

**DESDE LA TORTOSINA “HIPOTECA A TRAZA DE VENTA” A LA
PREOCUPANTE GARANTÍA DE LA COMPRAVENTA A CARTA DE
GRACIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA**

Comunicación a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.

**Elías Campo Villegas
Académico de número**

SUMARIO:

I.- PRELIMINAR Y JUSTIFICACIÓN.

**II.- LA VENTA EN GARANTÍA COMO MODALIDAD DE *LA FIDUCIA
CUM CREDITORE CONTRACTA*.**

III.- LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD.

**IV.- LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL ACREEDOR ANTE EL
INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR.**

I.- PRELIMINAR Y JUSTIFICACIÓN.

La Ley 3/2017 de 15 de febrero ha colocado en escena la histórica figura contractual catalana de la compraventa a carta de gracia con la particularidad de no situarla en el Libro sexto del Código civil de Cataluña destinado a los contratos, sino en el Libro quinto de los derechos reales como uno más de los derechos de adquisición, lo que nos interroga sobre si el consentimiento de los contratantes va encaminado más a crear este derecho de readquisición que a estructurar una compraventa, cuando parece más lógico que el derecho de readquirir surja como consecuencia de la compraventa y como un resorte de protección del vendedor.

Pero esto no es el objeto de la comunicación a la Academia. Lo es algo muy distinto. Surge de nuestra reflexión de que los únicos contratos de compraventa a carta de gracia que en nuestra vida profesional conocimos, siempre estuvieron teñidos de usura y de simulación. En definitiva, falsos contratos de compraventa. Expresiones éstas que exigen necesariamente las oportunas explicaciones.

Fue en Tortosa, en las décadas de los sesenta, e incluso de los setenta, donde tuvimos la experiencia de conocer en la práctica la figura en los términos descritos. Por conocimiento directo, o de otros Notarios y profesionales, incluso de empleados de notaría, tuvimos noticias de la histórica lacra de la usura cebada en el sector agrario; sobre todo en el Delta, pues el cultivo del arroz, si bien breve en el tiempo (marzo-octubre), exige importantes adelantos dinerarios. El medio financiero que se venía utilizando era lo que se denominaba como “la hipoteca a traza de venta” para referirse a la compraventa a carta de gracia. La situación de confianza que los prestamistas inspiraban en los deudores hacia que éstos esperaran que el plazo pactado se prorrogaría según su situación y necesidades. Por este camino los usureros (algunos conocidos por sus nombres y apellidos) se

hicieron con patrimonios inmobiliarios de tal cuantía que aquellos nombres y apellidos constaban en el Registro de la Propiedad como colindantes de fincas que se repetían como manchas en las hojas registrales.

Tan penosa realidad trató de ser corregida por varios medios. Las Cajas de Ahorro se lanzaron a concertar préstamos al cuatro por ciento de interés y plazos de veinte años, sin amortizaciones periódicas. Ello hizo que los intereses entre particulares se situaran en el seis por ciento. Por los cuatro Notarios de Tortosa se decidió limitar, e incluso denegar la prestación de sus funciones, a partir de ciertos topes. Así no se autorizarían escrituras de préstamos hipotecarios cuyo interés sobrepasara del ocho por ciento. Y en cuanto a las compraventas a carta de gracia se negó su otorgamiento.

Y estos recuerdos de las únicas compraventas a carta de gracia que conocimos surgen al contemplar los perfiles de esta figura en la reciente normativa jurídica del Código Civil de Cataluña, que en definitiva reproduce la histórica regulación de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, de la que se hizo una interesante memoria en la STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2010, a la que se hará referencia posteriormente.

Frente al desamparo del deudor vendedor que ofrecía aquella venta a carta de gracia tortosina, hoy se nos presenta por contraposición la debilidad de la garantía que resulta para el acreedor comprador ante el incumplimiento del deudor vendedor. Preocupación que modernamente puso de relieve ROCA I TRIAS¹ cuando, al tratar de la compraventa a carta de gracia y afirmar su plena validez, aparte de ciertas fisuras que pueden ocurrir, como la referente a la usura, su preocupación se circunscribe al supuesto del incumplimiento del vendedor deudor de no pagar la deuda ejercitando el derecho a redimir en el plazo

¹ "INSTITUCIONS DEL DRET CIVIL DE CATALUNYA". Vol. I 5ª ed. 1998, pp. 154 y s.

estipulado; ante cuya situación surge el principio general de que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas. Se opuso de esta manera a sendas SSTSJCS de 29 de mayo y 31 de octubre de 1991 que entendían que no existía en el ordenamiento general una prohibición del pacto comisario. Aquella autora, para evitar las consecuencias perjudiciales que se producirían por no poder ejercitarse el comiso, pagando la deuda, consideró que se pudiera solicitar la intervención de un funcionario público (Juez o Notario) para obtener la cantidad debida a través de la ejecución de las garantías prestadas. De esta manera ROCA I TRIAS dibuja la debilidad de la garantía que se ha tratado de configurar, pues ante el impago del deudor vendedor, al no poder quedarse con lo comprado, debe ir a un procedimiento judicial. Ante el Juez, pues nada puede conseguir notarialmente. Ante el Juez “a través de la ejecución de las garantías prestadas”. Severa preocupación que compartimos y en buena parte motiva esta comunicación.

Comunicación que se nos permitirá iniciar con la misma preocupación que planteó el Magistrado y miembro de esta Academia, SOTO NIETO ya en 1970² ante el supuesto que la deuda no fuera atendida por el fiduciante deudor y negar la posibilidad sustentada por ciertos autores de que el fiduciario ostentara un “*ius vendendi*”. Entendiendo tal autor que el acreedor insatisfecho ante el prestatario incumplidor, tras una interpelación precisará de una declaración judicial definitiva al respecto.

II.- LA VENTA EN GARANTÍA COMO MODALIDAD DE LA “*FIDUCIA CUM CREDITORE CONTRACTA*”, OBJETO DE ESTA COMUNICACIÓN.

² SOTO NIETO F. en “La titularidad del fiduciario en la fiducia “cum creditore”, R.J.C. 1970-1, pp. 546 y ss.

Bajo la apariencia formal de un negocio de transmisión como es la compraventa se encubre realmente una estructura de garantía; existiendo así una desproporción entre el negocio jurídico concertado (compraventa) y la finalidad buscada y querida de crear una garantía. La causa eficiente del negocio fiduciario no consiste en la enajenación sino en la garantía de la obligación a que la relación obligatoria responde. Esta construcción jurídica ha de producir dificultades tanto en la estructura como en sus efectos, así como muy significativamente en la vulneración de determinados principios legales básicos como los que se refieren al pacto comisorio y a la *par conditio creditorum*.

Durante décadas ha florecido una interesante e inabarcable doctrina científica y jurisprudencial con varias posturas en torno al negocio fiduciario, siempre extensible a la venta en garantía y por supuesto a la compraventa a carta de gracia.

1.- La denominada teoría del doble efecto, admitida por las SSTS de 25 de mayo de 1944 y 28 de enero de 1946, ponentes respectivamente CASTAN Y MANUEL DE LA PLAZA que admitieron la tesis del Letrado recurrente Joaquín GARRIGUES, recogiendo la formulación más radical de VON TUHR y FERRARA, tuvo su predicamento hasta la década de los ochenta. Desacreditada tras la crítica de DE CASTRO por su difícil encaje en el Derecho español, aparte chocar con la voluntad de las partes y los resultados inaceptables e injustos de la consideración del fiduciario como propietario a todos los efectos, incluso frente al fiduciante (vendedor deudor) meramente acreedor obligacional puesto que en el supuesto de embargo por acreedores del fiduciario del bien dado en garantía el fiduciante no podría ejercitar la tercería de dominio por no ser propietario, ni la de mejor derecho por carecer de un crédito privilegiado. Teoría que dio lugar a ser denostada por algunos de sus propios defensores como ALBALADEJO Y JORDANO BAREA.

2.- Frente a la doctrina del doble efecto, y como una superación de la misma para su adaptabilidad al sistema jurídico español, la teoría del negocio unitario comportó unos efectos traslativos limitados a través de la distinción entre una propiedad formal (la del fiduciario) y una propiedad material (la del fiduciante), distinción que fue vista con manifiesta simpatía por un importante sector de la doctrina. El fiduciante conserva la propiedad material y ello justifica el *ius separationis* en la quiebra del fiduciario y la acción reivindicatoria contra el *interpósito* y sus herederos. Con ello también se evita el resultado, intolerable para la justicia, de que el fiduciante quede inerme frente a los terceros adquirentes de la cosa confiada, conedores de la deslealtad del fiduciario. En definitiva, al fiduciario tan solo se le transmitiría una propiedad formal.

Criterio aceptado, entre otros autores que no precisan de ser citados, por HERNÁNDEZ GIL³ o SAPENA⁴. Habiéndose referido a esta doctrina la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones en las décadas de los ochenta y noventa.

3.- Las críticas que a este desdoblamiento de la propiedad se hicieron por considerarlo extraño a nuestro ordenamiento se basaron más en la terminología utilizada que en razón de los resultados de esta construcción. Por lo que no fue difícil sustituir la expresión “propiedad formal” por la de “titularidad fiduciaria” en terminología de De Castro para salvar la objeción⁵. Titularidad fiduciaria que sería la que se transmite, pero matizada por el alcance del *pactum fiduciae* de considerable influjo en aquella dado el sistema causalista imperante en España.

³ “Notas a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944”, en RGLJ, 1943, pp. 695 y ss.

⁴ “Actualidad de la fiducia *com creditore* (problemas de la carta de gracia)” R.D.N: 1957, pp. 125 y ss.

⁵ “El Negocio Jurídico”, p. 423.

4.- Dando un paso más se afirma que en la venta en garantía no se transmite al fiduciario nada; a veces ni siquiera la posesión de la cosa, que conserva el vendedor-deudor. En realidad lo que ocurre es que con aquellos términos se quiere etiquetar la situación del fiduciario tras el negocio jurídico. Se entiende que el negocio fiduciario no es más que un negocio disimulado de garantía. No existe compraventa porque falta el consentimiento de transmitir la propiedad y también se carece de causa por falta de precio.

Teoría seguida por importante doctrina como ALBALADEJO⁶; y el mismo LACRUZ que admite que la inexistencia de transmisión en la venta en garantía se pueda oponer a terceros a los efectos de impedir un retracto⁷; e incluso por la jurisprudencia.

Respecto a estas corrientes críticas no podemos ignorar cierta doctrina, representada entre otras por la STSJC de 13 de mayo de 2010 en la que se invocan además las SSTs de 8 de marzo de 1963, 19 de mayo de 1982 y 6 de julio de 1992, que rechaza en el negocio fiduciario la concepción de estar ante un contrato ficticio, aparente, simulado o disimulado, sino que es existente y querido por las partes contratantes que constituyen en su conjunto un contrato causal, conforme al artículo 1274 en el que la causa *fiduciae* no consta en la propia enajenación, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde.

5.- Últimamente el querido compañero de Academia, el Profesor AGUSTÍN LUNA, nos advierte que en nuestros días existen formulaciones que, sobre ser confirmatorias de las graves deficiencias que aquejan a la llamada “teoría del doble efecto”, son también críticas con la más moderna “teoría de la titularidad

⁶ “El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente” AC, 1993-4 p. 665

⁷ “Elementos de Derecho Civil” II-2ª, 1987, p. 192

fiduciaria”, puesto que el *pactum fiduciae* no tiene aptitud para provocar la traslación del dominio y la obligación asumida por el fiduciante en beneficio del fiduciario carece de un fundamento (causa) que lo justifique⁸.

Ahora bien, como final sobre tal universo de problemas, el mismo AGUSTÍN LUNA⁹ nos ha ofrecido, como criterio orientativo de opción adecuada y plausible, recurrir al pragmático planteamiento de que el régimen de los negocios fiduciarios ha de componerse en cada caso por lo querido por las partes y las reglas generales imperativas de la contratación, así como por aquellas normas específicas del contrato (típico o atípico) elegido como medio de ejecución de la finalidad perseguida. Orientación realista que nos invita a centrarnos más en los efectos de esta figura jurídica que incidir de nuevo en las diferentes construcciones y elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales que han tratado de explicarla. Teorías que sólo nos interesarán para presentar las diferentes consecuencias que se seguirían de aceptar una u otra.

III.- LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD.

Configurada la venta en garantía como un negocio fiduciario el problema de sus efectos en cuanto a la transmisión de la propiedad al fiduciario tendrá una solución u otra según se adapte o no la teoría denominada del doble efecto. Únicamente si se acepta ésta se transmite plenamente el dominio. En modo alguno encontraremos el dominio en la “propiedad formal” que se transmite al fiduciario; ni tampoco en la titularidad fiduciaria ofrecida por DE CASTRO, para

⁸ “LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS VERDADES OFICIALES DEL DERECHO”, Ed. Dykinson, 2015, pp. 370 y s.

⁹ op. cit. p. 372

quién “El fiduciario no adquiere la propiedad (si se prefiere la “propiedad material”) de la cosa confiada; ésta sigue siendo propia del fiduciante, aunque con la carga de haberla dejado en garantía al fiduciario, que queda en apariencia como su dueño¹⁰.

La doctrina en general sigue este criterio, “La causa de garantía nunca puede ser causa suficiente para la transmisión del dominio”¹¹); “Una venta en garantía ... no da lugar a una auténtica transmisión de la propiedad del deudor al acreedor¹². AGUSTÍN LUNA recoge de estas posiciones que “el *pactum fiduciae* carece de aptitud para provocar la transmisión del dominio”¹³.

La no transmisión de la propiedad en estos negocios fiduciarios se ha reiterado constantemente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “el negocio base de fiducia, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor” en STS de 19 de mayo de 1989; “Si la compraventa es de mera garantía no puede pretenderse con ello obtener, ni entre los propios contratantes, ni con terceros, el reconocimiento de un título transmisor del dominio” en STS de 7 de mayo de 1991; “el acreedor adquiere una nueva titularidad formal nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor fiduciante. No se trata por tanto de una transmisión de la propiedad al acreedor con carácter temporal, sino que la propiedad la mantiene siempre el deudor” en STS de 26 de abril de 2001; “el fiduciario lo que ha de pretender es la devolución del préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no

¹⁰ “El Negocio Jurídico”, p. 433.

¹¹ ROJO AJURIA, LUIS, “Las garantías mobiliarias. Fundamentos de Derecho de Garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América”, ADC, 1989, p. 763.

¹² MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús en “COMENTARIO a la STS de 26 de abril de 2001”, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo de 2002, p. 1568.

¹³ Op. cit. pág. 371.

ser ésta la finalidad del negocio concertado” en STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2010.

IV.- LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL ACREEDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR.

Ante los problemas que presenta esta situación, la doctrina no ofrece una construcción unitaria. Los autores realizan afirmaciones o recogen frases de las sentencias del Tribunal Supremo en consonancia con la teoría que previamente han aceptado; distinguen según sea el tipo de fiducia que se haya configurado, o bien atienden a que existan o no estipulaciones previsoras sobre la ejecución de la garantía. Y siempre aletea la prohibición del comiso, la usura o el fraude de Ley.

La satisfacción coactiva del acreedor en la *fiducia cum creditore* puede intentarse básicamente por dos vías, que, a su vez, ofrecerán cada una de ellas una rica gama de matices. En primer término mediante la apropiación de la cosa que fiduciariamente se le había transmitido, lo que nos llevará al análisis del comiso de la misma; o bien cobrar con el producto de su enajenación.

a) El comiso de los bienes ofrecidos en garantía.

La frecuente presencia de este tema ante los Tribunales demuestra su importancia, por cuanto en la mayor parte de los casos la posibilidad de la apropiación ha sido contemplada por el acreedor y hasta constituyó motivo determinante del préstamo.

Hay que distinguir según que en el pacto fiduciario se prevea o no el comiso por falta de pago. Pues, aun no estipulado, se ha pretendido en ocasiones que el fiduciario haga suya la cosa definitivamente como consecuencia de la venta que en su favor se otorgó, en especial cuando el mecanismo de la fiducia se haya llevado por el camino de la compraventa con pacto de retro o de la opción de compra.

La prohibición del pacto comisorio se halla contenida en el art. 1859 C.c. para la hipoteca y para la prenda, interpretado hoy por la doctrina y jurisprudencia como materia de *ius cogens* conforme a nuestra tradición histórica propia y romanista. El Derecho navarro admite expresamente para la fiducia el pacto por el que el acreedor, en caso de mora del deudor, pueda adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho cedido en garantía, con lo que quedará extinguida la obligación garantizada¹⁴. Pero el acto se prohíbe en la prenda (Ley 469).

Para la *fiducia cum creditore* la opinión más segura hoy es la de mantener aplicable la prohibición del comiso; si bien deben advertirse ciertas desviaciones y matices comprensibles dada la complejidad fáctica de aquella forma atípica de garantía. Pero lo cierto es que cuando se trata de defender la posibilidad de que el fiduciario haga suya la cosa dada en garantía, se justificará con resortes que tratan de eliminar el riesgo de iniquidad. Así se llegó a legitimar por PUIG BRUTAU la apropiación del bien por el fiduciario con una doble exigencia: un previo requerimiento de pago al deudor y una posterior entrega a éste de la diferencia entre el crédito y el valor de la cosa¹⁵. Y con análogo resultado se sostuvo por SAPENA¹⁶ que la venta en garantía entraña una especie de dación en

¹⁴ Ley 466 de su Compilación de Derecho civil foral.

¹⁵ PUIG BRUTAU, J., "Notas a la obra de Boehmer *El Derecho a través de la jurisprudencia*", Barcelona 1959, p. 373 y ss.

¹⁶ SAPENA, J., op. cit. pp. 202 y ss.

pago provisional o anticipado, concediendo a los otros acreedores el exceso de valor de la cosa sobre el crédito garantizado. De ambas tesis hemos de decir que, sin salvar la prohibición del comiso, crean un nido de inacabables problemas al intentar salvar el *superfluum* o exceso de valor para los otros acreedores.

En otras modalidades se trata de legitimar el pacto comisorio distanciándolo en el tiempo de la constitución del negocio de garantía o apoyándolo en causa diferente al préstamo y apta para una transmisión dominical:

-En el denominado pacto *ex intervallo* la estipulación comisorio se establece, no al tiempo de la celebración del contrato de garantía sino con posterioridad a éste, y antes del vencimiento de la obligación principal. Los escrúpulos de algún autor en torno a esta solución son insostenibles. El pacto se halla totalmente desconectado de la constitución de la garantía, sin que aquél haya influido en ésta. Es un pacto de cumplimiento de la obligación o forma de pago, no de ejecución privada.

-El pacto *marciano*, aunque más peligroso que el anterior, no resulta sin embargo tan contradicho. Aquí se prevé que, en caso de incumplimiento, el bien constituido en garantía se transfiera al acreedor-fiduciario con la obligación de abonar éste al deudor-fiduciante una suma igual a la diferencia entre el valor del bien calculado en forma objetiva, y la cuantía del débito impagado.

La inacabada construcción científica tiene sus reflejos en la jurisprudencia.

La Dirección General de los Registros ha sido renuente a que se inscriba en el Registro de la Propiedad una opción de compra de inmueble subordinada al impago de un préstamo por estimar que se infringía la prohibición del pacto

comisorio. (Res. 10-VI-1986 y 29-IX-1987. Ver también Res. 30-VI-1987). Si bien a juicio de MARTÍNEZ SANCHIZ “en el trasfondo de las resoluciones meritadas se encontraba el principio de especialidad, que precisaría perfilar con claridad el tránsito de la garantía inicial a la atribución dominical, mediante la previsión de un procedimiento objetivo para determinar el valor de la cosa”¹⁷.

Por su parte el Tribunal Supremo, aunque en muchas ocasiones ha proclamado la ilicitud del pacto comisorio, se ha mostrado más proclive en admitir la viabilidad del pacto en determinadas circunstancias en que estimó existir un título apto o causa eficiente para la adquisición del bien, que pudo ser: una compraventa suspendida en su eficacia al hecho de que el deudor hiciera efectivo el importe del préstamo en el plazo fijado (STS 20-I-1996), una novación, mediante la cual la cantidad resultante del préstamo pasó a ser el precio de una compraventa real de la finca, querida por las partes (STS 27-VI-1980); una *datio in solutum* por haberse atendido al pago de ciertas deudas (STS 2-VI-1982); o hallarse subsumida la operación en una opción de compra (STS 20-V-1986; 6-IV-1987, 8-III-1988). En alguna sentencia, nuestro más alto Tribunal ha resumido su doctrina en torno a este pacto centrandó el meollo de la cuestión en la causa de la atribución patrimonial que comporta el pacto, para rechazarlo cuando aquélla consista en el préstamo (STS 19-V-1982).

Para resumir la más segura doctrina española sobre el problema expuesto nos parece oportuno mostrar las conclusiones a que llega el Notario MARTÍNEZ SANCHIZ¹⁸, quién, tras repudiar una extensión automática e indiscriminada de la prohibición de comiso, afirma que “el problema exige un juicio previo sobre el alcance de la causa, que si es de garantía resulta insuficiente para provocar una transmisión dominical plena. El tema se desplaza a la suficiencia o no de la

¹⁷ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., “La prohibición del comiso y la venta a carta de gracia”, RJN, 1999, abril-junio, p. 327.

¹⁸ Op. cit. p. 330.

causa: si no hay transmisión dominical no puede hablarse de comiso por falta de presupuestos; si hubo junto a la garantía, una transmisión dominical, habrá que delimitar si la apropiación fue por falta de pago de la deuda (1884 C.c.) o si esta circunstancia fue únicamente el presupuesto para una auténtica compraventa. En el primer caso habrá comiso; en el segundo no. En caso de duda, al no poderse venir en conocimiento de la intención de las partes, el pacto habrá de considerarse nulo (art. 1289 C.c.) en lo que a la apropiación se refiere”.

Por último no podemos olvidar por su relevante interés ciertas sentencias del Tribunal Supremo en que se afirma que el fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse: SSTs de 26 de abril de 2001, 14 de marzo de 2002 y 30 de mayo de 2008.

b) La realización de la garantía.

Tras la exposición anterior, ahora presentamos al acreedor insatisfecho, titular de la garantía fiduciaria, que, al no podérsela adjudicar por la causa que fuere, pretende cobrar ejercitando un *ius distrahendi* para enajenarla y con su producto hacerse pago hasta donde alcance. El tema ha sido tratado pero no resuelto por la abundante doctrina de la que es una interesante muestra la que recoge MARÍN LÓPEZ en su citada obra. Frente a quienes estiman que el único contenido de la garantía es el poder de retención, negando por tanto el *ius distrahendi*, sin embargo otros entienden que el acreedor sí dispone de tales facultades, teniendo una acción privilegiada sobre los bienes recibidos en garantía, habida cuenta se

dice que tenemos una escritura notarial inscrita en el Registro de la Propiedad, produciéndose la conversión en hipoteca.¹⁹

Encontramos poco meditadas estas aseveraciones. Se olvida que en el aspecto sustantivo es más que dudoso que el fiduciario ostente un verdadero derecho real de garantía más allá que un derecho de retención, y que procesalmente sea tan sencilla la aplicación analógica de las norma que rigen los procedimientos de ejecución hipotecaria judicial y extrajudicial.

Vencido e impagado un crédito garantizado fiduciariamente con la venta de un inmueble, importa esclarecer de qué cauces procesales dispone el fiduciario para obtener la satisfacción de su crédito. No hay que olvidar que los procedimientos judiciales vienen determinados por la acción que se ejercita, y ésta, a su vez, encuentra amparo en el título o causa que justifica el derecho que se esgrime. Acción, título y procedimiento son conceptos que debemos conjugar adecuadamente. Dado que por ciertos autores se ha querido conceder al acreedor fiduciario, por analogía, los mismos procedimientos que nuestro ordenamiento ofrece al acreedor hipotecario, seguiremos como método de trabajo su examen.

Tanto en la hipoteca como en la fiducia que estudiamos aparecen dos elementos: el crédito y la garantía. Al llegar el vencimiento del crédito hipotecario, surgen dos acciones: la personal derivada del crédito y la real procedente de la hipoteca. En la deuda garantizada con una venta en garantía la acción personal es indudable, pero la existencia de una acción real ya es dudoso que exista, si recordamos cuanto anteriormente hemos expuesto.

¹⁹ En MARÍN LÓPEZ, op. cit. p. 1568, ver: REGLERO CAMPOS, “Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio” en “Tratado de garantías en la contratación mercantil” (Coord. Nieto Carol/Muñoz Cervera), p. 448; GETE-ALONSO, “Comentario a la RDGRN de 5 de junio de 1991”. CCJC, 1991, núm. 27 p. 767; BOUZA VIDAL “Las garantías mobiliarias en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)”, 1993, p. 168 y ss.

En nuestro ordenamiento existen tres procedimientos a disposición del acreedor hipotecario. Dos de ellos judiciales: siempre el juicio ordinario de la clase que por su cuantía corresponda y otro el procedimiento de la ejecución dineraria sobre bienes hipotecados (art. 681 L.e.c.). Y por último el procedimiento extrajudicial del artículo 236 del Reglamento Hipotecario.

1.- En el juicio ordinario que corresponda por su cuantía, el demandado dispondrá en el periodo de cognición de todas las excepciones, defensas y pruebas que se hallen admitidas en nuestro sistema. La sentencia, una vez firme, será el título de ejecución de que dispondrá el fiduciario para instar el embargo y la subasta en la vía de apremio. ¿Pedir el embargo y la subasta de la finca que en el Registro de la Propiedad figura a nombre del actor demandante? Para ello en ese juicio ordinario tendría que plantearse la realidad de la estructura del negocio crediticio en la que no se transmitió la propiedad para que previamente se cancelara y reinscribiera a nombre del *verus dominus* y deudor.

2.- ¿El procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca del artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?

En él se privilegia al acreedor mediante trámites breves, limitación de defensa al ejecutado, bajo el axioma *solve et repete*. Transcurrido un plazo de treinta días desde que tuviera lugar el requerimiento de pago se procederá a la subasta. Pero, naturalmente, como contrapartida que legitime estas normas excepcionales, se exige que el crédito del actor (del comprador acreedor) conste en alguno de los títulos ejecutivos previstos en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en el apartado 4º es la escritura pública. Ahora bien, ninguno de los dos elementos documentales que integran la fiducia en garantía son homologables con los requisitos previstos en el artículo 517 como títulos de ejecución de bienes hipotecados, que es a donde nos llevan la doctrina de la conversión del artículo

682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige se cumplan los requisitos siguientes: que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasen la finca hipotecada para que pueda servir de subasta, aparte un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones.

En definitiva, desde una perspectiva del derecho civil aceptando la voluntad de las partes, podríamos admitir que en la compraventa a carta de gracia se ha configurado una garantía real inmobiliaria equivalente a una hipoteca, pero que en el proceso de realización de los bienes aquella figura no puede ensamblarse en la arquitectura del proceso judicial del artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de signo imperativo inalterable.

Ciertamente el negocio fiduciario de poco ha servido en la fase de ejecución. Pero es que el documento acreditativo de la deuda no da para más.

Terminamos creyendo confirmarse aquellas dudas de ENCARNA ROCA Y SOTO NIETO sobre la preocupante garantía que encierra la compraventa a carta de gracia.