

Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana

MANUEL JESÚS DÍAZ GÓMEZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Huelva¹

RESUMEN

El legislador europeo está llevando a cabo una constante política de actuación en diferentes ámbitos y sectores de la economía con el fin de lograr la tan ansiada estabilidad del mercado financiero. Con el propósito de fortalecer un adecuado equilibrio en la reactivación del crédito, generando la suficiente confianza en sus destinatarios, una de sus propuestas más recientes ha sido la de trazar las líneas de actuación en materia de financiación a los consumidores, en lo concerniente a bienes inmuebles de uso residencial; en el entendimiento de que éste es un ámbito proclive a la estimulación ordenada, dada la necesidad de paliar las distorsiones que habían sido detectadas en los últimos tiempos. Esta normativa nos servirá como punto de inflexión para analizar el desarrollo que han experimentado las garantías inmobiliarias convencionalmente acordadas no solo en su gestación, sino también en su ejecución, entendiéndolas como una materia clave en la dinámica conceptual de la propia evolución de las relaciones jurídico-obligatorias. El estudio comparado de la civilística italiana que a continuación se hace, nos pondrá en evidencia soluciones y fracasos que pueden ser fácilmente extrapolables a nuestro sistema, o al menos nos permitirá componer una llamada de atención en los planteamientos que se hagan o en la búsqueda de los fundamentos en los que se pretenda basar la materia.

PALABRAS CLAVE

Garantías reales. Garantías inmobiliarias. Hipoteca. Pactos privados. Pacto comisorio. Pacto marciano. Fiducia. Venta en garantía. Pacto de retroventa. Transmisión de la propiedad. Par conditio creditorum. Simulación. Fraude. Nulidad.

¹ Estrategia de Política Científica de la Universidad de Huelva. Grupo de Investigación SEJ-576. Agradecimientos al Prof. E. Al Muraden y a la Biblioteca Cicu de la Università de Bologna.

Covenant Martian. Rethinking the system with the Italian civilista

ABSTRACT

The European legislator is carrying out a policy of engagement in different areas and sectors of the economy in order to achieve the long-awaited financial market stability. With the aim of strengthening a proper balance in the revival of the credit, generating enough confidence in their recipients, one of its most recent proposals has been to draw lines of activity in the area of financing to consumers, in regard to residential real estate; on the understanding that this is an area prone to stimulation in an orderly manner, given the need to alleviate the distortions that had been detected in recent times. This legislation will serve as a point of inflection to analyze the development that have experienced real estate guarantees conventionally agreed not only in its gestation, but also in its execution, understanding them as a key subject in the dynamics of the evolution of the legal-binding relationships. The comparative study of the Italian civilistica below is done, we will put in evidence solutions and failures that can easily be extrapolated to our system, or at least will allow us to compose a call of attention on the approaches that are made or in the search of the grounds on which it is intended to base the matter.

KEY WORDS

Real estate collateral. Guarantees. Mortgage. Private covenants. Declaration of withdrawal. Covenant Martian. Trust. For Sale in warranty. Covenant of Redemption. Transmission of the property. Par conditio creditorum. Simulation. Fraud. Invalidity.

SUMARIO. I. *Planteamiento: la autonomía privada frente a la prohibición de pacto comisorio a partir de la Directiva europea sobre financiación de inmuebles de uso residencial.*—II. *Aproximación a la civilística italiana.*—III. *La reciente tipificación legal del pacto marciano en Italia.*—IV. *La ejecución privada de las garantías inmobiliarias. Recapitulación y disfunciones.*

1. PLANTEAMIENTO: LA AUTONOMÍA PRIVADA FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO A PARTIR DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE FINANCIACIÓN DE INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL

La Directiva europea 2014/17/UE, relativa a los contratos de crédito con los consumidores respecto a bienes inmuebles de uso

residencial², ha venido a establecer, por un lado, una serie de medidas tendentes a evaluar los riesgos de la contratación, viniendo a exigir, para ello, a las entidades de crédito, determinadas pautas de aptitud y comportamiento. Y por otro lado, la delimitación del posible carácter abusivo de ciertas situaciones, tratando de esta manera de proteger a los destinatarios del crédito en la debilidad de su propia defensa de intereses. En última instancia, se pretende garantizar un desarrollo normalizado de la relación jurídica obligatoria que se entable, otorgando ciertas facilidades a los consumidores, para que logren el acceso a un conocimiento adecuado de los datos que les permita la correcta formación de su voluntad; y a las entidades financieras, para flexibilizar algunos rigores tradicionales que venían impregnando los instrumentos que aseguran la ejecución o el cumplimiento de lo pactado. En definitiva, pues, parece que hay una apuesta por promover mayores controles en la contratación, a fin de conseguir una superior estabilidad de las relaciones económicas.

Entre las propuestas señaladas para estimular el crédito, el legislador europeo, siendo consciente de las cargas y de los costes que a menudo conlleva la ejecución de las garantías crediticias, ha considerado oportuno no solo flexibilizar las habituales y típicas estructuras operativas que sirven para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, sino que ha introducido la posibilidad de que sean los propios contratantes los que puedan incorporar en su convenio la formulación de «atípicas garantías» reales o de «mecanismos alternativos» de ejecución que se aparten del procedimiento judicial ordinario fijado legalmente para obtener la realización del valor de los mismos.

En efecto, el artículo 28, en su apartado 4, la citada Directiva contiene una disposición en la que permite a los particulares introducir en su negociación una cláusula por la que se acuerde que «la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito». Ciertamente, una disposición de este tipo no hubiera hecho falta, si no fuera porque se considerara como principio que el acto traslativo solo puede ser suplido por un juez –en ejecución de garantía, no con función de pago– que asegurara la obtención del valor de los bienes, o, en su caso, por el ulterior acuerdo *solvendi causa* entre las partes. La valoración de los bienes dados en garantía no podría, desde entonces, dejarse al arbitrio de las partes, en tanto que una

² Directiva europea 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, relativa a los contratos de crédito con los consumidores respecto a bienes inmuebles de uso residencial –en adelante DCCI–.

estipulación en tal sentido podría ser utilizada por alguno de los contratantes para obtener un beneficio excesivo o desproporcionado respecto de aquel otro que se encontrara en una situación más desventajosa o necesitada –que a menudo suele ser, precisamente, el receptor del crédito o deudor³–. Así las cosas, una prohibición en el sentido de impedir al acreedor quedarse con los bienes dados en garantía tras el incumplimiento, se contiene de modo expreso y taxativo en nuestro Código civil respecto a la prenda, la hipoteca y la anticresis⁴, por lo que cualquier pacto en contrario se consideraría nulo: es lo que se denomina prohibición de pacto comisorio.

Con el actual planteamiento codificado, es difícil mantener –o al menos tener dudas razonables sobre lo contrario– que en nuestro sistema exista algún margen de actuación privada para estipular cláusulas que garanticen el cumplimiento de la obligación mediante mecanismos voluntarios de ejecución, pues los mismos quedarían reconducidos a la prohibición comisorio y con ello a su nulidad⁵. Desde la perspectiva europea, sin embargo, la mencionada

³ Junto a las formalidades procedimentales y la desnaturalización de los modelos típicos de garantías reales, la prohibición se fundamenta básicamente en el intento de evitar situaciones ventajosas intolerables, bien sea respecto a la posición del deudor, bien sea respecto a terceros acreedores.

Sobre la posibilidad de que el acreedor se pudiera quedar con los bienes ejecutados ordinariamente habrá que tener en cuenta, con carácter general, la necesidad de seguir los procedimientos y las cautelas previstas en la Legislación hipotecaria y, fundamentalmente, en la Ley de Enjuiciamiento civil, para la ejecución hipotecaria judicial y extrajudicial. Tales observaciones, precisamente, fueron las que sustentaron en su momento la imposibilidad de abrir cualquier alternativa que habilitara procedimientos ejecutivos que no respetasen los requerimientos legalmente establecidos, así se mantuvo, por ejemplo, por la RDGRN de 10 de junio de 1986 (RJ 1986/3840), siguiendo otras anteriores.

Para una visión evolutiva puede consultarse, entre otros, CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929, pp. 439 ss.; VIDAL, J., *La venta en garantía en el derecho civil común español*, Madrid, 1990, pp. 202 ss.; y DURÁN, R., *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Navarra, 1998, pp. 121 ss.

⁴ Artículo 1859 CC para la hipoteca y la prenda, y 1868 CC para la anticresis: el acreedor no puede apropiarse de las cosas ni disponer de ellas. Si bien solo este último precepto contempla expresamente la prohibición de pacto en contrario, que también estaba previsto para aquellos supuestos en el Proyecto de 1851, a pesar que el Anteproyecto de 1882-1888 de Código civil se moviera en la dirección contraria, salvando la posibilidad de pacto.

La doctrina parece inclinarse mayoritariamente por la prohibición de pacto comisorio en cualquier caso, con diferentes argumentaciones. Sin ánimo de exhaustividad, *Vid.* GUILARTE, V., en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIII, dir. Albaladejo, Edersa, Madrid, 1990, pp. 457 ss.; y en *Comentarios al Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1864 ss.; FELIÚ, M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, pp. 65 ss.; y REGLERO, L. F., *El pacto comisorio*, Madrid, 2007, pp. 6 ss.

La jurisprudencia también se ha mostrado reticente, cuando no contraria al pacto comisorio por su inmoralidad implícita, STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997/3429) y las que cita, en cuanto a la protección del deudor; y por faltar a la *par conditio creditorum*, STS de 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10424), entre otras, para ofrecer la adecuada protección a los terceros acreedores.

⁵ El principio de la no autotutela privada jugaría como fundamento para proteger intereses dignos de amparo, por lo que la prohibición de pacto comisorio funcionaría también con respecto a otras garantías atípicas, aun cuando no estuviera expresamente regula-

dificultad parece haber desaparecido, no solo respecto a la posible validez jurídica de otras fórmulas garantísticas del crédito –distintas de las tradicionalmente admitidas–, sino además, cuando se admite sin reticencias que un pacto privado que estableciera la posibilidad de que la cosa ofrecida en garantía se transmitiera al acreedor para saldar la deuda, sería lícito y perfectamente eficaz.

La Directiva de contratos de crédito a los consumidores respecto a bienes inmuebles de uso residencial, es consciente de la diversidad de tratamiento que cada Estado puede infligir a su ordenamiento en base a las peculiaridades que su propio sistema garantístico o de formulación de derechos reales pudiera tener, pero en cualquier caso, la referencia a los pactos privados que permitan la transmisión de bienes al acreedor se efectúa respecto de aquéllos sobre los que recaen dichas garantías, sin perjuicio de cómo éstas hayan quedado configuradas. Desde entonces, para el caso de no conceptualizarse la hipoteca de modo que por su propia naturaleza se impida la transmisión del bien sobre el que recae mediante procedimientos que se alejen del judicialmente previsto, parece oportuno plantearse luego si la configuración de aquélla permite amparar ahora la libertad de pacto de su ejecución predicada por la Directiva –siendo ella una típica garantía inmobiliaria, referenciada incluso explícitamente en el propio texto legal–.

Se podría alegar que nuestro ordenamiento jurídico contempla una prohibición singular y de modo expreso al pacto comisorio referido a la hipoteca, razón por la cual no operaría el dictado comunitario al respecto de su excepcionalidad⁶, en modo alguno. Sin embargo, también la interpretación puede y debe, bajo nuestro punto de vista, ser bien distinta: si la Directiva hubiera venido a admitir, simplemente, el juego de la autonomía de la voluntad en este campo, no habría tenido necesidad de explicitarlo abiertamente, a sabiendas de que existen Estados miembros de la Unión europea en los que se tolera o se admite el funcionamiento del citado pacto, y otros en los que está expresamente prohibido.

Ante la mencionada tesis, la Directiva ha optado, no solo por validar el pacto originario de carácter dispositivo que pretenda establecer la ejecución privada de las garantías inmobiliarias, dándole así cobertura legal y despejando las dudas sobre su licitud, sino que además ha venido a instaurar la obligación a los Estados

do. Así lo ha entendido, entre otras, la RDGRN de 10 de junio de 1986 (RJ 1986/3840) y las SSTs de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037) y de 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10424).

⁶ Excepcionalidad que no ha quedado plasmada –ni siquiera mencionada– en el Proyecto de Ley que regulará los Contratos de Crédito Inmobiliario en nuestro país (publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el pasado 17 de noviembre de 2017), y que ha venido a transponer la comentada Directiva.

miembros de «no impedir» que los particulares puedan proceder de este modo⁷, con lo que se armoniza, desde ahora, el sistema crediticio comunitario en esta materia para todo el territorio de la Unión Europea⁸.

Quedando abierta la posibilidad, por el dictado de la Directiva, de poder atribuir al acreedor los bienes gravados o su valor, para saldar la deuda pendiente, cabría preguntarse luego, si se trata de una fórmula general y abierta que consienta a los contratantes la completa autorregulación del citado mecanismo, o si por el contrario, la norma permite restringir la autonomía de la voluntad de modo tal, que su concreto contenido pueda servir para paliar aquellos perjuicios que la histórica prohibición comisoraria trataba de evitar. Dicho de otro modo, nos podríamos plantear ahora, si los Ordenamientos jurídicos internos de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, tienen o no vedada la posibilidad –sin que ello suponga vulnerar la armonización proyectada por el derecho comunitario– de sujetar los pactos privados al desarrollo de ciertos condicionamientos, con la finalidad de dar amparo a otros intereses diversos que se consideren atendibles⁹. Así las cosas, resultaría fundamental saber si han desaparecido en la actualidad los peligros que fueron aducidos en su momento para la aplicación de la cláusula comisoraria, o si por el contrario, habiendo permaneci-

⁷ Explícitamente preceptuado en el artículo 28.4, inicio, DCCI.

⁸ En el caso de que las partes hayan estipulado que el bien inmueble utilizado como garantía del crédito se transfiera al acreedor, se incluirá tal circunstancia en el FEIN (Ficha europea informativa normalizada).

Del modo indicado –según dispone la sección 13.3 de la parte B, del Anexo de la Directiva (que es donde constan las instrucciones mínimas para su cumplimentación)–, en la Ficha que haya de facilitársele al consumidor habrá de quedar reflejado, entre otros datos –obligatoriamente y cuando ello se haya estipulado– que en caso de incumplimiento aquél «puede ser desposeído de su vivienda» (locución que se incorporará bajo el subapartado número 13, relativo a los tipos de incumplimiento y sus consecuencias). Aunque con esta concreta formulación se utilizan términos no jurídicos –según la Exposición Motivada de la Directiva, respecto a la terminología usada por la FEIN (mención que aparece contenida en el Considerando 41)–, se hace con el mismo sentido.

⁹ Sobre las diversas orientaciones que promueve el Derecho internacional privado en aras de la uniformidad del Derecho europeo, BALLARINO, T., «Verso una disciplina europea della vendita», *Riv. dir. priv.*, 3/2012, *passim*, pp. 341 ss. advierte de la inconsistencia de promover sistemas abiertos o facultativos, pues incluso cuando no se ha hecho así, siempre derivan interpretaciones que recurren a la normativa propia de cada Estado. Así, por ejemplo, en el estudio que realiza de la competencia judicial internacional en materia de contratos, la normativa europea ha optado por la prevalencia de la previsibilidad, más que por la uniformidad de decisiones (en la reformulación del Convenio de Bruselas, 44/2001, se deriva al juez del lugar donde la obligación controvertida deba ser cumplida, por ser la que aporta mayor certeza, prefiriéndose incluso la ejecución material o económica de la entrega de la cosa o prestación del servicio, pero deja sin resolver los problemas interpretativos del contrato cuando la voluntad de las partes hayan establecido otra cosa) (pp. 347 ss.). Habiéndose producido finalmente, con el Reglamento europeo del derecho común del contrato de compraventa, una renuncia a la integración sustancial en esta materia, cuando en otros lugares (sudamérica y EEUU) la tendencia parece ser la contraria (p. 351).

do a lo largo del tiempo, los mismos pueden ser conjurados convenientemente o deben ser asumidos, en mayor o menor medida, como parte del propio desarrollo del sistema económico.

Es cierto que los esquemas del mercado financiero se vuelven cada vez más complejos, y que los agentes y las condiciones que en el mismo intervienen mutan con frecuencia de posición, dependiendo de múltiples y variados factores¹⁰; sin embargo, en lo que a nosotros ahora nos interesa, lo cierto es que llama la atención el hecho de que sea en las relaciones crediticias entabladas entre empresarios y consumidores y cuando el bien objeto de garantía (y/o adquisición) es un inmueble de uso residencial (incluida la vivienda habitual), donde se haya producido, precisamente, la flexibilización de la cláusula comisorio¹¹. Sin perjuicio de que más adelante podamos profundizar en ello, baste señalar en estos momentos, que admitir sin más limitaciones la validez de un pacto que autorice a la entidad financiera a quedarse con los bienes gravados, para el caso de que el deudor no pague la cantidad adeudada, podría redundar en el riesgo de que el acreedor obtenga ganancias excesivas o sin justificación alguna a costa del consumidor, dada la posibilidad de que los bienes posean un valor muy superior a la deuda pendiente. Eventualidad ésta, precisamente, que era la que se trataba de evitar, generalizando, para cualquier caso, la prohibición de pacto comisorio; o admitiendo, en su caso, la funcionalidad del llamado «pacto marciano» que venía a exigir al acreedor la restitución al deudor de tal exceso.

Para dar respuesta a todas las hipótesis planteadas, así como a otros tantos interrogantes a los que pudieran dar lugar, hemos considerado oportuno realizar un estudio de aproximación al derecho italiano, no solo por cuanto posee similares caracteres evolutivos a los

¹⁰ Los prestamistas de antaño no son los de ahora, pero tampoco los deudores del crédito actuales carecen de la experiencia y el poder, que se predicaba de los de tiempos pasados. Quizás por ello, desde hace ya tiempo que se exterioriza el cambio hacia una economía basada en el valor de mercado del dinero, sobre el que giran el valor de cambio del resto de las cosas, abandonando la percepción codificada de un interés subjetivo en el intercambio valorativo de las cosas y servicios. Tal vez por ello sea por lo que no solo hayan desaparecido, en muchos supuestos, los perjuicios que se predicaban para el caso de que no funcionase una prohibición de pacto comisorio, sino que incluso, en muchos otros supuestos, puede resultar beneficiosa para el mercado su desaparición. Ver sobre todo esto los argumentos que se citan, a favor y en contra, por la doctrina italiana, en los apartados siguientes.

¹¹ Tal vez el legislador ha considerado que el mayor control que se lleva a cabo por las autoridades administrativas sobre las entidades financieras, unido a la reglamentación más estricta que se exige para la conformación de los clausulados contractuales con consumidores, permite ofrecer mayores garantías en este sector del mercado inmobiliario. Sin embargo, lo cierto es que en los últimos tiempos, en nuestro país, tales contratos han sido el origen de muchos y muy variados abusos, y aún hoy, para concretas situaciones de incumplimiento o de normal desenvolvimiento de la relación obligatoria, siguen siendo un escenario propenso a desequilibrios económicos injustificados.

nuestros –como se dejará traslucir más adelante, al pertenecer a una misma cultura jurídica–, sino en tanto que integrador de un sistema normativo que ya ha tenido que proceder a la adaptación de su orden interno, con la armonía de los principios constitucionales y con asunción de los valores inspiradores del Derecho comunitario¹².

II. APROXIMACIÓN A LA CIVILÍSTICA ITALIANA

En el orden jurídico italiano, al igual que en el español, también se contiene una prohibición general de carácter legal para el pacto comisorio: artículo 2744 del *Codice civile*, respecto a las tradicionales garantías prendarias e hipotecarias¹³. No obstante, como

¹² El estudio de las disciplinas sectoriales relativas ámbito del consumo han sido objeto de numerosos estudios doctrinales en los que se pone de manifiesto la necesaria armonización de los principios internos de cada Estado con aquellos otros que derivan de las disposiciones comunitarias. Los mandatos que éstas contienen expresan, en última instancia, el grado de protección que los consumidores merecen en la unificación normativa, que pudiendo ser de mínimos o plena, también pueden atribuir al legislador nacional la posibilidad de ampliar el amparo a otros sectores diferentes (cuestión controvertida esta última a la que parece haber renunciado el sistema italiano y por la que, sin embargo, parece haber optado nuestro legislador nacional en el Proyecto de Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios). Se trata en última instancia de establecer unas reglas especiales y derogatorias del derecho común de obligaciones y contratos que compondrían un sistema propio dentro del sistema civilístico general. Como expresa en este sentido DE CRISTOFARO, G., «Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori», en *Tratt. Contratto, vol. V, Mercati Regolati*, dir. Roppo/Benedetti, Milano, 2014, cuyas referencias pueden utilizarse con carácter general en este estudio, constituyen un verdadero microsistema autónomo que parte de la presunción de debilidad del consumidor que en términos objetivos se trataría de la persona (física) que contrata con unos fines ajenos a cualquier actividad profesional o empresarial, y donde las disciplinas sectoriales que regulan algunos ámbitos de actuación – como es el caso de la materia que ahora nos ocupa de los créditos en el sector inmobiliario – se caracterizan por poseer una naturaleza mixta (público-privada, que sanciona administrativamente la actividad profesional impropia a la vez que permite reglamentar la relaciones jurídicas entabladas con pactos entre los particulares) y por ser incompletas en su reglamentación. Precisamente, éste último carácter, es el que genera la necesidad de coordinación de la especial normativa de la que se trate, con la disciplina general contenida en el Código civil y en otros textos legales (*passim*, especialmente pp. 10 y 14). Las normas del CC serían subsidiarias respecto a las contenidas en la legislación de consumo, con una función integradora y supletoria, solo cuando se hayan dejado de regular completamente ciertos aspectos, pero no cuando la normativa sectorial sea tendencialmente completa, aunque aquélla no resulte incompatible (p. 17).

Para GENTILI, A., «Contratti del consumatore e diritto commune dei contratti», *Riv. dir. civ.*, 2016, la incompatibilidad originaria de los principios del Código civil con aquellos otros de la legislación sectorial del consumo, tanto a nivel de contenido como a nivel de método de actuación legislativa, no permitía hablar de sistema general y especial. A pesar de ello, la posterior evolución hacia políticas legislativas de orden social en la aplicación de la normativa nacional, y el desarrollo de políticas comunitarias más propensas a considerar la intervención de algunos aspectos de los derechos fundamentales en la regulación del mercado, han propiciado acercamientos muy alentadores, en los que la doctrina habrá de empeñarse en los próximos tiempos (*passim*, especialmente pp. 1493 ss.; *vid. nota 65*).

¹³ Para una primera visión general y evolutiva del tema son referentes doctrinales CHIRONI, G. P., «Ipoteca e patto commissorio», en *Riv. dir. comm.*, 1917, II, pp. 706 ss.; ALBERTARIO, E., «Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario», in

veremos más adelante, desde su incorporación inicial en el texto codificado la propia dinámica del mercado de crédito ha tenido una tendencia casi innata hacia la utilización de ciertos mecanismos que trataron de eludirla, fundamentalmente, como una consecuencia práctica de los efectos perjudiciales que para el acreedor tiene la inmovilización patrimonial en los procesos de ejecución ordinaria sin resultado satisfactorio o que se dilataban en el tiempo.

Con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, se han ido barajado a lo largo del tiempo diferentes esquemas negociales cuyo principal objetivo, en última instancia, era lograr la ejecución de las deudas de un modo más rápido y eficaz que el articulado judicialmente por la ley. Sin embargo, con alguna frecuencia, tales mecanismos no obtuvieron el auge y desarrollo que se hubiera deseado: sea por la sombra de la duda que a menudo pesaba sobre el vínculo negocial por una hipotética declaración judicial de nulidad, o fuera por la dificultad de encajar un pacto como ese en la naturaleza jurídica del tipo contractual elegido, lo cierto era que la falta de un apoyo legal explícito impidió en muchas ocasiones validar fórmulas de garantía crediticia que se aproximaran a lo que pudiera parecer una estipulación comisorio¹⁴.

Respecto a los bienes muebles, la ausencia de desplazamiento posesorio que conformaría la estructura de ciertos mecanismos garantísticos tendentes a evitar la aplicación de la prohibición del pacto comisorio para la prenda, haría difícil asegurar la ejecución en caso de incumplimiento, pues al estar basados en meros acuerdos personales, carecerían de la suficiente eficacia vinculante frente a terceros. De este modo, los pactos de promesa de venta o contratos preliminares de venta, o incluso la simple opción de compra,

Riv. dir. comm., 1924, II, pp. 236 ss.; STOLFI, G., «Patto commissorio ed ipoteca», en *Foro it.*, 1926, I, col. 282 ss.; BREGLIA, O., *Patto commissorio*, Milano, 1936; LOIACONO, V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952; BIANCA, C. M., *Il divieto del patto commissorio*, Publ. Università di Catania, Milano, 1957; VARRONE, C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968; CARNEVALI, U., «Patto commissorio», en *Enc. dir.*, t. XXXII, Milano, 1982, pp. 492 ss.

¹⁴ En general, sobre las dificultades de un estudio que englobe todos los aspectos problemáticos de las garantías reales, y sobre todo su relación con los preceptos dogmáticos que limitan fuertemente la operatividad de la autonomía privada y la utilización de instrumentos más flexibles y adaptados en cada momento a las vicisitudes de la economía, puede consultarse las reflexiones de BARBIERA, L., «Autonomía privada e garanzie reali: un rapporto difficile, sclerotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati», en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforma legislative*, Padova, 1991, pp. 843 ss.; y GABRIELLI, E., *Garanzia e garanzie reali*, Torino, 2006, pp. 29 ss. Y en particular, sobre las inevitables consecuencias en el mercado de crédito y las graves consecuencias que ello puede tener en un contexto de economía globalizada, CIPRIANI, N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 148 ss.; y BRODI, E., «Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca», en *Questioni di economia e finanza*, 2016, pp. 5 ss.

no vendrían a instaurar –a pesar de los intentos prácticos– un sistema de garantía eficiente que produjese la inmediata transferencia privada de los bienes sometidos a gravamen. Por otro lado, la creación autónoma de una hipotética garantía real, «atípica», entraría en confrontación con los tradicionales planteamientos que predicaban un esquema legal cerrado para la lista de derechos reales, no pudiéndose, en consecuencia, entender como prenda, que por su naturaleza exige desplazamiento posesorio, o sometimiento a los especiales requerimientos legales fijados, los cuales tampoco admiten el pacto comisorio como configuración negocial propia. Más allá de eso, la analogía haría el resto.

En cierto modo diferente, en cuanto a la seguridad del tráfico, se presentan los bienes inmuebles cuando sirven de garantía al cumplimiento de una obligación, pues la fácil localización de los mismos no precisa del desplazamiento posesorio para su virtualidad ejecutiva. Sin embargo, más allá de la hipoteca, la utilización de ciertos convenios aceptados y legitimados legalmente, a través de los cuales la transmisión o venta del derecho de propiedad se produce como efecto del incumplimiento de una obligación previamente acordada, conduce irremediamente a la aproximación de tales figuras negociales con el pacto comisorio. Así, la venta de inmuebles sometida a condición resolutoria, o aquella otra con pacto convencional de rescate o retroventa, que sujetan el resultado definitivo al posterior comportamiento solutorio del deudor, pueden encerrar un negocio de financiación donde la transmisión de la propiedad juegue con una finalidad de garantía. Ello, unido al hecho de su eficacia legal frente a terceros, con acceso a la inscripción registral, en muy poco lo distanciaría de la hipoteca y con ello del pacto comisorio prohibido.

En su mayor parte, la doctrina y la jurisprudencia italiana se han mostrado, tradicionalmente, bastante reticentes a la hora de admitir los mencionados tipos negociales, pues entendiendo que en ellos se pretendía eludir la prohibición –general y taxativa– de pacto comisorio, constituían, en realidad, verdaderos mecanismos simulatorios o de fraude de ley, por lo que su eficacia jurídica debía quedar invalidada¹⁵.

Del modo indicado, uno de los supuestos paradigmáticos de la conflictividad generada en torno los pactos privados con función

¹⁵ Ver referencias en nota anterior; particularmente BIANCA, C. M., (*op. cit.*, pp. 202 ss. y 310 ss.) había insistido en la necesidad de indagar en la causa del negocio, pues la venta, por su propia naturaleza jurídica, impide que pueda ser calificada con una finalidad de garantía, debiendo, en consecuencia, hablarse para tales supuestos de alienación; y en tal caso, considerarse como negocio simulado cuando encubra una vulneración de la prohibición general de pacto comisorio, detectada, incluso, a través de indicios o presunciones.

de garantía, fue la utilización del contrato de compraventa como típicamente aceptado, en el que se sometía la transferencia del bien, de modo suspensivo o resolutorio, a la condición de que el vendedor-deudor no restituyese la cantidad convenida en el tiempo estipulado, con lo que si finalmente ello sucedía, se materializaba la venta, y si no ocurría, ambos sujetos conservaban sus bienes. El resultado final, sin embargo, era que celebrado un contrato de compraventa este no producía la transmisión de un bien por un precio, por lo que difícilmente podía encajar en su naturaleza jurídica, con lo que se defraudaba claramente la prohibición comisorias, ya que bajo la simulada fórmula de la venta se ocultaba un mutuo con garantía inmobiliaria cuya ejecución imponía en caso de incumplimiento la transferencia de la propiedad de los bienes del deudor¹⁶.

La mencionada situación, se volvería a replantear más tarde como consecuencia del amparo legal atribuido a las ventas con pacto de rescate o derecho de recompra, en las que sí se producía una efectiva transmisión de la cosa a cambio de un precio, si bien tal situación podía revertirse si el vendedor originario procedía al pago de la cantidad previamente estipulada¹⁷. Sin embargo, una estructura negocial como la señalada podía encubrir, en última instancia, una finalidad prohibida por la ley, cual era la de garantizar una operación de financiación a través de la apropiación de los bienes del deudor. Así las cosas, cada vez que la transferencia de la propiedad quedase subordinada al cumplimiento o no por parte del deudor-recomprador de una determinada prestación económica, podrían

Con diferentes fundamentaciones jurídicas en Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385, Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, Cass. 17 aprile, 2014, n. 8957, entre las más relevantes. *Vid.* referencias en notas sucesivas.

¹⁶ *Vid.* PELOSI, A. C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975. En general, la jurisprudencia parecía no tener problemas a la hora de resolver los conflictos cuando podía mediar un criterio puramente cronológico en cuanto al momento de la transferencia del derecho, de tal modo que consideraba aplicable la prohibición comisorias en las hipótesis en la que no se hubiese producido contextualmente a la celebración del contrato, como son los contratos con efectos obligatorios obligacionales o con efectos reales diferidos: Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385, respecto a la «venta» suspensivamente condicionada al incumplimiento del deudor.

¹⁷ El vendedor se reserva el derecho de volver a adquirir la propiedad de la cosa vendida, debiendo emitir la correspondiente declaración y restituyendo el precio, los gastos y cualquier otro pago legítimo, en conformidad a lo preceptuado en los artículos 1501-1503 CC. Siguiendo sus precedentes, el *Código* atribuye al vendedor que ejercita el derecho de rescate, la propiedad de la cosa, incluso en perjuicio de los derechos incompatibles constituidos *medio tempore*, previendo la oponibilidad a los terceros de los efectos de su ejercicio. *Vid.* RUBINO, D., «La compravendita», en *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1971, pp. 1024 ss. y GRECO, P. y COTTINO, G., «Della vendita», en *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, pp. 350 ss. Para estos últimos autores (*op. cit.*, pp. 339-340), la previsión de un pacto de rescate en un momento sucesivo a la estipulación del contrato de venta no comporta su invalidez, pero determina la eventual calificación como *pactum de retrovendendo*, al que no le serían de aplicación aquellas disposiciones codificadas, y con ello la eficacia real de los artículos 1504 y 1505 CC.

existir indicios de que estuviésemos en presencia de un pacto comisorio¹⁸. El argumento se presentaba entonces afirmando, que si bien el contrato de compraventa con pacto de rescate o derecho de recompra es una estipulación válida con carácter general, una finalidad traslativa de la propiedad que no tenga *causa solvendi*, sino de garantía, no encaja en la naturaleza jurídica de dicho tipo contractual, por lo que merecería una simple calificación de «alienación» con función de garantía, que sí estaría prohibida por la ley¹⁹.

De la forma indicada, tuvo que manifestarlo expresamente la jurisprudencia cuando se le plantearon los señalados conflictos, modificando su perspectiva en la necesidad de buscar el fundamento en la causa efectiva de tales negocios. De esta manera, hubo de considerar que la transmisión de la propiedad con fines de garantía era incompatible con la transmisión de la propiedad por compraventa, y en consecuencia que no podía ser entendida como tal aunque se hubiese producido una efectiva transferencia de los bienes²⁰.

¹⁸ La jurisprudencia trató de superar el criterio del medio utilizado o del momento de la transferencia del derecho, para detectar el fraude que en la práctica se podía cometer cuando los resultados perseguidos por los contratantes coincidían con aquellos prohibidos como efecto de un pacto comisorio (Cass. 3 giugno 1983, n. 3800). Así, más recientemente (Cass. 17 aprile, 2014, n. 8957), se argumenta diciendo que si bien la venta con pacto de rescate, no integra directamente un pacto comisorio, puede representar un medio para sustraerse a la aplicación de la prohibición legal cuando el pago del precio por parte del comprador no se configure como corresponsivo debido para la adquisición de la propiedad, sino como configuración de un mutuo, respecto al cual la transferencia del bien responde sólo a la finalidad de constituir una posición de garantía, capaz de desenvolverse de manera diversa según que el deudor cumpla o no la obligación de restituir la suma recibida.

Vid. en tal sentido TUCILLO, R., «Calusola di patto di riscatto», en *Calusole Negoziatili*, Coord. M. Confortini, Milano, 2017, pp. 617-618, para quien, siguiendo los razonamientos de Cass. 9 maio 2013, considera que han de tenerse en cuenta para la decisión algunos indicios, entre los que reviste carácter de principal elemento sintomático la desproporción entre la cuantía de lo debido y el valor del bien dado en garantía.

¹⁹ La finalidad de garantía penetra en la estructura del negocio, por lo que el acto no puede calificarse como venta. En tal sentido –con carácter general y con las citas previas en apoyo de tal posicionamiento– puede verse LUMINOSO, A., «La vendita», en *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, pp. 726 ss.

²⁰ En Cassazione 3 giugno 1983, n. 3800, se afirmaba por primera vez la irrelevancia del momento en el que se producía la transferencia de la propiedad, a los fines de individualizar una violación de la prohibición de pacto comisorio. Sentencia ésta, ampliamente comentada por la doctrina: AZZARITTI, G., en *Giust. civ.*, 1983, pp. 2953; MACARIO, F., en *Foro it.*, 1984, col. 212 ss.; DANUSSO, G. M., en *Giur. it.*, 1984, col. 1648 ss. También, NAPOLEONE, G., «Un improvviso «revirement» della Suprema Corte sulla vendita a scopo di garanzia», en *Vit. not.*, 1983, pp. 966 ss.; AMATO, G., «Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia», en *Giust. civ.*, 1984, pp. 1899 ss.; y PIEPOLI, G., «Quale futuro per la proprietà-garanzia?», en *Corr. giur.*, 1985, pp. 201 ss.

La anterior línea jurisprudencial fue confirmada por Cass. 6 dicembre, 1983, n. 7271, Cass. 6 dicembre 1986, n. 7260, Cass. 16 april 1987, n. 3784 y Cass. 15 gennaio 1988, n. 46. También, contradicha ocasionalmente, por Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385; anotada y comentada con cierto recelo por varios autores: TRIOLA, R., «Gli effetti dell'esercizio del riscatto convenzionale», en *Giust. civ.*, 1987, pp. 545 ss.; y BIANCA, C. M., «Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione», en *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 117 ss., entre otros.

Finalmente la *Sezione Unite della Cassazione* 3 aprile 1989, n. 1611, y 21 aprile 1989, n. 1907, parece haber cerrado definitivamente la cuestión, consolidando la tesis de que

Gozando esta de una marcada provisionalidad o transitoriedad, la finalidad podría no ser *solvendi causa*, y el precio pagado por el comprador no configurarse propiamente como correspectivo debido. La decisión final, entonces, habría de extraerse de los particulares indicios derivados de cada caso en concreto, detectando los supuestos en los que se pretendía concertar un contrato de mutuo o crédito, para prohibir entonces el efecto comisorio indeseado que supone la apropiación por el acreedor de los bienes del deudor que incumple²¹. Desde entonces, se da una relevancia propia al aspecto funcional del negocio materializado, independientemente del tipo contractual utilizado, persiguiéndose los que tengan una finalidad de garantía fraudulenta, aunque para ello se hayan servido de estructuras validas y reconocidas legalmente.

A partir de este momento, se produce también en la doctrina italiana el definitivo abandono de la idea de poder individualizar un pacto comisorio sólo cuando se estuviera en presencia de garantías reales típicas²². De este modo, sería posible hablar de negocios con una finalidad de garantía, donde aquél pacto pueda fluir de modo autónomo con independencia del diferente esquema o estructura elegido; siendo la llamada *alienazione in funzione di garanzia* el

resulta necesario atender al aspecto funcional del negocio, antes que al concreto tipo contractual utilizado; así, entre otros aspectos, la provisionalidad de la transmisión de la propiedad de los bienes sería uno de los elementos reveladores de la causa de garantía y en consecuencia de la divergencia entre la causa típica del negocio elegido y la determinación causal concreta y efectiva, funcional, encaminada a eludir una norma imperativa. Pueden verse al respecto los comentarios a estas decisiones jurisprudenciales realizaos por CANESSA, N., «Vendita con patto di riscatto e patto commissorio», en *Giust. civ.*, 1989, pp. 2423; DI MAURO, N., «Sul divieto del patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia», en *Riv. not.*, 1989, pp. 908 ss.; REALMONTE, F., «Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi» y MARICONDA, V., «Transferimenti commissori e principio di causalità», ambos en *Foro it.*, 1989, col. 1428 ss.; CUBEDDU, M. G., «Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle sezioni unite», en *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. 615 ss.; y VALCAVI, G., «Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario», en *Foro it.*, 1990, col. 205 ss.

²¹ Cuando el precio o la cosa no se configuren como correspectivos no existirá compraventa, siendo para ello sintomático el hecho de que no se corresponda la cantidad que se tenga que pagar por recuperar la propiedad del bien con el valor del mismo; la correspondencia entre la cuantía del precio de la venta y del derecho de crédito; la falta de pago del precio; la existencia de un acuerdo de compensación entre la deuda que deriva de la relación de garantía y la deuda que deriva de la venta; el mantenimiento del goce del bien por el vendedor; la previsión de intereses a favor del adquirente. *Vid.* TUCCILLO, R., *op. cit.*, p. 618 y n. 69. Como señala la Cass. 9 maio 2013, n. 10986, el legislador ha formulado un juicio de desfavor, en base al *id quod plerunque accedit*, presumiendo que cuando existe una desproporción entre la entidad del debito y el valor dado en garantía, el acreedor pretende una ganancia superior al crédito, que supone un elemento sintomático del fraude de la prohibición del pacto comisorio.

²² Destacan inicialmente varios estudios, que son referentes en esta materia y que profundizan en la búsqueda de los elementos definidores de los negocios de garantía que provocan el efecto perseguido por la prohibición comisoria, así, ANELLI, F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; GIGLIOTTI, F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997; o SASSI, A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999.

arquetipo sobre el que debatir²³. Se comienza a profundizar, entonces, en la búsqueda de los verdaderos motivos que justifican la prohibición del pacto comisorio, para observar si ha de producirse siempre y en todo lugar la necesaria extensión del mencionado efecto legal que se preveía, expresamente, sólo para los supuestos de prenda, hipoteca y anticresis²⁴. Tal extensión, predicada casi de modo generalizado por la jurisprudencia²⁵, fue puesta en duda por algunos posicionamientos doctrinales que trataron, si bien no de rebatirla abiertamente, si al menos de excusarla en algunos casos²⁶.

No obstante, apoyados en diferentes motivos y por diversas razones –casi siempre inspiradas en una pura necesidad de adaptación práctica al mercado–, los intentos de una parte de la doctrina por alejarse de la sistemática prohibición comisorio²⁷, fueron paralizados, a menudo, por una jurisprudencia reticente a desviarse de los tradicionales posicionamientos que se habían venido manteniendo. Ésta es, en todo momento, la encargada de verificar cuándo

²³ Como expone CIPRIANI, N. (*Patto commissorio e pacto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 18-20), para quien, de este modo, queda individualizado el llamado patto commissorio autónomo desvinculado de las garantías reales típicas y consistente en un negocio en sí mismo, con el cual se persigue una finalidad de garantía, pero que podría contener en realidad el conjunto de intereses prohibidos por los arts. 1963 y 2744 CC.

²⁴ Tradicionalmente, la doctrina había argumentado que el fundamento de la prohibición comisorio se encontraba en la imposibilidad del propio del sistema jurídico para admitir una figura como la alienación con finalidad de garantía: PUGLIATTI, S., «Precisioni in tema di vendita a scopo di garanzia», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 299 ss.; FERRARI, M., «Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio», en *Giur. it.*, 1951, pp. 799; MARICONDA, V., «Trasferimenti commissori e principio di causalità», en *Foro it.*, 1989, pp. 1436 ss.; MINNITI, G., «Patto marciano e irraggevolezza del disporre in funzione di garanzia», en *Riv. dir. comm.*, 1997, pp. 47 ss. Otros autores consideraban que se superan los límites previstos en cuanto a la forma de autotutela ejecutiva: BETTI, E., «Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni», en *Riv. dir. comm.*, 1931, pp. 699 ss. Y otros, en fin, estiman que se trata de un tema de preservación de las garantías típicas: GIGLIOTTI, F., *Patto commissorio autonomo...* *op. cit.*, Napoli, 1997, pp. 130 ss.

²⁵ Es constante la afirmación por parte de la jurisprudencia de que «la prohibición del pacto comisorio sancionado por el artículo 2744 CC se extiende a cualquier negocio, sea cual sea su contenido, que vaya dirigido a conseguir el resultado prohibido por el ordenamiento» (Cass. 23 ottobre 1999, n. 11924, que venía repitiéndose en otras anteriores, como Cass. 20 luglio 1999, n. 7740 y Cass. 10 febbraio 1997, n. 1233, entre otras).

²⁶ A este respecto, pueden advertirse las diversas posiciones doctrinales que se desarrollan como contraposición a la rigidez jurisprudencial de la inadmisibilidad de un pacto comisorio encubierto, así GIGLIOTTI, F., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999, es partidario de admitir la viabilidad operativa del pacto «autónomo» en garantía, en base a la libertad contractual, considerando al efecto los errores interpretativos de la doctrina tradicional (pp. 258 ss., pp. 275 a 279); BUSSANI, M., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, también parte de la inicial aporía histórica del pacto comisorio, para proponer finalmente una apertura en la interpretación del mismo, que admita la validez de ciertos acuerdos privados (pp. 132 a 151, pp. 254 a 293); y CIPRIANI, N., *Patto commissorio...* *op. cit.*, que hace una excelente reconstrucción del tema, depurando los supuestos del pacto hasta entender conjurados algunos efectos perniciosos a través de distintas fórmulas (pp. 174 ss., pp. 229 ss.).

²⁷ *Vid.* nota precedente.

y de qué manera las variadas estructuras que se van presentando en el tráfico económico entran o no en el supuesto de hecho prohibido inicialmente por la norma²⁸. Todo ello, trajo como consecuencia una disparidad de opiniones y una no menos relevante dosis de confusión e incertidumbre en la práctica financiera; agudizada, sin duda, por el hecho de tratarse de pactos o estipulaciones accesorias a modelos negociales, cuya declaración de nulidad podría traer aparejada como nefasta consecuencia la inexistencia misma de la garantía.

Frente a aquellos planteamientos que vienen a justificar la imposibilidad congénita del sistema –proclamado puntualmente en la prohibición de pacto comisorio– de admitir desplazamientos patrimoniales sin control jurisdiccional cuando se produzca el incumplimiento de un deber jurídico; se abre paso en la evolución de los sistemas de garantía, la introducción de renovados criterios en los que amparar una interpretación flexible de la mencionada prohibición. Así, se mantiene por una parte de la doctrina, que siendo la verdadera *ratio* de la clausula comisorio el aprovechamiento que el acreedor lleva a cabo sobre el deudor que somete bienes en garantía con un valor económico superior a la suma de la deuda pendiente, tal resultado desaparecería o no tendría lugar en aquellos esquemas negociales que disipan desde el principio la posibilidad de un enriquecimiento²⁹.

Se toma como ejemplo algunos instrumentos financieros que vienen siendo reconocidos como válidos, y sobre todo algunas estructuras donde la mencionada desproporción económica no tiene lugar³⁰. Se recupera, así, la idoneidad y el fundamento del tradicionalmente denominado *pacto marciano*³¹, como una excepcionali-

²⁸ Junto a la venta con pacto de rescate, la jurisprudencia también ha detectado la posible existencia de una vulneración legal en negocios que contengan un mandato de venta (Cass. 1 giugno 1993, n. 6112), en otros en los que se ofrecía una opción de compra al mutuante (Cass. 10 febbraio 1997, n. 1233) y en aquellos en los que se había utilizado una promesa unilateral de venta condicionada al incumplimiento (Cass. 29 agosto 1998, n. 8624).

²⁹ REALI, A., «La fiducia a scopo di garanzia, la vendita con patto di riscatto e il divieto del patto commissorio», en *Trattato dei diritti reali*, dir. Gambaro-Morello, vol. V, Milano, 2014, pp. 577 ss., para quien la vendedera razón actual de la prohibición del pacto comisorio consiste en tratar de evitar que se suscriban acuerdos que no prevean un control, *a priori*, entre el valor del bien dado en garantía y la cuantía del crédito.

Para una reconstrucción del tema, donde se ponen de manifiesto las reticencias mostradas por doctrina y jurisprudencia, pueden verse últimamente BOTTA, C., «Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana», comentando Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 911 ss.; y CHIANALE, A., «Qualche pensiero sulla recenti vicende del patto marciano», en *Rev. not.*, 2014, pp. 751 ss.

³⁰ Se dice que la ilicitud de la causa esta excluida en los supuestos donde falta la desproporción entre la entidad del debito y el valor dado en garantía, como en el *pegno irregolare* y en el *riporto finanziario*: Cass. 9 maio 2013.

³¹ Históricamente tratado como un pacto admisible, que fue introducido en el Digesto 20, 1, 16, 9 (*Marc. l. s. ad form. hyp.*), aunque no pasó a las legislaciones codificadas

dad al comisorio, donde el bien dado en garantía –aun cuando se transfiera definitivamente al acreedor³²– debe ser valorarlo en su estimación objetiva llegado el momento en que se produzca el incumplimiento, con la obligación de restituir al deudor el excedente del monto de lo debido³³. Sin embargo, más allá de los puntuales reconocimientos judiciales donde pudiera verse reflejado algunas de sus variantes, el modelo marciano no logra un desarrollo autónomo en el mercado crediticio que lo aleje con la suficiente seguridad de la prohibición general predicada para la apropiación de bienes en ejecución de garantías. La ausencia de una homogeneidad estructural, y sobre todo la carencia de un amparo legal propio, se configuran como contrapesos difíciles de articular frente al mero estímulo favorecedor de las relaciones comerciales basado en el refuerzo del paradigma de la libre voluntad negocial de los particulares.

Apreciada la incomodidad del mercado con las estrictas exigencias codificadas, y vista la posibilidad de hacer desaparecer una buena parte de los efectos perniciosos que se habían predicado de la originaria cláusula comisorio pura, se ha querido ver la presencia de un pacto marciano en el llamado *sale and lease back* o *vendita con leasing di ritorno*³⁴, por el que una empresa recibe dinero para

actuales: *vid.* para el tratamiento del tema en sus diferentes vertientes, ORESTANO, R., «Marciano Elio», en *Noviss. dig. it.*, t. X, Torino, 1964, pp. 254 ss.; FRAGALI, M., «Del mutuo», en *Comm. cod. civ.*, dir. Scialoja/Branca, artículos 1813-1822, Bologna-Roma, 1966, pp. 256 ss.; CARNEVALLI, U., «Patto commissorio», en *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 499 ss.; ROPPO, E., «Il divieto del patto commissorio», en *Tratt. dir. Rescigno*, XIX, t. 1, Torino, 1985, pp. 437 ss.; CIPRIANI, N., *Patto commissorio e patto msrciano... op. cit.*, pp. 22 ss.; LUMINOSO, A., «La vendita con riscatto», en *Cod. civ. Commentario*, dir. Schlesinger, arts. 1500-1509, Milano, 1987, pp. 242 ss.; VALENTINO, D., «La circolazione dei beni in funzione di garanzia», en *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. II, Milano, 2008, pp. 3009 ss.; BALTI, A., «Clausola di patto commissorio», en *Calusole negoziali*, dir. Confortini, Milano, 2017, pp. 575 ss.

ALPA, G., «Il linguaggio omissivo del legislatore», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 423, habla del *patto marciano* como de un pacto comisorio condicionado, el cual resulta válido si se presentan determinados caracteres; considerándolo, el autor, como un derecho real de garantía nuevo, que modifica el principio de la *par conditio*.

³² Esta tesisura de la que hablamos se puso en evidencia claramente por MINNITI, G. F., «Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia», en *Riv. dir. comm.*, 1997, pp. 58 ss., para sostener, también, la nulidad de la cláusula marciiana. Con mayores dudas CARBONE, E., «Debitoris suffocati e patto commissorio», en *Rev. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, pp. 1108 ss.

³³ Las referencias jurisprudenciales en la casuística italiana no son muy frecuentes, pero siempre parecen serlo en el sentido de otorgar validez al pacto marciano. Así, bajo el imperio del anterior Código civil se suele hacer referencia a la decisión App. Messina, 2 diciembre 1878, en *Foro it.*, 1879, I, col. 244 ss., con nota de FULCI, L., «Della validità della vendita dal mutuario al mutuante per il caso di non restituzione del mutuo con patto que il prezzo sia fisato da periti». Con el actual Código pueden consultarse, entre otras, Cass. 21 giugno 1946, n. 732; Cass. 21 dicembre 1950, n. 2807; Cass. 30 marzo 1954, n. 988; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805; Cass. 6 novembre 2007, n. 13621; App. Roma, 16 settembre 2008, en *Giust. civ.*, 2009, I, pp. 1424 ss.; y Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262.

³⁴ Sobre la licitud de la causa del *leasing* puede verse Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273 y Cass. 18 marzo 2015, n. 5454, entre otras, donde se deja constancia, no obstante, de la necesidad de indagar también en los posibles indicios que pudieran conducir al

financiarse a cambio de unos bienes que transmite a la entidad crediticia como garantía, obteniendo la posibilidad de readquirirlos por un precio determinado al finalizar la relación; mientras tanto, la posesión y uso de los bienes son cedidos para su aprovechamiento por la empresa, de tal modo que las cantidades que el mutuario satisface periódicamente, se corresponden tanto con una parte del reembolso de la financiación, como con la retribución del uso³⁵.

A partir de entonces, se refuerza la idea de unas notas comunes que podrían constituir el estatuto propio del pacto marciano, y no sólo meras excepciones puntuales a la prohibición de pacto comisorio. Así, el pacto marciano excluye la ilicitud de la causa del negocio siempre que se inserte verdaderamente en un esquema negocial que suponga excluir de raíz el abuso, en el sentido de contener un procedimiento donde se atienda a las concretas características y circunstancias del caso, y se asegure la presencia de una valoración imparcial del bien tomado en garantía, ligada a parámetros objetivos y/o vinculados a persona independiente y experta, que pueda servir para liquidar la deuda pendiente en caso de incumplimiento, con la oportuna devolución del excedente, si lo hubiera³⁶.

intento de eludir la prohibición comisorio, como ocurre cuando una empresa en crisis busca financiación para seguir con su actividad –para pagar deudas atrasadas o para endeudarse en mayor medida– ocultando que el precio que se otorga a los bienes es inferior al real o de mercado.

No obstante, hasta llegar a este punto, las decisiones judiciales sobre este particular esquema negocial del *leasing*, se habían alternado entre las que propugnaban su nulidad (v. gr. App. Milano 13 giugno 1985 y 3 marzo 1988) y las que afirmaban su validez (v. gr. App. Milano 19 giugno 1986, App. Pavia 1 aprile 1988 y App. Monza 24 maggio 1988).

³⁵ Vid. en este punto, el renovado intento de la doctrina por recuperar los fundamentos del pacto marciano en MARROCCO, E., «Note sul patto marciano», en *Nuovo dir.*, 1989, pp. 977 ss.; GITTI, G., «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, *sale and lease back*», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, pp. 457 ss.

Al igual que ocurriera con el pacto comisorio, también se ha buscado el aspecto funcional de los convenios que esconden en última instancia un pacto marciano, esto es el mecanismo de reequilibrio económico que el mismo contiene. En este sentido se encaminan los estudios de ANELLI, F., *L'alienazione... op. cit.*, pp. 445 ss., para quien el pacto comisorio no debe conducir a nulidad del negocio, sino a la búsqueda de un equilibrio que lo reconduzca al esquema del pacto marciano; y otros, como BUSSANI, M., «Patto commissorio, proprietà e mercato», en *Riv. crit. Dir. priv.*, 1997, pp. 113 ss.; o FIORENTINI, F., «Garanzie reali atipiche», en *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 275 ss.

Últimamente, también, son relevantes los intentos de incorporar nuevos fundamentos en los que amparar, cuando no estimular, la idoneidad del pacto marciano en el sistema económico actual: LUMINOSO, A., «*Lease back*, mercato e divieto del patto commissorio», en *Giur. comm.*, 2000, pp.489-492; SPADARO, M., «*Sale and lease back*, patto marciano e fallimento del venditore utilizzatore», en *Fall.*, 2015, pp. 798 ss.; NATALE, M., «*Lease back* e strutture utili di patto marciano», en *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 1597 ss.

³⁶ Esta idea de configurar un estatuto del pacto marciano para el derecho común se ha visto expresada en la meritoria sentencia de Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, en *Giur. it.*, 2015, pp. 2341 ss., con nota de VITI, V., «*Lease back*, patto commissorio e clausola marciana»; y SPADARO, M., citado en nota anterior. En ella, se recoge no solo la doctrina jurisprudencial anterior –en el sentido de optar por una concepción negocial de la causa efectiva, que se acomodara mejor a las exigencias prácticas, frente a aquella otra formal–, sino que se introduce como factor fundamental delimitador de la categoría, el recurso al respeto

Esta evolución crítica a la que se ha hecho referencia, forma parte, con carácter general, de la constante transformación que está experimentando el actual sistema económico, específicamente orientado, entre otras cuestiones, hacia la búsqueda de nuevos recursos financieros por parte de las empresas, y con ello, hacia el establecimiento de nuevas estructuras y sistemas de garantías del crédito, una vez comprobada la rigidez normativa de los instrumentos tradicionales, particularmente de los derechos reales denominados de garantía inmobiliaria³⁷. En esa línea, nuevos pasos se han dado recientemente en el orden jurídico europeo, que han supuesto la introducción en el sistema legislativo italiano de algunas estructuras formales que responden abiertamente a la admisibilidad del modelo que hemos llamado de pacto marciano, y que pasamos brevemente a analizar.

III. LA RECIENTE TIPIFICACIÓN LEGAL DEL PACTO MARCIANO EN ITALIA

La Directiva 2014/17/UE, relativa a los contratos de crédito a los consumidores concerniente a bienes inmuebles residenciales³⁸

de los deberes generales que impone favorecer las relaciones económicas y asegurar la libre formación de la voluntad contractual.

Para CIPRIANI, N., «Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata», en *Giur. it.*, 2017, p. 1731, la línea jurisprudencial seguida y culminada en la citada sentencia, realiza una reconstrucción del pacto marciano estatuyendo un principio general, a través de la vía interpretativa; otra cuestión distinta será cuánto pueda aguantar el mismo en los diversos procesos de aplicación analógica que se tengan que llevar a cabo, para recoger las peculiaridades de cada caso en concreto que vayan surgiendo. Lo propio hubiese sido que el legislador interviniese mediante una norma general que sancionara la licitud de las negociaciones que contengan el pacto marciano, así BRIANDA, G., «Le prospettive del divieto del patto commissorio tra norma comunitaria, *lex mercatoria* e tradizione», en *Contratto e impresa*, 2016, pp. 797 ss.; y D'AMICO, G., «La resistibile access...», *op. cit.*, p. 29.

³⁷ Entre los estudios más significativos que han prestado una especial atención a la mencionada evolución económica en este ámbito, pueden verse los de TUCCI, G., *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974, pp. 200 ss.; BARBIERA, L., «Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile, sclerotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati», en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, pp. 843 ss.; GABRIELLI, E., «Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 643 ss.; BUSSANI, M., «Il modello italiano delle garanzie reali», en *Contratto e impresa*, 1997, pp. 163 ss.; MAGNANO, M., «L'autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di un superamento del principio di tipicità», en *Nuova giur. civ.*, 2002, pp. 576; GABRIELLI, E., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedura concorsuali*, en *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, pp. 717 ss.; CIPRIANI, N., «La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano», en *Riv. dir. impresa*, 2010, pp. 131 ss.; y CHIANALE, A., *L'ipoteca*, Torino, ahora en su 3.ª edición de 2017.

³⁸ Sobre los comentarios doctrinales italianos a la Directiva, en general, son interesantes los estudios de DE GIOIA CARABELLESE, P. y CHESSA, C., «La Directiva 2014/17/UE

—a la que ya hemos hecho referencia al comienzo de este estudio— ha sido objeto de trasposición al ordenamiento jurídico italiano a través, entre otros, del D. Lgs. de 21 de abril de 2016, n. 72, el cual ha introducido en el *Testo Unico Bancario* (TUB)³⁹ la posibilidad de que consumidor y entidad bancaria puedan pactar expresamente una cláusula por la que en caso de incumplimiento del primero, se produzca la extinción total de la deuda mediante la adquisición por la segunda, del inmueble gravado con garantía (o en su caso el dinero obtenido con su venta); teniendo derecho el consumidor a recibir lo que exceda de la deuda pendiente en el caso de que el valor del bien transferido fuera superior⁴⁰.

En lo que ahora nos interesa, con la citada normativa el legislador parece tratar una especial tipología del pacto marciano, que partiendo de la confirmación de la prohibición del pacto comisario, lo refiere a un particular contrato de financiación —delimitado subjetiva y objetivamente⁴¹— atribuyéndole consecuencias y efectos especiales, en cuanto a la operatividad del incumplimiento⁴², a la manera de obtener la atribución patrimonial⁴³ y al modo de liqui-

in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali», en *Responsabilità civile e Previdenza*, 2016, pp. 1422 ss.; PELLECCIA, E., «La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali», en *Banca, Borsa & Titoli di Credito*, 2016, pp. 206 ss.; y RUMI, T., «Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali», en *I Contratti*, 2015, pp. 70 ss.

³⁹ Sobre las implicaciones y las relaciones entre los textos legales que establecen sectorialmente una reglamentación en materia de consumo y sus relaciones con el Código civil y otras normas generales pueden verse las observaciones de DE CRISTOFARO, G., «Le discipline settoriali...», *op. cit.*, pp. 17 ss.

⁴⁰ Art. 120-*quinquiesdecies*, apartado 3: *Fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c. le parti possono convenire, con clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore, la restituzione o il trasferimento dell'immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile o l'ammontare dei proventi d'ita inferiore al debito residuo. Si il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'entità dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza.*

Más que de «restitución» habría que hablar de «adquisición» por parte de la banca, pues parece que se trata de una traducción al italiano un tanto impropia de la Directiva.

⁴¹ Se introduce con la reforma, un Capítulo I bis, titulado «Crédito inmobiliario a los consumidores», en el Título IV del *T. U. B.*; que viene descrito como una financiación bancaria a un consumidor garantizado con hipoteca sobre el derecho de propiedad o sobre otro derecho real que tenga por objeto bienes inmuebles residenciales o financiado para la adquisición o la conservación de la propiedad sobre un terreno o sobre un inmueble edificado o proyectado (art. 120 *quinquies*).

⁴² El recurso a esta vía está limitado legalmente a la hipótesis de falta de pago de una cantidad equivalente a 18 cuotas mensuales (apartado 4, del mismo artículo).

⁴³ Que puede hacerse no solo a través de la transferencia del bien gravado, sino también ejercitando el *ius vendendi* puesto a su disposición. En cuanto a la estimación del valor del bien, se establece que la misma se obtiene, en momento posterior al incumplimiento, por un perito independiente —escogido por las partes de común acuerdo o en su defecto nombrado por el Presidente del Tribunal— [apartado 4, letra d), del mismo artículo hasta ahora citado].

dar la diferencia valorativa⁴⁴. Queda constancia, sin embargo, de la idea forjada con el paso del tiempo, de admitir la posibilidad de que sean los propios sujetos los que elaboren un sistema autónomo de reglamentación privada para la ejecución de garantías —en este caso inmobiliarias—, imponiendo el recurso a una valoración objetiva de los bienes que evite un posible aprovechamiento a costa del deudor: conformándose, así, hipotéticamente si se quiere, la sustantividad propia del pacto marciano.

No es la primera vez, ni será la última, que el legislador italiano ha tratado de solventar las dudas que doctrina y jurisprudencia se habían planteado entorno a la posibilidad de que la prohibición del pacto comisorio pudiera ser modulada o formulada de forma diversa a través de ciertas previsiones de lo que se había venido a entender como pacto marciano⁴⁵. Así, también la Ley de 2 de abril de 2015, n. 44, en materia de préstamo vitalicio hipotecario⁴⁶, concede a la entidad financiera la posibilidad de vender el inmueble dado en garantía para cobrar la deuda pendiente. Básicamente el ámbito de aplicación de la ley se enmarca en la posibilidad de financiación concedida a consumidores mayores de 60 años, utilizando para ello como garantía la constitución de hipoteca sobre un bien inmueble de uso residencial. Con una capitalización anual de intereses y gastos, llegado el momento de fallecimiento —con carácter general, aunque también podría darse para el caso de merma significativa del valor el inmueble gravado— queda marcado el término de cumplimiento del deber de restitución de las cantidades prestadas por parte de los herederos, que en caso de no llevarse a cabo en los doce meses siguientes, habilitaría a la entidad financiera para proceder a la venta del inmueble por el precio medio en el

⁴⁴ Donde se observa, según la dicción del artículo, que si el valor del inmueble es superior a lo debido, el consumidor tiene derecho al exceso, pero en caso contrario se produce la extinción completa de la deuda derivada del contrato de crédito que pesa sobre el consumidor.

⁴⁵ Para las concretas referencias doctrinales y jurisprudenciales que trazan la evolución de la figura pueden verse las notas 29 y siguientes.

Sobre la actualidad legislativa de las ejecuciones privadas se han publicado algunos estudios generales en los últimos tiempos: «Nuovi modelli di garanzie patrimoniali», a cura di E. Gabrielli y S. Pagliantini, en *Giurisprudenza italiana. Dottrina e attualità giuridiche*, 2017, pp. 1715 ss.; y *I nuovi marcioniani*, que contiene cuatro estudios de otros tantos autores, publicado por G. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

En general, también, IACCARINO, G., «Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo», en *Immobili & Proprietà*, 2017, pp. 101 ss.; y antes, D'AMICO, G., «La resistibile ascesa del patto marciano», en *Europa e Diritto privato*, 2017, pp. 1 ss.

⁴⁶ Negocio que ya operaba desde hacía tiempo en el orden jurídico-económico anglosajón con el nombre de *reverse mortgage* y que fue regulado por primera vez en Italia a través del *Decreto Legge 30 settembre 2005, n. 203*. Puede verse los comentarios de GIGLIOTTI, F., «Il prestito vitalizio ipotecario: un *reverse mortgage* all'italiana?», en *Corr. Mer.*, 2011, pp. 678 ss.

mercado –fijado por perito independiente–, devolviendo lo que exceda de la cuantía de la deuda pendiente.

La estructura del mencionado tipo negocial permite observar algunas peculiaridades significativas respecto a la manera de desenvolverse el hipotético pacto marciano que pudiera tener lugar. En primer lugar, que no se trata de un acuerdo o pacto privado el que habilita al acreedor a intervenir sobre el patrimonio del deudor, sino que es la propia norma la que le faculta para ello, una vez producido el supuesto de hecho básico del incumplimiento (cualificado). En segundo lugar, que no se produce una transmisión directa del derecho de propiedad a manos de la entidad financiera, sino que ésta obtiene un derecho de venta para poder adquirir con posterioridad una suma con la que satisfacer las cantidades que les son debidas⁴⁷.

Ello, no obstante, parece quedar a salvo en la compleja relación contractual, un núcleo que se repite también en los esquemas del pacto marciano, cual es el establecimiento de un proceso privado de actuación que excluye el recurso al procedimiento ejecutivo judicial, la conformación del valor del bien gravado a través de un perito especializado en su cálculo de mercado y la obligación de tener que restituir al deudor lo que de ello exceda respecto del montante de la suma efectivamente debida. Junto a ello, otras cuestiones precisarían de un análisis más detenido –que en estos momentos no podemos afrontar, pero que sin duda han despertado las inquietudes de la doctrina–, entre las cuales destacaría la función llamada a desempeñar por la hipoteca que ha sido constituida en este tipo negocial o la imposibilidad de que pueda tener lugar un saldo negativo final, esto es, de que los herederos solo tienen que soportar como pago de la deuda pendiente una cantidad que como máximo asciende al valor del bien que se dio en garantía⁴⁸.

Con una legislación aún más reciente, el llamado «Decreto salva-banche» –D. Ley de 3 de mayo de 2016, n. 59, convalidado por la Ley de 30 de junio de 2016, n. 119– ha introducido en el *TUB* el

⁴⁷ La propia normativa admite la posibilidad de que los herederos vendan el inmueble o al menos, también, que puedan participar en ese proceso (art. 1.12), pero ello no tergiversa el procedimiento a los efectos que estamos tratando aquí, pues el mismo sigue siendo de índole privado al otorgar a la entidad financiera, en última instancia, la posibilidad de actuar sin necesidad de recurrir a las instancias judiciales.

⁴⁸ Entre los varios estudios que han indagado al detalle esta figura merece la pena destacar las observaciones de CHERTI, S., «Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario», en *Corr. Giur.*, 2015, pp. 1099 ss., y RUMI, T., «La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario», en *I Contratti*, 2015, pp. 938 ss., que ponen el acento en el limitado ámbito de aplicación de la norma desde el punto de vista subjetivo y desde la perspectiva de la flexibilidad en el cumplimiento final de la restitución de las cantidades prestadas. Para una visión más crítica de las alternativas facilitadas para éste tipo de financiación, puede verse CHIANALE, A., «L'inutilità dell'ipoteca nel «prestito vecchetti», en *Not.*, 2016, pp. 358 ss., para quien la ejecución hipotecaria queda sin sentido cuando son los particulares los que llevan a cabo la venta del bien inmueble.

art. 48 bis, que disciplina la financiación a las empresas mediante la constitución de garantías que suponen la transferencia de bienes inmuebles suspensivamente condicionada al incumplimiento del deber de restitución de las cantidades acordadas (art. 2). Así, se habilita a los sujetos para incorporar en sus contratos cláusulas que permitan a la entidad financiera, en caso de incumplimiento de la prestataria, a adquirir con carácter definitivo en su patrimonio el dominio sobre un bien inmueble –derecho de propiedad u otro derecho real, propio o ajeno–. Ahora bien, en tal supuesto, se estatuye que la parte acreedora deberá devolver al empresario o titular del derecho real de que se trate, la diferencia entre el valor estimado del bien y la cantidad realmente debida –que se habrá calculado por perito especialista según el precio de mercado–⁴⁹.

En este tipo negocial, el reconocimiento legal a la figura tratada parece corresponderse exactamente con el tradicional esquema del pacto marciano. Se produce una transmisión de los bienes, que habían sido dados en garantía, para liquidar la deuda pendiente tras el incumplimiento de la restitución de un préstamo, salvándose el posible enriquecimiento del acreedor mediante la valoración equitativa del bien y la devolución del exceso⁵⁰. No obstante, queda abierto con este planteamiento legislativo, la duda sobre la posibilidad o no de admitir un proceso ejecutivo ordinario cuando el valor de los bienes transferidos no cubra la deuda pendiente; de igual manera, también sería posible cuestionarse la incidencia o virtualidad de un pacto que admitiese no solo la transferencia de los bienes sino también su hipotética venta a terceros; y finalmente, algunos aspectos de no menor importancia, podrían requerir una explicación, sobre todo en lo concerniente a la interpretación que deba darse a los supuestos tipos de incumplimiento que acarrearán la eficacia de aquel pacto o en lo relativo a las consecuencias que las transmisiones provocan en los derechos de que pudieran ostentar terceras personas⁵¹.

⁴⁹ Existe, es cierto, la posibilidad de que el deudor no esté de acuerdo, abriéndose entonces un incidente para el que el tribunal decida, pero solo respecto al *quantum* sobre el que finalmente deba ser calculado el reembolso.

⁵⁰ Vid. LACONTE, S., *Le nuove garanzie sui finanziamenti all'impresa*, S. Romagna, 2016, pp. 243 ss.; PAGLIANTINI, S., «L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (rasonata) del art. 48 bis TUB», en *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 933 ss. Y para una visión más crítica SCOTTI, A., «Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?», en *Corr. giur.*, 2016, pp. 1477-1479; y BRODI, E., «Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48 bis TUB per la gestione delle sofferenze bancarie», en *Crisi d'Impresa e fallimento*, 2017, pp. 1 ss., disponible en <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/932.pdf>

⁵¹ Ver referencias en SCOTTI, A., «Il trasferimento...», *op. cit.*, pp. 1478 ss.

En lo que hace referencia a las particulares relaciones entre los sujetos implicados en este tipo estructuras negociales, sobre todo con respecto a terceros adquirentes del inmueble –antes de que se produzca un incumplimiento contractual– o respecto a acreedores

A partir del reconocimiento legislativo de las diferentes fórmulas «marcianas» en los diversos ámbitos de aplicación a los que se ha hecho referencia, se ha venido a conceder carta de naturaleza a la validez y licitud jurídica de aquellos acuerdos privados que permiten transmitir al acreedor los bienes gravados en caso de incumplimiento, sobre los que, hasta entonces, pesaba un cierto grado de inseguridad. Es cierto que los supuestos fácticos previstos por la norma poseen cada uno de ellos sus propias peculiaridades, pero no deja de ser menos verdad que la formulación legal ha venido a dejar constancia, muy a las claras, de la viabilidad de poder actuar de una manera directa sobre el patrimonio del deudor sin necesidad de recurrir a una intervención ejecutiva pública⁵². Por otro lado, el legislador ha marcado una estructura común, que parece repetirse en cualquiera de las fórmulas de financiación utilizadas, lo cual permite plantearse la posibilidad de tomarla como modelo para hacer extensible su eficacia jurídica a toda contratación de crédito; así, cada vez que la atribución patrimonial recibida por el acreedor quede objetivamente cuantificada, procediéndose a la devolución del excedente respecto a la cuantía debida, se podría admitir la validez y operatividad de pactos privados en tal sentido⁵³.

privilegiados o con garantías preferentes, se advierten algunas controversias por CROCI, D., «Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato», en *Studium Iuris*, 2016, pp. 1451 ss. *Vid.* también MARI, D., «Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis TUB», en *Rivista del Notariato*, 2016, pp. 1111 ss.; AMBROSINI, S., «La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano», en *Crisi d'Impresa e fallimento*, 2016, pp. 2 ss., disponible en http://www.ilcaso.it/articoli/crisi.php?id_cont=900.php; y BALTI, A., «Clausola...», *op. cit.*, pp. 395 ss.

⁵² Así, pues, se trataría, no tanto de aceptar la admisibilidad de una cláusula privada en el contrato, sino de permitir una actuación privada en el patrimonio del deudor, bien sea ésta una consecuencia de haberse estipulado expresamente en el contrato, o bien se trate de una previsión legal que conceda al acreedor tal facultad.

Cuestión diferente, y más complicada de resolver positivamente, sería reconocer la posibilidad de que a falta de cláusula contractual o de expresa facultad reconocida legalmente, el acreedor pudiera optar con carácter general entre un procedimiento judicial o uno de ejecución privada; pues, hasta ahora, nada parece indicar que se haya derogado el principio de renuncia anticipada del derecho del deudor a decidir sobre su patrimonio o se haya articulado otra composición de intereses diversa; si bien es cierto, que tampoco el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las diferentes normativas que han tratado el tema, permiten vislumbrar alguna explicación razonable acerca de la especialidad que presentan dichos contratos de financiación.

⁵³ Para una parte de la doctrina actual se han venido a formalizar, ahora, soluciones que ya debían considerarse implícitamente presentes en el sistema (CIPRIANI, N., «Il patto marciano...», *op. cit.*, p. 1730; LUMINOSO, A., «Patto commissorio...», *op. cit.*, p. 28); o que han despejado definitivamente el campo de las dudas sobre la licitud de un modelo marciano aplicable a cualquier estructura, más allá de las especies tipificadas (CHIANALE, A., «Qualche pensiero...», *op. cit.*, p. 751; D'AMICO, G., «La resistentibile accessa...», *op. cit.*, p. 9; CAMPOLATTARO, S., «Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità», en *Rivista del Notariato*, 2017, p. 602); o que permiten avanzar hacia un esquema común (PAGLIANTINI, S., «Sull'art 48...», *op. cit.*, p. 81).

IV. LA EJECUCIÓN PRIVADA DE LAS GARANTÍAS INMOBILIARIAS. RECAPITULACIÓN Y DISFUNCIONES

Vista la evolución en la dogmática italiana y de los avances introducidos por jurisprudencia y legislación especial en la materia, la posibilidad de no sucumbir a los efectos invalidantes del pacto comisorio quedaría abierta en la actualidad, al menos si se toma en la literalidad de la prohibición general, que impide al acreedor atribuirse los bienes dados en garantía para el caso de que se produzca el incumplimiento. Estaríamos hablando, entonces, del denominado acuerdo marciano, que ha venido a adquirir dimensiones más o menos estereotipadas capaces de fundar en ellas un régimen propio que excluye el posible enriquecimiento del acreedor, fijando valores objetivos y restituyendo las hipotéticas ganancias que deriven de la atribución. Así, la prohibición comisorio –se la considere como pauta general o se la circunscriba a ejecuciones que provoquen enriquecimientos sin justificación– puede ser excluida aún cuando exista una apropiación de los bienes del deudor por parte del acreedor insatisfecho. Dicho resultado final y definitivo puede darse, no como efecto de un procedimiento judicial de ejecución que así lo determine, sino por medio de una facultad concedida por una disposición normativa legal o convencionalmente acordada en el negocio base. Dicho de otro modo, a partir de ahora la prohibición de un pacto comisorio habrá que entenderse operativa solo en la medida en que los particulares no lleven a cabo las actuaciones necesarias que excluyan objetivamente un hipotético aprovechamiento económico del acreedor al apropiarse o disponer de los bienes del deudor.

Los mencionados esquemas negociales se presentan sobre la base de una inicial localización o determinación de los concretos bienes a los que recurrir en caso de incumplimiento; por eso las típicas estructuras garantísticas, incorporadas a contratos de crédito o financiación, son un adecuado instrumento para vincular el patrimonio del deudor desde el inicio⁵⁴. Así, la eficiencia

⁵⁴ En el estudio de DE CRISTOFARO, G., «Le discipline settoriali...», *op. cit.*, se ponen de manifiesto algunas particularidades, que desde el inicio deben ser tenidas en cuenta, con carácter general, tales como la consideración de la relación contractual, caracterizada como de consumo cuando es un tercero ajeno a la actividad empresarial o profesional el que garantiza o asume la deuda (p. 44, con crítica a la interpretación operada por la Suprema Corte); debiéndose llevar a cabo, en todo caso, una estricta interpretación de los conceptos de consumidor, profesional o representantes (*passim*, especialmente pp. 35 ss. y 50 ss.).

de una cláusula marcialiana en el convenio permitirá al acreedor, llegado el momento, atacar el patrimonio gravado y quedarse con el bien sujeto a garantía –con la preferencia y reipersecutoriedad que de ello se deriva frente a terceros–. No obstante, la posibilidad de introducir aquellos pactos podría también tener lugar, al margen de las garantías reales típicas, en estructuras que provoquen una eficacia real vinculante respecto a posibles actos de disposición posteriores. Mecanismos como las transmisiones condicionadas suspensiva o resolutoriamente, o las que estén sujetas a pactos de retroventa u opciones de compra, podrían valer, en tanto que de algún modo operaran subordinadamente al incumplimiento del deudor, produciendo su eficacia sin necesidad de un posterior acuerdo o acto de voluntad de los sujetos, allí donde estuviera la cosa⁵⁵. Parece que no serían eficaces los pactos marcialianos frente a aquéllas transmisiones patrimoniales en las que no se provoque a la par un efecto *erga omnes*, no tanto porque el acreedor no pueda hacer valer su derecho frente al deudor que incumple, mientras éste tenga la cosa en su poder, sino por cuanto podría tener lugar una protección jurídica a terceros, adquirentes posteriores de buena fe, que desvirtuaría la finalidad pretendida por los mencionados pactos marcialianos de otorgar al acreedor la disposición efectiva sobre tales bienes⁵⁶.

Ahora bien, centrada, como suele hacerse, la estructura negocial que contiene una solución marcialiana en el ámbito de las garantías reales, la misma permitiría al acreedor adquirir el bien gravado sin necesidad de recurrir a los procedimientos judiciales habituales, ordinarios o hipotecarios, de responsabilidad patrimonial⁵⁷. De este modo, se produce una ejecución que pudiéramos

⁵⁵ La inscripción de una tal transmisión –aún cuando todavía no resultase definitiva– en los registros públicos de la propiedad, permitiría la publicidad de la misma y su reipersecutoriedad y privilegio, frente a terceras personas, de modo similar a cuanto ocurre con los bienes inmuebles gravados con el derecho real de garantía de hipoteca.

⁵⁶ Una parte de la doctrina (CIPRINANI, N., «Il patto marcialiano...», *op. cit.*, p. 1730, nota 24) ha entendido que el mecanismo marcialiano puede operar también cuando falte la garantía, pues podría pensarse en el pacto mediante el cual se establece que en caso de incumplimiento, un determinado bien del deudor o de un tercero, se transfiera en pago al acreedor; donde si bien éste no goza de ninguna garantía, puede hacer valer el pacto si no tienen lugar actos de disposición o intervienen terceros cuyos intereses pudieran verse afectados.

No obstante, un planteamiento como el anterior parece un tanto aventurado, en cuanto que se deja a voluntad del deudor la operatividad del pacto, pensado precisamente para controlar de antemano una porción del patrimonio del deudor, con el que responder en caso de incumplimiento.

⁵⁷ Para quienes consideran que tanto el pacto comisorio, como el marcialiano, desarrollan una función solutoria y no de garantía, tratan de diferenciar técnicamente una fase fisiológica de la relación jurídica, donde la garantía desenvolvería una función de asegurar al acreedor derecho de persecución y de preferencia sobre el bien, de una fase patológica,

mos denominar privada, donde, también de manera forzosa para el deudor que incumple, el acreedor estaría facultado para cobrarse por sí mismo y de un modo indirecto de las cantidades adeudadas: apropiándose del bien gravado o del precio obtenido con su venta, y teniendo que devolver lo que exceda de la diferencia de valores⁵⁸.

No obstante, con respecto a éste último punto se han detectado algunos inconvenientes derivados del hecho de tener que proteger a otros acreedores del deudor, que pudieran tener ciertos derechos de garantía sobre los mismos bienes, pues más allá de la necesidad de equiparar las garantías reales que pudieran crearse *ex-novo* por derivación de cláusulas marcianas, a las tradicionales y típicas, para facilitar el grado de prioridad que les correspondan a cada una de ellas en su ejecución⁵⁹, los terceros acreedores podrán ver mermadas sus expectativas de cobro si desaparecen los bienes por transferencia a otro sujeto, al no quedar asegurado de ningún modo el aprovechamiento sobre las cantidades restituidas al deudor por el excedente líquido que en su caso corresponda⁶⁰.

Finalmente, la transmisión definitiva de los bienes a manos del acreedor, operada como consecuencia de la activación de los pactos marcianos, lleva aparejada algunas cuestiones previas de contornos difusos en lo relativo la configuración dogmática de

donde el marciano funciona como una alternativa a la ejecución forzosa, cuya función consistiría en producir la transmisión definitiva del bien y el correlativo efecto extintivo de la obligación. En tal sentido *vid.* ANELLI, F., *L'alienazione... op. cit.*, pp. 303 ss. y CIPRIANI, N., *Patto commissorio... op. cit.*, pp. 109 ss.

⁵⁸ Tal modo de proceder se suele valorar de manera positiva por los agentes económicos, que a pesar de los avances legislativos que se han operado en los procedimientos de ejecuciones hipotecarias, ven una mayor ventaja en cuanto a costes y tiempo empleados, que redunda en beneficio general de todo el sistema de circulación de créditos en el mercado. Pueden verse al respecto las aportaciones de la doctrina citada en las notas finales del apartado precedente.

⁵⁹ Ya el art. 48 bis T. U. B. ha venido a equiparar la garantía hipotecaria con la transferencia suspensivamente condicionada que regula. Resulta de interés en este punto las aportaciones de AMBROSINI, S., «La rafforzata tutela dei creditori privilegiati...», *op. cit.*, pp. 5 ss.; y el aspecto comparativo realizado ultimamente por BERNARDI, N., «Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all'art. 48 bis t.u.b.», en *Studium Iuris*, 2017, pp. 559-561.

⁶⁰ Se dice que en el derecho inglés el acreedor que primero ejecuta y cobra, estaría obligado a custodiar las cantidades para hacerlas efectivas a los posteriores acreedores que pretendiesen tener derecho sobre las mismas; sin embargo, en el derecho italiano tal posibilidad no existe, y tal función es suplida por el juez en los procesos de ejecución forzosa. Se habla entonces de un riesgo de «volatilidad» de la suma a distribuir: *vid.* PAGLIANTINI, S., «Sull' art. 48 bis...», *op. cit.* p. 74; CAMPOLLATARO, S., «Fenomenología del patto marciano...», *op. cit.*, p. 603.

Si no se tratara de acreedores preferentes o privilegiados, se podrían utilizar por los otros acreedores del deudor las acciones pertinentes para la protección de sus créditos, entre ellas la acción revocatoria para tratar de recuperar los bienes que han salido del patrimonio de una manera fraudulenta a través del ejercicio de la cláusula marciana.

la propiedad o de la titularidad de los bienes expuestos. Así, se podría decir que los poderes o facultades atribuidos al acreedor tras la celebración del contrato se suelen articular, con frecuencia, como una titularidad temporánea o precaria, vinculante para el deudor antes, incluso, de que se produzca su incumplimiento, adquiriendo firmeza el efecto traslativo como consecuencia del marciano⁶¹. Si se produjese solo un compromiso de transmitir la cosa por parte del deudor llegado el momento del cumplimiento, tal obligación se conformaría como una alternativa, susceptible de ser incumplida igualmente y sin posibilidad de atribuir con eficacia definitiva la transmisión.

No obstante, si la transmisión se produce desde el principio, el hecho posterior del incumplimiento, al que aquella había quedado sometida suspensivamente, provoca el carácter definitivo al efecto transmisivo; pero entonces, el pacto marciano no puede configurarse como una opción ofrecida al acreedor para cobrarse mediante la apropiación de unos bienes, sino como un resultado ineludible por haber introducido el pacto y haber decidido el deudor no pagar lo debido. Si se quiere que el pacto marciano funcione como una opción a la que pueda recurrir el acreedor en caso de incumplimiento, éste no puede articularse como el momento decisivo de la transmisión, sino más bien el ejercicio de la acción por parte del acreedor de querer convertirse en propietario, para cobrarse la deuda y devolver el exceso, por lo que hasta ese momento otro tipo de satisfacción es posible. De otro modo, una cláusula marciana que no funcionara como opción, seguramente no sería entendida como ventaja para garantizar el pago, pues obligaría al acreedor a asumir los excesivos perjuicios de una deuda cuyo montante fuese superior al valor del bien dado en garantía –como viene a exigir la legislación especial a la que se ha hecho referencia–; u operaría como una «dación para pago» previamente aceptada, cuya admisibilidad jurídica, en principio, parece no plantear especiales problemas⁶².

El éxito o no, en cuanto al empleo frecuente que se haga del pacto marciano en los contratos de financiación, dependerá, en cierta medida, de la capacidad de adaptación a otros

⁶¹ *Vid.*, en general, con referencias bibliográficas, MACARIO, F., «Circolazione e sessione dei diritti in funzione di garanzia», en *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 363 ss.; D'AMICO, G., «Alienazione a scopo di garanzia», en *I contratti per l'impresa*, t. I, Bologna, 2012, pp. 585 ss.

⁶² Se ha excluido por la jurisprudencia, en muchas ocasiones, la violación de la prohibición del pacto comisorio respecto a esquemas negociales que atribuyen al deudor una obligación facultativa con la que puede librarse efectuando una *datio in solutum*: *cf.* Cass., 6 noviembre 1996, n. 9675, comentada en *Studium juris*, 1997, p. 313 ss.; Cass., 17 maggio 1990, n. 4283, comentada en *Vita not.*, 1990, pp. 535 ss.

tipos de préstamos y a los esquemas negociales que se vengán a utilizar, pero sobre todo de la confianza que genere en el sistema la utilidad de un pacto para el acreedor que hasta ahora resulta operativo solo en supuestos de clara compensación entre el valor del bien y el montante de la deuda debida, y para el deudor, que siendo solvente, acepte satisfacer su deuda mediante la valoración del bien que realice un tasador imparcial. Parece pues, que es el coste en tiempo y recursos empleados, el que hará decidir optar por esta solución frente al proceso ejecutivo judicial⁶³.

Un planteamiento como el efectuado, en el que se dan pie controversias singulares y posicionamientos divergentes⁶⁴, podrá ayudar al legislador español –en el debate actual sobre la transposición de la Directiva europea en materia de contratos de crédito a consumidores con referencia a bienes inmuebles de uso residencial– a plantearse la mejor opción en relación al tema que nos ocupa. Será para ello pertinente, tener en cuenta la especialidad de nuestro sistema en orden a la transmisión de la propiedad y demás derechos reales, así como la conversión de soluciones que se puedan producir respecto a los esquemas relativos al cumplimiento e incumplimiento contractual. No en vano, la solución que se adopte repercutirá en nuestro sistema financiero, que cada vez más, como cualquier otro de nuestro entorno, no puede renunciar –como parece hacer ahora el Proyecto de Ley– a conformar un mercado globalizado donde la fluidez y la seguridad en la circulación de los créditos marcan la evolución socioeconómica, y donde el concreto desarrollo normativo vienen a otorgar la estabilidad deseada y la consecución

⁶³ Los deudores insolventes, cuyos bienes no resulten suficientes para hacer frente a la deuda –porque ésta haya aumentado considerablemente o porque el valor de aquéllos haya descendido en el mercado–, no tendrán esa preocupación, siempre y cuando la entrega del bien suponga la extinción de la deuda; pero en caso contrario, preferirán hacerse cargo de la venta de su patrimonio para saldar la deuda, si no confían en un sistema de tasación que fluctúe excesivamente o que no se ajuste a la realidad del mercado.

Por otro lado, resulta evidente, que el acreedor tendrá que valorar también el coste que supone adquirir un inmovilizado durante un tiempo, sobre bienes que pondrá en el mercado y hasta que logre venderlos, así como los que derive de la venta final del bien.

A este respecto se puede ver a Rossi, G., «Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?», en *Contratto e impresa*, 2016, pp.1513-1514; BERTOLINI, A., «La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto», en *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 327 ss.; y últimamente DOLMETA, A. A., «La ricerca del «marciano utile»», en *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 811 ss.

⁶⁴ Revisado por PAGLIANTINI, S., «I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE», en *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 181 ss.

y protección de los intereses que se consideren afectados⁶⁵, tal como ha venido a hacer el legislador europeo –marcando unas pautas, que ya resultan irrenunciables para los Estados miembros de la Unión–.

⁶⁵ En la confluencia general de los criterios utilizados por el legislador nacional y por el legislador europeo, GENTILI, A., «Contratti del consumatore...», *op. cit.*, advierte de los problemas que ello acarrea, si bien considera que tendencialmente nos movemos hacia un ordenamiento racionalmente integrador, en el que la teoría general del contrato concurrirá con las especialidades propias del derecho de consumo, alejándose cada vez más de la alteridad o incompatibilidad que hasta ahora han mostrado. Señala, así, las dificultades de compatibilizar sistemas, que si bien utilizando criterios estructurales podrían ser salvadas, responden funcionalmente a objetivos distintos, tanto en cuanto a contenido como en cuanto al método de gobierno o político: los principios del Código civil relativos a la igualdad formal, la autorresponsabilidad y el orden público meramente regulador se contraponen al amparo de la desigualdad, a la transferencia de riesgo empresarial y al orden público proteccionista propio de la normativa del consumo; y frente a un «legislador» que trata de establecer un cuadro normativo básico para estructurar el intercambio entre particulares se encuentra un «regulador» que dirige el intercambio en serie con el objetivo de crear un mercado único, amparar la competitividad empresarial y proteger a una parte de la relación contractual como instrumento de eficiencia del mercado. Un derecho basado en conceptos y otro en políticas. Un sistema de reducción del caso al tipo (ontológico) frente a otro de reconducción del caso a la finalidad (teleológico) (pp. 1488 ss.). Desde entonces la especialidad del derecho europeo de contratos se convierte en particularidad, con principios inspiradores y método radicalmente diverso al derecho nacional de contratos. No obstante, el derecho «viviente» está incidiendo en los últimos tiempos en el derecho general de contratos con el intervencionismo de políticas legislativas, de orden social (valores del ordenamiento constitucional); mientras que el legislador europeo también está avanzando hacia políticas no solo de orden economicista (reconocimiento de valores y principios individuales y sociales en el mercado). Debiéndose así, proponer sinergias funcionales que acepten la concurrencia de ambos sistemas armónicamente (pp. 1493 ss.).