

# Mecanismos contractuales alternativos de ejecución de garantías reales y alcance de la prohibición de pacto comisorio

<b>I. Introducción</b>	<b>20</b>
<b>II. Efectos beneficiosos sobre la consistencia de las garantías reales</b>	<b>21</b>
<b>III. La prohibición de pacto comisorio</b>	<b>22</b>
1. Antecedentes y contexto legal	22
2. La <i>ratio</i> de la prohibición	23
3. Efectos de la nulidad	24
4. Apropiaciones prohibidas	25
5. Condiciones de validez de los pactos ejecutivos y de realización de activos. En particular, el pacto marciano	25
5.1. Apropiación comisorio convenida para garantizar obligaciones preexistentes (pacto <i>ex intervallo</i> )	25
5.2. Apropiación comisorio contextual al crédito por un valor objetivo (pacto marciano). El modelo de las garantías financieras y de la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo	26
5.3. El problema de los activos no sujetos a cotización: consideraciones sobre la venta o enajenación por los valores de tasación determinados objetivamente en el momento de la constitución de la garantía	27
5.4. Procedimientos admisibles para valorar activos no sujetos a cotización	28
5.5. Requisito ineludible del pacto marciano: establecimiento de procedimiento de consignación del sobrante no aplicable al pago del crédito asegurado, a disposición del deudor y de los demás acreedores	29
5.6. Pactos anticréticos: facultades de explotación del activo gravado y de apropiación de los rendimientos	29
5.7. Realización de activos líquidos mediante compensación	29
6. Peculiaridades de estos mecanismos en diversos contextos: contratación con consumidores	30
7. Dificultades de aplicación de técnicas alternativas de realización sobre bienes registrables. El problema de la purga de cargas posteriores	31
8. Sobre la eficacia de mecanismos alternativos de ejecución en caso de concurso	31
<b>IV. Conclusiones</b>	<b>32</b>



**Resumen:** En los últimos años se han perfilado nuevas facultades ejecutivas alternativas a los procedimientos de ejecución que eran tradicionales en nuestro ordenamiento y que, en sustancia, permiten la realización de garantías reales sin la intervención de una autoridad judicial o extrajudicial. La introducción de estos nuevos mecanismos ha sido obra del legislador para determinadas clases de garantías, pero ciertas decisiones judiciales y de la autoridad registral y notarial permiten apreciar que el sistema en su conjunto podría ser permeable al empleo de técnicas contractuales de realización de garantías alternativas a los procedimientos ejecutivos legalmente establecidos. Una realización ágil de los activos gravados abarataría los costes de endeudamiento y favorecería la competencia con financiadores de otros entornos jurídicos en los que la admisión de mecanismos alternativos de ejecución no es problemática, lo que también es beneficioso para el deudor. El objeto de este trabajo es examinar en qué medida la prohibición de pacto comisorio del artículo 1.859 del Código Civil es compatible con la admisión de técnicas contractuales alternativas de ejecución, cuáles serían los requisitos que las mismas deberían cumplir para no incurrir en la prohibición, así como las peculiaridades y exigencias que se plantearían para cada clase de bienes.

**Abstract:** In recent years, new executive powers have been outlined as an alternative to the enforcement proceedings that were traditional in Spanish law, and which, in substance, allow real guarantees to be enforced without the intervention of a judicial or extrajudicial authority. The legislature introduced these new powers for certain types of guarantees, but some judgements and decisions adopted by the registry and notary authority show that the system as a whole could lend itself to the use of contractual techniques to enforce guarantees other than those legally established procedures. An agile enforcement of collateral would lower borrowing costs and favour competition with funders from other legal environments in which the admission of alternative enforcement mechanisms is not problematic, which is also beneficial for the debtor. This article examines to what extent the prohibition contained in Art. 1859 of the Spanish Civil Code is compatible with the admission of alternative contractual enforcement techniques, the requirements that should be met to avoid prohibition, as well as the peculiarities and requirements that would arise for each class of goods.



**Palabras clave:** Hipoteca, prenda, garantías reales, ejecución, pacto comisorio, pacto marciano, mecanismos alternativos de ejecución por incumplimiento de obligaciones garantizadas.

**Keywords:** Mortgage, pledge, real guarantees, foreclosure, pledge execution, prohibition contained in Art. 1859 of the Spanish Civil Code, alternative remedies in the event of a breach of the guaranteed obligations.

# Mecanismos contractuales alternativos de ejecución de garantías reales y alcance de la prohibición de pacto comisorio

## I. Introducción

En el año 2010, el Tribunal Supremo<sup>1</sup> afirmó que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1.859 del Código Civil (“CC”) no era imperativa, y sostuvo la validez de la ejecución de una prenda de valores que no se había realizado a través de los procedimientos legalmente establecidos. El mismo pronunciamiento se reiteró en 2011<sup>2</sup>, igualmente sobre una prenda de valores. Hace unos meses, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (tradicionalmente conocida como Dirección General de los Registros y el Notariado “DGRN”)<sup>3</sup> afirmó que cierto pacto ejecutivo alternativo a tales procedimientos legales también podía ser válido para ejecutar una hipoteca naval. Es común a todas estas resoluciones considerar que, bajo ciertas condiciones, los mecanismos contractuales alternativos de ejecución no contravienen la prohibición de apropiación comisorio contenida en el artículo 1.859 CC<sup>4</sup>. Todas estas decisiones repararon en que el legislador ha establecido que ciertas garantías reales (las garantías financieras<sup>5</sup> y, más recientemente, la garantía internacional sobre elementos de equipo móvil del Convenio de Ciudad del Cabo<sup>6</sup>) pueden ser ejecutadas mediante técnicas desconocidas en nuestra tradición jurídica, como son la apropiación o la venta por el acreedor en términos comercialmente razonables<sup>7</sup>, que se suman, así, a los mecanismos de ejecución judicial y notarial ya previstos secularmente en nuestro ordenamiento.

Se trata de decisiones singulares, pues contrastan con un nutrido cuerpo de resoluciones judiciales y registrales que rechazan pactos alternativos a los procedimientos de ejecución legalmente previstos, pactos que se consideran incursos en la prohibición de pacto comisorio establecida en el artículo 1.859 CC.

Con el fin de identificar en qué casos y bajo qué condiciones podría ser posible apartarse de la regulación establecida, concediendo al acreedor facultades de realización no previstas en el ordenamiento, conviene examinar la justificación del artículo 1.859 CC, las aplicaciones que ha tenido en la doctrina judicial y registral, así como los pactos que no incurren en la meritada prohibición, su adaptabilidad a las distintas clases de activos gravados, así como la eficacia que los mismos deban tener en caso de concurso. Con el mismo fin de valorar la legitimidad de estos pactos alternativos a las previsiones legales, comenzaremos analizando las razones que puedan justificarlos y, muy en particular, los efectos beneficiosos de tales estipulaciones en la consistencia y suficiencia de las garantías reales.

---

1 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 5410).

---

2 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1372).

---

3 Resolución de la DGRN de 26 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5995).

---

4 Para más detalles sobre este criterio, cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, 3ª ed., Pamplona, 2015, tomo I, págs. 1073 y ss.

---

5 Arts. 2 y ss. del RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

---

6 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (BOE 4 octubre 2003), e Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (BOE 1 febrero 2016).

---

7 Cfr. arts. 11 a 13 del RDL 5/2005 y art. 8 del Convenio de Ciudad del Cabo. Cfr. POSNER, “The rights of creditors of affiliated corporation”, *University of Chicago Law Review*, vol. 43, nº 3, primavera 1976, pág. 501.

## II. Efectos beneficiosos sobre la consistencia de las garantías reales

Pese al origen etimológico del vocablo "crédito" (*credere*, confiar), lo cierto es que el riesgo de insolvencia patrimonial es un elemento determinante del sinalagma contractual, pues influye de forma decisiva en el coste del crédito<sup>8</sup>, ya que cuanto menor sea el riesgo de impago, menor será el coste financiero del endeudamiento<sup>9</sup>, como sucede cuando el cumplimiento está asegurado por medio de una garantía eficiente<sup>10</sup>. Puesto que, en principio, los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico toman aquellas decisiones que les permiten maximizar los recursos que emplean<sup>11</sup>, ambas partes contratantes están interesadas en el riesgo de insuficiencia patrimonial y desarrollan estrategias dirigidas a minimizarlo<sup>12</sup>.

Ahora bien, la doctrina<sup>13</sup> considera que los intereses de acreedor y deudor no son equivalentes: el acreedor no está necesariamente interesado en minimizar todo riesgo de insolvencia, sino solo el posterior al contrato, pues cuando el riesgo es debido a circunstancias conocidas al tiempo de contratar, el mismo puede compensarse a través de los correspondientes pactos contractuales, por lo que el interés del acreedor es formarse una idea exacta del riesgo existente, con el fin de valorar correctamente la contraprestación que ha de pactarse. Por ello es tan esencial para mantener el equilibrio reflejado en los contratos de financiación que el acreedor no se vea expuesto a riesgos posteriores no previsibles al tiempo de contratar, como sucede, por ejemplo, con las reformas legales que afectan retroactivamente a relaciones contractuales en vigor.

Por otra parte, es el deudor el verdadero interesado en reducir el riesgo de su propia insolvencia patrimonial, porque entonces la contraprestación debida será menor y, junto a ello, serán mayores las posibilidades de obtener crédito<sup>14</sup>. Además, el deudor es el principal interesado en minimizar los costes de evitación del riesgo de su propia insolvencia patrimonial, ya que es quien soportará cualquier coste de

---

8 Cfr. POSNER, "The rights of creditors of affiliated corporation", *University of Chicago Law Review*, vol. 43, nº 3, primavera 1976, pág. 501

---

9 Cfr. LAURENT, *Principes de Droit Civil français*, 3ª ed., Paris, Bruselas, 1878, t. XXIX, pág. 161; POSNER, "The rights of creditors...", cit., pág. 510; CLARK, "The duties of the corporate debtor to its creditors", *Harvard Law Review*, nº 90, 1977, págs. 505 y ss.; HAMILTON, *Fundamentals of modern business. A lawyer's guide*, Boston, 1989, pág. 76.

---

10 Vid. BAIRD, "Notice filing and the problem of ostensible property", *Journal of Legal Studies*, 1983, t. 12, pág. 56; MECKLING, "Financial markets, default, and bankruptcy: the role of the state", *Law and Contemporary Problems*, Nº 4, 1977, pág. 16; HAMILTON, *Fundamentals...*, cit., págs. 27 y ss.

---

12 La aversión al riesgo se presupone en la mayoría de los estudios sobre el comportamiento de los partícipes en el tráfico jurídico (cfr. CHEUNG, "Transactions cost, risk aversion, and the choice of contractual arrangements", *Journal of Law & Economics*, 1969, nº 12, pág. 23; MODIGLIANI y POGUE, "An introduction to risk and return. Concepts and evidence", *Financial Analysts Journal*, 1974, pág. 68; GOULD, "The economics of legal conflicts", *Journal of Legal Studies*, 1973, nº 2, pág. 280; POSNER y ROSENFELD, "Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis", *Journal of Legal Studies*, 1977, nº 6, pág. 91; SHUCHMAN, "Theory and reality in bankruptcy: the spherical chicken", *Law & Contemporary Problems*, 1977, nº 41, págs. 75 y ss.

---

13 POSNER, "The rights of creditors...", cit., págs. 507 y ss.

---

14 SCOTT, "A relational theory in secured financing", *Columbia L. Rev.*, vol. 86, 1986, nº 5, pág. 905.

---

11 Es la hipótesis del hombre racionalmente egoísta, desarrollada por la ciencia económica, cfr. CALABRESI, "Transactions costs, resource allocation and liability rules. A comment", *Journal of Law & Economics*, 1968, t. 11, págs. 67 y ss.; SCHAFFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, trad. De Von Carstern-Lichterfelde, Madrid, 1991, págs. 61 y ss.; CHEUNG, "Transactions costs, risk aversions...", cit., págs. 25 y ss.; SAMUELSON y NORDHAUS, *Economía*, trad. de TOHARIA TORRES, Madrid, 1989, 12ª ed., págs. 499 y 574.

información o de transacción en que las partes incurran<sup>15</sup>. Así pues, la reducción del riesgo de insolvencia y la mayor consistencia y suficiencia de las garantías prestadas son circunstancias muy convenientes para el deudor, ya que le facilitan el acceso a financiación, incrementan las ofertas competitivas de los financiadores y, sobre todo, reducen los costes del crédito, propiciando que pueda financiarse en condiciones más beneficiosas. Ello sucede, por ejemplo, en la financiación de aeronaves y componentes aeronáuticos, donde la adhesión de los estados al Convenio de Ciudad del Cabo y al Protocolo aeronáutico puede conllevar la aplicación del llamado "descuento del Convenio de Ciudad del Cabo" en los créditos a la exportación y en las ayudas vinculadas al comercio de aeronaves<sup>16</sup>.

---

15 Cfr. BAIRD, "Notice filing...", cit., p. 57; SCHWARTZ, "Security interest and bankruptcy priorities. A review of current theories", *Journal of Legal Studies*, 1981, vol. 10, págs. 14 y ss.; "A theory of loan priorities", *Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1989, pág. 226.

Finalmente, la realización del activo gravado al margen de los procedimientos judiciales y extrajudiciales de ejecución legalmente previstos evita las pérdidas de valor que los bienes pueden sufrir en el transcurso de estos dilatados procedimientos. Por tanto, bajo ciertas condiciones, estos pactos alternativos incrementan de forma notable el producto de realización de los activos y la consiguiente cifra de liberación del deudor.

---

16 V. cuadro 5 de la Sección 2 del Reglamento Delegado [UE] 2016/155 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2015, sobre determinadas directrices en materia de créditos a la exportación con apoyo oficial (DOUE L 36/1, de 11 de febrero de 2016).

### III. La prohibición de pacto comisorio

#### 1. Antecedentes y contexto legal

Una de las incógnitas que plantea la regulación del CC sobre el pacto comisorio contenida en el artículo 1.859 es la posibilidad de pacto en contrario. En efecto, a diferencia de lo que sucede en el artículo 1.884, párrafo II, del CC (*anticresis*), donde se establece expresamente la nulidad del pacto contrario a la prohibición de apropiación comisorio, el artículo 1.859 CC omite cualquier disposición al respecto. Los antecedentes históricos del precepto<sup>17</sup> tampoco ayudan a clarificar su sentido, pues la prohibición de pacto comisorio fue abolida en el Derecho romano posclásico<sup>18</sup>, se permitió expresamente el pacto en contrario en las Partidas<sup>19</sup> y en los trabajos preparatorios del CC (comprendido no solo el Proyecto de CC de 1851, sino también el Anteproyecto de 1885-88, para la prenda<sup>20</sup>), si bien, como decimos, esta posibilidad finalmente no fue plasmada en el CC.

A pesar de lo poco concluyente que es el tenor literal del artículo 1.859 CC, así como sus antecedentes, la congruencia sistemática de la norma con la sanción de nulidad establecida en el artículo 1.884.II CC (*anticresis*), así como la subsistencia de su fundamentación jurídica (que luego exponemos), han llevado a la doctrina científica a sostener la imperatividad de la prohibición y la regla

---

17 V. FELIÚ REY, M.I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, págs. 33 y ss.; DURÁN RIVACOBA, R., *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, 1998, págs. 15 y ss.; REGLERO CAMPOS, F., "El pacto comisorio", *Aranzadi Civil-Mercantil* n° 4/2007, [BIB 2007\91], págs. 4 y ss.

---

18 C. 8.25.3.

---

19 P. 5.13.12 y P. 5.13.44.

---

20 Art. 6 del título destinado a la prenda.

---

21 Cfr. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, tomo XII, 6ª ed., Reus, 1907, págs. 385 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho de bienes*, cit., págs. 705 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario al art. 1859", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XXIII, Madrid, 1990, págs. 457 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, pág. 1864; Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, 7ª ed., Madrid, 2001, pág. 428; REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., pág. 6.

general de nulidad del pacto en contrario<sup>21</sup> (criterio que es, asimismo, el de los Tribunales<sup>22</sup> y la DGRN), con las importantes excepciones que detallaremos a lo largo de este trabajo.

En todo caso, contamos con algunas normas que permiten la apropiación comisoraria que censura el CC: así sucede con la Ley 466 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, en la que se determina la eficacia frente a terceros de la transmisión fiduciaria de la propiedad al acreedor en garantía de una deuda, que devendrá adquisición irrevocable en caso de mora del deudor. También se prevé la apropiación comisoraria en el régimen de garantías financieras<sup>23</sup>, prevista también en el ámbito de la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo<sup>24</sup>, junto a determinadas facultades de explotación por el acreedor. Además, ante la falta de previsiones legales al respecto, se considera que el pacto comisorio no está prohibido con carácter general en el régimen de garantías reales establecido en el CC catalán, sin perjuicio de la posible aplicación de la prohibición de enriquecimiento injusto<sup>25</sup>.

Con respecto a otros países de nuestro entorno, la prohibición de pacto comisorio fue abolida en Francia en 2006<sup>26</sup>, pero subsiste en Italia (artículos 1.963 y 2.744 del *Codice Civile*) y en Portugal (artículo 694 *Código Civil*), casos ambos en los que la nulidad alcanza a las apropiaciones comisorias acordadas después del contrato de garantía. En Alemania, la doctrina actual es reacia a admitir la validez del pacto comisorio<sup>27</sup>.

## 2. La ratio de la prohibición

La doctrina española considera que el artículo 1.859 CC prohíbe aquellos pactos que permiten al acreedor apropiarse del activo objeto de garantía, o que lo facultan para disponer del mismo en caso de impago, pactos todos ellos que propician un eventual enriquecimiento del acreedor si el valor del activo gravado es superior al importe de la deuda, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el propio deudor y también para los restantes acreedores<sup>28</sup>. Así pues, lo que el legislador quiere evitar es el eventual daño patrimonial para el deudor y sus propios acreedores derivado de la aplicación de pactos que permiten al acreedor apropiarse de la cosa gravada o enajenarla al margen de los procedimientos legales de ejecución de garantías reales.

---

22 La jurisprudencia es abundante, entre las últimas, con un compendio de la jurisprudencia sobre la materia, cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320).

---

23 Arts. 11 a 13 del RDL 5/2005.

---

24 Art. 8 del Convenio de Ciudad del Cabo.

---

25 SSTSJ de Cataluña de 18 y 28 de febrero de 2019 (RJ 2019, 977 y 2024).

---

26 Sobre esta reforma, cfr. ARANA DE LA FUENTE, I., "La reforma francesa de las garantías mobiliarias", *Indret* abril 2012.

---

28 Antes del Código Civil, cfr. la Partida 5.13.12; GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Zaragoza, 1974, pág. 924. Con posterioridad, cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho de bienes, en Derecho Civil III*, Madrid, 2010, pág. 705; CARRASCO PERERA, "Venta en garantía, negocio fiduciario. Pacto comisorio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 15, 1987, págs. 4933 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al art. 1859" en *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, t. 8, pág. 210. REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., pág. 3; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, pág. 1073. En un sentido parecido se ha expresado el TS, entre las últimas, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320).

---

27 Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, B., "La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en Derecho español", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3 (2017), págs. 11 y ss.

---

29 Cfr. GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario al art. 1859", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. Albaladejo, tomo XXIII, Madrid, 1990, pág. 460; REGLERO CAMPOS, F., "Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio", en *Tratado de garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio*, 1996, tomo II-1º, págs. 434 y ss.

---

30 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 (RJ 1980, 2414), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082).

---

31 Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 2007 (RJ 2008, 1479).

---

32 FÍNEZ RATÓN, "Prenda de acciones no cotizables. Ejecución extrajudicial", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 55, 2001.

---

33 Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al art. 1859", cit., tomo 8, pág. 211.

---

34 DÍEZ PICAZO, A., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., tomo IV, pág. 429.

---

35 Cfr. REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., págs. 17 y ss.

---

36 ALBALADEJO, M., *Derecho de bienes*, cit., pág. 705; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., III, pág. 429; DURÁN RIVACOBA, R., *La propiedad en garantía*, cit., págs. 121 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., tomo XXIII, pág. 459; REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., págs. 6 y 7.

No hay coincidencia en la doctrina científica sobre si, para ser nulo, el pacto comisorio ha de tener lugar en el momento de la concesión de crédito, o si también puede serlo el concertado con posterioridad. La mayoría de los autores considera que únicamente son nulos los acuerdos comisorios contraídos en el momento de adquirir la obligación, como requisito para obtener financiación, de manera que el deudor se haya visto impulsado a aceptarlo para financiarse. Se estima que si la apropiación comisorio se pacta con posterioridad al contrato (el llamado pacto *ex intervallo*) desaparece el riesgo captatorio del deudor y, con ello, la posibilidad de que exista desproporción efectiva entre el valor del activo gravado apropiable y el importe del crédito insatisfecho<sup>29</sup>. Este parece ser también el criterio del Tribunal Supremo<sup>30</sup> y de la DGRN<sup>31</sup>. En parecido sentido, se ha sostenido que la compulsión a aceptar cualesquiera condiciones de financiación puede atentar contra la libertad de contratación<sup>32</sup>.

Pero hay que señalar algunas relevantes excepciones a este criterio general doctrinal, ya que algunos autores mantienen que para la nulidad del acuerdo de apropiación basta que el mismo sea anterior al vencimiento de la obligación garantizada<sup>33</sup>, o, incluso, también se ha sostenido la nulidad de todo acuerdo posterior al contrato, bajo la consideración de que cualquiera que sea el momento en que se acuerde, subsiste el perjuicio para los demás acreedores derivados de la posible desproporción entre el valor del activo y el importe de la deuda<sup>34</sup>. A ello se ha contestado que, aunque ciertamente este riesgo de desproporción exista, el tenor del artículo 1859 CC no es lo suficientemente contundente para entender prohibido el pacto *ex intervallo* y, además, se argumenta también que el riesgo de fraude por manipulación de fechas en documentos privados se evita exigiendo que, para ser eficaz frente a terceros, el pacto *ex intervallo* conste en documento público<sup>35</sup>.

### 3. Efectos de la nulidad

La regla general es que la inclusión de un pacto comisorio prohibido no determina la nulidad de todo el contrato, pues el principio de conservación de los contratos determina que el efecto de la contravención se limite al pacto (nulidad parcial)<sup>36</sup>. Ahora bien, la doctrina y el Tribunal Supremo consideran procedente la nulidad de todo el contrato, e incluso de los contratos conexos, en aquellos casos en que se determine que el resto del contrato no se hubiera querido sin la parte anulada<sup>37</sup>, decisión que parece correcta habida cuenta de que el legislador no ha establecido ninguna consecuencia "punitiva" ni civilmente sancionadora de las conductas contrarias a la prescripción legal (como sí sucede, por ejemplo, en materia de usura, cfr. artículo 3 de la Ley de 1908).

---

37 Cfr. REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., pág. 6 y 7. En el sentido del texto, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082) la nulidad alcanzó al contrato de préstamo, que quedaba desprovisto de garantía al anularse por comisorio el contrato conexo de *sale and lease-back*.

## 4. Apropiaciones prohibidas

Si la apropiación comisoría está prohibida, porque no concurren las circunstancias a las que nos referimos en el apartado siguiente, la misma es ineficaz tanto en contratos de financiación como en cualquier otra estructura contractual articulada con finalidad de garantía. La *praxis* ha puesto de manifiesto algunas operaciones contractuales específicamente diseñadas para evitar la sanción de nulidad de una apropiación comisoría, que han sido anuladas por los tribunales, o que, en todo caso, no han permitido tal apropiación. Se trata normalmente de negocios que procuran la transmisión del dominio de un determinado activo al acreedor, o que le facultan a adquirirlo en el futuro, en los que la adquisición del dominio pleno estaría, según los casos, suspensiva o resolutoriamente condicionado al impago de un crédito, deuda que se compensará con el precio de adquisición. Esta es la articulación de la venta en garantía con pacto de retro<sup>38</sup>, la opción de compra con finalidad de garantía<sup>39</sup>, la promesa de venta con la misma finalidad, y la dación en pago concertada al tiempo de la financiación, cuyos efectos quedan en suspenso hasta el incumplimiento del deudor, caso en que no hay finalidad solutoria, sino de garantía<sup>40</sup> y, por tanto, dación en pago simulada<sup>41</sup>. Numerosas sentencias han considerado que también el *lease-back* simula un préstamo garantizado con la transmisión del dominio, por lo que es nulo por contravenir la prohibición del artículo 1859<sup>42</sup>. Finalmente, la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo sostiene que las transmisiones fiduciarias en garantía no son aptas para fundar una transmisión actual y plena del dominio<sup>43</sup>, que es también el criterio de la DGRN<sup>44</sup> y de parte de la doctrina, para quien, pese a su legitimidad y validez, la causa *fiduciae* no es suficiente para justificar la transmisión actual y plena del dominio que se pretende<sup>45</sup>.

---

38 La jurisprudencia es abundante, entre las últimas, con cita de abundante jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320).

---

39 Resolución de la DGRN de 30 de septiembre de 1998 (RJ1998, 7214).

---

40 Resolución de la DGRN de 20 de julio de 2012 (RJ 2012, 10097).

---

41 Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2280).

---

42 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1999 (RJ 1999, 5047), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082), 17 de julio de 2001 (RJ 2001, 6860), 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1405).

---

43 Sobre la evolución de la jurisprudencia, cfr. REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., págs. 22 y ss.

---

44 Resolución de la DGRN de 5 de junio de 1991 (RJ 1991, 4649).

---

45 REGLERO, F., "El pacto comisorio", cit., pág. 28.

## 5. Condiciones de validez de los pactos ejecutivos y de realización de activos. En particular, el pacto marciano

Exponemos a continuación los diversos criterios utilizados por la jurisprudencia o la doctrina de los autores para admitir la validez de pactos y técnicas alternativas de realización de activos.

### 5.1. Apropiación comisoría convenida para garantizar obligaciones preexistentes (pacto *ex intervallo*)

Como hemos indicado con anterioridad, la mayor parte de la doctrina considera que el pacto comisorio concertado en garantía de obligaciones anteriores es válido, aunque la obligación no haya vencido<sup>46</sup> (así lo ha estimado también el Tribunal Supremo<sup>47</sup> y la DGRN<sup>48</sup>), pero existe doctrina discrepante<sup>49</sup>. Aplicado este criterio, ha de estimarse que es válida la apropiación comisoría pactada con posterioridad como garantía de una obligación preexistente. Adicionalmente, si el pacto comisorio se alcanza tras el vencimiento de la obligación, el mismo es indudablemente válido, porque entonces el pacto no tiene finalidad de garantía, sino función



solutoria (sea *datio pro soluto* o *pro solvendo*), y su validez está unánimemente reconocida y prevista en el Código Civil (cfr. artículo 1175 CC). Este pacto sería válido al margen de cualquier procedimiento de ejecución<sup>50</sup>, tanto si el mismo se realizara en el seno de un procedimiento ejecutivo o en el marco del convenio de realización previsto en el artículo 640 Ley de Enjuiciamiento Criminal ("**LEC**"), si bien en este último caso el acuerdo comisorio requeriría aprobación y no podría causar perjuicio a tercero (los demás acreedores, por ejemplo).

## 5.2. Apropiación comisorio contextual al crédito por un valor objetivo (pacto marciano). El modelo de las garantías financieras y de la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo

Los pactos comisorios no solo se consideran válidos cuando son posteriores al crédito, ya que también pueden serlo los acordados en el momento de la concesión de crédito y aunque, precisamente, constituyan un requisito para la financiación. Así pues, no se puede afirmar que cualquier enajenación instada por el acreedor que no se realice a través de los procedimientos judiciales y extrajudiciales de ejecución, está, por esta sola circunstancia, prohibida por el artículo 1.859 CC<sup>51</sup>. Antes al contrario, la doctrina ha admitido la validez de los mecanismos contractuales de apropiación o de enajenación a instancia del acreedor que se realizan por un valor objetivo y seguro, como sucede con los activos cuyo precio es determinado en un mercado organizado, transparente y supervisado, también con aquellos bienes cuyo valor se fija de un modo objetivo en el momento del incumplimiento<sup>52</sup>, así como, lógicamente, con aquellos activos que son perfectamente líquidos, como sucede con los créditos dinerarios.

La doctrina considera que la posibilidad de apropiación o venta por este valor objetivo del activo es de aplicación general y, por tanto, no está limitada a los dos supuestos regulados por el legislador. En efecto, tanto el régimen de garantías financieras, como el de la garantía internacional de Ciudad del Cabo, prevén que los respectivos activos sujetos a garantía puedan ser vendidos o adquiridos por el acreedor (cfr. artículos 11 y 13 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública y artículo 8 ("**RDL 5/2005**") del Convenio de Ciudad del Cabo<sup>53</sup>). Ahora bien, cuando los activos gravados tienen un valor de cotización, como sucede con los valores objeto de garantías financieras, el valor de adjudicación no puede ser inferior al valor de mercado al tiempo de la ejecución (artículo 13 RDL 5/2005), que es, precisamente, el valor al que habrá de realizarse la venta en tales mercados que haya sido instada por el acreedor garantizado (cfr. también el artículo 13 RDL 5/2005). Así pues, pese a que el régimen de garantías financieras

---

46 GUILARTE ZAPARTERO, V., "Comentario al art. 1859", cit., p. 460; REGLERO CAMPOS, F., "Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio", cit., págs. 434 y ss.

---

47 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 (RJ 1980, 2414), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082).

---

48 Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 2007 (RJ 2008, 1479).

---

49 GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al art. 1859", cit., tomo 8, pág. 211; DÍEZ PICAZO, A., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., tomo IV, p. 429.

---

50 La validez de esta dación en pago extraprocesal ha sido sostenida por la Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 2007 (RJ 2008, 1479).

---

51 Pero vid. Resolución de la DGRN de 17 de enero de 2013 (RJ 2013\8262).

---

52 En este sentido, ALBALADEJO, M., *Derecho de bienes*, cit., pág. 705

---

53 Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (BOE 4 octubre 2003), e Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (BOE 1 febrero 2016).

reconoce a las partes libertad para negociar las modalidades de valoración de los activos (cfr. artículo 11.3 b) RDL 5/2005), en esta regulación se dispone que, sin perjuicio de estos pactos, las valoraciones habrán de ajustarse al valor actual de mercado de los valores negociables (artículo 13 RDL 5/2005).

La garantía internacional sobre elementos de equipo móvil del Convenio de Ciudad del Cabo no tiene por objeto activos que coticen en mercados controlados. Por esta razón, el parámetro para decidir la corrección de la apropiación o venta por el acreedor no puede residir en la objetividad del valor, sino en el estándar de razonabilidad comercial predicable de la forma en que se haya procedido a la apropiación o a la venta, parámetro al que, además, y con el evidente fin de salvaguardar el interés del garante y de los terceros, se aplicará un último factor de ponderación: el carácter “manifiestamente excesivo” de las cláusulas contractuales (sobre todo ello, cfr. artículo 8.3 del Convenio de Ciudad del Cabo). Repárese en que la razonabilidad no se refiere al valor efectivo de la venta o apropiación, sino al procedimiento de comercialización que las partes hayan pactado.

Pues bien, ¿pueden trasladarse los criterios que subyacen en estas reglas a otras garantías para las que el legislador no ha previsto un mecanismo alternativo de ejecución a los tradicionales procedimientos ejecutivos? Como antes avanzamos, la doctrina admite la validez del pacto marciano, es decir, el acuerdo mediante el cual se permite al acreedor adquirir el activo gravado por el valor que se fije mediante mecanismos de evaluación o tasación de carácter objetivo, de modo que se evite un enriquecimiento injusto del acreedor<sup>54</sup>. Aplicada esta doctrina a la garantía sobre bienes que están admitidos a cotización en mercados controlados y públicos, creemos que hay muy buenos argumentos para sostener la validez del pacto marciano, aunque el mecanismo de ejecución no se ajuste perfectamente al procedimiento de determinación del valor establecido en Derecho español. Así lo ha estimado también el Tribunal Supremo<sup>55</sup> al determinar la validez de pactos de ejecución de prendas sobre valores cotizables a través de mecanismos alternativos, cuando los mismos excluyen la posibilidad de que el valor del activo sea fijado directa o indirectamente por el acreedor: se consideró válida y no incurso en la prohibición de pacto comisorio la realización de valores en mercados públicos y transparentes (se trataba de la Bolsa de Nueva York), a través de procedimientos paralelos al previsto en el artículo 322 del Código de Comercio (“**CCom**”).

### 5.3. El problema de los activos no sujetos a cotización: consideraciones sobre la venta o enajenación por los valores de tasación determinados objetivamente en el momento de la constitución de la garantía

Parte de la doctrina expuesta estima que el pacto marciano solo es válido cuando se pacta una apropiación por el valor objetivo que el activo tenga en el momento de la apropiación o venta, por lo que el valor relevante no podría ser el de tasación que se hubiera pactado en la constitución de la garantía real, porque el valor objetivo del activo en el momento de la ejecución por apropiación o venta podría ser superior al establecido en la tasación, sobre todo en los casos en que hubiera una

---

54 ALBALADEJO, *Derecho de bienes*, cit., pág. 705; DURÁN RIVACOBRA, R., *La propiedad en garantía*, cit., págs. 73 y ss.; FELIÚ REY, M.I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, cit., pág. 95; GUILARTE, V., “comentario al artículo 1859”, en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, cit., tomo II, pág. 1865.

---

55 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 5410).

gran diferencia temporal entre el momento de la constitución y el de ejecución. Aunque en la LEC el valor de tasación sea relevante a efectos ejecutivos, e incluso aunque el régimen legal de ejecuciones en modo alguno asegure una expectativa de realización por un valor superior al de tasación, lo cierto es que en teoría el mismo podría existir a través de la posibilidad de concurrencia competitiva en los procedimientos de ejecución mediante subasta (los mecanismos legales de ejecución más habituales en la práctica), por lo que el reproche nos parece fundado en la medida en que los supuestos de realización que consideramos (apropiación y venta por el acreedor) no comprenden necesariamente la subasta. Obsérvese, además, que a efectos concursales el valor del activo que ha de tomarse en consideración para cuantificar los privilegios especiales tampoco es el valor de tasación pactado en la garantía respectiva si la fecha de tasación no está próxima en el tiempo (cfr. artículo 94. de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) (“**LC**”).

Nos parece que la solución al procedimiento aceptable de valoración en el caso de activos no cotizables ha de venir dada por el parámetro de objetividad predicable del método o procedimiento de valoración del activo y por adecuación de la cifra de apropiación o venta a ese valor, con restitución del exceso, en los términos exigidos por las decisiones judiciales y registrales que exponemos seguidamente.

#### 5.4. Procedimientos admisibles para valorar activos no sujetos a cotización

Acabamos de concluir que el valor de tasación pactado en el contrato de financiación no es adecuado para ser utilizado como valor de apropiación o venta del activo en el momento de la ejecución de la garantía, pues este valor de tasación no es necesariamente el valor actual exigible para la validez del pacto marciano. En efecto, por mucho que existiera y se observara la normativa aplicable a la tasación que, en su caso, propiciara el señalamiento de un valor de tasación objetivo al tiempo de la constitución de la garantía (como sucede, de hecho, con las garantías sobre bienes inmuebles, cfr. 682.2.1º LEC), lo cierto es que nada asegura que este valor de tasación represente el valor de mercado del activo al tiempo de la ejecución. Así pues, se requiere una nueva determinación del valor real y objetivo del activo, que, para ser admisible como pacto marciano, habrá de ser el resultado de un procedimiento de valoración objetivo y comercialmente razonable. Así lo ha venido a expresar el Tribunal Supremo<sup>56</sup> en relación con una garantía inmobiliaria, y también la DGRN<sup>57</sup> sobre una hipoteca naval. En particular, en esta última resolución se justifica ampliamente que cabe la ejecución por apropiación o venta por el acreedor cuando el valor de mercado del activo se ha determinado de un modo que asegure la obtención de un precio objetivamente real o razonable. En el caso, se había pactado que el valor de mercado del buque gravado al tiempo de la transmisión sería determinado por una firma de corredores marítimos independiente, de prestigio e internacionalmente reconocida, que sería designada por el hipotecante en un determinado plazo de entre los cuatro corredores de este tipo indicados por el agente. En defecto de esta especificación del hipotecante, el valor de mercado vendría representado por la media de las tasaciones realizadas por dos de los corredores de la misma lista elegidos por el agente.

---

56 Entre otros extremos, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017 (RJ 2017, 595) se reprochó que no se había pactado “ningún procedimiento objetivable de valoración del activo”.

---

57 Resolución de la DGRN de 26 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5995).

## 5.5. Requisito ineludible del pacto marciano: establecimiento de procedimiento de consignación del sobrante no aplicable al pago del crédito asegurado, a disposición del deudor y de los demás acreedores

La validez del pacto marciano está sujeta a un requisito adicional: sea cual sea la clase de activo gravado y, por tanto, también cuando la garantía tiene por objeto bienes líquidos y sujetos a cotización, es preciso que el contrato establezca un procedimiento que obligue al acreedor ejecutante a consignar el eventual sobrante tras la ejecución, para el caso en que el importe de la deuda sea inferior al valor de mercado del activo. Por esta razón no se permitió la inscripción del pacto ejecutivo de hipoteca naval sometido a la consideración de la DGRN<sup>58</sup>. Y es también otro de los reproches que ha formulado el Tribunal Supremo<sup>59</sup>. En el Convenio de Ciudad del Cabo se prevé expresamente que el sobrante de la aplicación de cualquier medida ejecutiva sea distribuido entre los titulares de cargas de rango inferior, por orden de prioridad, y que el eventual saldo sea pagado al constituyente de la garantía (artículo 8.6 del correspondiente Instrumento). También se prevé que el sobrante de la ejecución de garantías financieras se reintegrará al garante (artículo 13.III del RDL 5/2005).

## 5.6. Pactos anticréticos: facultades de explotación del activo gravado y de apropiación de los rendimientos

Basándose en el tenor literal del artículo 1.859 CC, algunos autores consideran este artículo solo limita la apropiación comisoraria que se realiza como “forma de ejecución de la garantía”, y que, por tanto, tiene lugar en el ejercicio del *ius distrahendi* inherente a cualquier garantía real. Pero no existe tal ilicitud cuando el pacto no tiene como finalidad realizar el activo gravado, sino establecer que el pago de la deuda se efectúe de un modo alternativo a la realización del activo, como sucede con aquellos pactos que permiten que el acreedor explote el activo gravado y aplique los frutos y rentas al pago de su crédito<sup>60</sup>. Esta facultad está prevista en el régimen de la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo, donde se permite que, producido el incumplimiento, el acreedor pueda, entre otras medidas, arrendar el equipo y percibir y aplicar al pago del crédito todo ingreso o beneficio derivado de su explotación (artículo 8 del correspondiente Instrumento). Se exige igualmente que estas medidas se apliquen de una forma comercialmente razonable, conforme a lo pactado, salvo que se trate de cláusulas manifiestamente excesivas (artículo 8.3 del Instrumento).

## 5.7. Realización de activos líquidos mediante compensación

Finalmente, los pactos ejecutivos de activos líquidos que permiten una apropiación o venta por su valor nominal son perfectamente admitidos como pacto marciano lícito que no entraña riesgo alguno para el deudor y los demás acreedores. Esta es la doctrina en la que se basó el Tribunal Supremo para admitir finalmente la validez de la prenda sobre derechos de crédito<sup>61</sup>.

---

58 Resolución de la DGRN de 26 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5995).

---

59 En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017 (RJ 2017, 595) se reprocha la “ausencia de todo mecanismo de restitución o compensación de los pagos ya satisfechos por los deudores”.

---

60 En este sentido, CARRASCO, A., CORDERO, E., MARÍN, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo I, pág. 1075.

---

61 Entre muchas otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7101) y 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1821). Sobre la evolución de la jurisprudencia, cfr. CARRASCO, A., CORDERO, E., MARÍN, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, cit., tomo II, págs. 243 y ss.

## 6. Peculiaridades de estos mecanismos en diversos contextos: contratación con consumidores

Acabamos de concluir que los pactos de ejecución alternativos a los procedimientos legalmente previstos pueden ser válidos aunque no prevean la intervención de ninguna autoridad (judicial o notarial), siempre que se observen los requisitos de validez del pacto marciano, a saber: que la garantía tenga por objeto activos líquidos o que coticen en algún mercado oficial, o que se prevea un procedimiento objetivo dirigido a establecer el valor de mercado del activo al tiempo de la transmisión, y, en todos los casos, que el sobrante se ponga a disposición de los demás acreedores o del garante. Nos preguntamos si sería posible alcanzar un acuerdo de estas características en todo tipo de contratación y, por tanto, también en la celebrada con consumidores, o si, por el contrario, los consumidores tienen derecho a que las garantías sean realizadas por medio de los procedimientos legalmente establecidos.

En nuestra opinión, si el pacto marciano es un pacto válido al amparo del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, como se admite cuando reúne los requisitos antes indicados, el mismo ha de ser posible también en financiaciones con consumidores. Ha de aplicarse aquí el mismo criterio que el Tribunal Supremo<sup>62</sup> ha utilizado al enjuiciar la validez de las fianzas solidarias prestadas por consumidores: la posibilidad de un pacto válido al amparo del principio de autonomía de la voluntad (como sucede con el pacto marciano, o como sucedía en la sentencia indicada con la fianza solidaria) no constituye una renuncia de derechos que haya de reputarse inadmisibles en la contratación con consumidores. En todo caso, atendida la experiencia judicial reciente en el ámbito del Derecho de Consumo, puede que los operadores valoren que la contratación con consumidores es un terreno demasiado abonado a la controversia como para explorar nuevas técnicas de ejecución. Esta decisión sería mala para los consumidores, ya que, como hemos indicado al inicio del trabajo, la oportunidad de una realización de los activos gravados por apropiación o venta a un valor objetivo de mercado favorece la concesión de crédito y, de tener que realizarse en caso de incumplimiento, favorece que el consumidor pudiera liberarse de una mayor parte de deuda, pues *a priori* la realización a valor de mercado favorece que este sea superior al porcentaje del valor de tasación fijado en la escritura, que es el que regiría el valor adjudicación en un procedimiento judicial o notarial (cfr. artículos 670 y 671 LEC). En definitiva, en la medida en que se excluye al consumidor de sus ventajas, nos parece inconveniente decidir la inaplicación de las técnicas alternativas de realización de garantías reales cuando el deudor o el garante es un consumidor.

---

62 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2020 (RJ 2020, 145).

## **7. Dificultades de aplicación de técnicas alternativas de realización sobre bienes registrables. El problema de la purga de cargas posteriores**

Que sepamos, no existen decisiones judiciales o registrales que versen sobre la aplicación de un pacto marciano en escenarios en los que existan otras cargas registradas sobre los activos gravados. La cuestión nos parece de extrema importancia, porque si la utilización de técnicas alternativas de ejecución no tiene como efecto una purga de las eventuales cargas posteriores a la ejecutada (como se prevé en las ejecuciones tradicionales de garantías, cfr. artículo 674 LEC), habrá que concluir que, cuando existan tales cargas posteriores, las técnicas alternativas de ejecución que estamos considerando no proporcionan al acreedor una utilidad equiparable a la que le reportaría la ejecución a través de los procedimientos legalmente establecidos. Obsérvese, además, que la existencia de una ulterior carga no puede ser evitada por el acreedor, pues la eficacia de los pactos que impiden al deudor volver a gravar activos es meramente personal frente al obligado.

Nos parece que este inconveniente no puede evitarse de ningún modo, pues indudablemente el principio de relatividad de los contratos (artículo 1257 CC) impide que los pactos relativos a la cancelación de cargas de las que sean titulares terceros les sean oponibles si no las han consentido. De este modo, cuando existan acreedores posteriores inscritos, la estrategia de realización óptima del activo no será la canalizada a través de los mecanismos contractuales alternativos, sino la ejecución ajustada a los procedimientos previstos legalmente.

## **8. Sobre la eficacia de mecanismos alternativos de ejecución en caso de concurso**

Analizamos a continuación si el pacto marciano puede ver limitada su eficacia en caso de concurso del deudor constituyente de la garantía. Esta cuestión está regulada especialmente en las garantías financieras, que son relativamente inmutables al concurso por obra del legislador (cfr. artículos 14 y 15 del RDL 5/2005). La eficacia del pacto marciano tampoco debería ser problemática en la garantía internacional del Convenio de Ciudad del Cabo, pues en este régimen se establece expresamente que estas garantías serán oponibles en el concurso (artículo 30 del correspondiente Instrumento), lo que ha de significar al menos que la garantía ha de ser ejecutable a través de los procedimientos legalmente previstos, si bien deba recibir a otros efectos (por ejemplo, la paralización de ejecuciones, valoración del privilegio crediticio correspondiente, etc.) el mismo tratamiento que el resto de garantías concernidas en el concurso, que es un extremo no decidido ni por el Convenio ni por sus Protocolos. Creemos que la misma solución se impone con respecto a los pactos ejecutivos alternativos del resto de garantías, de tal manera que su eficacia estaría afectada por las mismas reglas que afectan en general la ejecución de garantías. Pero cuando la misma fuera posible conforme a las previsiones del artículo 56 LC, entendemos que la ejecución podría desarrollarse conforme a las técnicas alternativas de realización previstas en el contrato, si bien bajo la autoridad del juez del concurso, en los términos previstos en el artículo 57 LC.

## IV. Conclusiones

La doctrina científica, el Tribunal Supremo y la autoridad registral y notarial han sostenido que el hecho de que existan procedimientos de ejecución legalmente establecidos no comporta la obligación de realizar las garantías reales a través de estos procedimientos. Se admite la validez de pactos alternativos de ejecución que no prevean intervención alguna de autoridad judicial o notarial, siempre que el pacto ejecutivo reúna el requisito de propiciar una apropiación o venta por el acreedor por el valor actual del activo gravado, fijado por referencia a su eventual valor de cotización o, en su defecto, a través de un procedimiento objetivo no influenciado por la conducta del acreedor (pacto marciano). Se requiere, asimismo, que existan procedimientos que aseguren que el sobrante se ponga a disposición de los demás acreedores, en su caso, o del deudor.

Estos procedimientos alternativos son convenientes para el deudor, pues le permiten financiarse a menor coste y, en la medida en que se prevén realizaciones más eficaces, evitan pérdidas del valor de los activos gravados o le eximen de la pérdida asociada a la aplicación de las normas que rigen la adjudicación de activos gravados por un porcentaje de los valores de tasación. Estos beneficios justificarían una aplicación generalizada de estas técnicas alternativas, incluso frente a consumidores o deudores concursados. Además, propiciarían que los financiadores que deban regirse por Derecho español estén en condiciones de competir en un mercado internacional de financiación en el que con frecuencia se admiten estos pactos alternativos de ejecución. La cuestión es crucial con respecto a las financiaciones articuladas con garantías sobre inmuebles ubicados en España, donde la falta de regulación del legislador español no puede subsanarse pactando otra ley aplicable, pues el criterio aplicado por la autoridad registral y notarial es que estas garantías se someten a Derecho español por aplicación del principio *lex rei sitae*<sup>63</sup>.

En todo caso, la carencia de un régimen legal apropiado desaconseja su utilización cuando existen cargas posteriores a la ejecutada, que no serían canceladas por la aplicación del pacto marciano.

---

63 Cfr. la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019, sobre la aplicación territorial de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (BOE 30 diciembre).