículo 1859 Cc refuerza una prohibición tipológica que impide convertir o transformar la garantía en un contrato traslativo, en contra de lo previsto en el art. 609 Cc<sup>24</sup>. De esta forma cabría sostener que la norma aquilata el consentimiento del pignorante y lo tiene por coincidente con su voluntad estricta de dar garantía, sin que su posición como garante real se empañe con un eventual pacto traditorio poco madurado, que se acepte por la acuciante situación financiera, o porque se considera, por un exceso de confianza, como una hipótesis de realización poco probable, lo que provoca que no se ponderen adecuadamente sus consecuencias, ni se fije el precio que el pignorante aceptaría en caso de venta, circunstancias que resultan muy proclives cuando acecha la necesidad de financiación<sup>25</sup>. Conviene insistir en que el sistema del Código civil, en el marco de los contratos de intercambio, no se inmiscuye en el precio de las cosas, cuya fijación se deja a la voluntad de las partes, a las que solo protege frente al error o el engaño, bajo el presupuesto de que hay un acuerdo sobre la cosa y el precio y la causa traslativa del contrato, es decir de aquéllos en función de ésta. El precio queda voluntad de las partes y se determina libremente en función del valor de intercambio de la cosa. Sin embargo, en los contratos de garantía el consentimiento opera sobre otros elementos, los propios de la causa asegurativa (bien diferente de la causa traslativa), cuyos presupuestos negociales son distintos, cualquiera que sea la cobertura contractual que se utilice<sup>26</sup>. De ahí la prevención con que actúa el código al

<sup>23</sup> STS 4 de febrero de 2020: *en caso de tratarse de una deuda líquida, vencida y exigible (como sucedía en el caso de la dación en pago objeto de la Resolución de DGRN de 20 de julio 2012) la transmisión del inmueble mediante la venta (o a través de una dación en pago) no puede tener una función de garantía sino una finalidad solutoria.*

<sup>24</sup> La STS de 4 de febrero de 2020, con cita de la RDGRN de 20 de julio de 2012, gráficamente señala que *"no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, "por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e "intervivos" de los derechos reales (cfr. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (cfr. artículo 1.261-3.º, 1.274 a 1.277 del Código Civil)".* En parecido sentido DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, op. cit. p. 44, señala que un pacto comisorio ab initio coetáneo en el tiempo a la constitución de la garantía, no puede convertirse en un modo de adquisición de la propiedad ante el incumplimiento del deudor.

<sup>25</sup> En la misma dirección CARRASCO, LOBATO y MARIN, op. cit (2ªEd), p.208, señalan que la ratio del art. 1859 Cc también puede obedecer a proteger cautelarmente al deudor cuando hay indicios, como los que resultan de la concesión de la facultad de apropiación, para dudar de que dicho pacto obedezca a la libre voluntad de aquél.

<sup>26</sup> La STS de 15 JUNIO 2008, destaca este aspecto: *Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato debidamente causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado (en tal caso el precio solo es aparente, la transmisión dominical solo obedece a esa final de garantía y eso carece de eventualidad para justificar el efecto traslativo (artículos 1261.3 y 1274 del Código Civil).*

reputar nulo el pacto de apropiación, por no haber un verdadero consentimiento sobre los elementos básicos del contrato traslativo, pues no recae sobre un precio, o un valor objetivo de la cosa, que no se contempla ni queda suplido por el importe del préstamo. No hay consentimiento para el intercambio, sino una voluntad de mera caución. Todo lo más que puede haber es un asentimiento, vinculado a la concesión del crédito, debido a imprevisión, fragilidad, necesidad o estado ilusorio del pignorante, a asumir la apropiación como consecuencia de un incumplimiento que seguramente estima improbable, pero que no convierte al crédito en causa suficiente de la atribución patrimonial inherente a la apropiación. Desde esta perspectiva es razonable entender que el pacto de apropiación se concibe en la mente del legislador más como un mecanismo susceptible de desvirtuar la estructura causal del contrato de garantía, que como un medio para su ejecución forzosa.

Pero quizás quepa ahondar un poco más y reconocer al pacto comisorio una significación propia, que opera más allá, o con cierta independencia, del sistema traslativo y de sus incidencias causales. Lo que persigue la norma, fundamentalmente, es simplemente prohibir que el incumplimiento de la obligación asegurada produzca una lesión injustificada al deudor, que desencadene para éste unas consecuencias más gravosas que las que se derivan del propio incumplimiento. Por esto, el centro de gravedad de la prohibición incide, más que en impedir que en la fase asegurativa de la garantía el reparto de facultades y de poder sobre la cosa se organice (fiduciariamente) de una u otra forma y que, incluso, trasluzca alguna huella traslativa, en evitar que el desenlace de la situación agrave las consecuencias económicas propias del incumplimiento del deudor (en perjuicio de éste o de otros terceros), o limite sus medios de defensa. En definitiva, que no se expropie al prestador de la garantía (ni a sus acreedores) de valor de ésta, sino hasta donde llegue la responsabilidad por su infracción negocial<sup>27</sup>. Se rechaza la función del pacto como medio solutorio, como medio de pago al acreedor, no como método de ejecución. La garantía no puede servir para alterar los parámetros del incumplimiento, legitimando una apropiación indiscriminada de la misma por parte del tomador, sino para garantizarlos. Más que una protección subjetiva, de la parte débil, hay una protección objetiva de la función de la garantía que va indisolublemente unida a un mecanismo ejecutivo. De este modo, cabe resaltar que el artículo 1859 Cc configura al *ius distrahendi* como elemento esencial e indisponible de la prenda, de la garantía, cuyo ejercicio se concibe en interés de las dos partes, como derecho del acreedor, pero también como un derecho

<sup>27</sup> La norma busca fundamentalmente prohibir un concreto resultado (que se estima contraproducente e injustificado) por lo que la nulidad se proyecta sobre todo clase de esquemas contractuales que persiguen el objetivo prohibido por el art. 1859 Cc (y no tanto por razón de un concreto medio o tipo contractual utilizado).

inalienable del pignorante (y terceros afectados por la garantía) a la ejecución (operando, de esta forma, como un límite estructural a las facultades que convencionalmente se puedan conceder al tomador de la garantía, que no pueden suplantar ni eliminar la fase ejecutiva y liquidatoria).

La única vía para contrapesar y reequilibrar esta situación y evitar que se desnaturalice la causa *garantiae* pasa por establecer los mecanismos precisos para impedir que el acreedor reciba más de lo que se le debe, extremo que se controla a través de un procedimiento de ejecución. Esta es la verdadera finalidad de la norma, que rige cualquiera que sea la estructura o molde contractual que presente la garantía. Por eso, aunque se recurra a la transmisión en garantía, como forma fiduciaria de organizar la respectiva posición del tomador y del prestador de la garantía, el transferimiento dominical nunca sería pleno y definitivo en fase asegurativa (salvo que una norma específica lo permita, contrapesando por otra vía el derecho del ejecutado), pues solo se consolidaría como tal mediante un acto de ejecución de la misma<sup>28</sup>. Este es el punto

<sup>28</sup>La transmisión en garantía, cuestión que excede del objeto de este trabajo, ha suscitado un vivo debate en nuestro país, sin que hasta esta fecha se hayan alcanzado soluciones de amplio consenso. En general la jurisprudencia, tanto la del Tribunal Supremo como la del Centro Directivo, entienden que la transmisión en garantía no es idónea para producir una transferencia dominical plena y actual del dominio del bien afectado, lo que ha provocado que en la práctica se haya recurrido a modalidades de negocios simulados bajo las que se trata de esconder la *causa garantiae* (venta con pacto de retro, opción de compra, o una simple venta contra documentada por un pacto de garantía, etc.). En contraste con el sistema de nuestro código (art.609 Cc), diferentes legislaciones admiten sin ambages la transmisión de la propiedad basada en un acuerdo de garantía, principalmente aquellos sistemas jurídicos en los que el desplazamiento dominical es poco causalista o abstracto, como ocurre en Alemania, lo que implica reconocer una mayor capacidad de configuración comercial a la autonomía de la voluntad, al margen de la causa subyacente de la atribución patrimonial.

En Alemania, como es sabido, la transmisión en garantía es una figura consolidada. Se trata de una figura de creación jurisprudencial justificada por la necesidad de articular una garantía que no despoje de la posesión (como ocurre en la prenda) al prestador de la garantía, pues no se contemplan garantías mobiliarias no posesorias como la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento. En la práctica, la transmisión en garantía opera exclusivamente en el ámbito mobiliario. Bajo este esquema, de perfiles claramente fiduciarios, la propiedad se transfiere al acreedor, que se convierte en propietario, si bien sus facultades internamente aparecen reducidas por el acuerdo de garantía. Este acuerdo contiene, básicamente, la obligación del deudor o garante real de transmitir la propiedad del bien, la determinación de los créditos que resultan asegurados, los derechos y deberes de las partes en orden a la conservación de los bienes concernidos, el sistema y las condiciones de realización del valor en caso de incumplimiento y el derecho del prestador de la garantía a obtener la retransmisión una vez pagadas las obligaciones garantizadas. En definitiva, mediante este mecanismo (que requiere, asimismo, de un acuerdo independiente -de carácter real y abstracto- de transmisión dominical) se invierte en buena medida la posición jurídica de las partes, toda vez que se transfiere la práctica totalidad del poder jurídico sobre los bienes afectados al tomador de la garantía, mientras que la posición jurídica del que la presta, sin perjuicio de gozar de la posesión inmediata, que conserva, solo dispone de la protección contractual que resulta del acuerdo de constitución de la garantía (lo que le confiere únicamente una pretensión obligacional a la recuperación de la garantía, una vez satisfecho el crédito garantido, sin perjuicio de que si se hubiere pactado que la transmisión se sujeta a la condición resolutoria de que se pague la deuda, efectuado el pago, el transmitente recupera de forma inmediata la propiedad). El

acreedor, investido como titular dominical, no obstante las limitaciones que derivan del acuerdo de garantía, podría enajenar la cosa dada en garantía a un tercero, que consolidaría su adquisición en tanto que se trata de una transmisión realizada por quien tiene legitimación para disponer sobre la cosa, esto es, sin necesidad de acudir a las normas de protección de la buena fe de los terceros (a menos que se hubiese pactado la condición resolutoria, antes aludida), a diferencia de lo que ocurre respecto de los actos dispositivos del prestador de la garantía y poseedor inmediato, que solo resultarían eficaces frente a terceros de buena fe que gocen de especial protección. En definitiva, este sistema consolida la transferencia del poder real al acreedor y, correlativamente, desviste al prestador de la garantía, prácticamente, de todos los atributos inherentes a la propiedad, pues solo conserva la posesión y las facultades, de orden obligacional, derivadas del acuerdo de garantía (salvo que medie el concurso del prestador de la garantía). Incluso el derecho de retransmisión que asiste al prestador de la garantía solo opera en el plano obligacional (pues la garantía no se concibe como accesoria del crédito, Westerman) lo que determina que aquélla, la retransmisión de la propiedad, no se produzca automáticamente al cancelarse el crédito garantido, sino que necesita de un acto con eficacia real de retransmisión. Con todo, el derecho de propiedad del tomador de la garantía no es ilimitado, sino que se difumina en dos supuestos: ante una situación concursal y ante el incumplimiento de la obligación garantizada. La titularidad del tomador de la garantía, su derecho de propiedad plena, no es resistente al concurso del prestador de la garantía donde se diluye como una titularidad meramente fiduciaria (asimilándose a un *ius in re aliena*), que no le confiere derecho de separación, sino exclusivamente un derecho prioritario al cobro. Por otra parte, a pesar de la posición de titular dominical que ostenta el acreedor en la fase de seguridad, en caso de que se produzca el incumplimiento de la prestación asegurada los poderes del acreedor tampoco son plenos, sino que han de seguir el procedimiento para realizar el valor de la cosa, ya sea el convenido o cualquiera de los legalmente previstos; no tiene una facultad libérrima de apropiación o venta, sino que ha de actuar diligentemente de modo que la ejecución se haga de la forma más provechosa, respetando la posición del prestador de la garantía, lo que exige que de alguna manera medie una valoración objetiva; en otro caso podría responder frente a éste de los perjuicios provenientes de una actuación negligente o fraudulenta. Bajo esta figura también late la idea de que el prestador de la garantía tiene derecho al exceso del valor (real y objetivo) del bien afectado sobre el importe de la obligación asegurada, ya sea por razón de la prohibición de los pactos de *lex comisoriae* (que expresamente solo se prevé para la prenda y la hipoteca, pero que en la actualidad mayoritariamente se estima que también se alcanza a esta figura), ya sea por considerar que dicha facultad constituye una exigencia del acuerdo de garantía, lo que determinaría la ilicitud de la actuación que conduzca a otro resultado (sobre esta cuestión vid RODRÍGUEZ ROSADO B, "La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y sus problemas para su aceptación en España, RDC, MACIA MORILLO A, Una aproximación a la transmisión en garantía en derecho alemán, InDret, 1/1023, CARRASCO, CORDERO MARIN, La propiedad como instrumento de garantía, Tratado..., TI, p.650 y ss., WESTERMAN, H, Derechos Reales, colección Clásicos Contemporáneos, Fundación Cultural del Notariado 2007, La transmisión en garantía, p. 585 y ss).

En nuestro país la transmisión del dominio exige, además de la *traditio*, un contrato con fuerza traslativa. Los contratos de garantía pueden alcanzar esa fuerza traslativa, pero solo *ex post*, mediante el ejercicio del *ius distrahendi*. Antes, el contrato de garantía carece de causa idónea o suficiente para que opere la transmisión plena y actual de la propiedad. En la fase de seguridad, no se reconoce al tomador de la garantía como propietario pleno, ni *inter partes*, ni frente a terceros. Nada de esto, sin embargo, parece incompatible con el reconocimiento de un cierto efecto traslativo, a través de la creación de una titularidad fiduciaria, que permitiría que tomador y prestador de la garantía organicen y compartan la titularidad y la legitimación dominical (una suerte de titularidad *prodiviso*), de manera que ninguno de ellos la tuviese plena. No parece que haya obstáculos para reconocer efectos a esta figura, que es lo que normalmente se busca con las transmisiones fiduciarias en garantía (en que, a diferencia de las simuladas, la causa *garantiae* no se esconde, ni simuladamente se suplanta por una típica causa *traslationis*). Es lo que ocurre en la cesión de créditos en garantía, en el endoso en garantía o en la opción de compra en garantía. Ningún reparo debería ponerse a esta modalidad, cuando la verdadera causa se refleja en el contrato. Acaso, tampoco debiera suscitar especiales reservas o reparos, aunque se

---

disimule mediante otra propiamente traslativa, cuando esa simulación sea meramente instrumental -no fraudulenta- para adecuar *pendente* garantía las facultades externas del tomador de la garantía a las internas y lícitas que son inherentes a la propia garantía. Es lo que ocurre a veces en las garantías sobre acciones o participaciones sociales en que para lograr externalizar frente a la sociedad los poderes que al tomador de la garantía se le reconocen en el contrato de garantía, se recurre a una transmisión simulada del dominio o a la constitución simulada de un usufructo, como vía para que el tomador de la garantía sea reconocido como sujeto legitimado por la compañía emitente, efecto que también se consigue con plenitud y sin mayores artificios cuando el contrato de garantía se complementa con un endoso pleno del título de una acción incorporada (o la simple entrega del título, si se trata de una acción al portador), supuesto típico de las relaciones cartulares, en las que la relación jurídica se desdobra en la cartular, que funciona con singular abstracción, y la subyacente, que refleja la situación real pero que no resulta oponible a terceros de buena fe. Claro que en caso de simulación (y de aquí la visión crítica que suscita esta figura) el riesgo para el prestador de la garantía es máximo, aunque se documente separadamente el acuerdo de garantía con la verdadera causa disimulada, si surge un adquirente de buena fe, frente al que no pueda oponerse la situación real de titularidad, o en caso del concurso del tomador de la garantía, en que habría que probar la verdadera naturaleza de la transmisión. Es cierto que bajo el esquema de la transmisión fiduciaria en garantía el tomador de la garantía refuerza su posición y correlativamente se disminuyen (o dificultan) las posibilidades reales del transmitente en garantía de utilizar el eventual valor excedente del bien concernido para constituir una segunda garantía, lo que sin duda limita sus facultades de acudir a una nueva financiación, pero no le pone en riesgo de un acto dispositivo del acreedor, ni siquiera frente a terceros protegidos, si la situación fiduciaria se ha externalizado (a diferencia de lo que ocurre en derecho alemán, donde se le reconoce al tomador de la garantía una plena titularidad dominical y total legitimación dispositiva, sin perjuicio de las limitaciones contractuales derivadas del acuerdo de garantía). La cuestión no es tanto si es razonable que se admitan transmisiones fiduciarias (que aportaría la práctica eliminación de los contratos simulados, salvo los fraudulentos), sino con qué límites (para evitar los abusos y contingencias que podrían derivarse de ese poder aparente del acreedor) y formalidades, y si se mantienen los privilegios propios de las garantías típicas, su resistencia concursal y sus vías de ejecución. El punto extremo, el más discutible, vendría constituido por reconocer eficacia traslativa plena en el orden real, sin perjuicio de las limitaciones internas derivadas del acuerdo de garantía, cuestión que incide en los riesgos que esta situación provocaría en el prestador de la garantía (que se vería privado de poder directo e inmediato sobre la cosa, salvo, según los casos, la posesión inmediata, y le expondría frente a terceros protegidos por las reglas de apariencia) y su eventual justificación. Pero, en cualquier caso, hay que afirmar que, al margen de la cuestión causal, la transmisión en garantía nunca evitaría la prohibición del pacto comisorio, pues necesariamente el desenlace definitivo de esta situación habría de pasar por el tamiz de un procedimiento de ejecución (aunque fuese a través de una modalidad apropiatoria). Desde una perspectiva contractualista, quizás pudiera plantearse la oportunidad de superar, o al menos clarificar, el encaje causalista que colorea el sistema español de garantías, para admitir, como ha hecho el Derecho francés (cfr. PICOD Y, *la reciente reforma de las garantías financieras en el derecho francés*, en Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias, Dir. Miquel González, p. 198 y ss.), dentro de un marco jurídico suficientemente seguro y en que se minimicen las posibilidades de un uso abusivo, el juego de figuras fiduciarias que operasen una transmisión dominical más o menos plena y actual (fuera del marco de las condiciones generales de la contratación y del ámbito de actuación de los consumidores -o pequeña empresa-), específicamente en el campo financiero, en especial cuando los tomadores de garantías son operadores institucionales sujetos a control administrativo o de mercado, en cuanto a su actuación y su solvencia (lo que disminuye los riesgos de desvestir al prestador de la garantía de su titularidad dominical actual), ampliando así el marco de actuación de la autonomía de la voluntad, siempre que la situación de la parte garante (por su poder contractual, su profesionalidad y su nivel de información y experiencia) no justifique la necesidad de una especial tutela causal. Un atisbo no muy lejano de esta directriz acaso puede encontrarse, además de en el Convenio de Ciudad del Cabo, en el Decreto Ley 5/2005, donde no solo se prevé (dentro de los supuestos tipificados) la ejecución de las garantías conforme al “*acuerdo de garantía financiera*”- mediante la apropiación o venta de los bienes

en que incide el art. 1859 Cc, del que se derivan dos reglas: i) que la garantía por sí misma, al margen del esquema contractual que se adopte en la fase asegurativa (y del traspaso de facultades que se efectúe al tomador para conservar y preservar la garantía), no añade al incumplimiento el efecto apropiatorio automático de la cosa pignorada ni la facultad de absorber todo su valor, siendo ineficaz el pacto que pudiere contener tal previsión y ii) que tanto acreedor como pignorante tienen derecho a exigir la ejecución como mecanismo de desenlace de la garantía<sup>29</sup>. Estas consideraciones son compatibles con la configuración de la apropiación como una modalidad ejecutiva en la que se respeten y protejan todos los derechos concernidos. Podría concluirse que el objeto de la prohibición es la apropiación como efecto automático del incumplimiento, y no tanto la apropiación como resultado de la ejecución de la garantía.

Luego, la nulidad del pacto de apropiación se puede combatir mediante la previsión de un sistema objetivo de valoración y liquidación que module el efecto apropiatorio, de forma que desbarate la razón de la prohibición, pues como aclara la STS de 21 de febrero de 2017, con mayor precisión que otros pronunciamientos de la misma sala

---

pignorados, por su *valor*, siempre que medie la liquidación de las obligaciones garantizadas, sino que también se admite directamente que *las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía*, traspasando el poder real sobre el mismo hacia el tomador, de modo que el prestador solo goza de protección obligacional. Lo que significa dotar al acuerdo de garantía de causa suficiente de la *aportación* de la garantía con eficacia traslativa (*“Un acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad es aquél por el que el garante transmite la plena propiedad de un bien o derecho objeto de una garantía financiera a un beneficiario a los efectos de garantizar o dar otro tipo de cobertura a las obligaciones financieras principales- art.6. La constitución del derecho de garantía requerirá, además del acuerdo a que se refiere el apartado anterior, la aportación del activo objeto de la garantía y constancia de ello por escrito o forma jurídicamente equivalente”* -art 8.2). La superación de esta visión causalista acaso sea uno de los mayores retos con que se encuentra la unificación del derecho europeo sobre las garantías. En definitiva, lo decisivo, cualquiera que sea la vía que se siga, es que no se desactive la tutela del prestador de la garantía (y de sus causahabientes y acreedores) que se cifra en disponer siempre de un mecanismo efectivo para readquirir el bien gravado en cuanto quede saldada la obligación asegurada y de una solución concursal adecuada, compatible con la relación de garantía que se ha generado, y que, en caso de incumplimiento, el sistema de ejecución opere sobre el valor real de la garantía y permita una liquidación ordenada así como la recuperación del valor excedente sobre el importe de la prestación garantizada, extremos estos últimos que asegura el art. 1859 Cc, amén de una efectiva protección frente al tomador que infringe los acuerdos de garantía (es ilustrativa la STS de 26 de abril de 2001 en la que leemos *“La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o “venta en garantía” es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la “venta en garantía” como un negocio en fraude de ley ( artículo 6.4. del Código Civil)”*).

<sup>29</sup> Idea que resulta aplicable, igualmente, si bien modificada, a las garantías financieras u otras hipótesis en que fuese admisible la operatividad del pacto de transmisión desde luego de la propiedad, en cuyo caso el derecho inalienable del pignorante a la ejecución no impediría el previo traspaso de la titularidad del bien gravado, sino que se sustituye por un crédito contra el tomador de la garantía por el excedente del valor real de ésta, que resulte de la liquidación.

1ª, el pacto comisorio prohibido es el que se basa en la concatenación de dos elementos: “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<sup>30</sup>. Con carácter general, la apropiación (al menos en términos plenos) no puede ser el efecto de la constitución de la garantía, ni del incumplimiento de la obligación asegurada, sino de su ejecución.

En definitiva, el pacto de apropiación puede ser válido, pero solamente cuando se articula como un mecanismo de ejecución, sujeto a las reglas de ésta, y no como una consecuencia expropiatoria ligada al incumplimiento del deudor, sin que pueda entenderse que dicho pacto dote de causa traslativa al contrato de garantía. La línea que separa el ejercicio del *ius distrahendi* de la apropiación de la garantía prohibida por el código viene marcada por la mediación de un proceso de ejecución que determine el valor del bien pignorado pues el poder del acreedor no puede proyectarse sobre el mismo sino hasta el importe asegurado. El valor “real” u objetivo de la cosa permite diferenciar la parte que se puede aplicar al derecho del acreedor, a su pretensión de reembolso, que es lo que ampara la garantía, y la parte sobrante que corresponde al dueño de la prenda. De no existir esta norma, probablemente, como se reconocía en las Partidas<sup>31</sup>, la desfiguración causal sería frecuente, pues, el acreedor trataría de imponer siempre, en caso de incumplimiento, el ejercicio optativo de la facultad apropiatoria (como vía expropiatoria y no ejecutiva), lo que pondría en grave peligro el mercado del crédito. La finalidad del artículo 1859 Cc no es otra que la de establecer una clarificación tipológica de lo que es una garantía, asegurar la efectividad del crédito, y establecer sin ambages que el *ius distrahendi* que emana de la misma, cualquiera que sea su configuración contractual, no tiene por finalidad ni justifica en sí mismo la apropiación automática ligada al incumplimiento, sino que constituye una vía de ejecución sujeta a unos cauces procedimentales que, cuando instrumentalmente acogen la modalidad de la apropiación o la de la disposición, necesariamente han de comprender la valoración objetiva de la *res pignorata*, como presupuesto para hacer una liquidación ordenada y evitar un enriquecimiento injusto del tomador de la garantía, regla que ha de aplicarse en todo caso en que concurra la *causa garantiae*, cualquiera que sea el envoltorio contractual que dé cobertura a la transacción<sup>32</sup>. La

<sup>30</sup> En el mismo sentido STS 10 de marzo de 2021.

<sup>31</sup> Partida V, Ley XII.

<sup>32</sup> STS 4 de febrero de 2020 : *Y ello es así por cuanto la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, pues de lo contrario el principio de autonomía de la voluntad reconocido en el*



transmisión del activo gravado no se fundamenta en una inexistente o cuestionable causa traslativa original, sino en el propio desenvolvimiento de la garantía mediante una peculiar forma de ejercicio del *ius distrahendi* que descansa en la *causa garantiae*.

Bajo estas premisas quizás pueda reconducirse la interpretación de los preceptos indicados, que no buscan tanto excluir la apropiación como modalidad ejecutiva, sino que bajo la misma se produzca una expropiación al pignorante de la parte de valor de la prenda que exceda del importe asegurado, pues carecería de toda justificación causal. La garantía ofrece un derecho al cobro de la obligación asegurada, incluso un cobro preferente al de otros terceros, solo eso, que ya de por sí es bastante, pero no legitima ir más allá, so pena de conculcar, no solo la titularidad del pignorante o de los terceros adquirentes, sino los derechos de los demás acreedores de aquél.

Esto explica que la prohibición de pacto comisorio no solo incluye la apropiación por parte del acreedor de la cosa pignorada, sino también la venta directa por parte de éste<sup>33</sup>. En este último caso, el riesgo no se circunscribe tanto en el enriquecimiento injusto del acreedor. Lo que se trata es de evitar el perjuicio que se deriva para el pignorante (y los demás terceros antes referidos) si aquella venta se celebra por un precio inferior al valor real del bien concernido por la garantía<sup>34</sup>. Por eso, igualmente, hay que entender que queda fuera del ámbito de la prohibición el pacto que sujeta el ejercicio de esa facultad de disposición a que se respete el valor objetivo del bien gravado y los demás intereses que protege la liquidación<sup>35</sup>.

### 3. EL PACTO MARCIANO: SU DIMENSIÓN ACTUAL

El precepto que se refiere al pacto comisorio es claramente prohibitivo, de esto no hay duda. Sin embargo, bajo su apariencia de imperatividad máxima, no cercena de un modo absoluto el juego de la autonomía de la voluntad. La interpretación teleológica de la norma permite considerar que es susceptible de cierta graduación, que sería compatible con el reconocimiento de algún margen de actuación a los mecanismos convencionales de ejecución. Es decir, probablemente hay que entender que el

---

*artículo 1.255 del Código Civil permitiría la creación de negocios fraudulentos, y en tal caso, descubierto el fraude, habría de aplicarse igualmente la prohibición tratada de eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla.*

<sup>33</sup> La STS de 21 de febrero de 2017 declara que “el art. 1859 impide que el acreedor haga suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, o bien indirectamente mediante su disposición”.

<sup>34</sup> La prohibición del pacto comisorio no se fundamenta exclusivamente en evitar un beneficio injustificado del acreedor, sino en impedir todo ejercicio abusivo de su poder dispositivo que, aunque no le reporte beneficio sobre lo que se le adeuda, acarree un perjuicio al deudor.

<sup>35</sup> La propia sentencia citada anteriormente de 21 de febrero de 2017 circunscribe el ámbito del pacto prohibido al supuesto de que “la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración”. Vid también la Partida V, ley XIII in fine.

mandato del artículo 1859 Cc no pretende resolver la disyuntiva apropiación sí o no, adoptando una respuesta inequívocamente negativa, sino simplemente condicionar o graduar la respuesta afirmativa. Este postulado se hace cada vez más visible si, lejos de aislar este precepto o de dejarse llevar por su literalidad<sup>36</sup>, se hace una lectura integradora y sistemática del mismo coordinada con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, atendiendo principalmente a su finalidad.

En las últimas décadas, buena parte de la doctrina, así como, con alguna ligera oscilación, la jurisprudencia de los tribunales,<sup>37</sup> y más decididamente la de la DGRN (tras superar una anterior fase de marcado carácter restrictivo), han perfilado el carácter de la prohibición contenida en el artículo 1859 Cc rebajando el umbral imperativo de la norma. Se admite que no encierra una proscripción radical de la ejecución apropiatoria, lo que ha permitido plantear la posibilidad de una cierta configuración convencional del *ius distrahendi*, mediante el reajuste de la facultad de apropiación o de disposición, siempre que se avenga y cohoneste con la finalidad de la satisfacción del crédito del asegurado y se evite el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución (RDGRN de 22 de febrero de 2013). Es decir, paulatinamente se ha ido acotando el núcleo prohibitivo del art. 1859 Cc lo que ha permitido admitir la posibilidad de que operen determinadas modulaciones convencionales en la ejecución, particularmente en la prendaria, siempre que encajen dentro de la *causa garantiae*, y también, por supuesto, los acuerdos adoptados ex post, cuando la deuda está vencida, en los que la *causa garantiae* se sustituye por la *causa solvendi*, que comprende una amplia gama de pactos, como la dación en pago, cesión *pro solvendo*, pacto ex intervalo, etc.

Centrándonos en la primera modalidad, en el pacto inicial, es evidente que asistimos al renacimiento de la figura del pacto marciano, como añadido convencional y coetáneo a la garantía. En realidad, se han ido fraguando principalmente dos variantes de base convencional. Una de ellas, más desconectada con el origen tradicional de la figura, posibilita el pacto por el que se concede al deudor la opción de “poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo, con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del mismo”<sup>38</sup>. La segunda, se construye sobre la base que permite

<sup>36</sup> Precisamente, algunas sentencias recogen el diferente matiz con que se trata al pacto comisorio en la literalidad de los arts. 1868 y 1884. 2 Cc, siendo el tenor de este último más riguroso.

<sup>37</sup> Puede verse un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre el pacto comisorio en la STS de 77/2020, 4 de febrero de 2020.

<sup>38</sup> Cdo. 27 y art 28 de la Directiva 2014/17/UE: 4. Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito. 5. Los Estados

al acreedor quedarse o disponer de la cosa gravada por su valor objetivo bajo las siguientes coordenadas: por una parte, se limita el efecto liberatorio de la deuda hasta la cifra en que se cuantifique el valor de la cosa pignorada, pero por otra se establece que el exceso de valor de la garantía sobre el importe de la obligación asegurada, si lo hubiere, ha de ser entregado al pignorante. La primera modalidad, claramente favorable para el deudor, pues carga el riesgo de la depreciación del bien al acreedor, viene alentada por la legislación tuitiva del consumidor producida en el seno de la Unión Europea<sup>39</sup>. La segunda variante, que propiamente entronca con la tradición continuista del pacto marciano<sup>40</sup> y que es susceptible de multitud de matices convencionales, ha sido objeto de mayor debate y de un reconocimiento más crítico, y plantea la ardua tarea de perfilar sus contornos.

A nivel del derecho comparado, diferentes países de nuestro entorno, como Luxemburgo, Bélgica, Holanda o Francia (e Italia, en cierta medida), han ido acogiendo reformas legales que, con diferentes requisitos, en distintos escenarios, y con mayor o menor amplitud, admiten el juego de la variante del pacto marciano. En algunos ordenamientos, como Italia, la operatividad del pacto marciano ya había sido reconocida por la jurisprudencia. En nuestro país, en el derecho común, con el antecedente de Las Partidas, contamos con diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, pero carecemos de un reconocimiento normativo explícito de esta variante ejecutiva, fuera de lo que pueda suponer el art. 322 CCom., hasta el RDL 2/2005, en cuya exposición de motivos se indica que *se establece la posibilidad de disponer del objeto de la garantía... y la ejecución directa de las garantías cuando se produzca el incumplimiento, ... e incluso la apropiación directa del bien aportado en garantía por el propio acreedor*<sup>41</sup>. Si bien esta norma no es de aplicación general, pues, tiene un ámbito restringido tanto objetiva (dinero, créditos, valores e instrumentos

---

*miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria)* y art. 6.1 h) de la Ley de Crédito Inmobiliario.

<sup>39</sup> Vid sobre este punto las interesantes consideraciones que formula DE BARRON ARNICHES, P., en *op. cit.* p. 1552 y ss., sobre el significado de la Directiva 2014/17.

<sup>40</sup> Digesto (20,1,16,9).

<sup>41</sup> La STS de 23 de enero de 2019 considera expresamente que esta norma consagra el pacto marciano: *En el presente caso lo que existe, en virtud de la regulación contenida en el art 9.2 del RD-L 5/2005 de 11 de marzo, es un pacto marciano, por el que el acreedor puede apropiarse por sí de la cosa dada en prenda*”.

Este Real Decreto-Ley constituye el exponente de mayor operatividad de la autonomía privada, incluso en materia ejecutiva. Se deja a la libre voluntad de las partes la configuración del procedimiento de ejecución, sin intervención de ninguna autoridad pública, con la más amplia posibilidad de modelación convencional de la fase declarativa (las partes pueden establecer los supuestos de ejecución) y de la de apremio (ya sea mediante la venta, la compensación o la apropiación, siempre que, en este último caso se hayan establecido las modalidades de valoración “que habrán de ajustarse al valor de mercado de los valores negociables”).

financieros) como subjetivamente (entidades de crédito), actualiza la posición del legislador español que rescata del oscuro campo de la ilicitud a este pacto y le da carta de naturaleza, a la vez que ofrece una nueva perspectiva para reinterpretar el art. 1859 Cc. Así, se admite esta facultad apropiatoria siempre que medie pacto y se hayan previsto en la constitución de la garantía los procedimientos o modalidades de valoración (art. 11). Por su parte, la ley 28/1998, de venta de bienes muebles a plazos en su artículo 16 permite al acreedor optar por *la adjudicación de los bienes para pago de la deuda sin necesidad de acudir a la pública subasta*. El Convenio de Ciudad del Cabo, al que se adhirió España en 2013 con alguna reserva, admite igualmente esta modalidad de realización de la garantía<sup>42</sup>. También, cabe señalar que algunas leyes forales, como el fuero Nuevo de Navarra<sup>43</sup> o el Código civil de Cataluña, acogen expresamente la figura. Finalmente, debe destacarse que el propio Cc no desconocía ni rechazaba la viabilidad de un procedimiento alternativo que permita al acreedor proceder a la venta de las acciones pignoradas, si son cotizadas, y por eso, en el último párrafo del artículo 1872, remite al procedimiento del art. 322 del Ccom., lo que pone de manifiesto que a nuestro legislador decimonónico no le repugnaba tanto la fórmula ejecutiva marcial, sino que la ejecución se desarrollase sin fijar un valor objetivo de la cosa pignorada, como el que proporciona el mercado cotizado.

En realidad, el pacto marcial acerca el sistema ejecutivo de la prenda regular al esquema de la prenda irregular, con la que comparte no solo la finalidad asegurativa, sino una análoga estructura solutoria,<sup>44</sup> al permitir al acreedor apropiarse de los bienes pignorados, devolviendo al deudor la diferencia de valor. Esta cercanía parece que no

<sup>42</sup> Según la RDGRN de 20 de enero de 2020 con este Convenio, *“la posibilidad del pacto comisorio [ha] quedado incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, para garantías internacionales, con el requisito de que la apropiación o realización de la garantía se produzcan «de una forma comercialmente razonable»*.

<sup>43</sup> El artículo 468 del Fuero Navarro, si bien prohíbe el pacto comisorio en la prenda, permite que la prenda pueda ejecutarse mediante subasta judicial o extrajudicial ante notario, y que pueda pactarse otra forma de venta *siempre que la naturaleza del objeto lo permita, pero es nulo el pacto por el que se atribuya al acreedor la propiedad de la cosa por falta de pago*. Por otra parte, admite que, en la fiducia en garantía, si media pacto, en caso de mora del deudor, pueda el tomador de la garantía *adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada*, lo que supone una absoluta eliminación de la prohibición del pacto comisorio, permitiendo la apropiación como efecto automático del incumplimiento, sin necesidad de expediente de ejecución.

<sup>44</sup> Esta semejanza o analogía la destaca la reciente sentencia de 17 de enero de 2020 de la Corte de Casación italiana, sección tercera (cuyo artículo 2744 Cc es similar, sino más riguroso que nuestro art 1859 Cc), que declara que *“In realtà la liceità del patto commissorio cui accede un patto marcialo sta nell'analogia con il pegno irregolare (articolo 1851 c.c.) il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore restituendo però a quest'ultimo l'eccedenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito). Il patto marcialo, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene restituendo al debitore la differenza di valore”*.

ha pasado desapercibida a nuestros tribunales. Desde que se acuñó jurisprudencialmente la viabilidad de la prenda irregular, la posibilidad de establecer un pacto marciano parece que se abre paso en nuestro derecho siempre que, como estableció la STS de 17 de febrero de 2017, la facultad expropiatoria o dispositiva del acreedor quede sujeta a *un procedimiento objetivable de valoración*, de modo que se permita al deudor o pignorante recuperar el excedente sobre la cantidad efectivamente debida. En este proceso no hay que olvidar la importante doctrina que ha ido consolidando la DGRN<sup>45</sup>, cuyo colofón viene constituido por la reciente RDGSJyFP de 15 de marzo de 2021 en la que, de modo inequívoco, apunta (citando otras anteriores que recogen la misma doctrina) que *“deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda”*. Desde esta perspectiva, el pacto de apropiación, adornado de estas exigencias ya no puede concebirse como un supuesto, ni siquiera un indicio, de abuso por parte del acreedor garantizado: la apropiación aparece condicionada por la devolución de la diferencia de valor (entre el activo pignorado y el crédito garantido).

#### 4. EL PROCEDIMIENTO “PRIVADO” DE EJERCICIO DEL *IUS DISTRAHENDI*

Salvados los escollos derivados del derecho privado, las dudas no acaban de diluirse, sino que aparece el problema de cómo se organiza entonces el ejercicio del *ius distrahendi* en el marco del pacto marciano y como se cohonesta con el derecho procesal que se ocupa de los procedimientos de ejecución. La interpretación teleológica del artículo 1859 Cc, que permite atemperar su fuerza prohibitiva y reconocer un ámbito de actuación de la autonomía privada, revela que existe un tope indisponible, que la apropiación o disposición por el acreedor se ajuste a un esquema valorativo que respete las reglas estructurales del contrato de garantía, caracterizado por su causa, de modo que el ejercicio del *ius distrahendi*, no consuma en perjuicio del prestador de la garantía, todo el potencial valor de la cosa dada en garantía más allá de su función asegurativa, que se contrae al reembolso de la obligación garantida. Ésta era la mayor preocupación que en nuestra tradición jurídica representaba el pacto

<sup>45</sup> Vid, entre otras la RDGRN 26 de diciembre de 2018 en la que puede leerse que *“A la luz de las consideraciones anteriores, en el presente caso, debe entenderse que, en sí mismo, es válido el pacto en virtud del cual el deudor hipotecante se obliga, en caso de impago, a transmitir al acreedor o a la persona que este designe el buque hipotecado, pues el procedimiento pactado asegura al deudor la obtención del valor del bien: a la vista de la forma en que el precio o «valor de mercado» ha quedado determinado en la cláusula 5.5, el sistema acordado sí garantiza una obtención de un precio objetivamente real o razonable”*.

apropiatorio y lo que justificaba su prevención, pero, desde la perspectiva de nuestra realidad jurídica actual, acaso no sea la única. La realización de la prenda va más allá y concita otras preocupaciones y otras cautelas, las propias de una ejecución forzosa, cuyos efectos son determinantes para las partes. En toda ejecución se entremezclan otras cuestiones relevantes, como las posibilidades de defensa del deudor frente a una pretensión infundada del acreedor y también la de protección de aquellos terceros, particularmente los terceros adquirentes de las cosas gravadas y otros acreedores del pignorante (o del deudor) que pueden resultar afectados por la realización de la garantía<sup>46</sup>. No ofrece duda que la licitud del pacto por el que se confiere al acreedor la facultad de apropiarse de la cosa o disponer de ella por su justa estimación presupone, como un requisito ineludible, que concurra un procedimiento objetivo de valoración. Pero, como la realización de la garantía constituye una actividad tendente al cumplimiento forzoso de una obligación, la cuestión que surge, y no se trata de una cuestión menor, es la de si cumplimentadas estas exigencias “civiles”, concurrencia del pacto y establecimiento convencional de un sistema valorativo objetivo, puede el acreedor, sin más trabas ni control, ejercitar aquellas facultades. En definitiva, lo que es objeto de controversia hace referencia a lo que, de forma un tanto imprecisa, se ha denominado como la posibilidad de ejecución “privada” de la garantía, esto es, si cabe organizar convencionalmente la ejecución pignoratícia, y, en su caso, con qué límites o cautelas. Actualmente esta problemática sobrepasa el dilema entre la ejecución judicial y la extrajudicial, pues dentro de ésta cabe una amplia gama de posibilidades, que van desde la ejecución con tutela pública extraprocesal hasta la autotutela ejecutiva propiamente dicha, que poco a poco va ganando terreno, como se pone de manifiesto en algunos países de nuestro entorno<sup>47</sup> y en algunas manifestaciones de nuestro propio ordenamiento. Abordamos así la problemática de la dimensión ejecutiva y liquidatoria que se derivan del pacto marciano.

La problemática de la ejecución “privada”, y aún de la extrajudicial, ha abierto en nuestro país un amplio debate, todavía inacabado en el que incluso se han alzado

<sup>46</sup> La RDGSJyFP de 21 de julio de 2021 señala que la prohibición del pacto comisorio “*también se ha fundamentado en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su «ius distraendi», protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del «ius distraendi», en que está prevista la suerte de los mismos»*.”

<sup>47</sup> Hasta el punto de que en diferentes países con principios cercanos al nuestro se ha señalado que proliferación de normas que, no obstante su carácter marcadamente sectorial, admiten expresamente, en mayor o menor grado, una relevante privatización de la ejecución, suponen un punto de inflexión en la relación entre la autonomía privada y la ejecución de los créditos garantizados, que deja atrás la consideración de que la auto ejecución supone tomarse la justicia por su mano para pasar a ser un mecanismo de legítima defensa frente a la infracción contractual.

algunas voces, y decisiones jurisprudenciales, que han cuestionado la premisa de partida, la propia admisibilidad de los procedimientos extraprocesales de ejecución. La visión procesalista de las garantías gestada en la doctrina italiana, cuyo máximo exponente fue Carnelutti, incide en esta cuestión en tanto que defiende que la garantía se desenvuelve esencialmente en el proceso, como una forma de ejecución privilegiada más que como el ejercicio de un derecho patrimonial orientado a la realización del bien dado en garantía<sup>48</sup>. También se ha combatido la ejecución extraprocesal sobre la base de que la potestad ejecutiva corresponde al poder judicial, dada la exclusividad de la potestad jurisdiccional para juzgar y ejecutar lo juzgado, aunque esta crítica parece que ha quedado superada, además de por la jurisprudencia constitucional, por el propio legislador postconstitucional que admite procedimientos no judiciales de ejecución, de modo que se ha ido acuñando la idea de que el monopolio de la ejecución judicial se reconduce o se ciñe a lo que haya sido objeto de decisión jurisdiccional<sup>49</sup>. Es cierto que la LEC ha tratado de uniformar el sistema ejecutivo atrayendo y colocando bajo su ámbito objetivo los procedimientos de ejecución especial hipotecaria y pignoraticia a los que confiere un claro tinte jurisdiccional, como se apunta en su Preámbulo<sup>50</sup>. Pero frente a esta declaración inicial, el legislador, en el propio texto articulado, acoge y desarrolla el procedimiento extrajudicial hipotecario<sup>51</sup> y permite la cohabitación, fuera

<sup>48</sup> Vid las interesantes reflexiones que formula ALVAREZ-SALA J, *Hipotecas y Consumidores (Análisis de la nueva ley del crédito inmobiliario)* que apunta que “cuando el procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria se trasplanta en bloque a la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo un capítulo específico en el que se transcribe el mismo texto de la Ley Hipotecaria casi literalmente, al integrarse este capítulo dentro del título en el que se enmarca la regulación general del procedimiento ejecutivo común, por el solo efecto de su nuevo encaje sistemático, el procedimiento hipotecario deja de ser un procedimiento autónomo, al aplicársele supletoriamente las reglas del procedimiento ejecutivo común. Ese salto –como señala la Profesora de Derecho procesal Corazón Mira- “*hacia una ejecución hipotecaria propiamente jurisdiccional*” supone que, desde ese momento, el procedimiento hipotecario haya quedado *deshipotecarizado*. Ya no se trata de un procedimiento dirigido a la venta del bien dado en garantía mediante una acción directa sobre la cosa, sino de un procedimiento, por muy sumario que sea, dirigido al cobro de una deuda”.

<sup>49</sup> De forma reiterada el Centro Directivo notarial y registral (vid. Resoluciones de 28 de mayo de 2001, 24 de marzo de 2003 y 29 de diciembre de 2005) ha dado por sentada la doctrina de que el monopolio judicial de las actividades de ejecución se circunscribe a lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales (Sentencia del Tribunal Supremo 3ª de 16 y 23 de octubre de 1995). Dato que confirman la multitud de procedimientos ejecutivos administrativos existentes.

<sup>50</sup> En el Preámbulo de la LEC se destaca que “*La nueva regulación de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados supone un avance respecto de la situación precedente ya que, en primer lugar, se trae a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones*”.

<sup>51</sup> La RDGRN de 29 de diciembre de 2005 afirma que «*se trata de una enajenación extrajudicial del inmueble hipotecado basada en un pacto inscrito cuya validez se presume mientras no recaiga la correspondiente declaración judicial en contrario*». La base de esta modalidad ejecutiva descansa en que «*el deudor hipotecario autoriza al constituir la hipoteca a que la venta del bien hipotecado se enajene por tercero en caso de impago de las cuotas correspondientes. Es decir, le autoriza expresamente a realizar la*

de la ley rituarial, de otros procedimientos que gozan igualmente de esta tutela ejecutiva más privilegiada o extraordinaria, como son los procedimientos o expedientes extra procesales ejecutivos, entre los que se encuentran el extrajudicial de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, el de ejecución prendaria, consagrado en el artículo 1872 Cc, que perdura en los mismos términos que le confirió la redacción originaria del Cc, el procedimiento ejecutivo previsto en el art. 322 Ccom<sup>52</sup> o el expediente previsto en el DL 5/2005, que se instaura con posterioridad a la LEC.

Desde otra óptica se han opuesto reparos a los procedimientos extraprocesales por su sumariedad, que deriva del relevante estrechamiento de la fase cognitiva que caracteriza a estos procedimientos, cuestionamiento que ha alcanzado al propio procedimiento de ejecución especial hipotecaria (contenido en el antiguo art. 131 LH, y actualmente regulado en la LEC)<sup>53</sup>. Sin embargo, pese a que esta fase cognitiva se

---

*venta del bien para el pago de la deuda».* Sobre estos aspectos vid LACABA SÁNCHEZ Y LACABA LAHOZ, *La ejecución extrajudicial: un instrumento para desjudicializar más teórico que práctico*, Revista de derecho V-lex, disponible en <https://app.vlex.com/#vid/856722492> y CASTAÑOS CASTRO, *Problemas de legalidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria*, RDC, vol. IV, núm. 2 (abril-junio, 2017) Estudios, pp. 83-119.

<sup>52</sup> Expediente que el propio TS, en la reciente sentencia de 27 de julio de 2021 califica de “*procedimiento especial y sumario de ejecución para la enajenación forzosa de los valores dados en garantía o pignorados*”.

<sup>53</sup> La ley hipotecaria de 1944 supuso el reconocimiento legal de este procedimiento extrajudicial, aunque remitía su regulación al Reglamento Hipotecario, lo que provocó que la Sala primera del TS (separándose de la doctrina que sobre el mismo tenía establecida la sala tercera del mismo tribunal) declarase su inconstitucionalidad sobrevenida según sentencia de 4 de mayo de 1998. La entrada en vigor de la LEC de 2000 se decanta, en cambio, por mantener la figura de procedimiento extrajudicial, y en su Disposición Final 9.<sup>a</sup> se da una nueva redacción al art. 129 LH: «*La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario*». Posteriormente otras normas con rango de ley, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, sobre Créditos Inmobiliarios han incidido en dicha regulación para introducir modificaciones cuando el bien hipotecado constituye vivienda habitual, establecer el valor de subasta, o insertar el apartado f), que hace referencia a las cláusulas abusivas. Precisamente, se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 3.3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, por el que se modificaba el art. 129 de la Ley Hipotecaria, por vulneración de los arts. 14, 24, 51.1 y 117 de la Constitución siendo rechazado por la STC 213/2016, de 15 de diciembre, sin entrar en el fondo. Por su parte hay que señalar, como se expresa en el texto, que previamente el TC en Pleno (Ponente Díez-Picazo) mediante la sentencia 41/1981, había declarado en relación al procedimiento judicial sumario, que «*la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud*». «*El hecho de que el procedimiento de ejecución sumaria*



muestra muy comprimida, la problemática sobre su constitucionalidad, al igual que ocurre con la coexistencia de procedimientos de ejecución no jurisdiccionales, parece que está superada, pues el TC (a cuyo examen ha sido sometido tanto el ejecutivo judicial sumario como el extrajudicial hipotecario) ha rechazado su declaración de inconstitucionalidad (si bien, en cuanto a este último, sin entrar en el fondo)<sup>54</sup> toda vez que *“la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud.”*<sup>55</sup>

En realidad la abreviación de la fase cognitiva de los procesos de ejecución se justifica porque consiste esencialmente en un trámite, cuyo objeto, más que decisorio sobre cuestiones de fondo de la obligación asegurada, es de constatación de que existe un título ejecutivo, lo que constriñe la actividad de la autoridad ejecutante, dicho de manera abreviada, a verificar que el título se adecúa formalmente a las previsiones legales, que no se cuestiona judicialmente su autenticidad y que el derecho material que incorpora, o su garantía, no han sido cancelados. Esto es así, porque los controles cognitivos se han producido *ex ante*, al tiempo de elaborarse el título ejecutivo, y porque no se cierra el acceso a un posterior juicio declarativo.

---

*se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al art. 24 de la Constitución». Al contrario, «lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario, el deudor y el titular de la finca no quedan indefensos ni privados de tutela. La posibilidad de plantear en un juicio posterior las cuestiones excluidas de éste permite afirmar, según aquella doctrina, que no se produce indefensión con alcance constitucional”.*

<sup>54</sup> Como pone de relieve CASTAÑOS CASTRO P., *op. cit.*, aunque la STC 41/1981, de 18 de diciembre, se centra en el análisis del procedimiento judicial sumario hipotecario (regulado entonces en el art. 131 LH) sus razonamientos se han hecho extensivos al procedimiento extrajudicial básicamente, además de por la similitud de sus esquemas ejecutivos, porque el fundamento de derecho quinto *in fine* señala, aludiendo a la venta extrajudicial, lo siguiente: *«la ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario»*. También recuerda dicha autora que la sección sexta de la Audiencia Provincial de Valencia elevó al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad 1919/1999, sobre dicho procedimiento, que fue resuelta por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 224/2006, de 6 de julio. Esta resolución inadmite la cuestión al considerar que *«no se somete al conocimiento de este Tribunal una duda razonada sobre la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 129 LH»*.

<sup>55</sup> Sobre el ámbito de las materias o extremos que pueden ser objeto de controversia en un juicio declarativo posterior al juicio ejecutivo y los que no pueden volver a suscitarse, al quedar cubiertos por la cosa juzgada de la resolución del incidente de oposición a la ejecución, vid las STS de 24 y 28 de noviembre de 2014 y el preciso comentario que sobre la mismas ofrece MENDIETA GRANDE (*Comentario de las sentencias del tribunal supremo de 24 y 28 de noviembre de 2014 (4617/2014 Y 4972/2014) Ejecución de títulos no judiciales: interpretación del art. 564 LEC y ámbito de la oposición del ejecutado*) en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil. Volumen 6. 2013-2014, Dir Yzquierdo Tolsada.

En la actualidad, mayormente, los términos de la controversia se centran en la admisibilidad de que la función satisfactoria de la prenda (y en general de las garantías reales), en definitiva, su ejecución, pueda llevarse a cabo fuera de los procedimientos legalmente tipificados, o con modificaciones sobre el esquema diseñado normativamente, posibilidad que es discutida por un nutrido sector de la doctrina, principalmente procesalista. Precisamente, el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, a la vista de la prohibición legal del pacto comisorio, ha mostrado su rechazo a que el acreedor haga uso de estas facultades de apropiación de la garantía *“por su libérrima voluntad al margen de cualquier procedimiento legal de apropiación o apremio”*<sup>56</sup>. Es decir, no se rechaza tanto que la apropiación se inserte como una alternativa ejecutiva, sino que discurra al margen de los presupuestos básicos que se derivan del procedimiento ejecutivo. Paralelamente, desde otra perspectiva, la de los intereses que se concitan y que merecen tutela, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen que esta problemática puede superar o extravasar el ámbito de lo disponible por las partes, pues no solo afecta a sus intereses, los del acreedor, deudor y pignorante, sino que también alcanza a otros terceros, como los acreedores de éste, cuyos derechos no han de verse afectados o menguados por la regulación convencional fraguada entre aquéllos.

##### 5. EL TÍTULO DE LA EJECUCIÓN: EL DERECHO DE DEFENSA DEL DEUDOR, Y DE LOS TERCEROS, EN LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

En efecto, la jurisprudencia de nuestro alto tribunal ha venido a recordarnos recientemente, en línea continuista con lo que ya habían establecido otras sentencias anteriores, que la nulidad del pacto comisorio también se explica a partir de la *“naturaleza imperativa y de orden público”* del art. 1859 Cc, *“por afectar a la satisfacción de forzosa de obligaciones en que están involucrados no solo los intereses del deudor sino también los de sus acreedores.”* Esta declaración nos sitúa ante la dinámica de un procedimiento de ejecución, que es la vía para la satisfacción forzosa de las obligaciones. Y, efectivamente, no puede dejar de reconocerse que cuando hablamos de ejercicio del *ius distrahendi*, de la ejecución de la prenda o de la hipoteca, en realidad nos situamos ante la ejecución de una obligación asegurada con garantía real. Esta ejecución permite hacer efectiva la consunción del valor del activo pignorado por parte del acreedor, hasta el límite del importe de la obligación asegurada, proyectando sus consecuencias no solo sobre el patrimonio del prestador de la garantía, sino también sobre los terceros adquirentes y los acreedores de aquél. Desde esta perspectiva, se trata de destacar que el pacto comisorio tampoco puede constituir

<sup>56</sup> STS de 5 de junio de 2008, entre otras, y más recientemente STS de 4 de febrero de 2020.

un mecanismo que desvirtúe o diluya los derechos que al ejecutado y a los terceros con derechos sobre la garantía les son reconocidos en el procedimiento de ejecución.

La garantía real dota a las obligaciones que asegura de un cauce ejecutivo aventajado, hasta tal punto que se habla de que gozan de una tutela ejecutiva privilegiada, que se distingue, por su mayor sumariedad y celeridad, de la ejecución ordinaria y que, por ende, ha de gozar de la correspondiente cobertura legal. La realización de la prenda supone el ejercicio de un derecho privado patrimonial del titular de la garantía, *el ius distrahendi*<sup>57</sup>, pero al mismo tiempo resulta indudable que su ejercicio se fundamenta en el incumplimiento de la obligación asegurada. Ambas facetas (ejercicio de un derecho patrimonial privado y su tramitación dentro del marco de un procedimiento en que se ven afectados otros derechos protegibles) constituyen la esencia de la ejecución y marcan los requisitos para su desenvolvimiento.

En realidad, en esta problemática aparecen entremezcladas dos cuestiones, no siempre diferenciadas, que es conveniente tratar de aclarar, la ejecutabilidad de la deuda y la realización de la garantía para satisfacer aquélla. Son aspectos o fases que confluyen y se suceden en el procedimiento de ejecución y que presentan gran conexión, por estar funcionalmente conectadas, pero estructuralmente son distintas. Propiamente, la realización de la garantía consiste en el procedimiento para extraer el valor de la misma y aplicarlo al pago de la obligación asegurada (cuyo incumplimiento constituye su presupuesto básico). En cambio, la ejecución de la deuda o, mejor dicho, la constatación y declaración de su ejecutabilidad, presupone una fase declarativa de carácter limitado, cuyo objeto es verificar la concurrencia de un título que legitime y ampare la ejecución, es decir, que acredite la existencia, vencimiento y liquidez de la deuda. Esta precisión permite diferenciar la trascendencia del título ejecutivo y la del título constitutivo de la garantía, sin que uno pueda suplir al otro (sin perjuicio que en la mayoría de las ocasiones ambos títulos confluyan en el mismo documento<sup>58</sup>). Los

<sup>57</sup> RDGRN de 26 de diciembre de 2018: *La enajenación forzosa constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca, de suerte que, «in nuce», tal enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca (cfr. artículo 1858 del Código Civil y Resolución de 8 de noviembre de 1990)...Como expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, «la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado -el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada- que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado».*

<sup>58</sup> El que la prenda y el crédito se formalicen públicamente en unidad documental facilita que un mismo documento -la copia de la escritura o el testimonio de la póliza correspondiente- sirva como título ejecutivo y a la vez acredite el requisito complementario, pero básico, propio de este procedimiento, que es la existencia de la prenda que se va a realizar. Mas cuando no ocurre así (ej. prenda en garantía de una obligación futura), es decir, cuando el título constitutivo de la prenda no acredita el crédito asegurado, es necesario probar separadamente su existencia para la viabilidad de la ejecución privilegiada, mediante un título, judicial o extrajudicial, de aquéllos a los que la ley reconozca la virtualidad de llevar aparejada la ejecución.

procedimientos ejecutivos más privilegiados, a los que pueden acceder las obligaciones aseguradas con este tipo de garantías, se simplifican por partida doble, en la medida en que la fase cognitiva o contradictoria se organiza de una forma muy sintética, sobre la base de que el título que ampara la obligación constituye un título ejecutivo, esto es, un título que, como establece el art. 517 LEC, lleva *aparejada ejecución*, y la fase de apremio se beneficia de la garantía con que cuenta *ex ante*, lo que también redundaría en su simplificación<sup>59</sup>. Es decir, el principal fundamento de la ejecución privilegiada descansa esencialmente, y así lo reconoce el precepto que acabamos de citar, en la concurrencia de un título ejecutivo, al que se le concede esta fuerza ejecutiva sobre la base del rigor que conlleva el proceso de creación de dicho título, pues como destacaba la STC 41/81, la ausencia de contradicción es consecuente “con la naturaleza del título”. Hasta tal punto esto es así, que dentro de la ejecución no se ha de enjuiciar el fondo de dicho título, la pretensión material o derecho que incorpora, sino simplemente que “*no adolezca de ninguna irregularidad formal*” (art. 551 LEC). Si además concurre una garantía real, la ejecución todavía se torna en más expeditiva que la vía privilegiada común. En efecto, la segunda fase de la ejecución, que se abre con el despacho de ejecución, la propiamente encauzada a la realización del valor de los bienes y su liquidación, o fase de apremio, también se favorece cuando se ha constituido una garantía real, pues aparece marcada por la existencia de un derecho patrimonial que ostenta el acreedor que, al sujetar el valor de los bienes gravados con la finalidad de cubrir la obligación asegurada, le confiere exclusividad y preferencia sobre el valor de la garantía, en la forma tipificada por la ley, lo que hace innecesario que se tomen medidas cautelares, como el embargo, para asegurar la efectividad de la ejecución, sin perjuicio de dar audiencia a los terceros titulares de derechos sobre los activos gravados. En estos casos, el apremio se simplifica, en ocasiones, al máximo, sin que de ello se deriven dudas sobre su adecuación al marco constitucional, incluso en los supuestos más extremos<sup>60</sup>.

Presentándose la ejecución bajo estas coordenadas, el ejercicio del *ius distrahendi* se focaliza fundamentalmente en lo que hemos denominado fase de apremio, dejando

<sup>59</sup> Fundamentalmente por la preferencia de cobro que proporciona la garantía y su efectividad *erga omnes*, y porque el pacto de constitución de la garantía libera de algunas medidas procedimentales y atenúa otras.

<sup>60</sup> Corroboración esta postura la STS de 10 de diciembre de 2008. En el recurso se enjuiciaba la validez de un procedimiento de ejecución pignoraticia que se había llevado a cabo al amparo del art.323 Ccom. La parte recurrente defendía su nulidad por ser contrario al artículo 117.3 de la Constitución Española, toda vez que confiere a la acreedora ejecutante un "exorbitante e improcedente privilegio", sin que se asegure al deudor el conocimiento de la iniciación del trámite para la realización del valor del bien pignorado. Se instaba al tribunal a presentar una cuestión de constitucionalidad, petición que fue rechazada por el Tribunal Supremo, por no haberse apreciado dudas sobre la adecuación del citado precepto a la Carta Magna.

prácticamente inalterada (aunque si cabe, todavía más expeditiva) la fase cognitiva. La esencia de la garantía repercute sobre el expediente de obtener el valor del bien gravado con preferencia. Entonces, el *ius distrahendi* es cuando se desenvuelve en toda su dimensión como un verdadero derecho patrimonial, que como tal, dentro de los límites estructurales del sistema, es susceptible de configuración por la autonomía de la voluntad, y esta posibilidad de modelación convencional debe alcanzar también al modo de su realización dineraria, con tal que esta discurra bajo los parámetros que marca la línea de imperatividad ejecutiva, que se concreta en la presentación de un título ejecutivo, audiencia de las partes y terceros interesados, objetivación e imparcialidad en la determinación de su valor y liquidación ordenada del numerario obtenido <sup>61</sup>. Esta última exigencia constituye también un pilar de nuestro derecho de garantías, que se concreta en la posibilidad de intervención en la ejecución de todos los sujetos legitimados y de que exista un trámite liquidatorio en el que se conjuguen y respeten todos los derechos patrimoniales afectados por la ejecución. Mientras que se mantengan estos parámetros nada impide que se pueda organizar una vía ejecutiva, con los efectos propios de ésta, inter partes y frente a terceros, sin que se degrade y convierta en una modalidad meramente solutoria de menor alcance y efectividad. La adición convencional al *ius distrahendi* de la facultad de apropiación no implica de principio la infracción de dichos parámetros ejecutivos ordenados para la protección de partes y de terceros, si su ejercicio se organiza de forma compatible con los mismos.

Por eso, como apuntábamos al principio, la cuestión a resolver ya no encierra un problema de licitud sino de establecer las condiciones para el ejercicio alternativo del *ius distrahendi*, especialmente en los supuestos en que (a diferencia de los contemplados en el art. 322 Ccom y RDL 5/2005) los bienes dados en garantía no tienen un valor objetivo predefinido. El recurso a esta figura se justifica por el mejor desenvolvimiento de la ejecución de la garantía, sin embargo, a falta de regulación

<sup>61</sup> La flexibilización de la ejecución de las garantías cuenta con casos más radicales. Así, cabe constatar que el RDL 5/2005 sobre garantías financieras, y la jurisprudencia del TS recaída sobre la ejecución de la prenda irregular (entre otras las STS de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 10 de marzo de 2004, 24 de junio de 2010), supuestos en los que la cognición es total o prácticamente inexistente, admiten expresamente la apropiación por el acreedor a través del procedimiento de la compensación, no solo sin intervención de ninguna autoridad pública, sino sin ninguna referencia a una fase cognitiva, o de mera constatación de existencia de una deuda, de su vencimiento y de su importe líquido (salvo la genérica referencia a que se efectúe de una “manera comercialmente correcta”). El art. 322 Ccom. por su parte, sanciona un procedimiento ejecutivo especial, extremadamente sumario, sin apenas fase declarativa, si bien presupone la concurrencia de un título ejecutivo. Lo mismo ocurre con las previsiones de algunos derechos civiles especiales que han incidido en la materia de la ejecución de garantías. Finalmente cabe recordar otras normas, como el art. 16 de la LVBMP y el art. 84 de la LSC, que, aunque no se refieren a garantías reales, admiten igualmente que el acreedor se apropie del bien del deudor, o lo venda, de forma totalmente privada. Parece, pues, que a pesar de los reparos que se han formulado, estos procedimientos se desenvuelven en la práctica jurídica con aparente normalidad.

sobre la materia, ante los interrogantes que se presentan, resulta necesario definir y estructurar el desarrollo de la ejecución en términos seguros para lograr su plena efectividad, lo que constituye una tarea delicada pues nos movemos en un terreno en el que hay que reconocer que los límites de la autonomía de la voluntad, como decíamos, no siempre están claros. El principal efecto de este pacto es que libera a la ejecución del trámite de la subasta pública, como mecanismo de tutela de los derechos del pignorante (o del ejecutado), que se sustituye por la concurrencia de un expediente “*objetivable de valoración*”, o como dice la RDGSJ y FP de 15 de marzo de 2021, por un expediente en que la realización de la garantía se “*efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor*” y en que se preserven, como exige el TS, “*no solo los intereses del deudor [y pignorante] sino también los de sus acreedores*” y terceros titulares de derechos sobre la garantía. En definitiva, la prohibición de pacto comisorio tampoco impide una cierta configuración convencional del desarrollo ejecutivo del *ius distrahendi* pues, como resalta la RDGRN de 26 de diciembre de 2018, “*la interdicción del comiso contenida en el artículo 1859 del Código civil... carecería de sentido si solo se admitiese la ejecución judicial y no la manifestación de autotutela privada*”. Parece, pues, que la noción de autotutela privada no entra necesariamente en contradicción con nuestro sistema ejecutivo, siempre que se adecúe y respete sus postulados básicos, de modo que resulte compatible con los principios que inspiran el mismo. Buena prueba de ello son los supuestos tradicionales tipificados de autotutela, ciertamente esporádicos<sup>62</sup>, que ahora se ven incrementados por las nuevas situaciones que se reconocen en algunas normativas específicas, como la de las garantías financieras, que no obstante su alcance meramente sectorial, permiten que se vaya consolidando la idea de que es viable la protección crediticia modulada por la autonomía privada y que alcance a su dimensión ejecutiva. El postulado que introduce el art 11.3 *in fine* del RDL 5/2005, cuando dispone que “*la ejecución de la garantía se hará de conformidad con lo dispuesto en el contrato de garantía*”, aunque sujeto a los presupuestos y a las condiciones, objetivas y subjetivas, que marcan el campo de aplicación de dicha norma, irrumpe en nuestro ordenamiento para reforzar, de forma inequívoca, la idea de que cabe un cierto margen de actuación de la autonomía privada en el sistema ejecutivo.

## 6. OPERATIVIDAD DE LA FÓRMULA MARCIANA

Las claras pruebas de inoperatividad que manifiestan nuestros sistemas de ejecución de garantías, por su duración, sus costes y su falta de aptitud para que se crucen

<sup>62</sup> Entre los que se pueden citar, aparte de los mencionados a lo largo del texto, los artículos 1504 Cc y 84 LSC.

ofertas por precios próximos a los de mercado (lo que lleva al legislador a establecer topes mínimos de adjudicación sobre el importe de la tasación), justifica que al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, como reconoce la jurisprudencia registral, se vayan “*abriendo nuevas vías de ejecución de las garantías o realización de los bienes objeto de éstas que resulten más eficientes*”. En esta línea de mayor eficiencia se presenta el recurso al pacto marciano que se caracteriza por introducir una modalización de la fase de apremio que sustituye la subasta por un expediente de valoración objetivo e imparcial, con vistas a dotar de mayor celeridad a la ejecución. Hemos visto, además, que constituye un mecanismo que puede ser congruente y acompañarse bien con los estándares ejecutivos que establece nuestro ordenamiento.

Llegados a este punto, se hace preciso examinar la viabilidad práctica de esta variante ejecutiva, cómo se traslada o concreta esa especial sujeción de los bienes pignoralados al cumplimiento de la obligación garantida (tan característica de la fase asegurativa y que dota de eficacia *erga omnes* a la garantía) al momento de su realización, en vista a satisfacer o resarcir los intereses del acreedor ante el impago de la prestación debida. Vamos a centrarnos en la ejecución marciana, ¡vaya nombre!, de la prenda de acciones o participaciones<sup>63</sup>, tratando de diseñar las bases de una ejecución con un avanzado y holgado nivel garantista, dentro de un expediente extrajudicial, lo cual no implica necesariamente que haya que desechar otras alternativas menos tuitivas y formales o más “privadas”. Asimismo, sin prejuzgar la validez y oportunidad de esta fórmula

<sup>63</sup> Sin embargo, con carácter general y con las debidas adaptaciones, estos principios consideramos que pueden aplicarse a la ejecución de todo tipo de garantías reales, incluso las que recaen sobre inmuebles (como es el caso de la RDGSJyFP de 15 de marzo de 2021). El pacto marciano parece especialmente idóneo para agilizar la ejecución de las hipotecas inversas. La ejecución de éstas puede resultar más compleja que la hipoteca ordinaria, toda vez que la acción debe dirigirse contra los herederos de los hipotecantes, lo que además de complicar subjetivamente la incoación del procedimiento, exige compatibilizar su ejercicio con los derechos y plazos que la ley concede a los herederos para la aceptación, y la justificación de sus derechos hereditarios. Por otra parte, al limitar la ley la responsabilidad por la devolución del préstamo a los bienes de la herencia (que en muchas ocasiones se circunscribirán a los bienes hipotecados) podría incentivar el pacto marciano concretando la responsabilidad exclusivamente en el bien hipotecado. La Ley italiana de 2 de abril de 2015 concede a la entidad financiera la posibilidad de vender el inmueble dado en garantía para el cobro de la deuda generada por la hipoteca inversa, en el plazo de 12 meses desde el fallecimiento del hipotecante (cada 12 meses se puede reducir el precio de venta en un 15% sobre el valor de tasación). En nuestro derecho, esta opción plantea el problema de que este pacto tendría lugar en el marco de la contratación con consumidores, ámbito que el Centro Directivo parece dejar excluido de la operatividad de esta modalidad ejecutiva. No obstante, esta preocupación dejaría de tener presencia en los supuestos en que contractualmente se limita la responsabilidad al importe obtenido por el bien hipotecado (arg. ex art. 6.1 h). Vid nota siguiente.

respecto de los contratos en que intervengan consumidores, dejamos este sector de la contratación fuera de este estudio<sup>64</sup>.

Recientemente la propia DGSJyFP (Res. de 21 de julio de 2021) ha venido a abundar en esta dirección concluyendo, de forma genérica, que “podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión”. Claro que, a renglón seguido, precisa que “*para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión*”.

En definitiva, el Centro Directivo apoya, *in abstracto*, la admisibilidad del pacto comisorio en el marco de una negociación contractual ajustada a los principios generales de la contratación (equilibrio de prestaciones, la libertad contractual y la buena fe)<sup>65</sup> pero, más allá de citar y admitir la hipótesis del pacto marciano como alternativa ejecutiva, no suministra los requisitos concretos que ha de revestir el pacto para asegurar su viabilidad, mientras que el mercado financiero y la práctica forense buscan cauces seguros de ejecución. Precisamente, la determinación de los presupuestos o condiciones (sustantivos y ejecutivos) de operatividad del pacto marciano, como antes apuntábamos, constituye el núcleo básico de la problemática actual que presenta esta figura ejecutiva<sup>66</sup>, y la tarea que trataremos de acometer. Esta es la cuestión que actualmente suscita el mayor interés<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> La propia Resolución DGSJyFP de 15 de marzo de 2021 se inclina por dejar fuera de estos sistemas alternativos a los contratos con consumidores, y a tal efecto precisa que: «*es indudable que, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión, dadas las medidas tuitivas que respecto de los deudores y en relación con la ejecución de la hipoteca establecen normas imperativas como, entre otras, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ni la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria*». Sin embargo, aun reconociendo que es una cuestión delicada, susceptible de ser analizada en cada caso, nos parece discutible la orientación que con carácter general se sigue en esta resolución, pues, como apunta CORDERO LOBATO E, *op. cit.* p. 633, esta alternativa ejecutiva no comporta necesariamente una renuncia de derechos que haya de reputarse incompatible con la legislación de consumidores, máxime si se parte de la premisa de que mediante esta modalidad ejecutiva se favorece la obtención de un mayor valor de los activos gravados. Es más, hay casos donde de forma indubitada el derecho del consumidor puede resultar de mejor condición (y así lo entiende el legislador europeo y la LCC), como ocurre cuando se pacta la liberación del deudor, aunque el valor obtenido sea inferior al importe de la obligación asegurada.

<sup>65</sup> Cfr. RDGRN de 26 de diciembre de 2018.

<sup>66</sup> En el mismo sentido DE BARRÓN ARNICHES P., *op. cit.* p. 1563.

<sup>67</sup> Precisamente, uno de los argumentos que utiliza el sector crítico con el pacto marciano se centra en la dificultad para determinar cómo se lleva a la práctica esta modalidad ejecutiva. Así BUSTOS PUECHE, *op.*



Aunque entendemos que la fórmula marciana es susceptible de acomodarse tanto a la ejecución judicial como a la extrajudicial, nuestro análisis se va a ceñir a esta última. Y el punto de partida, inevitablemente nos lleva, con carácter general (sin perjuicio de los supuestos que operan con valores o garantías financieras, dotados de una regulación específica que establece *ex lege* una alternativa similar, o más flexible<sup>68</sup>), al artículo 1872 Cc. Esta norma, aunque no es la única, es la que ampara, con carácter general, la ejecución extrajudicial de la prenda, con las variantes convencionales adoptadas dentro de los parámetros legales inderogables, y la que hace viable el desenvolvimiento de esta alternativa marciana como una modalidad ejecutiva atemperada negocialmente, bajo la cobertura legal que ofrece este precepto.

El artículo 1872 Cc se caracteriza por establecer, muy escuetamente, un procedimiento de ejecución que se organiza bajo el control y dirección del notario. El texto de la norma es tan conciso, que propiamente solo regula, y de forma fragmentaria, la fase de apremio o de realización de la garantía, pero permite que se desenvuelva, bajo la dirección de una autoridad pública, fuera del proceso. No contiene ninguna previsión sobre el aspecto cognitivo de la ejecución y solo regula una modalidad de apremio, la subasta (aunque sin resolver muchos aspectos de su desenvolvimiento), circunstancias que obligan a una importante labor integradora del mismo, pues es un texto plagado de silencios y de lagunas. Y esta tarea de integración no resulta fácil, habida cuenta de la pluralidad de normas que regulan procedimientos que pueden guardar semejanza, pero cuya procedencia, así como los presupuestos de que parten son muy variados (y no siempre coincidentes), lo que exige una cuidadosa selección. Se pueden citar, sin ánimo exhaustivo la regulación que sobre la ejecución se contiene en la LEC, así como todas las normas que regulan procedimientos o expedientes notariales de ejecución o de venta de bienes gravados (LH, RH, LHMYPST y su Reglamento), el art. 323 CCom. los arts. 6 y ss. del RDL 5/2005 y también normas de derecho civil especial, pero más actualizado en este punto, como el artículo 569.20 del Código Civil Catalán, y la legislación notarial, sin olvidar los postulados básicos en que descansa nuestro sistema ejecutivo y los principios constitucionales que han de presidir e inspirar, en todo caso, la aplicación e integración de este procedimiento. Pero la línea básica que debe presidir esta labor integradora arranca de la premisa de que el procedimiento del art. 1872 Cc

---

*cit.*, p.566, apunta que “Es de suponer que habría que acudir a peritos para determinarla [la valoración objetiva] pero sin agotar la cuestión, he aquí algunos interrogantes: ¿Quién nombra a los peritos? ¿Cuándo, en el mismo contrato de garantía o al tiempo de la ejecución? ¿Hay posibilidad de recusación? ¿Pueden intervenir en el justiprecio los demás acreedores del deudor? ¿Cuál es el destino del exceso habiendo otros acreedores? ¿Cómo se averigua si existen esos otros acreedores? Todos estos interrogantes no hacen sino poner de manifiesto la necesidad de un procedimiento ordenado y justo para poder ejecutar una obligación. Ahora bien, los particulares no pueden proveer esta necesidad... es función del Estado, cabalmente, para mejor servir los intereses de los particulares”.

<sup>68</sup> Vgr. arts 323 CCom o RDL 5/2005.

(al igual que ocurre con los procedimientos especiales de ejecución de bienes pignorados e hipotecados previstos en la LEC), no es sino otra variante privilegiada, por la concurrencia de la garantía, de la ejecución dineraria regulada en la ley rituarial, a cuyos principios básicos debe adecuarse. La redacción del citado artículo, que permanece petrificada en el tiempo, no es óbice para que se actualice mediante su interpretación coordinada con los principios que se han ido consagrando con la evolución de nuestro sistema ejecutivo.

A pesar de penuria regulatoria de que hace gala, el precepto al que nos referimos da carta de naturaleza a la ejecución extrajudicial de la garantía prendaria que permite la agresión e intervención del patrimonio del pignorante que sufre la ejecución, aún sin su colaboración, creando un título de atribución legítimo sobre los bienes pignorados en favor del que resulte adjudicatario de los mismos, bajo una serie de presupuestos que marcan con carácter general (sin perjuicio del marco regulatorio especial para sectores específicos) los límites de la regulación convencional de la fase de realización de la ejecución: i) control público de la ejecución, que se atribuye al notario (salvo en aquellos supuestos en que la ley, específicamente, permita otra cosa)<sup>69</sup>; ii) sistema objetivo de determinación del valor de la cosa gravada, iii) convocatoria y audiencia a todos los sujetos interesados y iv) la liquidación de la ejecución (pago de la obligación asegurada y gestión y entrega ordenada del sobrante). No obstante, como antes se ha apuntado, al concretarse las previsiones de este precepto en la fase de apremio, hay que entender que no se excepcionan las cautelas o presupuestos mínimos de orden cognitivo sobre el título obligacional que se ejecuta derivados de nuestro derecho ejecutivo (que operan siempre, salvo expresa previsión legal en contrario<sup>70</sup>).

Cierto es que el artículo en cuestión organiza el apremio a través de la subasta, única posibilidad que prevé. Sin embargo, este es el punto que puede verse alterado por el pacto de que tratamos, en base al cual se posibilitaría esta modalidad ejecutiva marciana a través del ejercicio *ius distrahendi* mediante la venta o la apropiación de la cosa. En efecto, el pacto de apropiación unido a la fijación de un sistema objetivo de valoración posibilita la sustitución del procedimiento de subasta, no su finalidad, de la misma forma que en el procedimiento ejecutivo judicial aquélla puede ser sustituida, mediando acuerdo de los interesados, por lo que se establezca al efecto en el convenio

<sup>69</sup> RDGRN de 26 de diciembre de 2018: *Junto al ejercicio en el ámbito judicial del «ius distrahendi», nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de su ejercicio extrajudicial cuyo fundamento no es ya el ejercicio coercitivo por el ordenamiento de la responsabilidad del deudor, sino el previo consentimiento que éste presta para que se venda la finca y se realice su valor en caso de incumplimiento. Para garantizar en este ámbito que se respete el equilibrio de intereses a que se ha hecho referencia el ordenamiento exige que el ejercicio extrajudicial se lleve a cabo bajo el control y dirección de un funcionario público, el notario, cuya actuación está fuertemente regulada.*

<sup>70</sup> Como ocurre en los supuestos previstos en el RDL 5/2005.

de ejecución, y a falta de éste por los medios que se establecen en el art 636.2 LEC<sup>71</sup>. De este modo, el pacto de apropiación o de disposición por un valor objetivo reemplaza el mecanismo de la subasta por otro dispositivo congruente con los presupuestos antes enunciados, un dispositivo que nuestro ordenamiento admite (aun sin control público) cuando se dispone de un valor objetivo de los bienes pignorados (art. 322 Cc y RDL 5/2005). Finalmente cabe apuntar que, en principio, el pacto marciano, bajo esta configuración, constituye una alternativa de ejecución que no excluye el recurso a las demás vías legalmente previstas, salvo que la entrega del bien al acreedor, en pago de la deuda, por su valor real, se hubiese configurado como un derecho del deudor.

Es decir, el artículo 1872 Cc, a la luz de los postulados legales y jurisprudenciales examinados, sirve, o puede servir, de base y de guía para extraer unas bases procedimentales seguras<sup>72</sup> que doten de certidumbre a la realización alternativa de la prenda, sin olvidar otros requisitos imprescindibles que con carácter general inspiran nuestro derecho ejecutivo. Con arreglo a ellos, trataremos de hacer una aproximación a cuáles son los parámetros de validez y de operatividad de la fórmula de ejecución marciánica. A tal efecto, afortunadamente, contamos con las referencias que suministra la DGSJyFP de 21 de marzo de 2021 que, acompasándose a las necesidades del mercado financiero actual, de forma clara y rotunda abre paso al desenvolvimiento de sistemas ejecutivos más eficientes, sin merma del rigor y del equilibrio de los derechos

<sup>71</sup> El propio art. 636 LEC parece relegar la subasta, reputándola como una vía supletoria: "2. A falta de convenio de realización, la enajenación de los bienes embargados se llevará a cabo mediante alguno de los siguientes procedimientos: 1.º Enajenación por medio de persona o entidad especializada, en los casos y en la forma previstos en esta Ley. 2.º Subasta judicial" (no obstante, vid la posición de la DGRN sobre los efectos del convenio de realización, en concreto la resolución 16 de febrero de 2009). Si bien, en los siguientes artículos enfría este impulso. Como señalan CARRASCO, LOBATO, MARÍN, op. cit. 220 y ss., la subasta del art. 1872 Cc tiene una evidente congruencia con el sistema de apremio que regulaba la LEC de 1881, pero hoy la subasta constituye un procedimiento residual de realización del valor de los bienes ejecutados.

<sup>72</sup> Sin excluir que pudieran ser viables otras fórmulas de ejecución con menores exigencias procedimentales. En el caso resuelto por la STS de 2008, se había pactado la posibilidad de un procedimiento de realización por venta directa, con renuncia a los trámites, requisitos y plazos previstos en los arts. 323 Ccom. y 1782 Cc. Se discutía el alcance de esa renuncia. El alto tribunal, sin manifestarse expresamente sobre la validez de esa vía alternativa de ejecución, señala: "Ello sentado, no puede entenderse que infrinja ninguna de las normas del artículo 1.281 del Código Civil - ni las demás citadas en el motivo - el significado que el Tribunal de apelación atribuyó a la cláusula 11 de la póliza de que se trata, tras poner en relación, como se ha dicho, "la renuncia expresa a los plazos y procedimientos señalados en los artículos 322 del Código de Comercio y 1.872 del Código Civil" con la facultad que se reservó la acreedora de "vender, sin más aviso ni diligencia judicial o extrajudicial y sin limitación de tiempo", las acciones; y entender que lo que las contratantes quisieron al pactar así - bien que utilizando unos términos poco claros, por más que susceptibles de ser entendidos- fue facultar a la acreedora para que pudiera utilizar, si le interesaba, además de los procedimientos legalmente regulados para la realización del valor de los bienes pignorados, la venta directa, sin que, en este caso, pudiera la deudora impedirlo con la invocación de los artículos 322 y 1.872, tantas veces repetidos".

en juego, admitiendo la validez, e inscribibilidad, de un procedimiento de ejecución extrajudicial, bajo la modalidad de apropiación, sin subasta, sobre la base de las cautelas y controles a los que se sometía el desenvolvimiento del mismo, entre las que se destacaba la previsión de un sistema objetivo de valoración<sup>73</sup> y el control notarial de la ejecución.

## 7. PRESUPUESTOS DE PARA LA EFECTIVIDAD DE LA EJECUCIÓN MEDIANDO PACTO MARCIANO

Concisamente trataremos de enumerar los presupuestos de la esta realización prendaria marciana, bajo el presupuesto de reconocer el papel modulador de la autonomía de la voluntad, que ha de ser compatible (salvo disposición normativa específica que ensanche su ámbito de actuación) con las tres esferas de especial tutela que operan como límites del poder de auto regulación: la concurrencia de un valor objetivo de los activos pignorados, para asegurar, por exigencias de la causa *garantiae*, que el acreedor no recupere más que el importe de su obligación, el respeto a las reglas básicas de defensa del ejecutado previstas en nuestro sistema ejecutivo y la tutela de los derechos de los terceros.

### 7.1. Título ejecutivo y título constitutivo

Toda ejecución requiere la existencia de una obligación que resulta incumplida y que su importe resulte determinado, pues constituyen el *an* y el *quantum* de la ejecución (cfr. art. 236 RH). La activación de la ejecución tiene como presupuesto la acreditación de estos extremos, mediante la presentación de un título al que la ley conceda la virtualidad de llevar aparejada ejecución. Sin título ejecutivo no cabe despachar

<sup>73</sup> En la escritura cuya denegación de acceso registral motivó el recurso, una compañía reconocía una deuda y se comprometía a pagarla en un plazo determinado. En garantía de dicho pago la deudora constituía, sobre un inmueble de su propiedad, una hipoteca a favor de la acreedora, al tiempo que se otorgaba a favor de ésta un derecho real de opción de compra, susceptible de ejercitarse si mediaba el impago de tres mensualidades a través de un procedimiento cuyas bases fundamentales son las siguientes: i) la iniciación habría de tener lugar mediante el oportuno requerimiento al notario, indicando las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito con determinación exacta de la cantidad reclamada y el desglose de sus conceptos, ii) requerimiento al deudor para que pagase en un plazo, iii) en defecto de pago, notificación de las actuaciones al titular de la última inscripción de dominio y titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores a la ejecución, facultándoles para proceder al pago de la cantidad reclamada antes del ejercicio de la opción, iii) establecimiento de un sistema para la tasación de la finca por un arquitecto designado por sorteo entre los colegiados de una determinada localidad, notificación de la valoración al acreedor para que en el plazo establecido manifestase si deseaba ejercitar la opción, iv) fijación de un sistema para la liquidación de la deuda, cuyo importe, intereses y gastos se descontarían del precio a pagar por la opción y vi) depósito del sobrante para entregar a acreedores posteriores. A falta de éstos se preveía su entrega al dueño de la finca. Asimismo, se establecían unas causas de suspensión (*acreditación documental de la iniciación de un procedimiento criminal por falsedad de la presente escritura o por falsedad en lo manifestado por el acreedor en cuanto a las cantidades que le han sido o no satisfechas*).

ejecución<sup>74</sup>. El artículo 1872 Cc, omite toda referencia a este requisito, solo establece que el crédito no hubiese sido satisfecho, sin embargo, constituye una exigencia de nuestro derecho ejecutivo general. Así lo establece la LEC en su art. 517 (*la acción ejecutiva ha de fundarse en un título que lleve aparejada ejecución*) y el propio art. 322 del código de comercio<sup>75</sup>. De manera muy gráfica y elocuente, el art. 87.2.2 de la LHMPSD exige que en el instante de la ejecución se presente al notario “*el título o títulos de su crédito, revestidos de todos los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que tenga carácter ejecutivo*”. Es cierto que alguno de los preceptos citados que se ocupan de casos especiales de ejecución, *ratione materiae*, prescinden de este requisito. Sin embargo, con carácter general, salvo dispensa específica de la norma<sup>76</sup> o de la doctrina jurisprudencial, es obligado considerar que este procedimiento tiene por objeto la satisfacción forzosa de una obligación, es decir, su ejecución, lo que exige una previa constatación de su existencia y vencimiento, circunstancia que solo facilita el título ejecutivo. El título ejecutivo constituye un riguroso y tasado indicio legal de que la obligación que se trata de ejecutar existe, lo que le convierte en la piedra angular sobre la que se asienta la ejecución<sup>77</sup>, y es lo que sin duda justifica una ejecución con una fase cognitiva abreviada, que se limita a la constatación de que existe el título ejecutivo sin que adolezca de ninguna irregularidad formal<sup>78</sup>. El título ejecutivo representa y acredita la existencia de una deuda dineraria (única susceptible de ejecutarse por esta vía) y su liquidez. En otro caso habrá que acompañar, si así se hubiera pactado, el documento fehaciente de liquidación, junto con la oportuna documentación, que acredite la cuantía exacta de la deuda reclamada y que su cálculo se ha efectuado en la forma convenida por las partes. A diferencia de lo que ocurre en ámbito de la ejecución extrajudicial hipotecaria, no hay razones para

<sup>74</sup> La propia LEC en su preámbulo XVII señala “que contiene un conjunto de normas que, por un lado, protegen mucho más enérgicamente que hasta ahora al acreedor *cuyo derecho presente suficiente constancia jurídica*”.

<sup>75</sup> El artículo 323 Ccom. presupone que la obligación garantizada, susceptible de ejecutarse por la vía sumaria que prevé la norma, es un préstamo formalizado en un título ejecutivo (escritura pública o póliza intervenida). Así lo recoge la STS sentencia 1122/2008322, seguida por la STS 586/2021, que considera que el organismo rector del correspondiente mercado secundario ha de adoptar las medidas de ejecución a tal fin previstas - *una vez que el acreedor le hubiera entregado la póliza o escritura de préstamo, acompañada del certificado acreditativo de la inscripción de la garantía expedido por la entidad encargada del correspondiente registro contable*.

<sup>76</sup> Es el caso del RDL 5/2005 para las garantías financieras, cuyo art. 13 se conforma con exigir, de manera ciertamente genérica, que, sobre la base de lo convenido en el acuerdo de garantía financiera correspondiente, el *cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúe de una manera comercialmente correcta*. Quizás pueda entenderse que esta norma cree un nuevo título ejecutivo, habilitando como tal, como título ejecutivo *ad hoc*, al acuerdo de garantía.

<sup>77</sup> PAZ-ARES I, *El título del crédito hipotecario, inscripción y ejecución, dentro del libro colectivo Hacia un nuevo derecho hipotecario* (Academia Sevillana del Notariado, 2008).

<sup>78</sup> Cfr. Art. 551 LEC.

restringir este procedimiento a ningún tipo de obligación dineraria, siempre que se acredite su existencia y cuantía en la forma expresada<sup>79</sup>.

La apertura de la fase de apremio, consecuencia del despacho de la ejecución, requiere que se constate igualmente la existencia y vigencia de la garantía. Lógicamente, habrá de presentarse también el título constitutivo de ésta, acreditativo de la válida constitución de la prenda, que habitualmente también servirá de título ejecutivo (si la obligación y la garantía comparten la misma fuente documental), pero pudiera no ser así (como ocurre, por ejemplo, en el caso de deudas futuras o de obligaciones condicionales etc.)<sup>80</sup> pues la virtualidad de la prenda, aparte de justificar el acceso a esta vía especial de ejecución y de ejercicio del *ius distrahendi*, no radica en suplantarse al título que lleva aparejada la ejecución, sino en facilitar y asegurar su buen fin sobre el valor de los bienes ejecutados. El título constitutivo sirve no solo para acreditar la válida constitución de la prenda, sino también la existencia del pacto que permite esta ejecución tan especial, y que constituye un requisito esencial de la misma.

También resulta conveniente que se justifique la titularidad de las acciones o participaciones. A tal efecto, el título adquisitivo del pignorante cumple una doble finalidad: constituye la base para la adjudicación de los bienes pignorados al acreedor o al tercer comprador, asegurando el tracto de la titularidad, y facilita información sobre la existencia de algún tercer adquirente de los bienes pignorados o de algún derecho real sobre los mismos (a través de la nota que se extiende en el título<sup>81</sup>). Aunque, en principio, no es precisa la obtención de certificado del libro registro de socios sobre los activos concernidos por la ejecución para acreditar la existencia de la prenda<sup>82</sup> su

<sup>79</sup> Vid el art 323 Com. en contraposición al art 129.2 c) LH.

<sup>80</sup> PAZ-ARES I, op. cit. p. 178, *Pignoración de cuotas sociales* (Cuestiones actuales de las garantías reales inmobiliarias, Dir. JM MIQUEL GONZÁLEZ). El título constitutivo de la garantía no sirve de título ejecutivo si en el mismo no se documenta el nacimiento o existencia de la obligación asegurada. Con cierta imprecisión terminológica, o presuponiendo que el título constitutivo de la garantía también sirve de título ejecutivo de la obligación, el art 569-20. 4 CCC, solo se refiere a la presentación del título constitutivo de la prenda. En el mismo sentido, y con igual imprecisión, se pronuncia el art. 236 a 2.a) RH, dentro del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

<sup>81</sup> Art. 174 RN.

<sup>82</sup> El significado de la anotación de la prenda de participaciones o de acciones nominativas en el libro registro de socios o de acciones requiere de alguna precisión. En principio, parece razonable entender que la inscripción no alcanza a influir en el proceso de nacimiento de la prenda como derecho real, pues la misma no está provista de eficacia constitutiva, ni siquiera su fecha es determinante de la prelación de la garantía. La prenda queda constituida *extra tabulas societatis* mediante el correspondiente contrato de constitución con el endoso en el caso de títulos nominativos y mediante el contrato ajustado a las reglas de la cesión de créditos y demás derechos incorporales en el caso de acciones desincorporadas y participaciones (arts. 106, 120, y 122 LSC). La adquisición siempre es previa a la inscripción (art. 120 LSC); por ello la sociedad puede exigir que se le acredite la adquisición en forma adecuada, según el sistema de circulación legalmente previsto y, en su caso, en función de que se hayan emitido o no los títulos. El libro registro y su eficacia se sitúa en otro terreno. En realidad constituye un instrumento creado

utilidad está fuera de dudas para el mejor conocimiento de los interesados en la ejecución. Si las acciones estuvieran incorporadas a títulos, resultaría imprescindible su presentación. Asimismo, la acreditación de las reglas estatutarias, que han de ser tenidas en cuenta en la ejecución, permitirá conocer los requisitos de transmisibilidad de los bienes pignorados.

### 7.2. *Emplazamiento al deudor, pignorante y terceros. Oposición a la ejecución*

El silencio del art. 1872 Cc es total en este punto. Sin embargo, constituye una pauta general de toda la legislación ejecutiva la necesidad de que medie el emplazamiento

---

fundamentalmente en interés de la sociedad con una triple finalidad: i) articular la legitimación del titular de la garantía (o de otro derecho real o dominical), con vistas al ejercicio de los derechos sociales; ii) proveer a la sociedad de un instrumento de control de que la transmisión o constitución del derecho real se ha llevado a cabo de conformidad con las reglas estatutarias (arts. 104, 112 y 116 LSC) y, ocasionalmente, iii) facilitar la exigencia del cumplimiento de los deberes de los socios identificando al sujeto obligado (ej. dividendos pasivos). El acceso al libro solo asegura al socio que la sociedad le va a reconocer como tal y, en esa medida, su eficacia se constriñe a las relaciones entre los titulares de acciones o participaciones (o derechos reales sobre las mismas) y la propia sociedad, pero sin que tenga mayor relevancia más allá del ámbito social (salvo algún efecto incidental. vid infra 7.6), fuera del cual la titularidad y la legitimación inherente a la misma se determinan conforme a las reglas de propiedad, esto es las que regulan la transmisión del dominio y de los derechos reales. Desde esta perspectiva, es lógico entender que cuando los artículos 104.2 y 116.2 LSC establecen que *la sociedad solo reputará socio o accionista a quien se halle inscrito en dicho libro* no pretenden influir en el proceso traslativo o constitutivo de los derechos que se creen sobre las acciones o participaciones ni, por ello, dar eficacia constitutiva a dicha inscripción, sino sustentar una mera regla de legitimación o de oponibilidad frente a la sociedad. Ello explica que el artículo 121.2.2 LSC reconozca al usufructuario y al acreedor pignoraticio, en tanto que no se hayan emitido los títulos, el derecho a exigir que la sociedad certifique la inscripción en el libro registro de su respectivo derecho. Otra interpretación sería incongruente con el principio general de que la transmisión de las participaciones y acciones se rigen por el derecho propio de su sistema de circulación, el derecho común en caso de que los derechos sociales no estén incorporados, que remite a las normas de la cesión de créditos y demás derechos incorporeales, reglas que no exigen ningún requisito adicional a la existencia del título traslativo, ni siquiera la notificación a que se refiere el art. 1527 Cc, que no constituye un presupuesto para el nacimiento de la prenda, sino para vincular a la sociedad a los meros efectos legitimatorios (entre los que se incluyen los liberatorios). Las normas societarias no contienen reglas de propiedad sino de legitimación, lo que explica que en caso de conflicto entre las normas que regulan la transmisión y las de la LSC, estas últimas solo prevalezcan en cuestiones de legitimación para el ejercicio de los derechos sociales. En el panorama doctrinal esta premisa no resulta cuestionada (vid., por todos, PERDICES HUETOS A y VEIGA COPO A, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo VI THOMSON REUTERS 2010, p. 416 y ss., ALFARO AGUILA-REAL J, El libro registro de socios o acciones nominativas, en el blog El almacén del derecho, disponible en <https://almacendederecho.org/libro-registro-socios-acciones-nominativas>, PAZ-ARES I, Pignoración..., p 119 y ss.). Sin embargo ha sido puesta en entredicho recientemente por la a nuestro juicio poco acertada SAP de Madrid de 29 de octubre de 2021 que, sobre la base de la STS de 21 de julio de 2006 (resolución de difícil inteligencia, máxime si se tiene en cuenta que el supuesto enjuiciado no tenía por objeto directo determinar si se había constituido un derecho de prenda sobre las acciones no incorporadas, ni se cuestionaba su validez, sino que el debate se circunscribía al derecho del acreedor pignoraticio a pedir la entrega de los títulos), declaró nula una prenda de acciones desincorporadas concluyendo que *“En definitiva, conforme a la citada sentencia del Tribunal Supremo, el contrato produce solo efectos obligacionales y la constitución del derecho real de prenda sobre acciones no impresas exige la inscripción en el libro registro como sustitutivo de la necesaria entrega”*.

del deudor y del propietario del bien pignorado, y también de los llamados terceros adquirentes, esto es de aquellos que hubiesen adquirido la propiedad o un derecho real sobre el mismo<sup>83</sup>. Parece necesario exigir que medie un requerimiento de pago al deudor (art. 236 c).1 RH y art. 94 LHMPD) y, en su caso, al pignorante y al tercer poseedor (art. 686 LEC)<sup>84</sup> con indicación de la cantidad reclamada y, en su caso, la causa del vencimiento, especialmente si es anticipado, y la advertencia de que, si no media el pago, se inicia la ejecución en la forma prevista en el título constitutivo<sup>85</sup>. La notificación debe tener por objeto comunicar el contenido del acta inicial que formaliza la solicitud de ejecución en que se expresen *“las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos”* (art. 236.a RH).

El requerido, podrá pagar, aquietarse a la ejecución u oponerse a la misma. La posibilidad de oposición constituye un punto clave para el ejecutado, para su defensa, por que desencadena la suspensión (o el cierre) de la ejecución, pero presenta grandes dudas sobre su alcance y, especialmente, sobre sus efectos. En principio, la simple oposición no basta; el notario no ha de interrumpir el procedimiento salvo que concurra una causa legal o convencional de oposición. Pero, ¿cuáles son esas causas de oposición? La regulación de la ejecución prendaria contenida en el código civil no se ocupa de estas materias, por lo que ha de ser objeto de integración. El art.236 del RH tampoco regula causa alguna de oposición. Solamente acoge como causa de suspensión la presentación de querrela por falsedad del título (o la comunicación registral de que se ha cancelado la hipoteca). No obstante, existe una remisión genérica al antiguo artículo 132 de la LH que regulaba otras causas de oposición, como la acreditación del pago o la cancelación de la garantía, causas éstas que se recogen en el procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en la LEC, que reemplaza la regulación procedimental de dicha ejecución. Por ello, parece que la remisión sigue vigente, aunque referida en la actualidad a dicha regulación procesal. El art. 88 LHM y PSD añade a las anteriores como causas de suspensión el concurso del deudor y la tercería de dominio. En cambio, el art. 323 CCom. no recoge causa alguna de suspensión y el art 569 del CCC únicamente contempla la suspensión si media oposición judicial

<sup>83</sup> La LEC, art. 685, exige que la demanda ejecutiva se dirija contra todos ellos.

<sup>84</sup> Si bien, respecto a este último, matiza el art. 685 LEC *“siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”*. Vid infra punto 6 de este apartado.

<sup>85</sup> El art.323 Ccom. ciertamente prescinde del requerimiento previo; quizás por la razón de que esta ejecución se contrae al supuesto, o, en todo caso, parte del presupuesto, de que haya vencido el plazo de duración del préstamo *“Vencido el plazo del préstamo, el acreedor, salvo pacto en contrario y sin necesidad de requerir al deudor, estará autorizado para pedir la enajenación de los valores dados en garantía...”*.



acompañada de la consignación o del afianzamiento del valor de la deuda por una entidad de crédito. El art. 76 LN, por su parte, también recoge diversas causas de suspensión de la subasta notarial. Ante esta diversidad de criterios legales parece prudente entender que, en la medida que estamos ante una propia ejecución (si bien de base convencional), deben de admitirse como causas de oposición, además de las causas que convencionalmente se establezcan, las establecidas en el art 695 LEC<sup>86</sup>, la acreditación fehaciente del pago de la deuda o de la cancelación de la garantía, y la presentación de querrela por falsedad el título (697 LEC), y que, asimismo, el procedimiento habrá de suspenderse en caso de concurso del ejecutado (art. 143 LC) y, también, cuando se acredita la admisión de una demanda equivalente a una tercería de dominio<sup>87</sup> sobre los bienes pignorados (696LEC)<sup>88</sup>. Incluso se ha planteado la posibilidad de convenir una prenda a primer requerimiento, que excluiría toda posibilidad de oposición, sin perjuicio de reservarse su ejercicio a un posterior juicio declarativo<sup>89</sup>. En el caso examinado por la RDGSJyFP de 15 de marzo de 2021,

<sup>86</sup> Debe tenerse en cuenta que La jurisprudencia también ha admitido “*que las circunstancias relativas al vencimiento de la obligación, y por tanto a su carácter exigible, que resulten del propio título no judicial en que se funde la ejecución, o de los documentos que deben acompañarlo, sí son oponibles en el proceso de ejecución; y segundo, que el ejecutado que, habiendo podido oponerlas, no lo hubiera hecho, no podrá promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución*» (STS de 24 de noviembre de 2014". No obstante, parece que debiera considerarse que la oposición basada en las causas relativas al vencimiento de la obligación es susceptible de modalizarse convencionalmente.

<sup>87</sup> En realidad, no cabe la tercería de dominio propiamente dicha pues ha de interponerse ante el mismo juzgado que conoce de la ejecución, lo que en este caso resulta imposible. Debe entenderse que podría producir un efecto suspensivo similar la reclamación con el mismo objeto que se entable a través de un juicio declarativo (en igual sentido CABANAS TREJO R, *La ejecución de la Prenda, Las garantías en el Derecho Mercantil: problemática actual*, Cuadernos de Derecho y Comercio. Colección monografías, CGN 2021, p.713). A ello apunta el art. 74 LN que, con poca precisión técnica, prevé que se suspenda la subasta notarial “*Si se interpusiera demanda de tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad, anterior a la fecha del título en el que base la subasta. La suspensión subsistirá hasta la resolución de la tercería*”.

<sup>88</sup> El preámbulo de la LEC, apartado XVII, anuncia que “se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento”.

<sup>89</sup> CARRASCO, LOBATO, MARÍN, op. cit. p. 207 se inclinan por la viabilidad de este pacto, de modo que las partes pueden establecer que los presupuestos de la ejecución se tengan por producidos por la mera manifestación del acreedor, sin que ello signifique la renuncia al ejercicio de las acciones que correspondan en un juicio declarativo posterior. Con independencia de que el estatuto jurídico de las garantías a primer requerimiento no ofrece un panorama claro en el derecho español, donde a menudo los tribunales las tratan como un supuesto de inversión de la carga de la prueba, concurre en este caso un hecho diferencial. En el caso de las garantías personales a primer requerimiento, el obligado al pago siempre puede negarse al mismo, quedando su posición al albur de un procedimiento judicial. En el caso de la prenda, si se admitiese su configuración convencional como tal, se facilitaría una intervención directa en el patrimonio del pignorante, que se vería desposeído de sus bienes sin ninguna posibilidad de defensa *ex ante*. Además, deben tenerse en cuenta, sobre el carácter imperativo del art 695 LEC, los

únicamente se preveía como causa de suspensión la falsedad del título, concretamente la “falsedad de lo manifestado por el acreedor en cuanto a las cantidades que le han sido o no satisfechas”<sup>90</sup>. Claro que hay que tener en cuenta que este silencio probablemente se deba a que esta circunstancia no había sido calificada específicamente como defecto, lo que limita el análisis del Centro Directivo, que debe ceñirse a los defectos señalados en la calificación. En todo caso, las causas de suspensión ha de acreditarse mediante prueba documental pública<sup>91</sup>.

Más dudoso es que el notario pueda suspender la ejecución en caso de que se alegue error en la liquidación (que el RH no la contempla debido a que solo permite esa vía ejecutiva para las obligaciones de cuantía determinada), pues difícilmente puede entenderse que ostente facultades decisorias sobre el fondo, salvo, acaso, en

---

términos taxativos con que se pronuncia el art. 564 LEC que no admite que en el juicio declarativo se discutan las causas de oposición salvo que *se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante*. Por eso, parece que no se admite que en el juicio declarativo se discutan las causas de oposición admitidas por la ley (salvo quizás, según la interpretación doctrinal mayoritaria, cuando el ejecutado no pudo hacerlos valer en el incidente de oposición a la ejecución por no contar con el concreto medio de prueba que la LEC exige para su acreditación). No obstante, hay que reconocer que un régimen parecido al de la prenda a primer requerimiento es el que instaura el RDL 5/2005, toda vez que la ejecución de la garantía financiera no se condiciona a un procedimiento dirigido por una autoridad, judicial ni extrajudicial, ni se sujeta a otros requisitos que los previstos en el acuerdo de garantía. Esta normativa especial permite al acreedor que, cuando considere que se ha producido un supuesto de ejecución previsto en el contrato de garantía, pueda vender o traspasar a su cuenta los activos pignorados, con arreglo a modalidades de valoración convenidas. Basta con que se dirija al depositario un requerimiento en el que se manifieste que se ha producido un supuesto de incumplimiento u otro motivo por el que se resuelve, se declara el vencimiento anticipado y se liquida el contrato o acuerdo de compensación contractual o de garantía financiera. Realmente se trata de una cuestión compleja sujeta a debate. Lo que, en cambio, acaso pudiera ser factible es que la prenda garantice una obligación a primer requerimiento (ej. la que asume un avalista a primer requerimiento), en cuyo caso bastaría la manifestación del acreedor para dar por incumplida la obligación asegurada (sin perjuicio de que pudiese oponerse, si concurre prueba fehaciente su extinción). En ese caso el carácter abstracto con que opera la obligación asegurada se proyecta sobre la garantía, que es accesoria de la misma (aunque probablemente no evitaría la operatividad de las causas de oposición que gravitan, no sobre el crédito, sino sobre la propia garantía).

<sup>90</sup> La estipulación correspondiente solo preveía la paralización del procedimiento notarial «*cuando se acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal por falsedad de la presente escritura o por falsedad en lo manifestado por el acreedor en cuanto a las cantidades que le han sido o no satisfechas*».

<sup>91</sup> Llama la atención, como apunta CABANAS, op. cit. p. 713, que el art. 74 LN permita que se suspenda la subasta notarial de acciones o participaciones mediante la presentación de “*certificación, con firma legitimada notarialmente del administrador o secretario no consejero de la sociedad, acreditativa del asiento de cancelación del derecho real o embargo sobre los derechos del socio*”, cuando la inscripción en libro registro no constituye un requisito ni para la válida constitución de la prenda ni para su ejecución (vid nota 82) y que en cambio se omita la escritura de cancelación de la prenda o de carta de pago de la obligación asegurada.

supuestos de errores patentes<sup>92</sup>. Ciertamente, se trata de una materia abierta al debate, pero lo que resulta incuestionable es que la dirección del expediente ha de orientarse a mantener el difícil equilibrio entre la interdicción de la indefensión y la paralización del procedimiento por causas injustificadas o que no pueden decidirse en el mismo<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> CARRASCO, LOBATO Y MARÍN, op. cit. p. 213, se inclinan por pensar que no cabe, a la vista de lo que dispone el art. 323 CCom. Parece razonable entender que si las partes han pactado este procedimiento del art. 323 CCom. excluyen, por definición, el juego de esta excepción. Los autores antes citados consideran que, en todo caso, no procederá la alegación de esta causa si las partes expresamente así lo convinieron.

<sup>93</sup> Hay que señalar que la RDGRN se muestra muy sensible, a veces con exceso, con la oposición del deudor frente al ejercicio de cualquier facultad resolutoria o “comisoria” por parte del acreedor, tal y como ocurre en los supuestos del art. 1504 Cc o de la *fiducia cum creditore* navarra. El Centro Directivo no mantiene un criterio uniforme en torno a la oposición que debe ser admisible, ni mucho menos a como ha de acreditarse (sin que exija un principio de prueba que fundamente el motivo de oposición, lo que hace que, en ocasiones, se torne la oposición en un ejercicio de puro voluntarismo). En la R. de 14 de julio de 2016, que examinaba precisamente una *fiducia cum creditore*, con cláusula comisoria sujeta al derecho civil navarro, declaró que *“Ciertamente no cualquier oposición es suficiente para enervar la eficacia de la fiducia «cum creditore» y del pacto comisorio, sino que debe hacer referencia a la prestación exigida. En el presente caso, resumidamente, en el acta de fecha 6 de noviembre de 2015, la deudora «Servicios Inmobiliarios Val, S.L.» entre otros motivos alega la actitud obstruccionista por parte de la entidad acreedora en la obtención de determinados ingresos económicos; y, en la segunda se hace ofrecimiento de endoso de determinados créditos. Toda vez que existe oposición relacionada con la prestación exigida por parte de la parte deudora, compete a la autoridad judicial determinar si se ha producido el impago, como primera premisa para que el pacto comisorio pueda desenvolver sus efectos. En este sentido, formulada oposición por el deudor, deberá el acreedor acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos del comiso, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993, en relación con el pacto comisorio regulado como excepción a la regla general prohibitiva en el artículo 1504 del Código Civil), que frustre el fin del contrato por la conducta del deudor, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995, en relación igualmente con la condición resolutoria del artículo 1504 del Código Civil). Sin embargo, la DGFPySJ, en otras ocasiones, ni siquiera restringe en modo alguno la materia oponible. Basta para ello comprobar, en un supuesto tan claro como el de la condición resolutoria expresa, como el Centro Directivo, en resolución de 15 de enero de 2021 (descolgándose de su propia doctrina de que no cabe cualquier oposición, sino que ha de hacer referencia a la prestación incumplida), confirma la calificación denegatoria de la reinscripción del dominio a favor del vendedor en base a que por parte del deudor-comprador que (en contra de sus propios actos) «...impugna expresamente la escritura de compraventa por cuestiones relacionadas con los representantes legales de la fundación compradora», y «se impugna resolución del contrato de compraventa que se pretende por [...] y la cláusula penal que quiere ejecutar; [...] siendo en todo caso los Juzgados y Tribunales de Justicia los que deberán apreciar la legalidad o no del contrato de compraventa y/o de la condición resolutoria y cláusula penal que se pretende ejecutar [...]».* La DGSJ y FP, procedió a confirmar la errónea doctrina (cuyo espíritu se contradice en la posterior R. de 15 de marzo de 2021), de que vale cualquier oposición para enervar la resolución en el ámbito registral: *Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo*

No obstante, a la vista de las consideraciones precedentes podría concluirse que sería conveniente que convencionalmente se regulasen con precisión las causas de suspensión, con inclusión, en principio, de las antes referidas, querrela de falsedad del título, o acreditación indubitada del pago de la deuda (por medio de documento fehaciente o documento bancario que inequívocamente identifique la imputación del pago) o de la cancelación de la garantía, el concurso y la interposición de una demanda de contenido análogo al de una tercería.

Si el requerimiento de pago no resulta atendido debe procederse a la notificación a todos los interesados (salvo que aquel requerimiento inicial también se hubiese dirigido contra ellos)<sup>94</sup>. A tal efecto, dado que los derechos sobre los activos pignorados no tienen reflejo registral, se deberá solicitar al ejecutante que manifieste si le consta la existencia de algún titular del dominio y cargas distinto del propio pignorante<sup>95</sup>. También notificarse a la sociedad la iniciación del procedimiento de ejecución (art. 109 LSC y 569.20.2 CCC)<sup>96</sup> y, en su caso, de la eventual oposición del requerido, a la que habrá de solicitársele una certificación del libro registro de socios, punto fundamental para conocer la posible existencia de terceros interesados en la ejecución, y para que la

---

*de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995)». Es decir, el Centro Directivo no solo admite cualquier causa de oposición, sin requerir la más mínima acreditación, sino que apunta a que es el acreedor quien debe probar judicialmente los motivos que justifican la ejecución. Vid los interesantes y certeros comentarios que formula AZOFRA CONDE F, *A vueltas con el pacto de lex commissoria*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 787, p. 2735 y ss.*

<sup>94</sup> El CCC, 569.20.3 con buen criterio, impone que “*debe notificarse fehacientemente a los titulares conocidos de derechos reales sobre el bien, a fin de que, si les interesa, paguen la deuda y se subroguen en la posición de los acreedores pignoraticios*”. En el mismo sentido se manifiesta el art. 689 LEC (en sede de ejecución hipotecaria).

<sup>95</sup> También, con ocasión de la notificación al pignorante, debería requerírsele para que manifieste si existen otros titulares de derechos sobre los bienes pignorados (art.685 LEC). Igualmente podría pensarse, solo en el caso de que las circunstancias concurrentes así lo aconsejasen (ej. indicios suficientes de que hay terceros poseedores), si se quieren agotar todas las cautelas, en la posibilidad de ponderar la oportunidad de una citación genérica por edictos (cfr. arts. 645, 687.3 LEC), dado que aquí no se publica el anuncio de la subasta, que también cumple ese cometido de poner en conocimiento del público en general (lo que incluye a los terceros interesados) la existencia de una ejecución. No obstante, con carácter general, esa notificación edictal (no dirigida a posibles oferentes, que por definición no existen) no resulta preceptiva. Tampoco el art. 74 LN (con ocasión de la subasta notarial) establece exigencias específicas en cuanto a la notificación a los terceros.

<sup>96</sup> La notificación a la sociedad debe hacerse al iniciarse el procedimiento toda vez que los estatutos pueden modalizar la intervención de la misma facultándola para intervenir antes de que se produzca la adjudicación, posibilidad admitida por la DGSJyFP (vid las resoluciones, a que se hará referencia posteriormente, de 9 de mayo de 2019, 23 de mayo de 2019 y 6 de febrero de 2020 y 27 de febrero de 2020).

propia sociedad y, a través de ésta sus socios, puedan tener conocimiento de la misma a los efectos del art. 109 LSC<sup>97</sup>.

Las notificaciones habrán de hacerse a los domicilios fijados en la escritura de constitución de la prenda, respecto de los intervinientes de la misma, teniendo en cuenta, ante la insuficiencia regulatoria del art. 1872 Cc, lo dispuesto en los artículos 236 c y d RH y el art 74 RN<sup>98</sup>.

### 7.3. *Procedimiento de valoración. La fijación objetiva del valor del bien*

El principal efecto del pacto marciano es que libera a la ejecución del trámite de la subasta pública, como mecanismo de tutela de los derechos del pignorante. Esta liberación se produce bajo el presupuesto básico e insustituible de que el *ius distrahendi*, como recuerda de forma permanente la jurisprudencia, que se organice convencionalmente con arreglo a un sistema “objetivable de valoración”, o como dice la reciente RDGSJ y FP de 15 de marzo de 2021, que la realización de la garantía se “efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor”, trámite que resultará innecesario cuando exista un valor oficial actualizado, como ocurre con las acciones cotizadas. Más allá de esta declaración genérica, ni los textos legales citados, ni la jurisprudencia examinada, abundan en cómo ha de ser efectuarse esta valoración, fuera del requisito de que sea objetiva.

La primera consecuencia de esta exigencia es que la valoración ha de ser imparcial. No puede quedar, directa o indirectamente, bajo el arbitrio o la influencia del acreedor, ni tampoco debe quedar a cargo del deudor<sup>99</sup>. Bastaría, aunque no sería lo más

<sup>97</sup> De manera expresa el art. 569.20.2 CCC, así lo exige al establecer que “El notario o notaria, en los casos de pignoración de participaciones sociales o de acciones nominativas, debe notificar, de oficio, a la sociedad el inicio del proceso.”

<sup>98</sup> At. 74.2 LN: *La diligencia se practicará bien personalmente, bien mediante envío de carta certificada con acuse de recibo o en cualquiera de las formas previstas por la legislación notarial al domicilio fijado registralmente. Tratándose de bienes no registrados, se dirigirá al domicilio habitual acreditado. Si el domicilio no fuere conocido, la notificación se realizará mediante edictos.*

*El Notario comunicará por los mismos medios, en su caso, la celebración de la subasta a los titulares de derechos y de las cargas que figuren en la certificación de dominio, así como a los arrendatarios u ocupantes que consten identificados en la solicitud. Si no pudiera localizarlos, le dará la misma publicidad que la que se prevé para la subasta.*

<sup>99</sup> Podría plantearse la posibilidad de que la fijasen ambos de común acuerdo, pero entonces este pacto podría adquirir tintes solutorios, que, además de degradar su eficacia ejecutiva (específicamente su efecto purgatorio de cargas posteriores - cfr. art. 640.3.2 LEC), podrían sujetar su validez a que se respetasen los requisitos que para los acuerdos de esa naturaleza establece la jurisprudencia, entre los que destaca, como condición *sine qua non*, que la obligación asegurada esté vencida, y que el convenio solutorio no suponga al mismo tiempo “un aplazamiento del pago de la deuda, determinando que se modifica su vencimiento”, (como es el caso en que se convenga un derecho de opción de compra susceptible de ejercitarse a partir de un plazo complementario determinado, si dentro del mismo el

conveniente, con que se estableciese que la valoración fuese objetiva, en cuyo caso la designación del perito correspondería a la autoridad encargada de la ejecución<sup>100</sup>, lo que aseguraría su ecuanimidad. La valoración ha de ser, además, coetánea a la ejecución. Dado el carácter dinámico del valor de las cuotas sociales (que al representar una cuota del valor de la empresa social, está sujeto a los vaivenes y vicisitudes de ésta y a las fluctuaciones de valor que experimenta) parece lógico entender, como regla de principio, que la valoración se ha de producir con simultaneidad al ejercicio de dicho derecho, tras el vencimiento de la obligación asegurada, para evitar el riesgo de que dicho valor se torne en inequitativo.<sup>101</sup> El art. 694 LEC al regular el procedimiento de ejecución de los bienes pignorados señala que el valor de los bienes pignorados será *“el fijado en la escritura o póliza de constitución de la prenda y, si no se hubiese señalado, el importe total de la reclamación por principal, intereses y costas”*. A la vista de este precepto podría plantearse la posibilidad de que el valor de la prenda fuese fijado *ex ante* en el título constitutivo de la misma o de que se tomase como tal el importe adeudado por todos sus conceptos. Aunque esta alternativa se ha aceptado como viable para la subasta notarial, considerando lógica la integración del art. 1872 Cc con las normas sobre ejecución previstas en la LEC<sup>102</sup>, en este caso entendemos que no

---

deudor no paga, pues en ese supuesto se produce una novación del vencimiento de la obligación garantizada y persiste la función de garantía del convenio celebrado RDGRN de 22 de febrero de 2013).. En cambio, no ofrecería dudas la validez del pacto por el que se estableciese un valor mínimo, que solo jugaría en caso de que el valor objetivamente fijado fuese inferior. Es decir, podría convenirse que el valor de ejecución sería x, salvo que el fijado por el perito imparcial fuese superior, en cuyo caso se atendería a este último. Debe repararse en que, si bien en los préstamos bancarios la valoración se fija por las partes, ésta no puede ser inferior a la que resulta del informe de tasación emitido por una compañía especializada, criterio establecido para el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria que la DGSJyFP ha extendido al procedimiento judicial.

<sup>100</sup> Art. 74 3. de la Ley del Notariado dice que *“Si la valoración no estuviere contractualmente establecida o no hubiera sido suministrada por el solicitante cuando éste pudiera hacerlo por sí mismo, será fijada por perito designado por el Notario conforme a lo dispuesto en esta Ley”*.

<sup>101</sup> La RDGSJyFP de 15 de marzo de 2021 señala que el valor referido al tiempo en que tenga lugar el ejercicio del *ius distrahendi*, junto con las garantías procedimentales que se pacten *“alejan el peligro de que un valor fijado en el momento de convenirse tal pacto se torne en inequitativo al tiempo en que se pretenda ejercitar la opción [la ejecución]; lo que sin duda refuerza el equilibrio entre las partes - conmutatividad- y aleja el peligro de un posible enriquecimiento injusto”*.

<sup>102</sup> CARRASCO, LOBATO Y MARÍN, *op. cit.* p. 205 y ss, PAZ-ARES I, *La pignoración de cuotas sociales*, p.184 y STS de 21 de noviembre de 2000 (*Del examen de los preceptos reguladores de la subasta pública en los distintos textos legales, en concreto de los que se citan en el motivo, se pone de manifiesto de un lado, la existencia de un trámite previo consistente en la evaluación de los bienes que han de ser subastados y que, salvo en los casos como es el de la hipoteca en que las partes han de fijar el valor de los bienes a efectos de la ejecución, ha de ser realizada de forma objetiva, tanto en beneficio del acreedor, al poderse obtener un precio suficiente para satisfacer, en todo o en parte, su crédito, como del deudor para no ver malbaratados sus bienes; de otro lado, es requisito necesario e indispensable el de la publicación de la subasta mediante los pertinentes anuncios. Es unánime la doctrina procesalista al resaltar la importancia de este requisito de la publicidad de la subasta, cuyo efecto es, como ha dicho algún autor, una "provocatio ad offerendum"; la publicación o anuncio de la subasta va dirigida, mediante su difusión, a que llegue al mayor número posible de interesados en la subasta y, por efecto de este más extendido*

concorre identidad de razón que justifique esta aplicación analógica. El valor de tasación objetivo y actualizado constituye un factor esencial para la operatividad de este pacto. En la subasta, existe la posibilidad, al menos teórica, de que el valor del bien se actualice y mejore por los postores que concurren a la puja (de ahí que la LEC, permita esa alternativa para el procedimiento ejecutivo pignoraticio), opción que no se da en este supuesto, por lo que el rigor en la valoración debe ser máximo.

La valoración debe ser hecha por un experto con competencia profesional. Cabe plantearse si las partes podrían prescindir de esta exigencia, si son ellas mismas las que hacen la designación del tasador, aunque no sería la hipótesis más deseable ni más segura, pues el objetivo debe ser fijar un valor con arreglo a los criterios y medios técnicos de valoración aceptados por el mercado, desechando determinaciones del mismo basados en otras consideraciones, como la equidad, o que encubran una vía para fijar el valor “a la baja”. La exigencia de que la valoración sea correcta y adecuada supera el ámbito de los intereses del ejecutante y ejecutado al afectar a terceros. La regla de la objetividad, a la que contribuye que sea hecha por un experto, debe imponerse sobre cualquier otra consideración. Por eso, tampoco cabe aquí la analogía con la venta, en que se permite que el precio se fije por un tercero, sin más. En este punto, la autonomía privada debe entenderse restringida, so pena de que se burle la finalidad del procedimiento de ejecución. El tercero que establezca el valor de ejecución ha de ser un perito que acredite experiencia y conocimiento, en definitiva, un experto, como exige la LSC para los diferentes supuestos en que, en función de los intereses en juego, se requiere la valoración de las cuotas sociales.

Con todo, el punto más controvertido es el de determinar cuál es el valor real y que se entiende como tal. Las reglas previstas en la legislación societaria sobre valoración de acciones y participaciones, especialmente en las hipótesis en que se opera sobre la base de su valor razonable (ventas sujetas a derechos de adquisición preferente, separación y exclusión de socios, etc.) podrían constituir una guía adecuada para suplir la falta de previsión negocial en cuanto al método o métodos de la valoración, toda vez que el valor razonable es el más aproximado al hipotético valor real, pues no existe un mercado propiamente de acciones (salvo en las cotizadas) y participaciones del que resulte un valor inequívoco<sup>103</sup>. Siguiendo esta línea de razonamiento, podríamos

---

*conocimiento de las condiciones de la subasta, pueda ser mayor la concurrencia de postores que por interés en la adquisición, den lugar a la obtención de un precio más elevado).*

<sup>103</sup> La RDGRN de 15 de noviembre de 2016 apunta que “se puede afirmar que el valor razonable es el valor de mercado, sin bien, al no existir propiamente un mercado de participaciones sociales y –salvo en el caso de sociedades abiertas– tampoco de acciones, dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable. Conforme a la Primera Parte, apartado 6.2, del Plan General de Contabilidad aprobado por el [Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre](#), «valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y

plantear si sería aceptable la remisión a las cuentas del último ejercicio, siempre que se señale un lapso temporal máximo desde su cierre y aprobación, de modo que el valor de ejecución de la prenda quedase determinado por su valor contable. Este criterio ha sido admitido por la DGSJyFP para los casos de ejercicio del derecho de adquisición preferente y del derecho de separación<sup>104</sup>. Sin embargo, dada la inequívoca exigencia de objetividad, y el carácter particular de este pacto, resulta necesario que el sistema de valoración permita obtener el valor razonable o real de mercado de las acciones o participaciones, o el valor más aproximado al mismo, de acuerdo con los métodos de valoración más adaptados a este tipo de activos, criterio que no cumple, al menos aisladamente, el valor contable (que habitualmente resulta inferior)<sup>105</sup>. Por otra parte, hay que considerar que la sustitución del valor real por el contable, en los casos en que el deudor (o el acreedor, si se ha reservado el ejercicio de los derechos de socio) tenga una capacidad de influencia decisiva en la formulación de las cuentas, puede atentar contra la exigencia de la imparcialidad. Por todo ello, en principio debe desecharse el

---

debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua». Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas para estos casos publicada mediante Resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a algunos métodos de valoración dinámicos que se consideran más adecuados respecto de las acciones de una sociedad que sigue en marcha, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma «sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables».

<sup>104</sup> RDGRN de 2 de diciembre de 2016, bajo el argumento que debe darse prevalencia al principio de la autonomía de la voluntad, siempre que la cláusula no haga “*prácticamente intransmisible la acción*”. Es decir, el Centro Directivo permite la inscripción de cláusulas de valoración de las participaciones sociales para el caso de transmisión voluntaria por acto inter vivos aun cuando remitan a un valor que no sea coincidente con el razonable determinado por auditor de cuentas *siempre que no perturben la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicadas, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho –cfr. artículos 1 y 57 del Código de Comercio y 7, 1258, 1287 y 1291 del Código Civil–. Por otra parte, si por las circunstancias del caso concreto, la fijación del valor de las participaciones pudiese implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva, o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a tales circunstancias*”. Vid, en el mismo sentido, la SAP de Madrid de 24 de julio de 2015.

<sup>105</sup> Como recuerda la RDSJyFP de 6 de febrero de 2020, el valor resultante del balance no puede equipararse al valor real, ni hoy día al valor razonable, por cuanto la contabilización en el balance está sujeto a una serie de principios, tales como la prohibición de incluir determinados elementos como puede ser el fondo de comercio no adquirido a título oneroso (cfr. artículo 39.6 del Código de comercio), o la obligación de hacerlo con otros elementos esenciales del activo por el precio de adquisición (artículo 38.1, f), y en general el de prudencia que si impide la inclusión de beneficios potenciales obliga a hacerlo con las pérdidas y riesgos que tengan tal carácter (art. 38.1, c) y que si son lógicos en cuanto a otros fines de interés público, en especial la protección de los acreedores sociales, quiebran a la hora de proteger el derecho del socio a obtener el valor de su participación en la sociedad si se fija en atención de los datos contables». Parece evidente que, al no existir un mercado de participaciones o acciones (no cotizadas) los valores no pueden ser sino aproximativos. Los diferentes métodos de valoración (contable, ajustado, liquidativo, de capitalización), ofrecen rangos o escalas de valor (nunca cifras cerradas) del importe obtenido como valor de la empresa, por lo que resulta recomendable cruzar varios métodos de valoración.



pacto que se remita al valor contable ya que, por definición, excluye elementos que impiden determinar el valor real.

Pero, dicho esto, no hay que descartar que el valor a efectos de ejecución, al estar mediatizado por las reglas estatutarias, pueda llegar a coincidir con el valor contable, si éstas así lo prevén. En efecto, las consideraciones que preceden hay que entenderlas en sus propios términos, sin que constituyan un impedimento para que el valor contable o cualquier otro valor predeterminado con arreglo a los estatutos (*siempre que no perturben la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable*) pueda influir indirecta, pero decisivamente, en el valor de la ejecución. Una cosa es que el prestador y el tomador de la garantía no puedan convenir una ejecución por un precio que no sea el objetivo o real y otra distinta es que la ejecución haya de ajustarse a las previsiones estatutarias, como las que regulan la transmisión, la exclusión o el derecho de separación, que en alguna forma pueden limitar o condicionar el valor o precio de la ejecución, o que predispongan como ha de calcularse, pues se imponen *erga omnes*. El contenido de la acción o participación se consagra, dentro de los límites legales, en los estatutos<sup>106</sup>, que pueden fijar las condiciones de transmisión, y por ello su valor, libremente. Las reglas estatutarias establecidas para evitar el ingreso de nuevos miembros (incluso en caso de transmisiones forzosas) mediante el abono del valor de las acciones o participaciones, en los términos fijados en los estatutos, han sido admitidas, en cuanto contribuyen a definir el contenido jurídico de la posición social representado por la participación social y, en consecuencia, sujetan y determinan el derecho del socio al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (arts. 28 LSC y 1255Cc) con el límite indicado (de no hacer prisionero al socio). En definitiva, el contenido estatutario de la acción o de la participación predetermina el derecho del socio y en tal medida condiciona su extensión y su desenvolvimiento. Además, al gozar los estatutos de publicidad registral, “el acreedor instante de la ejecución tiene conocimiento, ab initio, del verdadero objeto de la realización por la vía de apremio” y del régimen adquisitivo del bien pignorado y le resultan oponibles<sup>107</sup>. Estas previsiones estatutarias no se

<sup>106</sup> RDGRN 6-VI-1990: “Aun cuando [la participación...] sea considerada jurídicamente como un bien, no puede desconocerse su peculiar naturaleza jurídica en cuanto que no representa una realidad física autónoma, sino una compleja posición social cuyo contenido y características vienen definidas por la norma estatutaria rectora de la vida y funcionamiento de la sociedad, de modo que siempre que dicha norma permanezca dentro de los cauces legales preestablecidos a ella deberá estarse para resolver las incidencias que se planteen en su actuación y tráfico”.

<sup>107</sup> En definitiva, la propiedad, como ocurre en todos estos supuestos que se citan en el texto referidos a la titularidad del garante real, viene preconfigurada (ya sea por la ley, por los estatutos o por un acto del propietario), y todo acto de transmisión, o de constitución de un derecho real limitado, viene condicionado y limitado por el contenido preexistente del derecho de otorgante, pues, en definitiva,

difuminan en caso de ejecución, pues, los derechos no pueden sino ejecutarse conforme a su dimensión sustantiva<sup>108</sup> (algo parecido ocurre cuando se hipoteca una vivienda de protección pública, cuya transmisión se sujeta a un precio máximo, o, cuando se pignora un bien sujeto a una opción de compra). Los derechos del socio incorporados a la acción o participación se concretan en los estatutos, lo que implica la subordinación que el derecho de prenda tributa a las normas estatutarias y que el sistema de valoración previsto en éstas se proyecta indefectiblemente sobre el valor atribuido a la prenda en la ejecución. La transmisión de acciones o participaciones, debe adecuarse y respetar las reglas societarias, legales y estatutarias, ya se trate de una transmisión forzosa o voluntaria, con tal que ambas se sujeten al mismo criterio<sup>109</sup>. Es cierto que el art 109 LSC determina que, en caso de que exista un derecho de adquisición preferente, los socios o la sociedad “podrán subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor”. Pero, en realidad, la subordinación de que hablamos va más allá de establecer una simple subrogación en el lugar y condiciones del rematante, pues esa subrogación del socio (o de la sociedad) no se produce tanto en el eventual importe del remate, sino en el importe previsto o que resulte de la aplicación estatutaria. El valor estatutario, o, mejor dicho, el método de valoración estatutaria, para estos supuestos prima sobre el eventual o hipotético valor de ejecución (valor de la adjudicación). Esto es, los socios o la sociedad pueden ejercer los derechos de adquisición preferente o de exclusión con arreglo al valor que establezcan las reglas estatutarias, que prevalece, a estos efectos, sobre el valor de ejecución. Es cierto que la dicción literal de la norma pudiera hacer pensar otra cosa, toda vez que dispone que el titular del derecho de adquisición se subrogará *mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados*. Sin embargo, el carácter dispositivo de dicho precepto (calificación del Centro Directivo

---

*nemo plus iura transferre quam ipse habet* (salvo en los supuestos en que aparecen reglas extraordinarias de protección del tráfico).

<sup>108</sup> Como dice la RDGSJyFP de 23 de noviembre de 2020, “... no puede desconocerse el carácter subordinado del ordenamiento procesal en cuanto ha de dar cauces de actuación judicial de los derechos sustantivos ...). Las normas procesales no tienen el valor taumáturgico de transformar el derecho del ejecutante en algo distinto de lo que tenía el ejecutado.

<sup>109</sup> Los estatutos, como indicábamos, pueden determinar el valor libremente (con la limitación antes referida de que no hagan prácticamente intransmisible la cuota social en una sociedad de capital). No obstante, hay que tener en cuenta que esta premisa opera siempre que la previsión estatutaria sobre la valoración rija para todo supuesto de transmisión, separación o exclusión, y no solo para la hipótesis de la transmisión forzosa, so pena de atentar contra el art. 1911 Cc, pues como apuntan la RDGRN de 17 de mayo de 2021 y, de forma más desarrollada, FERNANDEZ DEL POZO L y TRONCOSO REIGADA M (Derecho del acreedor al valor que tiene la participación en manos del deudor, Blog, el almacén del derecho) una regulación diferenciada perjudicial para los acreedores, supondría una derogación convencional del principio de responsabilidad patrimonial universal. El derecho del socio no puede desdoblarse de manera que presente un contenido variable, en función del tipo de transmisión voluntaria o forzosa.

que no ha estado exenta de cierta controversia) ampara una regulación estatutaria diferente, como la que faculta a quien ejercite el derecho de adquisición preferente a adquirir el bien en trance de apremio, no por el precio del remate, sino por el valor previsto en la regla societaria. Esta prevalencia de la regla estatutaria aparece confirmada por las normas procesales, como resulta inequívocamente de los arts. 623 y 635.2 LEC<sup>110</sup>. Finalmente, este criterio interpretativo ha obtenido el respaldo de la doctrina jurisprudencial del Centro Directivo<sup>111</sup>, que entiende que la solución reflejada en el art. 109 LSC no impide que “con base en el principio de autonomía de la voluntad (cfr. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), puedan “prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos” de valoración<sup>112</sup> y que, incluso, concedan al socio o a la sociedad ejercitar su derecho de adquisición por el valor estatutario, antes de que se remate el bien embargado. Es obvio que en todos estos casos (ya sean de adquisición preferente o de derecho de separación o exclusión) mediatizados por una regla especial contenida en estatutos el precio o indemnización que haya de satisfacer el socio o la sociedad en aplicación de la correspondiente regla estatutaria es el que ha de tenerse como el importe de la realización del *ius distrahendi*. En realidad, este valor estatutario (en caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente o de exclusión al socio ejecutado) sustituye al valor que podría haberse obtenido en el remate, o incluso al propio activo trabado o pignorado en trance de ejecución<sup>113</sup>. En conclusión,

<sup>110</sup> Art. 635.2 LEC: *Si lo embargado fueren acciones o participaciones societarias de cualquier clase, que no coticen en Bolsa, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de las acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente.*

<sup>111</sup> Res DGSJFP de 9 de mayo de 2019, 23 de mayo de 2019 y 6 de febrero de 2020 y 27 de febrero de 2020. La Res DGSJyFP de 23 de noviembre de 2020, que sigue a las anteriores, señala que “*la previsión estatutaria como la debatida en el presente caso, que establece el derecho de la sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las participaciones, contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por aquéllas, y no resulta incompatible con las normas procedimentales (cfr., especialmente, el artículo 635.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual –y para la fase propiamente de realización de bienes embargados–, si lo embargado fueren participaciones sociales, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente... De este modo, en un caso como el presente, ejercitado el derecho de adquisición sobre las participaciones afectadas por un procedimiento de embargo, el precio de la transmisión sustituye a las participaciones sociales objeto de embargo. Como indicó la citada Resolución de 13 de octubre de 1998, el embargo de las participaciones sociales se contraerá a los derechos económicos (a que se refiere el artículo 174 del Código de Comercio respecto del socio colectivo) que, en caso de ejercicio del derecho de adquisición por la sociedad o por los socios, recaerá sobre el derecho del socio deudor al valor de aquéllas*”.

<sup>112</sup> Sobre estas cuestiones vid CAMPINS VARGAS A., *La DGRN abre la puerta a la libre fijación estatutaria del precio de las participaciones*; FERNÁNDEZ-SORDO LLANEZA E, *Derechos de adquisición preferente en caso de embargo de participaciones sociales*, ambas disponibles en el blog El almacén del derecho.

<sup>113</sup> En realidad, más que colocarse el socio en lugar del rematante, lo que ocurre es que el activo pignorado o eventual valor del remate es sustituido por el valor resultante del ejercicio del derecho (de adquisición, separación o exclusión) previsto estatutariamente, idea que resulta todavía más patente en caso de que se ejercite anticipadamente el derecho de adquisición preferente, con anterioridad a la

si bien el valor a efectos de ejecución ha de ser el valor objetivo, esto no es óbice para que los socios o la sociedad ejerciten sus derechos sobre las acciones o participaciones pignoradas, en caso de transmisión forzosa, por el valor que resulte de la previsión estatutaria, y que tanto el acreedor como el acreedor hayan de aquietarse al mismo. En estos casos, tanto el acreedor como el ejecutado, y cualquier tercero, ya saben (o pueden saber) de antemano que el valor de los activos objeto de la garantía aparece influido por la determinación estatutaria que se impone frente a todos, y que su valor de adquisición no es el hipotético real de mercado sino el que resulta del método de valoración estatutario, en caso de que con ocasión de la transmisión inherente a la ejecución se ejerciten algunas de las previsiones o facultades contenidas en las mencionadas normas societarias. Y este valor estatutario, podría ser el valor contable, si así se hubiere convenido<sup>114</sup>.

Finalmente, parece razonable entender, como ya se ha adelantado, que a falta de previsión convencional sobre las personas que han de llevar a cabo la valoración o sobre el sistema para su elección, correspondería su designación a la autoridad que entienda de la ejecución, que habrá de efectuar la selección del experto, dentro del listado profesional que corresponda, para que efectúe la tasación con arreglo a criterios objetivos y métodos aceptados por el mercado.

#### *7.4. Liquidación de la deuda y adjudicación de las acciones o participaciones*

La fijación de un valor objetivo del bien pignorado predetermina el importe que se ha de alcanzar como consecuencia de la realización de la garantía. El producto obtenido, a su vez, ha de aplicarse en la forma legalmente prevista, en función de los derechos concurrentes. Por ello, también forma parte de las bases estructurales del esquema ejecutivo que venimos tratando el expediente liquidatorio que, aunque sea sucinto, asegure la correcta aplicación entre las partes (y, en su caso, terceros implicados) del precio o valor de la adjudicación.

---

aprobación del remate (*sin que pueda estimarse que en esos supuestos y dado el orden procesal vigente, el derecho de adquisición preferente haya de operar siempre "a posteriori", como derecho de subrogación en el lugar del adjudicatario*), pues como señala la RDSJyFP de 23 de noviembre de 2020, para el caso de embargo, *ejercitado el derecho de adquisición sobre las participaciones afectadas por un procedimiento de embargo, el precio de la transmisión sustituye a las participaciones sociales objeto de embargo"... sobre la base de que... "no puede desconocerse el carácter subordinado del ordenamiento procesal en cuanto ha de dar cauces de actuación judicial de los derechos sustantivos ... ».*

<sup>114</sup> Podría argüirse en contra de la solución que se expone en el texto que dicho valor contable podría no ser objetivo y exacto al depender de la propia sociedad o de los socios beneficiarios de la aplicación de la cláusula estatutaria. Claro que en este caso la argumentación no se dirige a cuestionar la prevalencia de la regla estatutaria que reconduce al valor contable, sino la propia regularidad o exactitud de los documentos contables de los que resulta aquél, lo que determina un problema de parcialidad, superable si la documentación contable se somete al examen de un experto independiente (en este sentido, CAMPINS VARGAS A, op. cit.).

La adjudicación al acreedor o la venta al tercero se hará por el valor de tasación. A partir de ahí, tiene que hacerse la liquidación correspondiente, que determina el destino del valor o precio obtenido. Con carácter preferente se ha de aplicar a la obligación asegurada, en congruencia con la esencia y la finalidad de la garantía. Entre las partidas a tener en cuenta para determinar el importe adeudado, además de la cantidad liquida fijada al inicio de la ejecución (integrada principalmente por el principal y los intereses devengados hasta esa fecha) está la correspondiente a los intereses que se devenguen durante la tramitación y a los gastos de ejecución<sup>115</sup>. El notario habrá de dejar constancia de estas partidas, de forma análoga a lo que se establece en el art. 129. g) LH<sup>116</sup>. El pago al ejecutante puede verificarse mediante la entrega de la cantidad correspondiente obtenida por la venta, o mediante deducción de su importe del pago que éste haya de efectuar en caso de apropiación, si el valor fijado excede al del importe del crédito. Aunque no es necesario fijar en la prenda un máximo de responsabilidad, si se hubiese establecido, el notario deberá detraer lo que exceda de dicha cifra para ponerla a disposición de los eventuales terceros<sup>117</sup>. Asimismo, habrá de dejarse reflejo documental de que *"que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado,"* que se ha procedido a su reparto o consignación (132.4 LH). Compete pues al notario, como autoridad que dirige la ejecución, la aprobación de la adjudicación o transmisión, por el valor que resulte del expediente de ejecución, determinar el importe del débito y lo que ha de satisfacerse al ejecutante y, como corolario de estas operaciones, fijar a cuánto asciende el *superfluum*<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> Parece razonable entender que rige aquí la misma prohibición que establece en el artículo 236 k) 5, relativa a que *"El Notario practicará la liquidación de gastos considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos"*. Por su parte el CCC considera preferentes los gastos de ejecución al crédito que se ejecuta (art. 569.21.1).

<sup>116</sup> *"El Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas"*.

<sup>117</sup> En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca (o de lo previsto en el CCC, art. 569.14.2, para el caso de obligaciones cuyo importe se desconozca al constituir la prenda), no se exige la fijación del máximo a que puede ascender la responsabilidad pignoraticia; en caso de que se haya establecido este tope, que lógicamente no operara inter partes (art. 236 k.3, por analogía), si concudiesen terceros, determinará el límite del importe que habrá de imputarse o destinarse al pago del crédito garantido, debiendo dejarse reflejo documental de este extremo (art. 132 LH por analogía: lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no puede exceder del límite de la respectiva cobertura pignoraticia). Si no existiesen terceros, se aplicará analógicamente lo dispuesto en el 692.2 LEC.

<sup>118</sup> En apoyo de esta idea puede traerse a colación la reciente STS de 15 de diciembre de 2021 que, examinando el ámbito de la calificación registral en relación con la ejecución procesal de una hipoteca inmobiliaria, declara que *"Este precepto (el 132.4 LH) no es una norma que tenga por finalidad comprobar o controlar la aplicación de determinada interpretación de los arts. 670 y 671 LEC relativa a*

Una de las hipótesis que puede darse es que el precio obtenido en la venta, o el valor de tasación que constituya el importe por el que se efectúa la adjudicación al acreedor, resulten inferiores a la deuda acreditada. En ese caso, podría cuestionarse si puede tenerse por pagada la deuda en su totalidad o solo hasta donde alcance el valor o precio obtenido. En principio podríamos pensar que habría que remitirse a lo convenido. No obstante, un halo de incertidumbre se extiende sobre esta cuestión, especialmente si no hubiese habido contemplación negocial de esta problemática. Aun mediando acuerdo, podría plantearse su eficacia, a la vista de lo que dispone el artículo 1872 del Cc.

En efecto, este precepto dispone, bajo el presupuesto de que se hubiese seguido el apremio mediante el trámite de la subasta y de que se hubiesen celebrado dos subastas infructuosas, que *podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda*. Si bien, en este caso estará obligado a *“dar carta de pago de la totalidad de su crédito”*. La razón de este mandato quizás pueda fundamentarse en que, al resultar infructuosa la subasta, finalmente se reconoce una hipótesis inevitable de apropiación, que se ve mediatizada por la exigencia (considerada mayoritariamente como inderogable) de que ha de producir un pleno efecto extintivo de la deuda. Esta disposición podría sugerir que, también en caso de ejecución a través de la fórmula marcial, la apropiación o auto adjudicación obliga a dar carta de pago por la totalidad de la deuda. Sin embargo, no parece que las cosas hayan de ser así. Se trata de una solución excepcional, orientada a la protección del deudor, para la ejecución a través del sistema de la subasta que, con carácter general, ya no es seguida por nuestras leyes procesales. Éstas, por el contrario, organizan la tutela del ejecutado mediante el establecimiento de unos límites cuantitativos mínimos a la adjudicación de los bienes ejecutados, para el caso de que la subasta quedare desierta, e incluso para la admisión de posturas, que se fijan en porcentajes de valor del bien trabado (art. 660, 667 y 671 LEC), pero en ningún caso limitan el derecho del acreedor a exigir, sobre otros bienes del deudor, la parte de la deuda no satisfecha. No tendría sentido variar ese principio, máxime cuando a través de la fórmula marcial, la apropiación o disposición del bien por parte del acreedor opera siempre, como presupuesto insoslayable, por el cien por cien de su valor (hipótesis diferente a la contemplada en el art. 1872 Cc, en la que, al no existir

---

*los valores mínimos de adjudicación, sino que únicamente faculta al registrador para constatar la existencia de una diferencia entre el valor de adjudicación y el importe del crédito y, si lo hubiere, a comprobar que se ha procedido a la consignación del exceso o sobrante; pero no a revisar ni el valor de adjudicación o venta, ni tampoco el importe del crédito. Este artículo solo se refiere a las posibles controversias respecto al destino del sobrante y es congruente con lo previsto en el art. 129.2 g) LH para la venta extrajudicial, en la que la discusión sobre cuáles son las cantidades pendientes se remite a resolución judicial.”* Esta doctrina, en línea con la sugerencia efectuada por ORDOÑEZ CUADROS J, debe entenderse aplicable a todo tipo de ejecución seguida ante autoridad pública, ya sea procesal o extrajudicial.

topes de adjudicación sobre porcentajes del valor de tasación del bien, la cuantía total de la deuda asegurada, opera como límite de la apropiación). Cuando la ejecución se desenvuelve bajo la premisa de que el valor de adjudicación ha de coincidir con el valor objetivo atribuido al bien pignorado, la posición del ejecutado aparece suficientemente protegida, sin que surjan impedimentos a que el pacto prevea que la apropiación/disposición se impute a la deuda solo hasta la cuantía del valor fijado para la ejecución, aunque la deuda no quede totalmente saldada. Parece que esta solución, que iguala la reducción del quantum de lo debido al valor real fijado en el curso de la ejecución, también habrá de operar en ausencia de previsión sobre este específico punto. Antes al contrario, sería preciso que concurriese una convención inequívoca para que la apropiación o disposición por el valor atribuido objetivamente en el expediente de ejecución produjese la extinción de la obligación asegurada, aunque su importe sea mayor que aquél.

Finalmente queda por analizar cómo se puede llevar a cabo el acto adjudicación o de venta y cómo se intitula. Probablemente en la mayoría de los casos se recurra al pacto directo de apropiación o venta por el tomador de la garantía, o a la reserva por parte de éste de un derecho de opción de compra. En el primer caso, el propio pacto de apropiación conlleva el consentimiento anticipado del pignorante a la adjudicación directa a favor del acreedor<sup>119</sup>. En la hipótesis de venta a un tercero, puede acudir al expediente de designar a un mandatario, normalmente el acreedor, que represente al pignorante en el acto de la trasmisión patrimonial del bien gravado, a semejanza de lo que ocurre en los procedimientos extrajudiciales hipotecarios. Si se utiliza la figura de la opción de compra, basta con que ésta se configure como un derecho real de ejercicio unilateral, para que pueda realizarse y documentarse el acto traslativo a favor del acreedor sin intervención del dueño de la cosa pignorada, o del mandatario en su caso designado al efecto. Por analogía, parece que podría extenderse esta solución a todo supuesto en que mediase pacto expreso inserto en el acto constitutivo de la garantía que incluya el consentimiento anticipado del prestador de la garantía para la transmisión, sin necesidad de recurrir a la figura del mandato, bajo la supervisión notarial de que la misma se adecúa a lo convenido. Mas, ¿qué ocurre a falta de estas previsiones contractuales? La efectividad del procedimiento disminuiría notablemente si fuese imprescindible la colaboración del deudor, o, en su defecto, si resultase

<sup>119</sup> Aunque conviene que se especifique esta facultad del acreedor, no debiera presentar dudas que pueda llevarse a efecto esta auto adjudicación sin la participación del pignorante, pues concurren circunstancias análogas a las que presenta la opción constituida como derecho real, que faculta para la auto transmisión, en base al consentimiento preventivo dado por el prestador de la garantía y que forma parte del derecho real de prenda.

necesaria la intervención judicial que sustituyese la actuación de aquél<sup>120</sup>. Aunque podría sostenerse que el notario estaría habilitado para llevar a cabo esa actuación en ausencia de previsión negocial (sobre la base de la existencia de la deuda y de la garantía, de la convención marciana, de la valoración objetiva y del resultado del expediente de ejecución), a la vista de lo establecido en el art 72.4 LN<sup>121</sup>, no parece una alternativa fiable, por lo que es altamente recomendable la previsión detallada de cómo se organiza y documenta la transferencia de los bienes sujetos a ejecución. En cualquier caso, el acto de adjudicación no podrá llevarse a cabo *“hasta que haya transcurrido el plazo establecido para el ejercicio, en su caso, del derecho de adquisición preferente de los socios o, en su caso, de la sociedad”* (art. 109 LSC y art. 75.3, in fine, LN) y, en su caso, siempre que medie el pago completo del precio (art.75.4.1. LN).

Otro punto importante, por su trascendencia patrimonial para del deudor o/y pignorante, es del del plazo para el ejercicio de este derecho. Por razones de seguridad, especialmente para los que sufren la ejecución, parece aconsejable marcar un término para el inicio de esta vía ejecutiva<sup>122</sup> desde que se declara el vencimiento anticipado de la obligación, o desde su vencimiento natural<sup>123</sup>. El acreedor no puede demorar discrecionalmente esta modalidad de ejecución, que podría acarrear una depreciación del objeto pignorado y, por ende, una menor valoración<sup>124</sup>, con el resultado de perjudicar al pignorante y a eventuales terceros. No puede especular con los valores en su provecho. Por igual motivo, la ejecución, desde que se inicia, aunque sus diferentes

<sup>120</sup> Sin perjuicio de que, en todo caso, debe entenderse que el documento notarial que sirva de soporte a la ejecución debe considerarse *“título suficiente para solicitar del Tribunal competente el dictado del correspondiente auto teniendo por emitida la declaración de voluntad, en los términos previstos en el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”* (cfr art. 75.4 LN)

<sup>121</sup> *En todos los supuestos en los que la ley exige documento público como requisito de validez o eficacia de la transmisión, subastado el bien o derecho, el titular o su representante, otorgará ante el Notario escritura pública de venta a favor del adjudicatario al tiempo de completar éste el pago del precio. Si el titular o su representante se negare a otorgar escritura de venta, el acta de subasta será título suficiente para solicitar del Tribunal competente el dictado del correspondiente auto teniendo por emitida la declaración de voluntad, en los términos previstos en el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

<sup>122</sup> El art. 569.20 CCC exige que se señale un plazo para el ejercicio de este modo de ejecución, que no podrá superar seis meses. Sin embargo, la STS de 23 de enero de 2019, que enjuiciaba la ejecución de una garantía financiera señala y asume, en relación a la obligación de ejecutar de una forma comercialmente correcta, que *la sentencia recurrida pondera la aplicación al supuesto tanto del art. 13, como del 9.2 del RD-L 5/2005 de 11 de marzo, si bien valora que existe, un pacto marciano, por el que el acreedor puede apropiarse por sí de la cosa dada en prenda, sin que esta actuación esté sujeta a plazo alguno, porque la Directiva 2002/47/CE, de la que es transposición el Real Decreto-Ley, remite a la legislación nacional para la regulación de la ejecución y en esa regulación no se establece plazo alguno para la ejecución”.*

<sup>123</sup> Vid sobre este punto VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, Thompson Reuters 2021, p. 1442 y ss.

<sup>124</sup> A esta finalidad obedece el exiguo plazo (tres días) que establece para la venta el art. 323 Ccom. aunque el TS, tras declarar que no constituye un mandato imperativo, ha admitido su modulación convencional (STS de 27 de julio de 2021).



pautas no están marcadas temporalmente, debe hacerse en modo de tracto continuo. En la escritura examinada por la resolución a que venimos haciendo referencia de 15 de marzo de 2021 se preveía que el procedimiento había de realizarse dentro del término máximo que resulta de la suma de los plazos establecidos para cada una de las concretas actuaciones, todas ellas pautadas temporalmente<sup>125</sup>. Ciertamente, la fijación de un plazo máximo no constituye una exigencia expresa, pero eso no excluye que el acreedor haya de actuar diligentemente y de buena fe para evitar un perjuicio injustificado al ejecutado.

### 7.5. Reparto y consignación del sobrante

Uno de los principales argumentos que se han barajado como fundamento de la prohibición del pacto comisorio es el de la tutela del derecho del prestador de la garantía, y de los restantes acreedores del deudor, al exceso de valor del bien hipotecado sobre el importe debido, *la hyperocha*,<sup>126</sup> y del pignorante. Esta exigencia tuitiva marca el desarrollo de la segunda parte de este trámite liquidatorio, que ha de organizarse para armonizar el derecho del ejecutado a recuperar el *superfluum* con el derecho que sobre el mismo pueda asistir a los terceros, ya sean acreedores, ya titulares de algún derecho sobre los bienes ejecutados. La jurisprudencia del TS, y también la de la DGRN, habían venido señalando que la protección de los intereses de los terceros constituye un rasgo primordial del proceso de ejecución. Sobre esta circunstancia descansa una de las razones que servían de fundamento a la prohibición del pacto comisorio, toda vez que los derechos de los terceros podrían resultar conculcados injustamente en caso de apropiación del bien por el acreedor pignoraticio.

<sup>125</sup> Plazo máximo que es necesario establecer de conformidad con los criterios que se exigen para la inscribibilidad de la opción de compra. Sin embargo, con relación a la ejecución de garantías financieras, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 23 Ene. 2019, Rec. 153/2016, confirma la sentencia recurrida que señalaba que la ejecución no está sujeta a plazo (en el caso, el acreedor había dejado pasar más de dos años desde el vencimiento de la obligación asegurada) manifestándose en los siguientes términos: *Expuesto cuanto antecede, en el fundamento de derecho relativo a la obligación de ejecutar de una forma comercialmente correcta, la sentencia recurrida pondera la aplicación al supuesto tanto del art. 13, como del 9.2 del RD-L 5/2005 de 11 de marzo, si bien valora que existe, un pacto marciano, por el que el acreedor puede apropiarse por sí de la cosa dada en prenda, sin que esta actuación esté sujeta a plazo alguno, porque la Directiva 2002/47/CE, de la que es transposición el Real Decreto-Ley, remite a la legislación nacional para la regulación de la ejecución y en esa regulación no se establece plazo alguno para la ejecución. El precepto establece que cuando un acuerdo de garantía financiera pignoraticia lo prevea, el beneficiario de la garantía podrá ejercer un derecho de disposición del objeto de aquella, consistente en poder hacer uso y disponer como titular del objeto de dicha garantía financiera.*

<sup>126</sup> RDGRN 5 septiembre 2013: *También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su «ius distraendi», protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del «ius distraendi», en que está prevista la suerte de los mismos.*

Como señalaba La RDGRN de 26 de diciembre de 2018 *“La realización del valor del bien hipotecado para su conversión en dinero está sujeta así a estrictos controles de legalidad que tienen como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego: los propios del acreedor, pero también los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y aquéllos de los eventuales terceros que acrediten derechos sobre el bien”*. La protección de estos terceros ha de comprender cuando menos su emplazamiento y, en su caso audiencia, la liquidación ordenada del valor realizado, y su derecho a participar, en su caso, en el sobrante. Por estas razones, debe entenderse que ningún acto de renuncia del pignorante a los derechos que le correspondan en el expediente de ejecución puede hacerse en perjuicio de terceros.

Ciertamente los derechos de los terceros han de verse protegidos en todo proceso de ejecución. Pero, ¿de qué terceros hablamos? ¿Quiénes tienen derecho a participar en el sobrante? Como dice el profesor Miquel, no todos los terceros son iguales, sino que es necesario distinguir entre los terceros adquirentes del dominio o de derechos reales limitados sobre el mismo y los acreedores. Los primeros tienen un derecho directo sobre la cosa gravada, según el orden de preferencia que corresponda. Por el contrario, los acreedores solo tienen un derecho genérico sobre el patrimonio del deudor, pero no tienen derecho a una composición determinada sobre el mismo. Por tanto, un derecho directo sobre el sobrante, solo corresponde al dueño o al tercer adquirente del dominio o de un derecho real sobre la cosa pignorada, o al acreedor que haya logrado un embargo sobre el sobrante. No obstante, quizás quepa hacer alguna precisión a la luz de la STS de 27 de julio de 2021, que parece tener en cuenta a los acreedores del deudor (lo que con mayor razón llevaría a tener en consideración a los acreedores del pignorante<sup>127</sup>). Estos acreedores, propiamente, no tienen derecho directo al sobrante (a salvo en los casos de embargo del sobrante, o de concurso del ejecutado, en que procede su restitución a la masa -art. 213 LC), lo que no excluye que pudieran resultar perjudicados por las vicisitudes de la ejecución y que puedan ejercitar las oportunas acciones en defensa de sus derechos, pero sin que tengan capacidad de influencia directa en la marcha de la ejecución. En definitiva, estos interesados, meramente acreedores, que aleguen algún derecho o preferencia sobre el sobrante habrán de solicitar su embargo o ejercitar la acción judicial que tutele su eventual derecho.

El sobrante viene constituido por ese remanente final que queda tras deducir el importe de la obligación garantizada y los costes de la ejecución, cuando el valor de realización del activo pignorado es superior. Su destino es su distribución entre los titulares de derechos sobre el activo pignorado, los acreedores embargantes y, en

<sup>127</sup> GARCIMARTÍN F., *¿Mirando al patrimonio pertinente? Un breve apunte sobre la sentencia del TS de 27 de julio de 2021 y el artículo 322 del Código de Comercio*, disponible en el blog El almacén del derecho.

último lugar, el propio ejecutado. El derecho a participar en el sobrante se materializa con la propia intervención del tercero legitimado en la fase de liquidación. En otro caso, parece razonable entender que cuando conste la existencia de terceros con derecho al sobrante, que no hubiesen intervenido en el expediente, el notario debe proceder a su consignación (cfr. Art. 236. p) RH y art. 569.21.3 CCC). Igual solución habrá que adoptar en caso de conflicto (que habrá de resolverse según las reglas de prelación aplicables) entre los titulares de derechos posteriores al que se ejecuta, o entre éstos y el ejecutado<sup>128</sup>. El orden a seguir será el que resulta del art. 672 LEC, que dispone que, atendido el ejecutante, el sobrante si lo hubiere, se retendrá para el pago de quienes ostenten la titularidad de un derecho real, o personal si media embargo, posteriores al derecho del ejecutante. Si satisfechos estos terceros, aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor. Si mediare orden de retención derivada de una ejecución singular o de una situación concursal, habrán de ser atendidas.

En caso de que medie conflicto entre los eventuales destinatarios del sobrante, el notario ha de proceder a su consignación, sin que le competa dirimir la controversia, que es de exclusiva competencia judicial. No obstante, el notario puede fijar su criterio (respecto del orden en que debe efectuarse el pago conforme a las reglas generales de prelación de créditos, así como en su caso la cantidad que corresponda al interesado percibir del sobrante), y comunicarlo a todos los interesados, recabando su acuerdo, y en caso de que medie éste (o si nadie se opone a su propuesta) proceder al reparto conforme al mismo<sup>129</sup>. En otro caso, como se apuntaba, el reparto debe ser decidido por la autoridad judicial.

#### *7.6. Posición de los titulares de derechos posteriores a la garantía que se ejecuta. Cancelación de cargas posteriores.*

La ejecución de la garantía, como proyección de ésta, surte efectos frente a todos, partes y terceros interesados o afectados. Precisamente, la protección de los derechos

<sup>128</sup> Cfr. Art. 569.21.3 CCC.

<sup>129</sup> En este trámite parece adecuado seguir las pautas que se establecen en el art. 236 p), 3 y 4 RH, conforme al cual: 3. "el Notario notificará ... su criterio respecto del orden de pago en que debe efectuarse conforme a las reglas generales de prelación de créditos, así como en su caso la cantidad que corresponda al interesado percibir del sobrante, recabando el acuerdo de todos ellos. Los acreedores podrán alegar en el plazo de cinco días lo que a su derecho convenga, pudiendo el notario modificar el orden de distribución propuesto acogiendo las pretensiones formuladas si con ello se logra el acuerdo. 4. Una vez cumplimentado el trámite anterior, el Notario se dirigirá a la Caja General de Depósitos indicándole si ha habido o no acuerdo entre los acreedores en orden al reparto del sobrante. Si lo ha habido, remitirá la escritura pública en la que se formalice dicho acuerdo de los acreedores y la orden de cancelación del depósito indicando los perceptores y las cuantías a percibir, y la Caja General de Depósitos realizará el pago conforme a ellas. Si no hubiera habido acuerdo sobre la distribución propuesta por el notario, la Caja General de Depósitos lo comunicará al solicitante, y este deberá dirigirse a los tribunales ordinarios para que por estos se determine quién tiene derecho a percibir el sobrante.

de los terceros en la ejecución se fundamenta en que no se sustraen a sus efectos, sino que resultan afectados por la ejecución, hasta el punto de que sus titularidades pueden desaparecer. Esto se explica porque la purga de las cargas posteriores constituye una consecuencia natural de la ejecución y, a la vez, un presupuesto de su utilidad. La purga libera al activo pignorado de los derechos y cargas establecidos con posterioridad a la prenda que se ejecuta<sup>130</sup>. Los que sufren este efecto cancelatorio son, lógicamente, los titulares de derechos sobre el activo gravado de peor rango que el del ejecutante, toda vez que su posición experimenta un cambio que solo les faculta para participar en el sobrante.

Desafortunadamente, el artículo 1872 Cc tampoco se plantea esta cuestión, pasa de largo sobre la suerte de los derechos posteriores sobre los activos pignorados (ya vimos que ni siquiera exige su emplazamiento). Este silencio no puede entenderse como que la ejecución de la garantía les resulte intrascendente, so pena de desvirtuar la garantía, y de desvestir a su ejecución de los efectos que le son propios, ya que es esencial a la misma la especial sujeción que proyecta sobre los bienes gravados, sujeción que permanece en su ejecución donde desarrolla su máxima efectividad, cualesquiera que sean las vicisitudes que haya experimentado la titularidad de los mismos, por lo que sus resultados se extienden y son oponibles a todos los adquirentes posteriores. Éstos adquieren el derecho ya gravado y han de estar expuestos a todas las consecuencias que se deriven del desenvolvimiento de la garantía, particularmente las que resultan del ejercicio del *ius distrahendi*, entre las que destaca la purga de las cargas posteriores<sup>131</sup>. El efecto ofensivo de la prenda, como todo derecho real de garantía, se

<sup>130</sup> La purga de las cargas posteriores es una consecuencia de la compatibilidad de los derechos de garantías con todo tipo de derechos. así, la prenda no sustituye la titularidad del concedente ni cierra sus facultades dispositivas que, como tal, puede constituir derechos y cargas, incluso transmitir el dominio, sin perjuicio de que todas estas sucesivas titularidades queden sujetas a las secuelas que despliegue el desenvolvimiento de la prenda previa.

<sup>131</sup> La purga se produce exclusivamente como consecuencia del ejercicio del *ius distrahendi*, precisamente por las garantías inherentes al mismo (idea que recoge la RDGRN de 21 de septiembre de 2018: *En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, junto al ejercicio en el ámbito judicial del «ius distrahendi», nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de su ejercicio extrajudicial cuyo fundamento no es ya el ejercicio coercitivo por el ordenamiento de la responsabilidad del deudor, sino el previo consentimiento que éste presta para que se venda la finca y se realice su valor en caso de incumplimiento, pero igualmente sujeto a un procedimiento tasado, cuya rigurosa tramitación se justifica por la necesidad de salvaguardar el citado equilibrio de intereses antes aludido, teniendo en cuenta especialmente que sus efectos pueden ser opuestos también frente a terceros titulares posteriores, pues al igual que el «ius distrahendi» es consustancial al derecho del acreedor, también lo es la facultad de ejercitarlo frente a cualquiera, «erga omnes», como ha reiterado la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (vid. «Vistos») al interpretar los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1876 del Código Civil). Por eso, este efecto depurativo no se produce en todos aquellos supuestos en que el apremio se sustituye por un convenio entre las partes, como ocurre en los acuerdos y pactos solutorios (medie o no la*

extiende sobre los terceros con eficacia claudicante de sus derechos, cualquiera que sea el tipo de ejecución, judicial o extraprocesal que se siga. Esta es la idea que se desprende con carácter general del artículo 79.2 LH, que estima procedente la cancelación por extinción del derecho posteriormente gravado al que se ejecuta. Por esta razón, cabe razonablemente integrar el contenido normativo del art. 1872 Cc con lo que dispone el art. 236-I, RH<sup>132</sup>, que confiere a la escritura que se otorgue como consecuencia de la ejecución fuerza cancelatoria de los derechos posteriores sobre el bien ejecutado y, del mismo modo, entender extensible a esta modalidad ejecutiva igual virtualidad cancelatoria<sup>133</sup>. Estos efectos extintivos también deben predicarse de

---

homologación judicial) cuya afectación a los titulares de derechos posteriores se sujeta al consentimiento de éstos (cfr. Art. 640.3.2 LEC).

<sup>132</sup> *La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella.*

<sup>133</sup> No obstante, no puede desconocerse que algún sector doctrinal especializado en estas materias abriga dudas de esta eficacia cancelatoria de la ejecución alternativa de la prenda. CORDERO LOBATO E, "Ejecuciones alternativas..." p. 634 considera que el principio de relatividad de los contratos impide que los pactos relativos a la cancelación de cargas de las que sean titulares los terceros les sean oponibles si no las han consentido. Por eso, si existen cargas posteriores, considera que la mejor alternativa ejecutiva, no será la canalizada a través de sistemas alternativos, sino la ejecución ajustada a los procedimientos previstos legalmente. Sin embargo, entendemos que (sin perjuicio del deber de respeto por parte de los terceros de situaciones jurídicas ajenas, aunque sean meramente contractuales -cfr. STS 5 de febrero de 2014-, y salvo las situaciones en que el tercer adquirente posterior al acreedor pignoraticio, ya sea del dominio o de un derecho real, pueda quedar protegido ex art. 464 Cc) los pactos sobre la ejecución conforman los contornos de la prenda, incidiendo sobre un elemento estructural configurador del derecho real de garantía, por lo que, como todo el contenido de un derecho real, se proyecta *erga omnes*, alcanzando a todos los adquirentes posteriores, salvo los que tengan un derecho preferente, sin necesidad de que los hayan consentido, pues no en vano establece el art. 1858 Cc que "Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor" (RDGRN de 26 de julio de 2018, "...la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca..." RDGRN de 13 de abril de 2012 y de 17 de enero de 2013: *La atribución del «ius vendendi» al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial, sino que integra el contenido esencial de su derecho* (Resolución de fecha 13 de abril de 2012). La oponibilidad frente a terceros del *ius vendendi*, ejercitado por cualquiera de las formas admitidas en derecho debe estar fuera de toda duda pues "al igual que el «ius distrahendi» es consustancial al derecho del acreedor también lo es la facultad de ejercitarlo frente a cualquiera, «erga omnes», como ha reiterado la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (vid. «Vistos») al interpretar los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1876 del Código Civil". A la vista de estas consideraciones, concluye la RDGRN de 17 de enero de 2013 que *sólo una exclusión explícita [normativa] justificaría la imposibilidad de ejercitar la venta extrajudicial en caso de existencia de terceros con derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca que se ejercita* (debe recordarse que la DGSJ y FP admite también el juego del pacto marciano respecto de los bienes inmuebles) Es decir, no se requiere el consentimiento de estos terceros, sino exclusivamente que se les posibilite participar en la ejecución.

Evidentemente, se puede organizar la ejecución mediante el mecanismo de una opción de compra (cfr. RDGSJyFP de 15 de marzo de 2021), respecto de la que el Centro Directivo tiene declarado que "una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo -en este caso existe una anotación preventiva de embargo-, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción" (Res. de 18 de mayo de 2011 y

la ejecución alternativa marciana, siempre que se hayan respetado las cautelas que a favor de los titulares de derechos susceptibles de purga establece nuestro derecho ejecutivo. Precisamente, la subordinación del derecho de los adquirentes posteriores al desenvolvimiento de la garantía se cohonesta con su derecho a intervenir en la ejecución y a que se le reserve el sobrante<sup>134</sup>. Utilizando palabras de la DGRN podría señalarse que *la salvaguardia de la posición jurídica de los terceros afectados por la eventual purga se consigue con la oportuna notificación a fin de que ejerciten, si lo estiman conveniente, los derechos que el ordenamiento les reconoce, esto es, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca y el de recibir el eventual sobrante*. La purga se contrapesa con estas medidas que tienden a respaldar y tutelar los derechos e intereses de los titulares de cargas posteriores en la ejecución<sup>135</sup>. Si no se produjese la purga, no podría calificarse la actuación de verdadera ejecución, ni sería necesaria la adopción de medida alguna de tutela respecto de los terceros titulares de derechos de peor rango al que se ejecuta.

---

4 de marzo de 2014). Mas, en este caso, no parece que sea estrictamente necesario acudir a este recurso al revestir la garantía pignoraticia del carácter de derecho real, pues la razón de la propia eficacia cancelatoria de la opción concurre, todavía con mayor justificación, en la prenda y en la hipoteca (*En efecto, aun cuando ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento regulan la cancelación de los derechos reales, cargas y gravámenes extinguidos como consecuencia de la consumación del derecho de opción, esta cuestión ha de ser resuelta teniendo en cuenta los principios generales, y en especial los hipotecarios, que informan nuestro ordenamiento jurídico, como ya se puso de manifiesto en la Resolución de 7 de diciembre de 1978. En el mismo sentido, al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos en la medida en que deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere –como indicó la mencionada Resolución– que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados*. Res. 21 de septiembre de 2018).

<sup>134</sup> Parece aconsejable, como ya se apuntó, que cuando conste la existencia de terceros con derecho al sobrante, aunque no hubiesen intervenido en el expediente, el notario proceda a su consignación (cfr. Art. 236 p RH y art. 569.21.3 CCC).

<sup>135</sup>La RDGRN de 21.09.18 establece que *“De aquí que se exija que sea indubitado para que los procedimientos de realización forzosa de las hipotecas, tanto judiciales como extrajudiciales, no sólo el incumplimiento del deudor, sino también que quede acreditado que las partes cuyos intereses están en juego, también los de los titulares de derechos y cargas posteriores que han de ser objeto de purga, han tenido la oportunidad de intervenir en la forma prevista por el ordenamiento, lo que implica no sólo que dichos titulares han sido notificados de la existencia del procedimiento en la forma prevista legalmente, sino también que se les ha garantizado los derechos de intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca, y el de recibir el eventual sobrante”*. Precisamente, por esta razón, la RDGSJyFP de 15 de marzo de 2021, a la hora de admitir el pacto marciano que se convenía en la escritura objeto del recurso, tuviese en cuenta y valorase *“... la previsión que tiene igualmente en cuenta los posibles derechos de terceros afectados («el sobrante, si hubiere acreedores posteriores, se depositará ante el dicho Notario quedando afecta a dichos créditos; satisfechos los mismos, o si no los hubiere, el sobrante se entregará al dueño de la finca»)*.

Consiguientemente, solo se podría obstaculizar esta cancelación de cargas si no se hubiese citado o emplazado a los titulares posteriores, o si no se consignase el sobrante para su satisfacción (art. 132.2 y 4 LH)<sup>136</sup>, dado que, a los efectos de estos terceros, el sobrante se subroga en el lugar del activo pignorado. Claro que el *modus operandi* de la protección a los terceros en buena medida depende de la cognoscibilidad de sus derechos sobre el bien que se ejecuta, situación que difiere según que los activos afectados sean o no bienes inscribibles. En el primer caso, y así se prevé en el procedimiento de ejecución hipotecaria, los derechos de terceros cuya existencia aparece reflejada en los asientos registrales gozan de especial protección. A todos ellos tiene que comunicárseles la iniciación de la ejecución para posibilitar su intervención<sup>137</sup>. En el caso de las prendas posesorias, no existe esta posibilidad de conocimiento tabular de los interesados en la ejecución. A falta de un sistema publicitario registral, sería preciso que esos titulares posteriores hubiesen acreditado, o al menos, comunicado previamente el derecho adquirido al titular de la prenda<sup>138</sup>. Sobre ellos pesa esta carga de notificación (que opera de forma paralela a la carga de inscribir, en los procedimientos de base registral, para que resulte preceptiva la notificación de la existencia de la ejecución<sup>139</sup>). A estos efectos puede tener una especial relevancia el contenido del libro registro societario, como medio susceptible de ofrecer una cierta publicidad (pues no goza de la presunción de integridad, que no le ha sido conferida por el legislador) sobre las vicisitudes traslativas de las acciones (nominativas) o participaciones gravadas. De ahí la trascendencia de que cuando se comunique a la sociedad la iniciación de la ejecución se solicite información sobre las titularidades inscritas sobre las acciones o participaciones objeto de ejecución. Por ello, como antes se apuntó, debe ponderarse el significado del mismo en orden a obtener, al comienzo de la ejecución, una certificación del libro registro de la sociedad concernida, en la medida en que del mismo pueden aflorar otros terceros con derecho a intervenir, distintos del pignorante, que habrían de ser notificados. La ejecución no debe, más bien no puede, desconocer la titularidad de los terceros que resulte de dicho libro registro societario, sin perjuicio de que la falta de inscripción no constituya un impedimento para que los titulares posteriores, cuyo derecho se conozca de otro modo, ejerciten los derechos que les correspondan.

## 8. CONCLUSIONES

<sup>136</sup> Podría plantearse el problema de la concurrencia de varias prendas. En ese caso, sin perjuicio de la reserva de las acciones que correspondan, parece sensato que se atienda al principio de la prioridad del título más antiguo, salvo que mediase algún negocio sobre el rango de las prendas en conflicto.

<sup>137</sup> Los inscritos o anotados antes de extensión de la nota sobre la expedición de la certificación de cargas.

<sup>138</sup> Cfr. art 685.1 LEC

<sup>139</sup> Cfr. Art. 659 LEC.

A modo de conclusión, puede decirse que la prohibición del pacto comisorio ha de entenderse en su justa medida. Esto significa que ha de extenderse y que ha de restringirse en función del objetivo que persigue la norma que la implanta.

Ha de extenderse cuando así lo exija su ratio. En este sentido, conviene recordar que la prohibición del pacto comisorio no se limita a los contratos de prenda e hipoteca respecto de los cuales está legalmente previsto. La prohibición en cuestión es de aplicación universal y, por ende, alcanza a todo supuesto negocial al que subyazca una función de garantía. Bajo esta perspectiva, ha de afirmarse que el negocio con causa *garantiae* no puede tener más alcance que asegurar el valor de la prestación del acreedor y, por tanto, que no puede cubrir más que el daño derivado del incumplimiento. No puede sobrepasar este límite. El pacto comisorio, en consecuencia, operará siempre que sea reconocible esa función de garantía, cualquiera que sea el molde contractual empleado, incluso en el caso de una eventual transmisión (fiduciaria o no) en garantía. El prestador de la garantía gozará así siempre del derecho a obtener la devolución de los activos garantizados en caso de cumplimiento de la obligación garantizada o del derecho a obtener el excedente de su valor objetivo respecto del importe debido en caso de incumplimiento.

La prohibición del pacto comisorio ha de restringirse o limitarse cuando pueda entenderse que su ratio está ya asegurada. No es una prohibición absoluta. Es cierto que la prohibición trata de proteger al prestador de la garantía (y a los terceros afectados por la misma) impidiendo y desactivando aquellas fórmulas convencionales que otorguen al acreedor un derecho discrecional de apropiación o disposición sobre la garantía en caso de incumplimiento. En este sentido, acota las posibilidades del ejercicio del *ius distrahendi* reconocidas al tomador de la garantía en salvaguarda del derecho de rescate del sobrante en favor del pignorante y de los terceros titulares de derechos sobre el activo gravado. Por ello, el ejercicio del *ius distrahendi* no se puede ciertamente sustituir por la apropiación, sino que requiere de un expediente que permita obtener el valor objetivo del activo gravado y una liquidación ordenada del mismo. Como tal expediente ejecutivo, ha de respetar, asimismo, los postulados de nuestro derecho ejecutivo que se traducen en un conjunto de cautelas que tratan de ordenar los diferentes intereses del ejecutante y del ejecutado y también, dada su trascendencia externa, los de los terceros que resultan afectados por el mismo. Ahora bien, dicho esto, enseguida ha de precisarse que, dentro de ese contexto, cabe reconocer un cierto margen para la modulación convencional de la ejecución o para la creación de vías ejecutivas alternativas de realización dineraria, con tal que las reglas de producción privada se cohonesten con los principios ejecutivos imperativos que, a grandes rasgos, se concretan en la concurrencia de un título ejecutivo, la audiencia de las partes y terceros interesados, la previsión de un sistema de valoración objetiva de



los bienes afectados y la liquidación ordenada del numerario obtenido. Bajo estos presupuestos, nada debe impedir que ese procedimiento de realización se instrumente mediante la apropiación por el acreedor o mediante la venta a un tercero instada por éste.

En congruencia con lo anterior, ha de entenderse que queda fuera de la prohibición comisoraria la modalidad ejecutiva convencional -el pacto marciano- que ampara la facultad del acreedor de hacer suyo el activo gravado, no por la decisión discrecional propia, ni como efecto reflejo del incumplimiento de la obligación asegurada, sino por su valor objetivo dentro del marco de un expediente de ejecución ordenado. Lo cual permite, al mismo tiempo, que ese desenlace ejecutivo goce de los efectos propios de la ejecución de una garantía real, particularmente la satisfacción preferente del derecho del tomador de la garantía, la reserva del eventual sobrante a favor del pignorante y de los terceros afectados y, consiguientemente, la purga de las cargas posteriores.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALFARO AGUILA-REAL J, *El libro registro de socios o acciones nominativas*, en el blog El almacén del derecho, disponible en <https://almacenederecho.org/libro-registro-socios-acciones-nominativas>.

ALVAREZ-SALA J, *Hipotecas y Consumidores (Análisis de la nueva ley del crédito inmobiliario)*. Notarios y Registradores, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/hipotecas-y-consumidores-en-la-nueva-ley-del-credito-inmobiliario/>

AZOFRA CONDE F, *A vueltas con el pacto de lex commissoria*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 787

BUSTOS PUECHE, *Teoría General sobre los Derechos de Garantía*, ADC 1991 y Teoría general sobre los derechos reales de garantía con atención especial al pacto comisorio, ADC 1990.

CABANAS TREJO R, *La ejecución de la Prenda, Las garantías en el Derecho Mercantil: problemática actual*, Cuadernos de Derecho y Comercio. Colección monografías, CGN 2021.

CAMPINS VARGAS A, *La DGRN abre la puerta a la libre fijación estatutaria del precio de las participaciones*, disponible en el blog El almacén del derecho.

CARRASCO A, LOBATO E, MARIN MJ, *Tratado de los Derechos de Garantía* (2ª y 3ª ed). Ed Aranzadi.

CASTAÑOS CASTRO, *Problemas de legalidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria*, RDC, vol. IV, núm. 2 (abril-junio, 2017) Estudios, pp. 83-119.

CORDERO LOBATO E, *Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio*, Las garantías en el Derecho Mercantil: problemática actual, Cuadernos de Derecho y Comercio. CGN. Colección monografías, 2021.

CORDON MORENO F, *Ejecución de garantía a primer requerimiento y no exigibilidad de la obligación*, disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/ejecucion-de-garantia-a-primer-requerimiento-y-no-exigibilidad-de-la-obligacion/>.

CORTIÑAS RODRIGUEZ-ARANGO C, *La prenda y otras formas de garantía*, Instituciones de derecho privado: Reales. T. II. Vol. 3, Consejo general del Notariado, Civitas 2003.

DE BARRÓN ARNICHES P, *La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario*, RCDI nº 785, mayo 2021.

DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO M S, *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en el derecho español* ARANZADI 2020.

DIEZ-PICAZO I, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*.

DURAN RIVACOBA I, *La garantía comisorio*, BOSH- Volters Kluwer, 2021.

GARCIMARTÍN F., *¿Mirando al patrimonio pertinente? Un breve apunte sobre la sentencia del TS de 27 de julio de 2021 y el artículo 322 del Código de Comercio*, disponible en el blog El almacén del derecho.

GONZALEZ BOU E y VIÑA ALMUNIA T, *Prenda de acciones, participaciones sociales y valores negociables* en Las garantías en el Derecho Mercantil: problemática actual, Cuadernos de Derecho y Comercio. CGN. Colección monografías, 2021.

GUILARTE ZAPATERO V, *Comentarios a los arts. 1857 y ss del Código Civil*, Tomo II. M de Justicia. Comentario al art. 1859 Cc, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXIII, Edersa.

FERNANDEZ DEL POZO L y TRONCOSO REIGADA M (Derecho del acreedor al valor que tiene la participación en manos del deudor), disponible en el Blog, el almacén del derecho)

FERNÁNDEZ-SORDO LLANEZA E, *Derechos de adquisición preferente en caso de embargo de participaciones sociales*, disponible en el blog El almacén del derecho.

LACABA SÁNCHEZ Y LACABA LAHOZ, *La ejecución extrajudicial: un instrumento para desjudicializar más teórico que práctico*, Revista de derecho V-lex, <https://app.vlex.com/#vid/856722492>.

MACIA MORILLO A, *Una aproximación a la transmisión en garantía en derecho alemán*, InDret, 1/1023,

MARINO Roberta, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, disponible en [https://blog.ilcaso.it/news\\_754](https://blog.ilcaso.it/news_754).

MARTÍNEZ ESCRIBANO *La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales*, INDRET 2/2104.

MENDIETA GRANDE (*Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 de noviembre de 2014 (4617/2014 Y 4972/2014) Ejecución de títulos no judiciales: interpretación del art. 564 LEC y ámbito de la oposición del ejecutado*) en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil. Volumen 6. 2013-2014*, Dir Yzquierdo Tolsada.

MORENO CATENA V, *Algunos problemas de la ejecución forzosa*, disponible en <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3823/Algunospbdelaejecucionforzosa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

PANTALEON PRIETO F, *Las acciones, copropiedad, usufructo, prenda y embargo. Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas 1992.

PAZ-ARES I, *El título del crédito hipotecario, inscripción y ejecución*, dentro del libro colectivo *Hacia un nuevo derecho hipotecario* (Academia Sevillana del Notariado, 2008). *Prenda de cuotas sociales* (en el libro colectivo *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Dir. Jose María MIQUEL GONZALEZ, La Ley Temas 2013).

PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS M, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Vol II. Madrid 2001.

PERDICES HUETOS A y VEIGA COPO A, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VI THOMSON REUTERS 2010.

PICOD Y, *La reciente reforma de las garantías financieras en el derecho francés*, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Dir. Miquel González.

RODRÍGUEZ ROSADO B *“La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y sus problemas para su aceptación en España*, RDC.

SABATER SABATÉ JM, *La liquidación de cargas en el proceso de ejecución*, disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/119534/TESIS%20DOCTORAL.pdf?sequence=1>

SERRANO ALONSO E, *Comentarios a los arts. 1863 y ss. del Código Civil*, Tomo II. M de Justicia.

SERRANO DE NICOLAS A, *La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial)*, Notario del SXXI, nº 21, 2008.

VEIGA COPO A, *Tratado de la prenda*, Thompson Reuters 2021. *Eficiencia y función de la garantía.* [https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/59954/EFICIENCIA%20%20DE%20LA%20GARANTIA.pdf?sequence=-1&isAllowed=y,](https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/59954/EFICIENCIA%20%20DE%20LA%20GARANTIA.pdf?sequence=-1&isAllowed=y)

WESTERMAN H, *Derechos Reales*, colección Clásicos Contemporáneos, Fundación Cultural del Notariado 2007, La transmisión en garantía, p. 585 y ss.).ah

Fecha de recepción: 17.01.2022

Fecha de aceptación: 07.03.2022