

GARANTIAS REALES
EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

(RESERVA DE DOMINIO,
VENTA EN GARANTIA Y LEASING)

Colección:

«Estudios de Derecho Mercantil»

Director:

Juan Luis Iglesias

SIXTO SANCHEZ LORENZO

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid

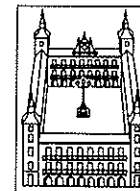
**GARANTIAS REALES
EN EL COMERCIO
INTERNACIONAL**
(RESERVA DE DOMINIO,
VENTA EN GARANTIA Y LEASING)

Prólogo de

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho Internacional Privado

**EJEMPLAR
NO
VENAL**
(Art. 67.3 Ley Propiedad Intelectual)



EDITORIAL CIVITAS, S.A.

Primera edición, 1993

A Tere y a Lucía

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 1993, by Sixto Sánchez Lorenzo
Editorial Civitas, S. A.
Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)
ISBN: 84-470-0191-1
Depósito legal: M. 15.943-1993
Compuesto en Fotocomposición Grafos, S. L.
Virgen de los Reyes, 17. 28027 Madrid
Printed in Spain - Impreso en España
por Gráficas Rogar, S. A. Pol. Ind. Cobo Calleja
Fuenlabrada (Madrid)

INDICE

Abreviaturas 15
Prólogo 19
Introducción 25

CAPITULO I
GARANTIAS REALES Y TRAFICO
INTERNACIONAL DE BIENES

I. La propiedad como garantía 29
II. Principios básicos de un sistema de garantías reales 36
1. Principio de autonomía de la voluntad y principio de tipicidad de los derechos reales de garantía 36
2. Principio de causalidad y principio de abstracción 39
3. Prohibición del pacto comisorio y elasticidad de las garantías 41
4. Principio de publicidad de los derechos reales 45
5. Principio de identificabilidad de los bienes 47
III. Criterios de política legislativa en sectores afines 49
1. Seguridad del tráfico y protección de la posesión mobiliaria 49
2. Principios básicos del Derecho concursal 56
3. Protección del consumidor y garantías del crédito al consumo 63
IV. Garantías reales y tráfico internacional de bienes 65

CAPITULO II
DERECHOS DE PROPIEDAD-GARANTIA PERFECTOS:
CLAUSULA DE RESERVA DE DOMINIO SIMPLE

I. Introducción 71
II. Validez y efectos inter partes 73
1. Validez del pacto 73
A) SUJECIÓN A LA LEX CONTRACTUS: SU DETERMINACIÓN 73
B) INAPLICABILIDAD DE LA LEX CONTRACTUS 77
2. Validez como derecho real de garantía 80
A) APLICACIÓN DE LA LEX REI SITAE 80
B) INCIDENCIA DE LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO 83
C) CONFLICTO MÓVIL 88
3. Efectos entre las partes y contenido de la garantía 92
A) CONTENIDO OBLIGACIONAL 92
B) CONTENIDO REAL 94

C) CESIÓN DE LA GARANTÍA	100
4. Conflicto móvil	102
A) TRANSPOSICIÓN DE INSTITUCIONES	102
B) LA <i>LEX REI SITAE</i> COMO LEY DE POLICÍA	107
5. Supuestos especiales	110
A) MEDIOS DE TRANSPORTE	110
B) BIENES EN TRÁNSITO	112
C) BIENES DESTINADOS A LA EXPORTACIÓN	114
D) BIENES DESTINADOS A SER EXPLOTADOS EN VARIOS ES-	118
TADOS	120
E) BIENES PROTEGIDOS	121
III. Oponibilidad de la garantía	121
1. Oponibilidad por el acreedor y oponibilidad por el deudor	123
2. Frente a terceros adquirentes	123
A) DIVERSIDAD DE SOLUCIONES MATERIALES	123
B) PRECISIÓN DE LA <i>LEX REI SITAE</i> EN CASO DE CONFLICTO	124
MÓVIL	127
C) ALTERNATIVAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	127
a) <i>La lex rei sitae como ley de policía</i>	130
b) <i>Normas de conflicto materialmente orientadas</i>	130
c) <i>Aplicación de la doctrina del interés nacional</i>	132
d) <i>Previsibilidad del desplazamiento y análisis econó-</i>	132
<i>mico</i>	134
3. Frente a terceros acreedores individuales	134
A) IMPRECISIÓN DEL DERECHO MATERIAL ESPAÑOL	134
B) APLICACIÓN DE LA <i>LEX REI SITAE/LEX FORI</i>	136
4. En los procedimientos concursales	137
A) DIVERSIDAD DE SOLUCIONES MATERIALES	137
a) <i>Derecho comparado</i>	138
b) <i>Derecho español</i>	139
B) LA OPCIÓN POR LA <i>LEX REI SITAE</i>	139
a) <i>Fundamento y límites</i>	141
b) <i>Precisión de la conexión</i>	142
c) <i>La tendencia a su adopción en el Derecho español</i>	142
C) LA OPCIÓN POR LA <i>LEX CONCURSUS</i>	142
a) <i>Aplicación de la lex fori concursus</i>	143
b) <i>Aplicación de la lex concursus como lex causae</i>	145
D) LA OPCIÓN MIXTA: EL CÚMULO LIMITATIVO	145
5. Condiciones de publicidad y eficacia frente a terceros	146

A) LAS SOLUCIONES MATERIALES	146
a) <i>Planteamiento general</i>	146
b) <i>Normas materiales especiales que incorporan plazos</i>	148
<i>de gracia</i>	149
c) <i>Normas materiales especiales que eximen de publi-</i>	149
<i>cidad</i>	150
B) EL PROBLEMA DE LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL DEL ACCESO	150
A LA PUBLICIDAD REGISTRAL	150
a) <i>El caso suizo</i>	151
b) <i>El caso español</i>	152
c) <i>Soluciones propuestas</i>	152

CAPITULO III

DERECHOS DE PROPIEDAD-GARANTIA
IMPERFECTOS

I. La venta en garantía	157
1. Introducción	157
2. Validez	159
A) LA FIGURA EN EL DERECHO COMPARADO	159
B) PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN	160
C) LÍMITES AL RECONOCIMIENTO DE LA GARANTÍA	162
a) <i>Principio de causalidad</i>	162
b) <i>Principio de numerus clausus</i>	164
c) <i>Prohibición del pacto comisorio</i>	165
d) <i>Orden público y delito de usura</i>	167
3. Contenido	168
A) PROPIEDAD PLENA <i>VERSUS</i> PROPIEDAD FIDUCIARIA	168
B) BÚSQUEDA DE EQUIVALENCIA EN EL SISTEMA DE GARAN-	171
TÍAS DEL FORO	171
4. Oponibilidad	173
A) PLANTEAMIENTO GENERAL	173
B) ADQUISICIÓN POR TERCEROS	174
C) SITUACIONES CONCURSALES	174
D) LÍMITES IMPUESTOS POR EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	175
II. Fórmulas complejas de reserva de dominio y de venta en ga-	176
rantía	176
1. Extensión horizontal y vertical de la propiedad en garantía	176
2. Fórmulas de extensión vertical	182
A) TIPOLOGÍA Y ADMISIBILIDAD	182
a) <i>Cláusula continua</i>	183
b) <i>Cláusula prolongada stricto sensu</i>	185
c) <i>Cláusula de cesión de créditos futuros</i>	187
d) <i>Cláusula de transformación</i>	189

e) <i>Otras fórmulas afines</i>	191
B) PROBLEMAS DE TRANSPOSICIÓN	193
3. Fórmulas de extensión horizontal	198
A) TIPOLOGÍA	198
a) <i>Cláusula en cuenta corriente</i>	198
b) <i>Cláusula colectiva o de grupo</i>	199
B) PROBLEMAS DE VALIDEZ Y TRANSPOSICIÓN	199
III. Leasing internacional	203
1. Leasing como contrato y leasing como garantía	203
A) APROXIMACIÓN CONTRACTUAL	203
B) <i>LEASING</i> COMO GARANTÍA	205
2. Calificación de la operación y encuadre como garantía mobiliaria	207
A) CARACTERIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE <i>LEASING</i> EN EL DERECHO COMPARADO	207
a) <i>El leasing como arrendamiento financiero</i>	208
b) <i>El leasing como venta en garantía</i>	209
c) <i>Leasing y venta a plazos con reserva de dominio</i>	210
d) <i>Leasing como institución atípica</i>	213
B) <i>LEASING</i> CON FINALIDAD TRASLATIVA: CONDICIONES PARA LA IDENTIFICACIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD EN GARANTÍA	216
a) <i>Carácter financiero del leasing</i>	216
b) <i>Carácter trilateral de la operación</i>	218
c) <i>Opción de compra sin opción económica</i>	219
d) <i>Conclusión: leasing falso y leasing verdadero</i>	221
3. Validez del leasing como contrato	222
A) UNIDAD O FRACCIONAMIENTO DE LA OPERACIÓN DE <i>LEASING</i>	222
B) AMBITO Y PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA <i>LEX CONTRACTUS</i> AL <i>LEASING</i>	225
4. Contenido del derecho real de garantía y oponibilidad	226
A) CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE GARANTÍA	226
B) OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS	229

a) <i>Subadquirentes de buena fe</i>	229
b) <i>Terceros acreedores</i>	230

CAPITULO IV

ARMONIZACION INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD-GARANTIA

I. Introducción	233
II. Opciones restrictivas del ámbito de aplicación material	234
1. Reducción del objeto	234
A) EXCLUSIÓN DE LOS SUPUESTOS DE TRÁFICO INTERNO	234
B) EXCLUSIÓN DE LAS GARANTÍAS SOBRE DETERMINADOS BIENES	237
2. Reducción de los tipos	239
A) CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO SIMPLE	239
a) <i>Exclusión de las fórmulas complejas</i>	239
b) <i>Exclusión de la reserva de dominio en contratos de consumo</i>	242
c) <i>Regulación fragmentaria de sus efectos</i>	243
B) EL <i>LEASING</i> INTERNACIONAL	247
III. Opciones favorables a un ámbito de aplicación material global ..	250
1. Regulación conjunta de las garantías mobiliarias	250
A) FUNDAMENTO	250
B) TRATAMIENTO GLOBAL EN LAS OPERACIONES DE CONSUMO	252
2. Realizaciones concretas y perspectivas	253
A) UCC Y BCR	253
B) COMUNIDAD EUROPEA	256
IV. Opciones relativas al método de reglamentación	257
1. Los límites de la solución conflictual	257
2. Posibilidades de armonización material	261

A) LA UNIDAD DE MERCADO COMO LÍMITE/CAUSA DE LA ARMONIZACIÓN MATERIAL	261
B) SENTIDO Y ALCANCE DE LA UNIFICACIÓN PARCIAL	264
a) Efectos inter partes	265
b) Efectos frente a terceros	265
c) El límite de las condiciones de publicidad	267
C) LA PROPUESTA DE UNA «GARANTÍA COMUNITARIA EUROPEA»	271
3. Soluciones mixtas: la constante del <i>standard minimum uniforme</i>	274
A) EL MODELO FORMALISTA EUROPEO	274
a) Proyecto de Convenio del Consejo de Europa sobre reserva de dominio simple en transacciones internacionales de 6 de abril de 1982	275
b) Propositiones de Directiva comunitaria de 1979 y 1980	277
c) Los Proyectos de Convenio CEE sobre quiebra, convenios y otros procedimientos análogos de 1970, 1980 y 1992	280
d) Conclusión final	285
B) EL MODELO FUNCIONAL NORTEAMERICANO	285
Conclusión	289
Bibliografía	293

ABREVIATURAS

AC	Actualidad civil
ADC	Anuario de Derecho civil
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
ALC	Anteproyecto de Ley concursal
All.ER	All England Law Reports
Ann. suisse dr.int.	Annuaire suisse de droit international
Anuario D.G.R.N.	Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
AT	Audiencia Territorial
BBTC	Banca, borsa e titolo di credito
BCR	British Crowther Report
BGB	Bürgerliches Gezetzbuch
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOE	Boletín Oficial del Estado
BYBIL	Britisch Yearbook of International Law
Cahiers dr.eur.	Cahiers de droit européen
Cc	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil
Ccom.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
COMECOM	Consejo de Asistencia Económica y Ayuda Mutua
D.	Decreto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
D.I.Pr.	Derecho internacional privado
Dir int.	Diritto internazionale
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DPCI	Droit et pratique du commerce international
ESR	Europäische Sicherungsrecht
Gaceta	Gaceta de Madrid
GJICL	Georgia Journal of International and Comparative Law

Gaz.Pal.	Gazette du Palais
GYIL	German Yearbook of International Law
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
IBL	International Business Lawyer
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDI	Institut de droit international
IFLR	International Financial Law Review
Int.Enc.Comp.L.	International Encyclopedie of Comparative Law
IPRax	Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrecht
JBL	The Journal of Business Law
J.-Cl.dr.int.	Jurisclasseur de droit international
JCP	Jurisclasseur périodique
J.O.	Journal Officiel
J.O.C.E.	Journal Officiel des Communautés Européennes
Journ.dr.int.	Journal de droit international
Jus.	Juristische Schulung
J.W.	Juristische Wochenschrift
La Ley	Revista jurídica española, La Ley
LCP	Law and Contemporary Problems
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
LFS DIP	Ley Federal suiza de D.I.Pr. de 18 de diciembre de 1987
LHMPSD	Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento
Lloyd's MCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LQR	Law Quarterly Review
LVPMB	Ley 50/1965, de 17 de julio, de ventas de bienes muebles a plazos
Modern L. Rev.	Modern Law Review
New York U.L.Rev.	New York University Law Review
NILR	Netherlands International Law Review
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
PJ	Poder Judicial, Revista del Consejo General del Poder Judicial
Rabels Z.	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAJ	Aranzadi, Repertorio de jurisprudencia
RCDInm	Revista crítica de Derecho inmobiliario
RCEA	Revista de la Corte Española de Arbitraje

RD	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho bancario y bursátil
RDCir	Revista de Derecho de la circulación
R. des C.	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDILC	Revue de droit international et de législation comparé
RDJ	Revista de Derecho judicial
RDM	Revista de Derecho mercantil
RDP	Revista de Derecho privado
RDProc	Revista de Derecho procesal
Rec. Sirey	Recueil Sirey
Rec. Dalloz-Sirey	Recueil Dalloz-Sirey de doctrine et de jurisprudence
REDI	Revista Española de Derecho internacional
Res.	Resolución
Rev.crit.dr.int.pr.	Revue critique de droit international privé et de droit penal international
Rev.dr.comm.	Revue de droit commercial
Rev.dr.int.dr.comp.	Revue de droit international et de droit comparé
Rev.dr.int.pr.	Revue de droit international privé
Rev.int.dr.comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev.trim.dr.comm.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev.trim.dr.comm.dr.ec.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
Rev.trim.dr.comm.dr.eur.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit européen
Rev.trim.dr.eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIE	Revista de instituciones europeas
Riv.dir.civ.	Rivista di diritto civile
Riv.dir.comm.	Rivista di diritto commerciale
Riv.dir.int.	Rivista di diritto internazionale
Riv.dir.int.pr.proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJC	Revista jurídica de Cataluña
S	Sentencia
T	Tribunal
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

TCL	The Company Lawyer
TIC	The International Contract
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Travaux Com.fr.dr.int.pr.	Travaux du Comité français de droit international privé
TS	Tribunal Supremo
UCC	Uniform Commercial Code
UFR	Ugeskrift für Retsvaesen
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional
WLR	Weekly Law Report
ZBJ	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfRvgl	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

PROLOGO

1. *No resulta fácil prologar una obra de madurez y, mucho menos, la de un compañero. Sixto SÁNCHEZ LORENZO y este prologuista han mantenido durante casi diez años una estrecha relación académica, primero en la Universidad de Oviedo y más tarde en la Universidad Complutense, que ha culminado en la redacción conjunta de un curso de Derecho internacional privado, publicado por esta misma editorial en 1991, expresión de una reflexión científica y de un trabajo en común a lo largo de un dilatado período. El tránsito de Oviedo a Madrid discurrió por los cauces habituales de los desplazamientos de los catedráticos de provincias a la capital de España; es decir, un traslado compartido con los colaboradores más íntimos (cuidando, en este caso concreto, de dejar una retaguardia bien asegurada), en un afán de conquista de nuevos horizontes académicos y de nuevas experiencias universitarias. Con independencia de los logros obtenidos con la diáspora, resulta indudable que el profesor SÁNCHEZ LORENZO ha tenido el mérito de saber integrarse en un Departamento y en una Universidad de extraordinaria complejidad y de haber consolidado una posición científica indiscutida que se inició con la lectura de su tesis doctoral en 1988 y que se vio reforzada con un excelente concurso a la plaza de Profesor Titular dos años después.*

Sixto SÁNCHEZ LORENZO en el momento de publicar la presente monografía está atravesando ese período de espera previsto por la Ley de Reforma Universitaria para acceder a la máxima categoría docente, con una serenidad poco común, y este libro constituye, aun sin pretenderlo, una espléndida presentación en la sociedad científica, ajena por completo a la publicación de la tesis de doctorado o a la del segundo ejercicio para la provisión de la plaza de Profesor Titular de Universidad. El atento lector debe advertir ya desde ahora que no estamos en ninguno de estos dos casos, sino ante una monografía científica profundamente meditada, elaborada con sosiego y preparada en los foros de investigación adecuados.

2. *El objeto elegido entraña una profunda dificultad, pues si bien es uno de los sectores más relevantes del Derecho del comercio internacional, desde su perspectiva práctica, su articulación dogmática no está exenta de problemas. En efecto, el estudio de las garan-*

tías reales en el comercio internacional, a salvo contadísimas aportaciones recientes, ha padecido un gran abandono en nuestra doctrina científica, que contrasta con el buen número de trabajos monográficos que en los últimos años han aparecido en las bibliografías en lengua francesa, inglesa y alemana.

Se puede afirmar que el problema fundamental con que se enfrenta este sector del comercio internacional es la gran diversidad comparada de los distintos sistemas de crédito y de garantías nacionales; diversidad que, en modo alguno, es de meros contenidos o desarrollos normativos, sino que se sumerge en los más sólidos cimientos de los principios jurídicos fundamentales de dicho sector, trasunto, al fin y al cabo, de opciones económicas de primera magnitud. La cuestión alcanza una singularidad relevante en el marco de los mercados integrados, en particular en la Comunidad Europea; en este ámbito, el tratamiento de la cuestión no puede prescindir del fenómeno de la integración económica ni de sus exigencias. En este contexto, no cabe duda de la necesidad de (para emplear el horrible verbo en boga, desconocido por la Real Academia de la Lengua, pero sumamente expresivo) posicionar al sistema español en una doble vertiente, comunitaria o restringida, e internacional o amplia.

3. Todos estos parámetros de análisis se hallan claramente reflejados a lo largo de la presente obra, como comprobará el lector. Sixto SANCHEZ LORENZO ha dedicado un capítulo primero, auténticamente propedéutico, a desentrañar las claves jurídicas y económicas de la diversidad entre sistemas jurídicos. Este análisis de Derecho material se ve completado a la hora de abordar las dificultades específicas de cada derecho de garantía analizado. Semejante esfuerzo en la profundización del Derecho material debe ser puesto de relieve; la inducción de los principios e ideas-fuerza que animan la rama del Derecho considerada es una labor indispensable para un correcto enfoque de los problemas de Derecho internacional privado, labor que no resulta fácil dada la interdisciplinariedad del esfuerzo.

Igualmente, se ha atendido a la necesidad de un tratamiento diferenciado según los tipos de situaciones de tráfico externo. Los capítulos segundo y tercero contienen el análisis diferenciado del régimen de Derecho aplicable al que se sujetan la reserva de dominio simple, la venta en garantía, las fórmulas complejas de ambas instituciones y el leasing como garantía. La idea central en la acotación de las soluciones de nuestro sistema de D.I.Pr., severamente com-

pleja en sí misma, gira en torno a la idea de transposición o equivalencia de instituciones. Este principio de solución justifica, en sí mismo, que el estudio monográfico haya optado por un tratamiento separado y restringido de cada institución. La restricción en torno a los llamados, tal vez con cierta imprecisión, derechos de propiedad-garantía, resulta plenamente justificada; en la actualidad, son estos derechos de garantía real, y no otros, los que se hallan en el disparadero del comercio internacional, como demuestra la propia jurisprudencia comparada y los intentos de codificación internacional. El análisis ha sorteado, sin embargo, la trampa de un mero análisis conflictual que no repare en los problemas que se plantean en el denominado «segundo escalón»: una vez determinado el Derecho aplicable, muchos de los problemas subsisten al no existir en determinados ordenamientos —entre ellos el nuestro— un sistema que corrija la aplicación del Derecho material interno a instituciones que siguen siendo internacionales: la imposibilidad material de que las garantías sobre la propiedad constituidas en el extranjero puedan acceder a la necesaria publicidad registral en nuestro país es uno de los ejemplos más significativos. Finalmente, se ha utilizado con ponderación un instrumento metodológico particularmente arriesgado: el análisis económico del Derecho al servicio de la eficiencia del comercio internacional, y justificativo de soluciones especiales.

4. Tampoco se ha prescindido del encuadre del problema en el marco de integración comunitario. A lo largo del capítulo cuarto, pueden encontrarse las claves de este planteamiento; los objetivos de política legislativa comunitaria abogan, en efecto, en favor de soluciones más ambiciosas. El análisis se globaliza, entonces, incluyendo todo el sistema de garantías reales, siguiendo el ejemplo del Uniform Commercial Code. La acción de principios elementales del Derecho comunitario (libre competencia, libre circulación de mercancías...) permite al autor una toma de posición decidida en favor de criterios generales de armonización material; toma de posición a veces extrema, fruto sin duda de la juventud del autor, pero siempre aderezada con argumentos igualmente determinantes. El análisis discurre, en este punto, desde una óptica de lege ferenda; es la única perspectiva posible, si se tiene en cuenta el constante fracaso de todo intento de codificación internacional de las garantías reales mobiliarias, dentro y fuera del marco comunitario. En cualquier caso, el discurso siempre corre a caballo entre el sistema positivo y el sistema ideal, entre la descripción (mejor descubrimiento) de las soluciones y su valoración, tomando como interlocutor tanto al juez como al

legislador. En suma, no sólo se pretende ofrecer una visión del problema en nuestro Derecho internacional privado actual, sino de proporcionar técnicas y respuestas útiles para una revisión futura tanto de las soluciones internas como internacionales.

5. Al principio de este prólogo se hacía referencia al trabajo en común entre el autor de este libro y quien escribe estas líneas, a lo largo de muchos años. La lectura de esta obra, sin embargo, pone de relieve que se ha producido el tránsito inevitable y que el discípulo ha comenzado a volar solo, con autoridad plena y preocupaciones científicas personales; y, por supuesto, con responsabilidad propia. Es algo que debe exigirse a cualquier profesional universitario, que debe abandonar el estéril seguidismo de un maestro (y el riesgo de compartir con él, por ende, un porvenir incierto), para ser digno de una línea de pensamiento heredada de la escuela a que pertenece. Independencia científica necesaria y enriquecedora para todo quehacer universitario, de la cual quien ha tenido la suerte de guiar los primeros pasos académicos de Sixto SÁNCHEZ LORENZO, no puede sentirse más orgulloso.

Creo que la presente colección de «Estudios de Derecho mercantil», sabiamente dirigida por otro asturiano como nosotros, el profesor Juan Luis IGLESIAS PRADA (que ha tenido la gentileza de publicar este libro), se enriquece con esta aportación proveniente del campo, aún impreciso, del Derecho del comercio internacional. Enriquecimiento que ya había iniciado la excelente monografía de otro profesor asturiano: Miguel VIRGÓS. Y debe ser motivo de satisfacción que profesores de las dos principales Universidades de Madrid confluyan en un esfuerzo común que, inevitablemente nos conduce a los orígenes: la Universidad de provincias con maestros dedicados por entero a la investigación y a la docencia. La obra realizada por el profesor Aurelio MENÉNDEZ en el Derecho mercantil y por el profesor Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS en el Derecho internacional privado en la Universidad de Oviedo es una prueba de ello y libros y discípulos como los citados el ejemplo más contundente.

Madrid, 19 de marzo de 1993.

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad Complutense

GARANTIAS REALES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

(RESERVA DE DOMINIO,
VENTA EN GARANTIA Y LEASING)

INTRODUCCION

I. La admisión de las garantías mobiliarias sin desplazamiento supuso una quiebra importante en el sistema hipotecario clásico, heredado del Derecho romano. La crisis de aquel sistema vino impuesta por las necesidades nuevas que provocaba la industrialización y dinamización de la economía. Actualmente, los sistemas de crédito y de garantía reposan aún, en su gran mayoría, en el modelo de las garantías mobiliarias sin desplazamiento, que conceden al acreedor un valor de realización del bien. Sin embargo, la evolución actual del Derecho de garantías ha ido introduciendo elementos perturbadores y factores de desequilibrio en los distintos sistemas de garantía, mediante la creación, sobre todo por el impulso de la práctica comercial, de nuevos derechos reales de garantía mobiliaria, que utilizan la propiedad con el fin de potenciar los derechos del acreedor *in rem*, y ya no *ad rem*. Estos derechos han evolucionado, asimismo, en algunos sistemas, procurando extender las garantías tradicionales, únicamente operativas en caso de bienes estáticos (equipos industriales, vehículos automóviles), hacia los bienes dinámicos (materias primas, productos comerciales...).

El resultado de esta evolución ha sido la aparición de nuevos derechos de garantía mobiliaria, denominados, no sin cierta impropiedad, «derechos de propiedad en garantía». Esta categoría recurre al término propiedad sin ánimo descriptivo, y, de hecho, engloba instituciones muy diversas en su configuración y alcance. La reserva de dominio simple es el único exponente que presenta cierta pureza como derecho de propiedad en garantía. Otras figuras, como el leasing, la venta en garantía o las fórmulas complejas de reserva de dominio y de venta en garantía, presentan matices y diferencias que anulan, de hecho, la eficacia real de un solo concepto o categoría integradora.

El desarrollo de estas figuras en el Derecho comparado es muy dispar. Tras su integración en un sistema de crédito y de garantías, se esconden decisiones económicas de primera magnitud, que afectan a variables muy diversas: organización del crédito, control de la propiedad mobiliaria, equilibrio de la posición en el mercado de los distintos operadores económicos, protección de determinados sectores de la economía y de las empresas en dificultades, etc.

Como consecuencia de ello, el auge de los derechos de propiedad en garantía ha producido un doble efecto: en primer lugar, ha creado cierta incoherencia y desajustes en los propios sistemas de crédito nacionales; en segundo lugar, provoca, de hecho, un principio de incompatibilidad material o incomunicación de los distintos sistemas jurídicos nacionales de crédito y de garantías, incluso entre Estados con cierto grado de integración económica. Esta incompatibilidad no es únicamente de normas o principios jurídicos básicos, sino, *in fine*, de objetivos de política económica.

Con estos antecedentes, el régimen de los derechos de garantía mobiliaria en el comercio internacional se enfrenta a una discontinuidad jurídica o inexportabilidad práctica de tales derechos, cuando la función propia del sector del ordenamiento jurídico llamado a resolver estos problemas (el Derecho internacional privado) es dotar de seguridad y continuidad jurídica en el espacio a las relaciones jurídico-privadas.

II. Nuestro interés por estas instituciones parte, en realidad, de 1985, fecha en la que comenzamos a elaborar una tesis doctoral sobre los problemas de Derecho aplicable que planteaba la cláusula de reserva de dominio simple, leída en mayo de 1988. Con posterioridad, proseguimos la investigación ampliando el prisma de análisis a otras figuras, e incidiendo en una contemplación global de los problemas que suscitaban los sistemas de crédito y garantías en su vertiente internacional; como consecuencia de ello, muy pronto tuvimos que abandonar la visión parcial del primer trabajo, el propio método de análisis y, fundamentalmente, sus conclusiones, si bien el esfuerzo realizado entonces ha sido incorporado, en buena medida y de una forma u otra, al capítulo cuarto y, parcialmente, al capítulo segundo.

Frente a la posibilidad de elaborar un estudio general sobre los derechos reales de garantía mobiliaria en el Derecho internacional privado, hemos optado por delimitar nuestro estudio a las fórmulas de propiedad en garantía. Un tratamiento global del problema, consistente finalmente en una aplicación de la teoría general del Derecho internacional privado de cosas, cuenta en nuestra doctrina con las aportaciones de primer nivel de N. BOUZA VIDAL y M. VIRGÓS SORIANO. Por otra parte, si las soluciones generales son, en esencia, aplicables a la figura de la prenda sin desplazamiento, las verdaderas dificultades teóricas, y sobre todo prácticas, en el comercio internacional actual, vienen planteadas por los derechos

de propiedad en garantía, como atestiguan tanto la jurisprudencia comparada como los proyectos de reglamentación internacionales. Una segunda delimitación del objeto de estudio, ceñido a las garantías mobiliarias de origen convencional sobre bienes corporales, excluyendo una extensión del estudio a las garantías que afectan a créditos u otros derechos mobiliarios incorporales, resulta obligada para mantener la coherencia y cohesión del análisis y de sus conclusiones, al tratarse de realidades parcialmente distintas y dotadas, respectivamente, de principios y contenidos muy dispares.

La clave de los problemas que suscitan los derechos de propiedad en garantía en el comercio internacional se encuentra, tal vez en mayor medida que en otros sectores, en los principios materiales del sector del ordenamiento considerado: el Derecho de garantías. Sin un estudio profundo y debidamente acotado de los mismos, resulta inútil una aproximación realista a las soluciones de Derecho internacional privado. El fracaso de los textos internacionales que han abordado la armonización de este sector del ordenamiento jurídico se debe, principalmente, al hecho de haber obviado la trascendencia de la incompatibilidad de los principios materiales inmanentes a la regulación del crédito y de las garantías entre sistemas jurídicos diversos. El capítulo primero pretende dar respuesta a esta cuestión, constituyendo un auténtico estudio preliminar o introducción al desarrollo posterior.

Efectuada esta tarea, la disyuntiva radicaba entre abordar un tratamiento conjunto de los distintos tipos de propiedad en garantía, o, al contrario, particularizar el análisis. Hemos retenido la segunda opción, convencidos de que la primera conduce a camuflar y ocultar los problemas, más que a resolverlos. La impropiedad de una categoría definida de derechos de propiedad en garantía aboca, desde el principio, a un tratamiento separado. A tal fin, partimos en el capítulo segundo del tratamiento de la cláusula de reserva de dominio simple, como derecho de propiedad en garantía más puro o específico, desde un análisis comparado. Al hilo de este análisis, se pretende introducir el modelo de problemas y técnicas de solución que plantean los derechos de propiedad en garantía.

Conscientes del escaso valor conceptual de la denominación, incluimos en el capítulo tercero, bajo la rúbrica de «derechos de propiedad-garantía imperfectos», figuras asimismo dispares entre sí, como la venta en garantía simple y compleja, la reserva de dominio compleja y el leasing. Se imponía un análisis particularizado

de cada situación que, teniendo en cuenta el modelo diseñado en el capítulo segundo, pusiera de relieve las particularidades que cada una de estas figuras plantea en el comercio internacional, especialmente de cara a su reconocimiento y transposición en un Estado distinto al de su creación.

Finalmente, el estudio quedaría incompleto sin una referencia a las posibilidades de armonización internacional, verdadero caballo de batalla en la materia que nos ocupa, habida cuenta de los límites que inevitablemente padecen las soluciones del Derecho internacional privado autónomo. En el capítulo cuarto hemos tratado de efectuar una valoración crítica de los proyectos y propuestas existentes hasta la fecha, partiendo de un postulado y objetivo fundamental: la necesidad y posibilidad de una armonización transnacional de los derechos de garantía mobiliaria en el ámbito de la Comunidad Europea.

III. La consecución de cualquier trabajo de investigación, máxime si se trata de un estudio que, con altos y bajos, impulsos súbitos y detenciones inevitables, se ha ido arrastrando durante siete años, no puede ser, en modo alguno, un trabajo singular. Cuando *utilizamos* el plural para *referirnos* a *nuestro* estudio, no lo hacemos en absoluto motivados por razones mayestáticas, sino por el convencimiento de la injusticia del uso del singular, cuando el resultado se debe, en muy buena medida, a la ayuda, apoyo y consejo de muchas personas. Y aunque este agradecimiento se extiende a un buen número de compañeros y amigos, el hecho de no relacionarlos no se va a amparar en excusas tan vanas y tópicas como lo prolijo de su relación o el temor a algún olvido. No existe ningún olvido. Simplemente preferimos reservar el agradecimiento para la intimidad, reducto en el que debe permanecer cuando es sincero y auténtico.

Madrid, 11 de enero de 1993

GARANTIAS REALES Y TRAFICO INTERNACIONAL DE BIENES

I. La propiedad como garantía

1. La propiedad, como derecho, ha mostrado siempre una gran ductilidad ante los cambios históricos o económicos. La idea de un derecho de propiedad de carácter absoluto y sagrado, vigente hasta tiempos históricos relativamente recientes, ha dejado paso a un derecho de propiedad socialmente mediatizado y multifuncional. De un lado, la nueva forma del Estado social ha condicionado el contenido del derecho de propiedad a su *función social* (*ad. ex.* artículo 33.2 CE); de otro, los cambios en la vida económica han propiciado una mutación del contenido propio del Derecho de propiedad, acentuando funciones distintas al tradicional valor de uso y cambio de los bienes. Semejante ductilidad permite a los expertos señalar la incorrección en que se incurre al hablar de «la propiedad», y la mayor precisión en el uso del plural «propiedades»; dicho plural, sin embargo, no impide encontrar un contenido esencial a todas las propiedades, una especie de núcleo duro que se resume en «la aptitud natural de cada bien para ser objeto de disfrute económico»¹.

El disfrute económico de un bien, que constituye el contenido esencial del derecho de propiedad, abarca sin lugar a dudas el valor de uso de un bien y su valor de cambio o facultad de disposición del mismo, de enajenarlo o gravarlo. Sin embargo, mucho más recientemente, el derecho de propiedad o la «idea» de propiedad, se ha utilizado en la práctica y en el ordenamiento jurídico, con una función de «disfrute económico» distinto: como garantía real del crédito. La cláusula de reserva de dominio, la venta en garantía o el *leasing* son las tres fórmulas características que utilizan el con-

¹ Esta es una de las conclusiones primordiales en la obra de S. RODOTÁ, inspirada principalmente en la transformación del Derecho de propiedad a través de su protección constitucional y de su sujeción a la función social; sin embargo, las conclusiones de su denso trabajo sirven para afirmar la indudable pluralidad funcional del derecho de dominio, y la quiebra del esquema formal clásico en torno al derecho de propiedad [*vid. El terrible derecho (estudios sobre la propiedad privada)*, Madrid, Civitas, 1986, esp. pp. 52, 79, 92 y 171 y ss.]

cepto de propiedad con fines de garantía. Sin perjuicio de que esta caracterización pueda resultar criticada, incluso severamente, desde el ángulo de su congruencia en un determinado sistema de organización jurídica del crédito y sus garantías, conviene siquiera poner de relieve con antelación como se manifiesta teóricamente esta nueva función del derecho de propiedad.

Cualquier garantía real desempeña *a priori* dos funciones: de seguridad y satisfactoria². En una primera fase, la garantía sujeta los bienes gravados al cumplimiento de la obligación garantizada. En este momento, la garantía actúa en su función de seguridad; el vendedor con reserva de dominio, el adquirente de un bien en garantía o la parte arrendadora en un contrato de *leasing* carecen de todos o algunos de los derechos que atribuye el contenido clásico de la propiedad: facultad de uso o de disposición. En este sentido, la propiedad como garantía manifiesta un contenido contradictorio con el tipo de disfrute económico característico del derecho de la propiedad. Sin embargo, en la segunda fase de la garantía, el incumplimiento de la obligación garantizada da lugar a la función satisfactoria. Es aquí donde, propiamente, las garantías sobre la propiedad muestran su especialidad frente a los derechos reales de garantía clásicos: en éstos, la satisfacción consiste en aprovecharse del valor de realización del bien, de la satisfacción del crédito a partir de la enajenación pública del bien; sin embargo, en las garantías sobre la propiedad, el acreedor recupera el valor de uso y disposición del bien (*leasing* o reserva de dominio simple), o bien ostenta su propiedad fiduciaria (venta en garantía).

No cabe duda que el esquema planteado peca de simplista. En muchos sistemas, quizá la mayoría, las figuras reseñadas no adquieren en ningún caso un contenido o unos efectos distintos a los de un derecho de prenda clásico, en cuyo caso la utilización de la propiedad con fines de garantía es más un recurso psicológico al concepto que un uso efectivo del contenido del derecho de propiedad³. Pero tampoco cabe duda de que la aparición en la prác-

² Cf. J. E. BUSTOS PUECHE, «Teoría general de los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *ADC*, t. XLIII, vol. 2, 1990, p. 548.

³ Se trata de lo que algunos autores denominan el «efecto psicológico» de los derechos de propiedad-garantía. Mediante estos derechos se intenta compeler al cumplimiento «a través del efecto psicológico irrogado al deudor, bien con la no consecución del dominio del objeto que ansía, o bien con la pérdida de esa titularidad, según la postura que se adopte sobre la materia» [cf. M.^a A. EGUSQUIZA

tica comercial de estas nuevas garantías obedece a un deseo de desembarazarse de los límites de los derechos de garantía clásicos, en busca de la mayor protección de un derecho real pleno o más poderoso, que proteja al acreedor frente a eventuales subadquirentes, otros acreedores o concurso de acreedores, o frente al propio incumplimiento del deudor. En cualquier caso, la calificación del contenido concreto y los efectos que en cada caso pueda producir una reserva de dominio, una venta en garantía o un contrato de *leasing*, es algo imposible de determinar con carácter general, sin analizar, uno por uno, cada sistema jurídico. Lo único cierto es que dichas figuras son conocidas por la doctrina especializada con una terminología concreta: derechos de propiedad-garantía, garantías sobre la propiedad o, más extensamente, «garantías reales surgidas de la práctica, basadas en el derecho de propiedad»⁴.

2. El desarrollo de las garantías sobre la propiedad en la práctica comercial constituye un eslabón lógico en la evolución de cualquier sistema de garantías, si bien, como veremos, puede producir efectos muy dispares, tanto en el ámbito económico como de índole técnico-jurídica, según el sistema jurídico en que nos situemos. En una sociedad industrializada, los derechos reales de garantía inspirados en el modelo hipotecario romano y en la necesidad de desplazamiento del bien gravado, carecen de utilidad económica. La necesidad de entregar la posesión del bien gravado al propio acreedor o a un tercero se justifica como condición de publicidad de la situación de solvencia del deudor y como medio de evitar una posible disposición del bien por parte del mismo. En sede de análisis económico, la figura clásica de la prenda con desplazamiento implica una respuesta económica poco eficiente. Por una parte, el depósito del bien genera unos costes de almacenamiento y conservación que, sin embargo, no se ven acompañados por la posibilidad de que el acreedor lo disfrute económicamente, al no ser su propietario. Por otra parte, la desposesión del deudor impide que pueda destinar el bien al proceso productivo, con lo cual no podrá utilizar como garantía las materias primas, su equipo industrial o las mercancías, o, de hacerlo, se verá privado del instru-

BALMASEDA, «Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989)», *RCDInm.*, núm. 602, 1991, pp. 11-12]. En el mismo sentido, *vid.* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 111.

⁴ Cf. U. DROBNIG, *Estudio de las garantías reales*, UNCITRAL, Doc. A/CN.9/131, de 15 de febrero de 1977, p. 14.

mento esencial para obtener el beneficio que le permita satisfacer el crédito y liberar los bienes.

La aparición de las garantías reales sin desplazamiento obedece a la superación de los inconvenientes económicos del sistema clásico. En la inmensa mayoría de los sistemas de Derecho comparado, dichas garantías se han introducido, poco a poco, hasta resultar hoy de aplicación muy amplia, tanto respecto de los bienes susceptibles de gravamen como de la cualidad de las partes. En España, dicha evolución culmina con la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Para paliar los efectos negativos sobre la seguridad del tráfico de la ausencia de desplazamiento, se recurre, en contrapartida, a la exigencia de requisitos formales de publicidad. Así, nuestro ordenamiento requiere la inscripción registral como condición de oponibilidad tanto de la hipoteca como de la prenda (art. 41.3 LHMPSD).

La finalidad económica de los derechos de propiedad-garantía, al menos en aquellos sistemas en que su definición es más pura (Alemania), obedece a diversos intereses económicos. Es fundamentalmente en las situaciones de insolvencia «donde se hace manifiesto el sentido y la finalidad de la propiedad en garantía»⁵. Las garantías reales sin desplazamiento no ofrecen una garantía absoluta en los procedimientos concursales. No impiden que los bienes integren la masa del concurso y que queden afectados a la satisfacción de privilegios generales que suelen constituir una franja sustancial de la insolvencia del deudor (deudas públicas, de Seguridad Social, salariales...). De otro lado, el acreedor ostenta un mero derecho de preferencia sobre el bien, cuya satisfacción puede depender de circunstancias tan aleatorias como que dicho bien se halle en posesión del deudor. Finalmente, la prohibición del pacto comisorio reduce el derecho del acreedor al valor de realización del bien, que debe ser enajenado públicamente. Amparado en la condición de propietario, el vendedor con reserva de dominio o el arrendador en un *leasing* pueden hacer valer un derecho de separación de la masa que confiere una seguridad absoluta a la garantía de su crédito. Pero, además, la articulación de un derecho de propiedad puede ser útil, asimismo, para hacer prevalecer el derecho real sobre el bien frente a terceros adquirentes, en aquellos siste-

⁵ Cf. R. SERICK, *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 33.

mas o casos en que pueda actuar el principio de *nemo dat quod non habet*, evitando, de esta forma, las consecuencias negativas de la enajenación del bien por el deudor. Finalmente, la garantía es asimismo económicamente aconsejable para el deudor. Esencialmente, las garantías sobre la propiedad tienden a ser ocultas, esto es, procuran sortear los inconvenientes de la publicidad de las garantías reales sin desplazamiento de corte clásico. Ello abarata notablemente la garantía, pero, además, concede al deudor una pequeña ventaja adicional: no publicar su necesidad de crédito. Es indudable que las garantías sobre la propiedad no consiguen en ningún sistema, al menos en todas sus variantes, el cúmulo de ventajas económicas inicialmente perseguidas; sin embargo, constituyen un factor de evolución del sistema de garantías que ha introducido, para bien o para mal, algunos elementos diferenciales.

El camino hacia la complejidad de los sistemas de garantías mobiliarias no acaba aquí. Los mismos derechos de propiedad-garantía sufren una evolución tendente a adaptarse a las necesidades del proceso productivo y a obtener la máxima reducción de costes. De esta forma, la reserva de dominio o la venta en garantía van a sufrir una extensión horizontal y vertical, para no interrumpir el proceso productivo y dinamizar las relaciones económicas. El desarrollo horizontal de la reserva de dominio y de la venta en garantía supone una extensión de la garantía en razón de la dinámica de las relaciones comerciales continuadas entre acreedor y deudor. De esta forma, la garantía no sólo pretende asegurar el pago de la adquisición de un bien o la financiación de un préstamo, sino también cualesquiera créditos derivados de anteriores relaciones comerciales entre las partes (cláusula de relaciones de negocios y cláusula en cuenta corriente), e incluso entre todas las empresas vinculadas al deudor y todas las empresas del acreedor (cláusula colectiva o de grupo).

En segundo lugar, la extensión vertical de los derechos de propiedad en garantía obedece a la adecuación de la garantía cuando el bien asegurado es un bien dinámico, destinado a su reingreso en el tráfico⁶. Las formas simples de reserva de dominio o de venta en garantía son útiles para gravar bienes estáticos, que están destinados a permanecer identificables en posesión del deudor, tales como

⁶ Sobre la importancia capital de la distinción entre bienes estáticos y dinámicos en la comprensión de las fórmulas extensas de garantías sobre la propiedad, *vid.* R. SERICK, *ibíd.*, pp. 104-111.

los equipos industriales, la maquinaria, etc. Sin embargo, este no es el caso de las mercancías destinadas a ser revendidas, en que el deudor se constituye únicamente como un eslabón más de la cadena de distribución. Tales bienes deben ser revendidos para poder obtener el beneficio que coadyuva a la satisfacción del crédito. Para gravarlos con un derecho de propiedad en garantía, es preciso una extensión vertical, que permita extender la garantía, bien reproduciendo la garantía en la segunda reventa (cláusula continuada), bien, más comúnmente, gravando el producto obtenido en la reventa (cláusula prolongada), o cediendo previamente los créditos futuros del deudor por razón de la disposición del bien (cláusula de cesión de créditos futuros). Por otra parte, las materias primas tampoco constituyen bienes estáticos, desde el momento en que su transformación es precisa cuando el deudor constituye, en este caso, un eslabón más del proceso productivo. El más elemental principio de eficiencia económica aboga por adaptar a esta necesidad económica el derecho de propiedad en garantía, extendiéndola al producto resultante de la transformación (cláusula de transformación).

Semejante variedad de fórmulas complejas de garantías sobre la propiedad, se complementa con otras accesorias y se combinan entre sí, dando lugar a un complejo tramado de derechos y obligaciones en el contenido de la garantía, susceptible de afectar a varios sujetos, y a distintos bienes corporales, créditos y derechos⁷. Así, aun pretendiendo centrar nuestro estudio en los derechos de garantía sobre la propiedad de bienes muebles corporales, resulta ineludible, merced a tales prolongaciones, analizar asimismo la posibilidad y efectos que producirá la cesión de un crédito como garantía. Pero a este factor añadido de complejidad se suma la existencia en algunos sistemas de Derecho comparado de nuevas garantías reales que no encajan dentro de ninguna de las categorías expuestas. Así, cerca de las fórmulas complejas de garantía sobre la propiedad se sitúan las denominadas cargas flotantes, bien conocidas en algunos sistemas anglosajones y escandinavos, capaces de sujetar a la satisfacción del crédito no sólo el bien objeto de adquisición, sino cualquier elemento que componga el activo del deudor.

⁷ Sobre la combinación de cláusulas de reserva de dominio complejas, *vid.* R. SERICK, «Rechtsmechanismen beim erweiterten Eigentumsvorbehalt in unterschiedlichem Verbund mit Verlängerungsformen», *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1981, pp. 703-720.

3. Este breve repaso de la evolución y de las posibilidades de un sistema de garantías sirve para demostrar la complejidad que presenta el propio Derecho material, tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como desde un ángulo puramente económico. La coexistencia de esta variedad de fórmulas de garantía, y el difícil equilibrio entre los criterios de política legislativa a que obedece cada fase de la evolución, justifica la referencia al Derecho material de garantías reales como «un laberinto, o un campo de minas»⁸.

El grado en que los diferentes sistemas jurídicos ha sabido digerir esta complejidad es un factor clave en la solución y comprensión de los problemas de D.I.Pr. Así, mientras un sistema como el alemán ha sabido diseñar un sistema de garantías reales sabiamente fundado en la reserva de dominio y la venta en garantía, perfectamente adecuado a los principios jurídicos de su ordenamiento y a las necesidades de su economía, los derechos de garantía sobre la propiedad han producido una gran confusión en los sistemas latinos. En el Derecho español, la incorporación de la reserva de dominio, el *leasing* y la venta en garantía ha completado un sistema de garantías de gran diversidad y carácter contradictorio⁹. En el ámbito del *common Law* la confusión no es menor, a juzgar por el estudio de los precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, en el Derecho norteamericano ha tenido lugar una auténtica *Security's Revolution*, cuyas enseñanzas no pasan desapercibidas en el continente europeo¹⁰. En efecto, el artículo 9 del *Uniform Commercial Code* ha conseguido una auténtica reordenación funcional de las garantías, mediante un concepto único (*Security Interest*), a partir del cual las distintas garantías reales se clasifican y se

⁸ La afirmación está traída por P. M. NORTH del asunto de la jurisprudencia inglesa *Hendy Lennox (Industrial Engines) Ltd. c. Grahame Puttick Ltd* (1984), con el fin de advertir que tal grado de complejidad en el Derecho material es susceptible de multiplicarse hasta límites poco razonables en las situaciones de tráfico externo a las que se enfrenta el D.I.Pr. [Cf. P. M. NORTH, «Reform but no Revolution (General Course on Private International Law)», *R. des C.*, t. 220 (1990-I), p. 266.]

⁹ Tales calificativos merece nuestro sistema de garantías en palabras de un experto tan acreditado como R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*cf.* Prólogo a R. SERICK, *Garantías...*, *op. cit.*, p. 15).

¹⁰ Dicho interés de los especialistas europeos por las enseñanzas del modelo norteamericano pueden observarse en dos recientes y meritorios estudios de A.N. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (*Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, París, L.G.D.J., 1990, 248 pp.) y L. ROJO AJURIA («Las garantías mobiliarias. Fundamentos del Derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América», *ADC*, 1989, pp. 717-811).

regulan de forma uniforme según la función que cumplan. Así, algunas garantías sobre la propiedad se incardinan en el régimen propio y uniforme de la *purchase-money security interest*, sea cual fuere su forma, origen o denominación. Como tendremos ocasión de analizar, el modelo norteamericano no sólo constituye un ejemplo sobresaliente de depuración de un sistema de garantías, sino una experiencia valiosísima de cara a las respuestas del D.I.Pr. Pero la divergencia de los sistemas de garantías en el Derecho comparado no sólo reposa en las distintas fórmulas de garantías que operan en cada uno de ellos, sino, y en último término, en la diversidad de criterios de política legislativa y económica, y en la variedad de principios rectores desde el punto de vista técnico-jurídico. La acotación de unos y otros resulta un *prius* indispensable para determinar y valorar la suerte de las garantías sobre la propiedad en el comercio internacional.

II. Principios básicos de un sistema de garantías reales

1. Principio de autonomía de la voluntad y principio de tipicidad de los derechos reales de garantía

4. Una de las tensiones básicas sobre la que se edifica cualquier sistema de garantías reales y, por ende, cualquier concepción de los derechos reales en general, gira en torno a la opción por un principio de autonomía de la voluntad o, al contrario, por un sistema de control, basado en un principio de tipicidad o *numerus clausus* de derechos reales de garantía. Este elemento de construcción de un sistema jurídico de garantías concreto es vital en la consecutiva adopción de las respuestas del D.I.Pr., y, en suma, en la posibilidad de exportación de los derechos de garantía sobre la propiedad, afectando, de forma particular, al reconocimiento o validez de las garantías creadas en el extranjero.

En los países del *common Law* se detecta una tendencia a admitir un *numerus apertus* de derechos reales; pero tal vez sea el sistema alemán el paradigma de un ordenamiento basado en el principio de autonomía. La autonomía de la voluntad es un principio válido para la creación por los particulares de nuevos derechos reales de garantía, susceptibles de producir efectos *erga om-*

nes. La flexibilidad del sistema obedece, a juicio de R. SERICK, a una razón más profunda, enraizada en la propia configuración de las fuentes del Derecho y sus relaciones en el Derecho alemán. En su opinión, la admisibilidad en Alemania de la más amplia variedad de fórmulas simples y ampliadas de reserva de dominio o venta en garantía, desbordando con mucho los estrechos marcos legales de los parágrafos 223 y 455 BGB, se fundamenta en el Derecho no escrito. El extraordinario desarrollo de las garantías sobre la propiedad en Alemania, cuyo sistema jurídico será un constante punto de referencia, halla su fuente, por tanto, en el Derecho consuetudinario¹¹. Dichas garantías son utilizadas, en primer término, en la práctica comercial y bancaria, y su validez, finalmente, es sentenciada por la jurisprudencia. De este modo, poco importaría que la legislación alemana estableciese un sistema de control de las garantías si, a través de la costumbre que se origina en la contratación privada, los nuevos derechos vienen a ser admitidos por otra fuente que no cede, por razones de jerarquía, ante el Derecho escrito. No es casual, por tanto, que sea precisamente en Alemania donde con más apoyos se haya defendido en el D.I.Pr. una tendencia a introducir una solución de Derecho aplicable a las garantías mobiliarias basada en el aumento del papel de la autonomía de la voluntad, frente al criterio más rígido de la aplicación objetiva de la ley de la situación del bien, fiel reflejo de un Derecho de cosas inspirado en un principio de control y de *numerus clausus*¹².

Los países de tradición romanista se muestran *a priori* tributarios de un principio de tipicidad. En el Derecho español, sin embargo, aun admitiendo un principio general de tipicidad, no ha faltado una postura flexible tanto en la doctrina registral como en la

¹¹ Cf. R. SERICK, *op. cit.*, pp. 105-106.

¹² Vid. H. STOLL, «Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen», *Rabels Z.*, 1974, pp. 450-467, y R. H. WEBER, «Parteiautonomie im Internationalen Sachenrecht», *Rabels Z.*, 1980, pp. 510-534. No obstante, según la opinión dominante en Alemania «hay, hoy en día, en el Derecho internacional de bienes, espacio para la autonomía de la voluntad, ni de *lege lata*, ni de *lege ferenda*» (cf. CH. VON BAR, *Internationales Privatrecht*, t. 2, *Parte especial*, Munich, Ch. Beck, 1991, p. 546, y doctrina *cit.* en notas 32 y 33). Con todo, parece acertado el juicio de J. KROPHOLLER, en el sentido de que la tendencia a incorporar la autonomía de la voluntad al Derecho internacional de bienes existe, y que, en cualquier caso, aún no se ha dicho la última palabra acerca de la interrogante sobre un papel limitado de la autonomía de la voluntad en este sector del D.I.Pr. (cf. *Internationales Privatrecht*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1990, p. 450).

jurisprudencia, favorable a admitir una cierta apertura, como demuestra el hecho de la construcción jurisprudencial de la venta en garantía, capaz de afectar, precisamente, al derecho real —la propiedad— más sujeto al principio de tipicidad. Como regla general, sin embargo, los sistemas de tradición romanista proceden a introducir mediante leyes o disposiciones expresas nuevas formas de garantías mobiliarias de origen convencional, tipificando, pues, nuevos derechos que pueden ser creados por voluntad de las partes. Ahora bien, en los supuestos en que falta la tipificación legal de algunos derechos de propiedad en garantía, la correcta acotación de este principio presenta una gran importancia, en la medida en que puede actuar como un principio corrector o negativo frente al reconocimiento de derechos reales de garantía sobre la propiedad válidamente constituidos en el extranjero, pero extraños a los tipos conocidos en el Derecho del foro.

No faltan, tampoco, sistemas mixtos que combinen ambos criterios. También es posible una interpretación contenida del principio de tipicidad ceñida a la oponibilidad de la garantía, y no a su validez. Esta interpretación funcional del principio de tipicidad se fundamenta en el propio valor económico que incorpora dicho principio, cifrado en la protección de la seguridad del tráfico, afectando a aquellas situaciones que oponen al acreedor y a terceros, o, de otro modo, a la esencia del carácter real de un derecho: sus efectos *erga omnes*. Siguiendo la terminología del Derecho anglosajón, el principio de tipicidad actuaría en el ámbito de los *priority rights*, esto es, en las relaciones entre el acreedor y terceros, de forma que un derecho real de garantía atípico no sería oponible por el primero frente a los segundos. En contrapartida, el principio de tipicidad no afectaría a los *property rights*, esto es, al contenido del derecho real entre acreedor y deudor, que puede venir determinado por la libertad contractual de las partes¹³. La admisión de esta interpretación contenida del principio de tipicidad puede llevar al reconocimiento de la validez de garantías atípicas sobre la propiedad constituidas en el extranjero, y a la admisión de sus efectos *inter partes*, limitándose sus efectos negativos a la oponibilidad frente a terceros de la garantía, ámbito normal de actuación, como veremos, del país de importación del bien.

¹³ Se trata de una distinción bien acogida por la doctrina española a la hora de valorar el alcance del principio de tipicidad en los derechos reales, dentro del sistema español (*vid.* L. ROJO AJURIA, *loc. cit.*, pp. 757-761).

2. Principio de causalidad y principio de abstracción

5. La construcción de un sistema de transmisiones patrimoniales o adquisiciones derivativas causal o abstracto presenta asimismo singular relieve en el tratamiento material e internacional de los derechos de garantía sobre la propiedad. De un lado, existen tres grandes modelos de transmisión de la propiedad, consensual, abstracta o a través de *traditio*, sistema este último en que se enmarca el ordenamiento español. El régimen de los derechos de propiedad-garantía queda condicionado, en buena medida, al respeto y caracteres peculiares de cada sistema concreto de transmisión. Así, por adelantar sólo un ejemplo, la venta en garantía, que implica una transferencia de la propiedad acompañada de una *constitutum possessorium*, encaja perfectamente en un sistema de transmisión abstracta o consensual de la propiedad, pero plantea serias dificultades de adaptación en un sistema de *traditio* como el español, en que debe subsumirse, no sin dificultades, en algunos de los supuestos de tradición ficticia o simbólica.

Más trascendencia tiene aún los condicionantes que un sistema causalista impone en la construcción de un sistema de garantías. En un sistema abstracto, como el alemán, el correlato lógico es un principio de separación o independencia del acuerdo de garantía y del negocio causal en que pueda basarse. De esta forma, la venta en garantía (*Sicherungsübereignung*) fundamenta su validez y encuentra su causa en el propio acuerdo de garantía, con independencia de la operación de préstamo que constituye su antecedente económico-jurídico¹⁴. En un sistema como el español, en cambio, el dogma de la causalidad conlleva un «principio de la unidad» o *Einheitsprinzip* (F. PANTALEÓN PRIETO), de forma que el contrato de garantía es inseparable y debe traer justa causa en el contrato principal, y la transmisión de la propiedad precisa un negocio jurídico verdadero y válido, acompañado de causa justa y legalmente suficiente para transferir el derecho real objeto de la misma, sin que sea preciso ningún otro negocio¹⁵. De esta forma, una compraventa en garantía o una compraventa con pacto de retro no puede tener en el sistema español, en modo alguno, el fin de transferir la propiedad, toda vez que la presencia de un contrato de préstamo, cuyo cumplimiento pretende garantizar la compraventa, impide

¹⁴ Cf. R. SERICK, *op. cit.*, pp. 86-87.

¹⁵ *Vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, pp. 1036-1038.

considerar como causa justa la transmisión del dominio, en cuyo caso se trataría de una compraventa simulada. Ello implica una determinada concepción de la garantía prefijada por la teoría de la causa, y que refleja meridianamente la Res. DGRN de 10 de junio de 1986: «si la causa de la transmisión es la garantía, el adquirente fiduciario sólo tendrá sobre la cosa facultades de garantía pero no de apropiación», o, de otro modo, «al no ser esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender» (STS de 8 de marzo de 1988).

Sin embargo, la venta en garantía tal vez no sea el ejemplo más característico de la influencia de un sistema causalista en la configuración de las garantías sobre la propiedad. Al fin y al cabo, también en un sistema abstracto, como el alemán, dicha figura no da lugar más que a una propiedad fiduciaria. La reserva de dominio y el *leasing* son ejemplos mucho más claros de esta incidencia. Así, la independencia del título y la transmisión en el Derecho alemán, permiten configurar la reserva de dominio como una auténtica condición suspensiva de la transferencia de la propiedad (§ 455 BGB), de forma que el acreedor ostenta una propiedad plena¹⁶. En cambio, en el Derecho español, esta construcción no deja de ser contradictoria con la propia causa de la compraventa que es, precisamente, transferir el dominio¹⁷. Una prueba clara de la acción del principio de causalidad en la figura de la reserva de dominio es la necesidad de entender que todo préstamo de financiación al vendedor con reserva de dominio implica, de suyo y sin necesidad de que conste expresamente, la cesión de la reserva de dominio; la de-

¹⁶ Para un estudio de la doctrina alemana que sustenta esta calificación de la reserva de dominio, *vid.* por todos R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Moneda y Crédito, 1971, pp. 18-22.

¹⁷ No ha faltado, sin embargo, un cierto éxito de la consideración de la reserva de dominio como una condición suspensiva de la transferencia de la propiedad, tanto en nuestra doctrina (*vid.* F. CANDIL Y CALVO, *Pactum reservato domini*, Madrid, Imp. Ibérica, 1915, p. 175; J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. I, Madrid, R.D.M., 1963, p. 348; M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1985, pp. 377 y ss.; M.ª A. EGUSQUIZA BALMASEDA, *loc. cit.*, pp. 15-20; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 110, etc.) como en nuestra jurisprudencia (cuyo precedente emblemático es la STS de 10 de junio de 1958, *RAJ*, 1958, núm. 2142). Sin embargo, compartimos el juicio crítico de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que alude a la función verdadera de dicha calificación, que distorsiona la causa de la cláusula, tratando de ocultar la verdadera función que cumple como garantía, facilitando una vía fraudulenta de burlar la prohibición del pacto comisorio.

pendencia de la cláusula de reserva de dominio de la obligación contractual que garantiza, impide que pueda desligarse la subrogación en la posición contractual del vendedor de la subrogación en su posición real¹⁸.

Esta diferencia de principios incide, asimismo, en la divergencia de los sistemas de garantías del Derecho comparado, analizados estáticamente. Pero en su dimensión dinámica, que es la que interesa a la perspectiva del comercio internacional, pueden constituir un nuevo factor de incomunicación entre los sistemas, que es preciso resolver¹⁹. Particularmente, la vinculación del título y del modo afecta de modo decisivo a la propia validez y contenido de la garantía, y deberá ser tenida en cuenta a la hora de determinar y poner en práctica la ley que ha de regir el título y el modo de adquisición del derecho de garantía, que no será necesariamente la misma.

3. Prohibición del pacto comisorio y elasticidad de las garantías

6. En la determinación de la validez y el contenido de los derechos de propiedad en garantía juega un papel fundamental el alcance de la prohibición del pacto comisorio, colofón habitual de un sistema de garantías sin desplazamiento de corte clásico. El artículo 1.859 Cc prevé que «el acreedor no puede apropiarse las co-

¹⁸ En contra de esta interpretación se pronuncia la STS de 10 de mayo de 1990, que exige para que la cesión alcance a la cláusula de reserva de dominio, en los préstamos de financiación al vendedor, que así se haya convenido expresamente en los mismos (*CCJC*, núm. 23, 1990, pp. 641-646). El error en que incurre esta decisión ha sido demostrado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO a partir del estudio de los propios modelos reglamentarios característicos de dicha contratación; pero añade el autor citado que ello es asimismo consecuente dada la dependencia causal de la reserva de dominio respecto del crédito sobre el precio aplazado; ahora bien, como el propio R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO apunta, ello es más consecuente con la consideración de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio como derecho real de garantía similar al de prenda, que como condición suspensiva de la transferencia de la propiedad (*ibid.* pp. 647-651).

¹⁹ No tiene desperdicio la advertencia de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en el breve pero muy ilustrativo prólogo de la obra-compendio de los estudios de R. SERICK (*cf. op. cit.*, p. 19). Después de advertir que la diferencia entre un sistema causal y otro abstracto es algo que los juristas españoles saben perfectamente, pero a veces tienden a olvidar, sentencia que la «sujeción de la eficacia del modo a la del título y la relevancia concreta de la causa de éste pueden constituir un obstáculo insalvable para una importación del sistema alemán a nuestro ordenamiento».

sas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas». Este principio implica que el valor económico del acreedor es un valor de realización del bien, previa enajenación pública, no un valor de uso o disposición propio del derecho de propiedad. En determinados sistemas, la prohibición del pacto comisorio mantiene una imperatividad absoluta, de forma que impide, de *iure*, la existencia de auténticos derechos de propiedad-garantía, que se reconducirían al régimen propio del derecho de prenda clásico²⁰. Esta prohibición ha sido incluso elevada al rango de cuestión de orden público internacional, para negar cualquier validez a garantías constituidas en el extranjero con un contenido contrario a la prohibición de apropiación característica del pacto comisorio²¹.

En la medida en que la mayoría de los sistemas de Derecho comparado han introducido figuras basadas en la propiedad como garantía, resulta difícil concebir la prohibición del pacto comisorio como una cuestión de orden público internacional. Pero no por ello deja de tener una importancia clave en la determinación del contenido y los efectos reales de los derechos de propiedad-garantía. Cuando no existen soluciones positivas en un determinado sistema, es preciso averiguar si los derechos de propiedad-garantía adquieren un alcance distinto al de los derechos de prenda clásicos, permitiendo una apropiación del bien por el acreedor, un derecho de separación de la masa de la quiebra o una tercería de dominio frente a terceros individuales, o se reconducen, por mor del alcance general de la prohibición del pacto comisorio, a un derecho sobre el valor de realización del bien, con carácter privilegiado, como un mejor derecho, que no como propiedad plena. Ello supone, de un lado, una correcta interpretación, no siempre sencilla,

²⁰ Esta posición ha sido mantenida dentro del sistema español, con gran rigor científico, por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (cf. *op. cit.*, esp. pp. 63 y 100), si bien el desarrollo legislativo y la jurisprudencia no parecen confirmar semejante derrotero. Incluso, semejante calificación fue defendida en Alemania, aunque con matices, por A. BLOOMEYER (cf. *Studien zur Bedingungslehre: Über bedingte Verfügungsgegschäfte*, Berlín, 1939, pp. 173-174 y 220-222).

²¹ Paradigma de esta solución son las bien conocidas decisiones del Tribunal de Casación francés de 24 de mayo de 1933 (*Soc. Administratie Kantoort de Maz c. Soc. des automobiles Ravel*), en *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1934, pp. 97-102, y nota de J.-P. NIBOYET, pp. 102-109; *Jour.dr.int.*, 1934, y nota de J. PERROUD, pp. 381-382, y *Rec. Sirey*, 1935, pp. 257-260, y nota de H. BATIFFOL) y de 8 de julio de 1969 (*D.I.A.C. c. Oswald*), en *Journ.dr.int.*, 1970, pp. 916-917 y nota de J. DÉRRUPPÉ, pp. 917-923; *J.C.P. (Semaine Juridique)*, 1970-II, núm. 16.182, y nota de H. GAUDEMET-TALLOL, y *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1971, p. 76, y nota de Ph. FOUCHARD, pp. 76-86.

del Derecho material que haya de regir el contenido y la oponibilidad del derecho de propiedad en garantía, pero de otro, constituye un elemento de valoración indispensable en el reconocimiento y eventual despliegue de efectos en el foro de una garantía constituida en el extranjero.

7. La determinación de este contenido de los derechos de propiedad-garantía, como susceptibles de integrar un régimen de realización de valor característico de la prenda, o un mecanismo de apropiación propio del derecho de dominio pleno, se complica cuando, en un determinado sistema de garantías, el contenido de la propiedad en garantía presenta un alto grado de elasticidad. El principio de elasticidad de un sistema de garantías tiene que ver no sólo con la posibilidad de que figuras englobadas como derechos de propiedad-garantía (reserva de dominio, venta en garantía o *leasing*) tengan un contenido distinto²², sino con la eventualidad de que un mismo derecho pueda presentar un carácter diverso según la relación litigiosa (una reserva de dominio que permite un derecho de apropiación frente al deudor, y un privilegio pignoraticio frente a terceros), o pueda transformar su contenido según su grado de complejidad.

El paradigma de este principio de elasticidad o conversión (*Umwandlungsprinzip*), lo constituye el régimen de la venta en garantía en el Derecho alemán. A ciertos efectos, el fiduciario es un propietario pleno; no obstante, su posición en el plano jurídico-real sufre un *margen de oscilación*, que hace que su posición frente a la masa concursal y en los demás procedimientos de ejecución forzosa se transforme en un mero acreedor pignoraticio, con todos los límites que dicha posición conlleva²³. Pero ese margen de oscilación y semejante conversión es predicable asimismo entre la reserva de dominio simple y sus fórmulas complejas de ampliación y prolongación, sin olvidar que, en un mismo contrato y respecto de un mismo bien, dichas cláusulas pueden concurrir. Pero, mientras la reserva de dominio simple atribuye al vendedor un derecho de apropiación, o mejor, de conservación de la plena propiedad, nos

²² La distinción entre propiedad plena y propiedad fiduciaria es una de las claves que distingue, en el sistema alemán, la reserva de dominio de la venta en garantía, y, a su vez, el régimen de organización del crédito de las operaciones de venta y de préstamo (cf. R. SERICK, *op. cit.*, pp. 34 y 119-121).

²³ El principio de conversión es una formulación original de R. SERICK, considerado el mejor experto en derechos reales de garantía de la doctrina alemana (*ibid.*, pp. 36-37 y 87-88).

encontramos con que las fórmulas complejas se someten a un principio de conversión. Así, las formas prolongadas de reserva de dominio (extensión vertical) están sujetas a lo que R. SERICK denomina «regla de permeabilidad» (*Durchlässigkeitsgebot*): una vez que el bien se transforma o se produce su reventa con la consiguiente cristalización de la cesión del crédito, la propiedad plena del vendedor con reserva de dominio simple se transforma en una propiedad fiduciaria de contenido pignoraticio. En el caso de las fórmulas ampliadas de reserva de dominio (extensión horizontal), la regla no es de absoluta permeabilidad, sino de simple «elasticidad». Cuando cristaliza la causa de ampliación de la reserva de dominio, ésta se transforma en un simple privilegio pignoraticio sobre cosa ajena; dicha conversión se produce, sin embargo, solamente para el caso de oponibilidad a la masa del concurso, en que se somete al principio de «responsabilidad por déficit», pero mantiene el carácter de propiedad plena en cualesquiera otros casos ²⁴.

La descripción de los principios de conversión y elasticidad en el complejo sistema alemán de garantías es realizada por R. SERICK tras un minucioso estudio de jurisprudencia y legislación, y más de treinta años dedicados al estudio de las garantías en Derecho alemán, reflejado en su colosal obra de seis volúmenes ²⁵. Su labor ha demostrado que el contenido de los derechos de propiedad-garantía se somete a un grado importante de oscilación según la garantía, su grado de complejidad y la situación litigiosa concreta. Así, fórmulas originales de contenido dispar, como la reserva de dominio y la venta en garantía, confluyen en un régimen común o unitario en el tratamiento de las fórmulas complejas de reserva de dominio y de venta en garantía, merced a la acción de un principio general de elasticidad o permeabilidad, según los casos, perfectamente consecuente con los conceptos y las necesidades económicas de un sistema de garantías. Este detalle del contenido de los derechos de propiedad-garantía en el sistema sin duda más elaborado que existe, el alemán, impone una reflexión general de singular trascendencia: al resolver los problemas que estos derechos suscitan en el comercio internacional, y ante la eventualidad de recurrir a la aplicación del derecho extranjero, bien para determinar el contenido del Derecho, bien para valorar el reconocimiento de la validez o de

²⁴ *Ibid.*, pp. 127-134.

²⁵ Su obra magna, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, fue publicada en seis volúmenes aparecidos en 1963, 1965, 1970, 1976, 1982 y 1986.

los efectos en el foro de una garantía extranjera, no basta en modo alguno con un mero análisis conceptual de cada sistema de garantías. Será preciso ahondar en una difícil tarea de determinar, desde una perspectiva funcional, cuál es el contenido y alcance de la garantía pactada no en abstracto, sino en concreto, en atención primordial al tipo de relación o pretensión jurídica concreta.

4. Principio de publicidad de los derechos reales

8. La alternativa entre un sistema de garantías ocultas y un sistema sustentado en el principio de publicidad constituye, sin duda, el *punctum pruriens* de una política de crédito y de garantías, y el elemento más demostrativo de una concreta política económica en dicho sector. Además, los inconvenientes del carácter territorial de un sistema de publicidad están en la base de los problemas más delicados que caracterizan al D.I.Pr. en este ámbito. En la mayor parte de los casos, la eficacia extraterritorial de los derechos reales de garantía depende estrictamente de lograr una paralela publicidad extraterritorial.

El principio de publicidad de los derechos reales de garantía se justifica como un medio de contrarrestar el principio de propiedad aparente basado en la posesión, y en las consecuencias que produce de cara a la seguridad del tráfico. Tras la aparición de los derechos reales de garantía sin desplazamiento, se hacía preciso instituir un medio de hacer público el hecho de que la posesión del bien no significaba una propiedad plena o exenta de cargas. La finalidad última de la publicidad radica, pues, en evitar que los terceros puedan prevalerse de la apariencia y, en suma, de otorgar al acreedor un instrumento de oponibilidad del bien frente a terceros. En este sentido, el principio de publicidad formal, particularmente la necesidad de inscripción registral de las garantías, aparece como un correctivo a la publicidad aparente, basada en la posesión, y dotada de importantes efectos en muchos sistemas jurídicos.

La publicidad de los derechos reales de garantía como principio de construcción de un sistema de garantías se ha puesto en tela de juicio en diversos ordenamientos, por múltiples razones. De un lado, los sistemas de garantías que se fundamentan, de forma principal, en los derechos de propiedad-garantía, han evolucionado hacia fórmulas de garantía ocultas. Precisamente, entre los inconvenientes prácticos y económicos de un sistema de prenda clásico,

progresivamente sustituido por un sistema de propiedad en garantía, se encuentran los inconvenientes económicos de la publicidad. Sin contar el aspecto de los costes económicos, dicha publicidad implica, obviamente, una situación de aparente insolvencia del deudor. Particularmente, en las relaciones comerciales, el deudor no está interesado en hacer saber dicha circunstancia a sus eventuales clientes. Por otra parte, determinados medios de publicidad son, esencialmente, puros formalismos, incapaces *per se* de cumplir sus objetivos materiales. Así, la exigencia de que la reserva de dominio conste por escrito y tenga fecha cierta, condiciones exigidas, por ejemplo, por la legislación francesa, se cifran en evitar operaciones fraudulentas realizadas en el período sospechoso para el caso de concurso del deudor, pero, evidentemente, se trata de una condición materialmente incapaz de asegurar la posición económica de un adquirente de buena fe. Por último, la realidad de las operaciones comerciales no parece justificar, hoy por hoy, al menos en las operaciones mercantiles, la validez del principio de propiedad aparente sustentada en la posesión. Ningún operador económico supone que el activo en posesión de un comerciante constituye parte de su propiedad. En los sistemas de garantías más avanzados, se parte de una desmitificación del principio de propiedad aparente y, en consecuencia, de una minoración o simplificación funcional de las condiciones de publicidad ²⁶.

Por otra parte, las formalidades exigidas legalmente para la propiedad en garantía plantean serios problemas de calificación. Así, la exigencia de un escrito puede actuar como una exigencia de validez del contrato o cláusula contractual, de validez del propio derecho real derivado o de publicidad u oponibilidad del derecho real frente a terceros. Igualmente, la inscripción registral puede exigirse con carácter constitutivo del derecho de garantía, y no simplemente como condición de oponibilidad. El cumplimiento de la formalidad, por tanto, puede afectar tanto a la validez del derecho como a sus efectos *inter partes* o frente a terceros. El alcance de su omisión, en cada caso, dependerá que se califique como una exigencia de forma del contrato, de constitución del derecho real o de publicidad. Si se tiene presente que, en las operaciones internacionales, cada uno de estos aspectos puede regirse por una ley dis-

²⁶ En el Derecho anglosajón, la caída del principio de la *reputed ownership* es un elemento fácilmente detectable (cf. I. DAVIES, «The Reform of Personal Property Security Law: Can art. 9 of the US Uniform Commercial Code be a precedent», *ICLQ*, 1988, pp. 466-467).

tinta, se deduce de inmediato la importancia que la calificación de la exigencia formal presenta para el D.I.Pr.

En cualquier caso, la cuestión primordial se cifra en el cumplimiento de las condiciones de publicidad como condición de oponibilidad del derecho de propiedad-garantía frente a terceros. En algunos sistemas, la consecución de tales efectos se produce sin necesidad alguna de publicidad: se admiten las garantías ocultas. En otros, la gran mayoría, la garantía sólo es oponible si cumple determinados requisitos de publicidad. Ni que decir tiene que las garantías constituidas en estos últimos sistemas jurídicos son más fácilmente exportables a los primeros que a la inversa. A ello se añade una dificultad práctica o adicional, capaz de poner de relieve que la función del D.I.Pr. no debe agotarse en la mera designación del Derecho aplicable: el contenido del Derecho material de un Estado puede hacer que los derechos de garantía constituidos en el extranjero no puedan acceder, materialmente, a la publicidad requerida, al exigir, para el acceso al registro, condiciones infrecuentes o imposibles en las operaciones internacionales. Nos detendremos, precisamente, en los casos suizo y español, que se caracterizan por el efecto al que ahora sólo aludimos. Cabe reseñar, finalmente, que la evicción de los problemas que suscita el carácter territorial de todo sistema de publicidad institucionalizada, ha dado lugar a las respuestas más sugerentes en el ámbito del comercio internacional, tanto en las tentativas de regulación convencional o institucional, como en la propuesta y adopción de normas internas destinadas a paliar sus consecuencias.

5. Principio de identificabilidad de los bienes

9. El principio de identificabilidad de los bienes puede constituir un límite decisivo frente al desarrollo de derechos de propiedad-garantía complejos. La sujeción de los efectos de la garantía a la identificación del bien constituye un impedimento notable al reconocimiento de aquellos derechos de propiedad-garantía que extienden su radio de acción al producto transformado o sustituyen el propio bien por otros derechos no determinados, como los créditos futuros (extensión vertical de la reserva de dominio y de la venta en garantía). Del mismo modo, el principio de identificabilidad de los bienes gravados es incompatible con la introducción, en un determinado sistema de garantías, de cargas flotantes, que resultarían materialmente irrealizables si fuese preciso determinar,

continuamente, los elementos del activo del deudor sobre los que recae la garantía.

El principio comentado responde nuevamente a un interés en mantener la seguridad del tráfico, en este caso mediante un sistema de transparencia que permita, en cada momento, determinar con absoluta seguridad cuáles son los bienes del deudor sometidos a una limitación económica. De esta forma, el sistema español introduce el principio en los artículos 2 a) y 7 de la Orden de 15 de noviembre de 1982, por la que se aprueba la Ordenanza para el registro de venta a plazos de bienes muebles, y que exige enfáticamente, como condición para la inscripción, que se trate de bienes «perfectamente identificables»²⁷. En otro caso, la reserva de dominio no accederá a la publicidad registral y, en consecuencia, no será oponible frente a terceros. El principio de identificabilidad de los bienes tiene, además, su trasunto sistemático en el Derecho concursal español, a través del principio de reivindicación *in natura* (art. 909.8 Ccom.). Dicho principio refleja, finalmente, un elemento de control del sistema general del crédito y sus garantías, toda vez que estas últimas suelen tener un ámbito de aplicación o utilización limitado a determinado tipo de bienes, limitación que, obviamente, sólo es posible controlar si tales bienes son perfectamente identificables. Otros sistemas, sin embargo, han diseñado incluso fórmulas útiles para sortear lo que se ha venido en llamar, en el Derecho alemán, el *Nämlichkeitsproblem*, o problema de identificación, esto es, cuando siendo demostrable que un determinado bien no pertenece a la masa del concurso, pero corresponde a una persona indeterminada dentro de un grupo de acreedores, resulta imposible su determinación. Para resolverlo, se recurre, en el propio sistema alemán, a la figura del *pool* de garantías.

10. En suma, el estudio de los principios de construcción de un sistema de garantías permite diseñar, sólo en un plano teórico, un modelo de relación entre los principios reseñados. Así, un modelo inicialmente conservador, como el español, comprometido con la seguridad del tráfico y la protección de los terceros, fundamenta su sistema de garantías en los principios de tipicidad, causalidad, rigidez en la prohibición del pacto comisorio, publicidad e identificabilidad de los bienes. Un sistema más dinámico, como el alemán, obediente no sólo a los fundamentos jurídicos de su sis-

²⁷ BOE 29-XI-86.

tema, sino también, y especialmente, a las peculiares necesidades de su economía, tiende hacia un sistema más liberal de difusión del crédito mediante la protección del acreedor y el abaratamiento de las garantías, inspirado en el principio de autonomía de la voluntad, abstracción, elasticidad, carácter oculto de las garantías e indeterminabilidad del objeto de la garantía. En ningún modo, empero, dichos principios actúan de forma pura en ningún sistema. El propio sistema alemán, básicamente coherente pero no exento de contradicciones, juega con un cierto equilibrio de principios contrapuestos. En los sistemas latinos, a su vez, la congruencia no es una característica de sus sistemas de garantías, con lo cual los principios y los presupuestos básicos de su orden jurídico se sacrifican, en ocasiones, en atención a criterios de oportunidad económica.

Exigencias técnico-jurídicas y objetivos de política económica subyacen conjuntamente, pues, en el concreto equilibrio o desequilibrio de estos principios en un sistema de garantías concreto. Queda aún por ver la incidencia de otros principios y exigencias técnico-jurídicas que, propias de otros sectores del ordenamiento, influyen notablemente en cualquier sistema de garantías. En cualquier caso, la distinción responde a razones puramente expositivas y no debe hacer dudar de la incuestionable interrelación de unos y otros principios entre sí, e, indefectiblemente, de todos con los presupuestos de un análisis económico de la cuestión.

III. Criterios de política legislativa en sectores afines

1. Seguridad del tráfico y protección de la posesión mobiliaria

11. Al referirnos al principio de publicidad de los derechos reales de garantía habíamos apuntado el papel económico que cumple la protección de la posesión mobiliaria como apariencia de la propiedad en el tráfico mobiliario. En este punto, los distintos sistemas jurídicos pueden obedecer a dos principios contrapuestos. En primer lugar, la célebre máxima del Código napoleónico *en fait de meubles possession vaut titre...* ha sido heredada por muchos sistemas europeos, entre otros el español (art. 464 Cc), que se amparan en el principio de propiedad aparente basada en la posesión, para de esta forma atribuir el dominio al tercero que adquiere de

buena fe²⁸. Con un carácter más formalista, en el Derecho inglés, por ejemplo —y, por efecto reflejo, en la mayoría de los sistemas del *common Law*—, opera un principio contrario, aunque originario del Derecho romano, inspirado en la máxima *nemo dat quod non habet...*, en virtud de la cual se protege más al propietario original que al tercero que adquiere *a non domino*.

Sin embargo, en la práctica, las diferencias entre sistemas pueden resultar más aparentes que reales. De un lado, en los sistemas que protegen la apariencia de propiedad de la posesión mobiliaria no dejan de existir excepciones. Así ocurre, en el Derecho español, con los supuestos de pérdida o privación ilegítima —este último de controvertida interpretación—, a su vez sujetos a excepción en el caso de prescripción instantánea previsto en el artículo 85 Ccom. en favor del comprador de bienes adquiridos en tiendas y establecimientos mercantiles. Además, el alcance de la protección del tercero y su interpretación plantea fuertes controversias y disparidad de juicio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia²⁹. En segundo término, los propios sistemas anglosajones han introducido en la legislación especial muchas excepciones al principio *nemo dat quod non habet*, por lo que, finalmente, resulta una cierta aproximación material en sistemas jurídicos inicialmente obedientes a principios contrapuestos³⁰.

²⁸ Se han barajado un buen número de argumentos para justificar el adagio napoleónico, tales como el valor de la máxima «*error communis facit ius*», la doctrina del «error legítimo» o la necesidad de sancionar al autor de tal situación de apariencia, que oscurece la transparencia del tráfico comercial idóneo y eficiente; mas tales criterios son relativos y se subsumen en un objetivo de política legislativa: la seguridad del tráfico (para un breve análisis crítico de las explicaciones tradicionales, *vid.* P. VAN OMMESLAGHE, «L'apparence comme source autonome d'obligations en droit belge», *Rev.dr.int.dr.comp.*, 1982, pp. 144-160).

²⁹ Para un esquema de las divergentes interpretaciones del artículo 464 Cc español, en orden a determinar el carácter de adquisición *a non domino* que atribuye al tercero, o, por el contrario, como constitutivo de un supuesto particular de prescripción adquisitiva o como regla específica de mera reivindicación mobiliaria, en relación con la suerte de las garantías mobiliarias en el comercio internacional, *vid.* N. BOUZA VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991, pp. 22-27, esp. p. 23, nota 18.

³⁰ La excepción más significativa en la *Sale of Goods Act* de 1979 viene recogida en los párrafos 21 y 25.1, admitiendo la adquisición por el tercero si el propietario original ha consentido, explícita o implícitamente, en la reventa, excepción ésta de singular relieve en el régimen de determinados derechos de propiedad-garantía (cf. J. PARRIS, *Effective Retention of Title Clauses*, Londres, Collins, 1986, pp. 16-18). Sobre el alcance del principio «*nemo dat quod non habet*» y sus excepciones en el *common Law*, *vid.* A. S. TAYLOR, «Goods on Sale or Return and the Nemo Dat Rule», *JBL*, 1985, pp. 390-397.

Aun existiendo un cierto criterio generalizado en la protección del tercero que adquiere de buena fe, la concepción económica de esta protección puede variar de un sistema a otro, haciéndose palpable en el sistema de presunciones y carga de la prueba de la buena fe. Así, mientras en el Derecho español y en el francés la buena fe del tercero se presume *iuris tantum*, en los Países Bajos el tercero ha de probar la adquisición efectiva de la mercancía, y en Alemania es al tercero a quien incumbe probar su buena fe³¹. La opción por uno u otro sistema no es caprichosa y depende de una determinada concepción del tráfico comercial.

Debe hacerse constar que, en la práctica comercial, el crédito, el arrendamiento financiero y la utilización de la propiedad como garantía son supuestos habituales, en tanto que la propiedad de los bienes productivos, del material de equipo o de las materias primas son un supuesto poco normal en la vida económica. Ello justifica que la apariencia de la propiedad deje de tener sentido, al menos en el tráfico mercantil, y pueda ser exigible a los operadores una mayor diligencia en la indagación de la auténtica titularidad del bien. En términos económicos, la buena fe del tercero profesional en la creencia que su proveedor era auténtico propietario no tiene mucho sentido, y ello justifica que el sistema alemán presuma su mala fe, y de esta forma «parece conformarse mejor al siglo de la velocidad»³². Esta tendencia, además, se contempla en el Proyecto de Proposición de Directiva comunitaria sobre los efectos de la cláusula de reserva de dominio³³. En su artículo 8 establece la inoponibilidad de la cláusula frente a terceros subadquirientes de buena fe bajo cualquier título contractual. Se entiende que se actúa de buena fe cuando se ignora que el comprador no era propietario del bien o resultaba imposible saberlo haciendo prueba de una diligencia razonable, de acuerdo con los usos comerciales.

³¹ Para un análisis de Derecho comparado, *vid.* J. G. SAUVEPLANNE, «The Protection of the Bona Fide Purchaser on Corporeal Movable in Comparative Law», *Rebels Z.*, 1965, pp. 651-693; U. DRÖBNIG y R. M. GOODE, «Security for Payment in Export and Import Transactions», *Commercial Operations in Europe*, Leiden/Boston, Sijthoff, 1978, pp. 348 y 354; H. HOYER, «International Sale of Goods and Security Interests with ne Outline of Conflict of Laws», *International Sale of Goods*, Dubrovnik Lectures, ed. por P. Volken y P. Sarcevic, Nueva York, Oceana Publications, 1986, pp. 413-418.

³² El gráfico juicio favorable al sistema alemán corresponde a J. CALAIS-AULOY «nota a la ST de Apelación de Montpellier de 16 de junio de 1964 (*J.-B. Mas c. Esposos Figüeres*)», *Rec. Dalloz-Sirey*, 1965-I, p. 103.

³³ Ref. III/D/278/80-FR.

La buena fe debe presumirse *iuris tantum* cuando el comprador le ha entregado el bien al tercero en el ejercicio de su actividad habitual profesional concerniente a bienes de la misma naturaleza que los litigiosos. De ello se deduce que, en otro caso, es el tercero quien debe probar su buena fe, con lo cual la Directiva se inclina ya por una postura intermedia entre el sistema latino y el germánico. Se trata del mismo criterio flexible que inspiró el artículo 7 del Proyecto de Convenio UNIDROIT de Ley Uniforme sobre adquisición de buena fe de bienes muebles corporales³⁴.

12. La protección de la posesión mobiliaria aparece comúnmente ligada al principio de protección de la seguridad del tráfico. Esta exigencia, en el planteamiento tradicional o «hipótesis de la repelencia», implica que la consecución de la seguridad del tráfico pasa necesariamente por la protección de los terceros y, en consecuencia, se opone al interés del propietario —en nuestro caso el acreedor del derecho de propiedad-garantía— y al principio general de seguridad jurídica, que quedaría sacrificado en aras de la primera. Siguiendo en este punto a C. PAZ-ARES³⁵, cabe, sin embargo, un enfoque muy diverso de la contraposición de intereses y de la comprensión del principio de seguridad del tráfico que, según la «hipótesis de la atracción», beneficia finalmente al titular del derecho, aunque pueda resultar paradójico. Reconstruyendo una idea de R. IHERING³⁶, C. PAZ-ARES aplica la metodología del análisis económico del Derecho para llegar a esta conclusión, que permite evitar la oposición entre principio de seguridad jurídica y principio de seguridad del tráfico. Desde semejante perspectiva, parece claro que «sólo es racional establecer normas de seguridad del tráfico en aquellos sectores de la realidad en que sea razonable pensar que a quien típica y normalmente favorecen es precisamente a los titulares originarios de los recursos»³⁷. El criterio de eficiencia obliga pues, al adoptar normas de seguridad del tráfico, a tender a la protección del auténtico titular del derecho. Ahora bien, hace ver C. PAZ-ARES que es el propio titular del derecho quien está interesado en que se proteja al tercero y en asumir los riesgos de expropiación a que conduce la posesión mobiliaria. Si no fuera así, la obligación del tercero de informarse concienzudamente de la au-

³⁴ UNIDROIT, *Etude*, XLV-Doc. 57, 1974.

³⁵ *Vid.* «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RDM*, 1985, pp. 7-40.

³⁶ *Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*, Jena, 1869.

³⁷ *Ibid.*, p. 18.

téntica titularidad del bien encarecería desorbitadamente el coste de la operación, e impediría al titular aprovecharse del auténtico valor en cambio de los bienes, entorpeciendo sus expectativas comerciales.

El planteamiento de C. PAZ-ARES, que hemos simplificado a fines expositivos, es presentado por su propio autor como un mero ejemplo de laboratorio de las posibilidades del método de análisis económico del Derecho; sin embargo convence, siquiera sea por sentido común, de que la protección de los terceros no constituye un fin en sí mismo, o un mecanismo de protección de intereses individuales, sino que responde, en su razón económica, a un fin de protección de la seguridad del tráfico y, en último término, de las expectativas del propio titular del Derecho. Se trata de una interpretación que conduce a afirmar, por ejemplo, que la carga de la prueba de la buena fe por parte del tercero sería, en último término, una medida económicamente perjudicial, en términos de eficiencia económica, para el presunto beneficiario de la misma: el titular del derecho de garantía, en nuestro caso. Pero, con carácter más general, el planteamiento aludido permite justificar que el principio de seguridad del tráfico no se contradice con el principio de seguridad jurídica; antes al contrario, se trata de un mecanismo complementario o, en último término, de un correctivo perfectamente justificado en término de análisis económico del Derecho.

13. La publicidad de los derechos reales de garantía actúa, en consecuencia, como el corolario del principio de seguridad del tráfico y de la protección económica plena de los derechos del titular de la garantía. El establecimiento de un sistema de publicidad de los derechos reales opera como un mecanismo de institucionalización de la información para el tercero, y como elemento de combate frente a la presunción de buena fe. Estableciendo concretos sistemas de publicidad de las cargas que padecen los bienes, los terceros tienen un instrumento jurídicamente determinado para acceder a la información y no pueden prevalerse del error o buena fe en la apariencia de propiedad. Por su parte, cumplimentando los requisitos de publicidad establecidos, el titular adquiere una seguridad absoluta en la oponibilidad de su derecho.

El capítulo de la publicidad de los derechos reales, ya analizado más arriba, es susceptible ahora de valorarse en términos económicos dentro del capítulo de la seguridad del tráfico y de la protección de la posesión mobiliaria. Partiendo del criterio de eficiencia e internalización de costes de transacción, sólo un sistema de infor-

mación efectiva, accesible y poco costosa es admisible en términos de análisis económico del Derecho. Admitir que la publicidad concurre por la mera presencia de un escrito en el acuerdo de garantía supondría volver a hacer recaer sobre el tercero unos costes de información insostenibles, susceptibles de minorar las expectativas jurídicas y económicas de los propios titulares del derecho. En este sentido, sólo un sistema de publicidad registral preciso y de fácil acceso constituye un elemento de auxilio a la internalización de costes y a la protección de la seguridad del tráfico.

14. El principio de protección de la seguridad del tráfico y el papel de la protección mobiliaria presentan, no obstante, matices propios en el mercado internacional. De un lado, M. VIRGÓS SORIANO ha puesto de relieve la importancia que desempeña la *lex rei sitae*, como conexión clave en materia de ley aplicable a los derechos reales, en razón de la «función ordenadora» del derecho de cosas y la eficiencia del sistema. La opción económica por reforzar el valor en cambio de los bienes (protección de la seguridad del tráfico y de la posesión mobiliaria), o la inclinación en favor del valor en uso (protección de la titularidad del derecho subjetivo), aunque no resulten incompatibles desde el análisis económico del Derecho, refleja una concreta ordenación del mercado que no se fundamenta en polos opuestos, sino que se combina en razón de la actividad o sector económico en cuestión. La *lex rei sitae* aparece, pues, como una opción consecuente con la consecución inteligente de dicho orden, actuando como ley del país cuyo tráfico, y cuya seguridad del tráfico, queda afectada³⁸.

Esta justificación económica de la *lex rei sitae*, como ley ordenadora del tráfico de los bienes, se acompaña de otros datos de interés que pueden inferirse de un análisis económico de la seguridad del tráfico en las operaciones internacionales. En primer término, la aplicación de la *lex rei sitae* se confirma por el hecho de que los costes de información del tercero acerca de la titularidad del bien, se multiplicarían en caso de un bien de procedencia extranjera, y por tanto han de reducirse a las circunstancias relevantes que puedan producirse en el lugar de la situación del bien. Ello

³⁸ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, «Cosas y derechos reales», en la obra colectiva de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4.ª ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 340-341. El estudio de M. VIRGÓS SORIANO es, sin duda, el trabajo más útil para una comprensión de los problemas generales del DIPr. de bienes en nuestra doctrina.

implica que la publicidad de los derechos de propiedad-garantía en un lugar distinto a aquel en que el tercero entra en posesión del bien no pueden servir para desvirtuar su adquisición de buena fe. Si se tiene en cuenta la movilidad de los bienes y el carácter estrictamente territorial de los mecanismos de publicidad, se comprenderá que, en las situaciones de tráfico externo, las normas de seguridad del tráfico y los mecanismos de protección del titular amparados en la publicidad de los derechos de propiedad-garantía no funcionan con la eficiencia que les caracteriza en un mercado cerrado.

Como consecuencia de lo dicho, cabe otra lectura desde el ángulo del análisis económico del Derecho. Así, parece racional que, en un mercado cerrado, se le pueda exigir al titular del Derecho que adopte las medidas oportunas para adaptarse a las exigencias de publicidad del derecho de garantía. Sin embargo, esta exigencia implicaría un coste inaceptable en las operaciones internacionales, si se obligase al titular a ultimar todas las diversas condiciones de publicidad que eventualmente exijan todos los Estados adonde pueda ir a parar el bien. Sólo en el caso de operaciones de exportación, en que el titular conoce el destino del bien, el coste estaría justificado y la sanción por falta de publicidad sería económicamente aceptable.

Sin embargo, en muchos supuestos, el titular no puede prever el destino final del bien y, en consecuencia, está incapacitado para precaverse o afrontar los costes de la publicidad de su derecho en todos esos sistemas. Ante semejante situación, la especialización de las respuestas del D.I.Pr. en el «segundo escalón», están plenamente justificadas. Así, veremos que una alternativa plasmada positivamente en el artículo 9.103 UCC, en el artículo 102.2 de la LFSDIP de 18 de diciembre de 1987 y en otros textos de D.I.Pr. comparado, facilitan un plazo de gracia para que la titularidad del derecho sea oponible hasta que el acreedor de un determinado derecho de propiedad-garantía pueda cumplimentar las condiciones de publicidad de su derecho en otro Estado. En términos de análisis económico del Derecho, resulta explicable asimismo, y es consecuente con la «hipótesis de la atracción» en el sentido expuesto por C. PAZ-ARES, que un determinado sistema contemple la posibilidad de que las garantías deban ser publicadas o registradas en operaciones internas y puedan desplegar sus efectos sin dicha publicidad en el plano internacional: el ordenamiento jurídico puede repercutir o externalizar en el acreedor/vendedor el coste de publi-

car la garantía en un Estado e, incluso, en el Estado de importación, pero no puede obligarle a padecer el coste de transacción que implica dicha publicidad en todos y cada uno de los Estados en que el bien pueda llegar a encontrarse. Esta interpretación económica de la cuestión ha servido, por ejemplo, para que la jurisprudencia californiana haya admitido una inusual oponibilidad de los derechos de garantía frente a terceros subadquirentes, cuando no se habían cumplido en el lugar de situación del bien en el momento de la adquisición las condiciones de publicidad requeridas³⁹. Finalmente, estas circunstancias justifican que en determinados mercados especializados, tales como el Derecho comunitario, se haya intentado llegar a un sistema de publicidad internacional de las garantías⁴⁰. En suma, el juego del principio de la seguridad del tráfico y el papel de la posesión mobiliaria constituye un elemento importante en la suerte de los derechos de propiedad-garantía en el comercio internacional, al tiempo que se impone una valoración de las circunstancias especiales que concurren el tráfico externo y que impiden una adecuación inmediata de los principios del Derecho material a las respuestas del D.I.Pr., sin mediar los correspondientes correctivos.

2. Principios básicos del Derecho concursal

15. El Derecho concursal en el sentido tradicional está en el «corazón mismo» de los problemas que suscitan los derechos de garantía sobre la propiedad⁴¹. Para muchos, la razón de ser pri-

³⁹ STS de California (1928), en el asunto «*Mercantil Acceptance Co. c. Franck*», cit. por N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 214.

⁴⁰ La idea de un Registro Central Europeo de las garantías fue un elemento clave del fracasado Proyecto de Convenio relativo a las garantías mobiliarias sin desplazamiento elaborado a principios de los años setenta por la Federación bancaria de la CEE (*Doc. K/4/4*, núm. 153, sin fecha). Igualmente, la institucionalización de un sistema de publicidad internacional de las garantías, en particular en el ámbito europeo, es una idea firmemente apoyada por un sector doctrinal de singular peso (*vid.* P. LAGARDE, «Nota a la ST de Apelación de París de 19 de enero de 1976», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, pp. 135-136; H. COING, «Probleme der Anerkennung besitzlosen Mobiliarpfandrechte in Raum der EWG», *ZfRvgl.*, 1967, pp. 65-82; K. F. KREUZER, «Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: von den Grenzen des Internationalen Privatrechts», *Kollision und Vereinheitlichung. Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Friburgo, Ed. Univ., 1990, pp. 636-640).

⁴¹ La expresión es de F. DERRIDA (*cf.* «La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives», *Rec. Dalloz-Sirey*, 1980, chrn. XLI, p. 293).

mordial de estos derechos radica en la protección del acreedor frente a un eventual concurso sobre los bienes del deudor, asegurándose un derecho de separación sobre la cosa. Doctrinal y jurisprudencialmente, tendremos ocasión de ver la defensa de la existencia, en el Derecho español, de un derecho de separación frente a la masa del concurso de los titulares de algunos derechos de propiedad-garantía.

En el D.I.Pr., la suerte de los derechos de propiedad-garantía en el concurso va a depender de lo que establezca la *lex fori*. No obstante, existe cierta dificultad en precisar si la aplicación de dicha ley se hace a título de *lex concursus* o como *lex rei sitae* en el momento de declaración del concurso. En la mayoría de los casos, ambas leyes coincidirán, pero cuando no sea así, o exista una *lex rei sitae* anterior, la elección por uno u otro criterio, o la vía de la aplicación cumulativa de ambas, o de la *lex concursus* como ley más restrictiva, depende en buena medida del alcance y contenido de los principios básicos del sistema concursal del ordenamiento en cuestión, que constituyen un pilar básico en la ordenación de la económica, del crédito y del sistema de garantías, plasmándose en normas de orden público económico. Estos principios muestran su interés no sólo a la hora de determinar la ley aplicable a la oponibilidad dentro o fuera de la masa de los derechos de propiedad-garantía, sino que informan directamente el contenido material de la regulación. De su alcance dependerá que en tal o cual Estado los derechos de propiedad-garantía puedan gozar de un derecho de separación o se sometan a la ley del dividendo como un mero privilegio más, variando quizá las expectativas de oponibilidad ofrecidas por el Derecho del Estado en que se constituyó la garantía. Igualmente, de tales principios dependerá que sólo sean oponibles las garantías que recaigan sobre bienes determinados o, también, las fórmulas complejas de derechos de propiedad-garantía y las cargas flotantes.

La evolución del Derecho concursal constituye en nuestros días un tema candente, de especial actualidad en el Derecho europeo. Baste reseñar a tal efecto algunos datos relevantes: de un lado, la dificultosa negociación de los sucesivos proyectos de un Convenio (CEE) sobre quiebras, convenios y otros procedimientos análogos de 1970 y 1980, ambas veces detenidos en vía muerta y cuya negociación ha resucitado actualmente. En segundo término, los planes de reforma de los Derechos concursales de distintos países europeos, cuya adopción definitiva no plantea menos

problemas que la negociación internacional, de forma particular en el ámbito que nos ocupa. Por un lado, ciertos sistemas (francés, belga o luxemburgués) parecen tender e incluso haber logrado un reforzamiento de los derechos de propiedad-garantía frente a la masa del concurso⁴². Por otro, sistemas que tradicionalmente amparaban un derecho de separación para todas o algunas garantías sobre la propiedad, orientan sus proyectos de reforma hacia una vuelta al principio de igualdad de acreedores, convirtiendo tales derechos en un mero privilegio a satisfacer dentro de la masa, no a expensas de la masa. Es el caso del sistema alemán, cuya tendencia apuntada ha dado lugar a críticas severas⁴³; pero también parece ser el espíritu de los reformadores españoles, a juzgar por lo previsto en los artículos 266, 283, 286, 287, 291 y 292 del Anteproyecto de Ley concursal de 1983⁴⁴. En ambas reformas, se suceden los Proyectos, o éstos desaparecen y se vuelven a revitalizar, sin que se haya llegado a unas perspectivas concretas para un futuro inmediato.

No es de extrañar que la divergencia de los Derechos materiales comparados y las expectativas de evolución actual del Derecho concursal provoquen una cierta sensación de «confusión» al abor-

⁴² En el Derecho belga, absolutamente reacio a la oponibilidad frente a terceros de las garantías sobre la propiedad, fueron presentadas tres proposiciones entre 1980 y 1981, que se redepusieron en las sucesivas legislaturas (*vid.* sobre estos intentos de reforma R. VANDER ELST, «Les sûretés traditionnelles en droit international privé», *Les Sûretés*, París, Feduci, 1984, p. 420, y E. MEZGER, «La protection du vendeur par la réserve de propriété en Allemagne et en France», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruselas, Bruylant, 1983, p. 240). Por su parte, en mayo de 1980, la *Ley Dubanchet* modificó de forma absoluta el tenor de la legislación francesa, admitiendo el derecho del vendedor a reivindicar el bien identificable, gravado con una reserva de dominio, en el plazo de cuatro meses a contar de la apertura del concurso, separando el bien de la masa, siempre que la cláusula constase por escrito con anterioridad o a más tardar al momento de la entrega del bien al comprador, cualquiera que fuese la cantidad debida por éste (*La Ley*, núm. 80-335, de 12 de mayo de 1980, relativa a los efectos de la cláusula de reserva de dominio en los contratos de venta y a su oponibilidad a la masa de la quiebra, *J.O.* 12-V-1980, recibe su nombre del senador que la propuso).

⁴³ Particularmente gráfica es la crítica de R. SERICK al proceso de reforma del Derecho alemán de quiebras, en sus dos primeros informes, al señalar, recurriendo a una cita literaria de SPENGLER, que las garantías mobiliarias alemanas sufrirían un destino enteramente comparable al que se ha podido escribir sobre la cultura mexicana: «en el mayor esplendor de su desarrollo... destruida como un girasol al que un caminante arrancara su cabeza» (*cf. op. cit.*, p. 146).

⁴⁴ Cuyo texto puede consultarse en el monográfico núm. 8 de la *RFDUCM*, dedicada al *Estudio sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal*, pp. 279-362.

dar esta cuestión⁴⁵. Como adelantábamos, la suerte de los derechos de propiedad-garantía depende de los principios rectores del Derecho material de quiebras encargado de regular su oponibilidad; pero cabe destacar que dichos principios se hallan, actualmente, en situación de tránsito en la mayoría de los sistemas europeos. Hasta que esta evolución se consolide, su estudio sólo puede cifrarse en los resultados del Derecho vigente, sin perjuicio de tener en cuenta las tendencias y expectativas de futuro.

16. El principio de *pars conditio creditorum* o, más vulgarmente, la «ley del dividendo» aparece como el fundamento inicial y el fin primordial de todo procedimiento concursal. Su fundamento económico reposa en una *regla de responsabilidad*. La atribución a los acreedores en un derecho de propiedad-garantía de una facultad de separación del bien frente a la masa del concurso, se ampara en una *regla de propiedad* que quiebra en su base el principio de igualdad de acreedores. Pero no es menos cierto que dicho principio se rompe igualmente por el hecho de atribuir al acreedor un mero privilegio sobre el valor de realización del bien. En suma, la oponibilidad dentro o fuera de la masa es indiferente frente al principio general de la *pars conditio creditorum*. En este sentido, dada la existencia en la mayoría de los sistemas jurídicos de un importante cúmulo de créditos preferentes o privilegiados, carecería de sentido fundamentar la inoponibilidad frente a la masa de los derechos de propiedad-garantía en un principio genérico de igualdad de acreedores. En todo caso, la negación de un derecho de separación se fundamentaría en un principio de igualdad de acreedores privilegiados, es decir, en un sistema que evitara la discriminación de los acreedores privilegiados por una garantía mobiliaria, unificando su régimen. Pero, aun así, resulta raro el sistema que no procede a ordenar jerárquicamente, en cierta manera, a los acreedores privilegiados según el tipo de garantía. El motivo fundamental de oposición al derecho de separación de los acreedores titulares de un derecho de propiedad-garantía, hay que buscarlo en el carácter social del Derecho de

⁴⁵ Es la expresión utilizada por R. R. PENNINGTON, «Retention of Title to the Sale of Goods under European Law», *ICLQ*, vol. 27, 1978, p. 315. Para un análisis sucinto de la divergencia de regímenes en los países miembros de la CEE, *cf.* J. LEMONTEY, «Perspectives d'unification du droit dans le projet de Convention CEE relative à la faillite», *Rev.trim.dr.eur.*, 1975, pp. 172-180, y S. SÁNCHEZ LORENZO, «La venta de mercancías con pago aplazado y cláusula de reserva de dominio en el Derecho comunitario», *RCEA*, vol. III, 1986, p. 99.

quiebras⁴⁶. En efecto, el reconocimiento de derechos de separación *ex iure dominii* produce de hecho una minoración de los créditos preferentes, caracterizados por su carácter social, interés público y, además, importante monto, tales como las deudas salariales, de seguridad social o fiscales.

17. El principio recurrente de seguridad del tráfico se traduce, en el ámbito concursal, en otro principio relevante: el de solvencia aparente, capaz de constituir, en aquellos sistemas que le rinden tributo, un serio obstáculo a la oponibilidad en el concurso de los derechos de propiedad-garantía, y una negación absoluta de un derecho de separación. El viejo aforismo latino *possessio imago proprietatis* se traduce en la exigencia de determinadas pautas de comportamiento a las instituciones de crédito, que han de evitar la aparente solvencia en las empresas deudoras, susceptible de perjudicar a terceros, de forma que el principio de solvencia aparente, por su repercusión general, no sólo implica la responsabilidad del quebrado, sino de todos los operadores económicos que han de actuar diligentemente. Dicho principio ha sido utilizado como motivo suficiente de orden público económico capaz de vetar la oponibilidad frente a la masas de los derechos de propiedad en garantía, constituidos en el foro o en el extranjero⁴⁷.

Sin embargo, el criterio de la solvencia aparente no ha resistido la crítica doctrinal⁴⁸, ni el empuje de la jurisprudencia. El precedente tal vez más significativo es el asunto *Romalpa*, que hizo saltar, en el Derecho inglés⁴⁹, el cerrojo de la *reputed ownership*, frente a las fórmulas más complejas de propiedad-garan-

⁴⁶ Vid. L. MATRAY, «Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de Cassation», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruselas, Bruylant, 1983, pp. 15-76.

⁴⁷ Dos ejemplos meridianos se encuentran en la ST de Casación francés de 22 de octubre de 1934, en el asunto «*Coulombe et Duboc c. Compagnie d'Assurances La Préservatrice*» (*Rec. Sirey*, 1935-I, p. 339), y en la ST de Casación belga de 9 de febrero de 1933 (*cit.* por G. VAN HECKE, «La reconnaissance en droit international privé des sûretés sans dépossession constituées à l'étranger», *Rapports belges au Xème Congrès international de droit comparé*, Bruselas, 1978, pp. 161-162).

⁴⁸ Ya después de la *Ley Dubanquet*, C. WITZ califica el principio de solvencia aparente en el Derecho francés como inadmisibles e inexplicables (*cf.* «Nota a la ST de Casación francés de 11 de mayo de 1982 (*Sociedad Localcase c. Singer*)», *Rec. Dalloz-Sirey*, 1983-II, p. 272).

⁴⁹ De forma abusiva, a juicio de C. M. SCHMITTHOFF (*cf.* «The Reservation of Property Clause (Editorial)», *JBL*, 1976, pp. 209-213).

tía⁵⁰. En efecto, el principio de solvencia aparente se muestra como un recurso débil, en la mayoría de los sistemas, para negar la oponibilidad de los derechos de propiedad-garantía. En primer término, la apariencia sólo opera cuando induce a error, y en este sentido sólo beneficiaría al resto de acreedores cuyo crédito hubiera nacido con posterioridad al derecho de propiedad-garantía, con lo cual afectaría al principio de igualdad de acreedores⁵¹. En segundo término, el principio no obsta al buen fin de la reivindicación ejercitada por el vendedor con anterioridad a la declaración del concurso, aun cuando estos bienes se hallen en la masa formando parte de la propiedad aparente del quebrado. En tercer lugar, el principio de solvencia aparente resulta inoperante en cualquier sistema que admita garantías sobre la propiedad exentas de requisitos de publicidad. Pero el argumento definitivo radica en que la reivindicación no sufre normalmente cortapisa alguna cuando el derecho de propiedad-garantía descansa en un contrato de depósito, *leasing*, u otras figuras que, *de facto*, crean esa misma apariencia de propiedad que la venta en garantía o la reserva de dominio.

Con base en los argumentos señalados, se ha apuntado la incompatibilidad del principio de solvencia aparente, en el sistema español, con lo dispuesto en los artículos 908 y 909 Ccom., que prevén la reivindicabilidad de los bienes poseídos por el quebrado en concepto de depósito, arrendamiento, usufructo, etc.⁵². En ta-

⁵⁰ *Aluminium Industrie Vaasen B.V. c. Romalpa Aluminium Limited* (1976), *WLR*, 1976-1, p. 676, y *All ER.*, 1976-2, p. 552. Una empresa holandesa aparecía como vendedora a una británica de un cierto contingente de láminas de aluminio bajo reserva de dominio prolongada y de transformación, concediendo el juez británico al vendedor la propiedad de las láminas de aluminio que aún permanecía en manos del comprador, así como el precio de las ya revendidas y el producto transformado. Dicha decisión pulverizó el principio de solvencia aparente y facilitó la posterior admisión por los Tribunales británicos de este tipo de cláusulas, sobre la base, en muchos casos, de su afinidad a figuras típicas del Derecho inglés, como la *floating charge*, produciendo un efecto reflejo en el sistema irlandés (*cf.* J. P. T. BROOKS, «The Law Relating to the Sale of Goods in the Republic of Ireland», *Survey of International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 104-106).

⁵¹ Vid. P. COPPENS, «Le problème des clauses de réserve de propriété dans l'avant-projet de convention européenne sur la faillite», *Idées nouvelles dans le droit de la faillite (Travaux de la IVème Journée d'études juridiques Jean Dabin 17-V-1968)*, Bruselas, Bruylant, 1969, pp. 244-245.

⁵² *Cf.* M. BOTANA AGRA, «Algunos aspectos de la reserva de dominio en la quiebra», *Estudios en homenaje al Profesor Alonso Otero*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1981, p. 64.

les casos, el principio de identificabilidad del bien no supone una concesión a la doctrina de la apariencia, sino un condicionamiento técnico de la reivindicación. En resumidas cuentas, las nuevas necesidades económicas, traducidas al plano del Derecho concursal, entierran al principio de solvencia aparente. El principio, señala con harto grafismo D. OHL, responde a «una idea indudablemente obsoleta y hace referencia a una economía balzacciana, de pequeños tenderos, sobrepasada ya hace mucho»⁵³. En el tema que nos ocupa, ello produce dos tipos de consecuencias: de un lado, el principio de solvencia aparente es insuficiente en sí mismo para justificar una aplicación de la *lex fori concursus* a la oponibilidad de los derechos de propiedad-garantía, basándose en criterios de orden público económico internacional; de otro, no refleja un criterio material de política legislativa suficiente para impedir la oponibilidad de derechos de propiedad-garantía constituidos en el extranjero en la mayoría de los supuestos de concurso declarado en otro Estado.

18. Uno de los elementos claves en la evolución actual del Derecho concursal es su conversión de un «Derecho de quiebras» en un «Derecho de las empresas en dificultades», orientado no ya al reparto de los bienes del calamitoso quebrado, sino hacia su rehabilitación y saneamiento⁵⁴. El principio de rehabilitación del quebrado, como fin esencial del concurso en tiempos de crisis, puede implicar una tendencia contraria a la oponibilidad de la propiedad en garantía, como así se infiere de los proyectos de reforma en curso en el Derecho comparado. Se afirma que los derechos de propiedad-garantía privilegiados en el concurso con un derecho de separación o ejecución preferente atenta al saneamiento de las empresas en dificultades, al recaer, habitualmente, sobre parte importante de su capital productivo. De esta forma, un amplio reconocimiento de la oponibilidad de tales derechos resultaría poco compatible con un sistema de quiebras inspirado en un principio de rehabilitación del quebrado.

⁵³ Cf. «La clause de réserve de propriété et son opposabilité à la masse en droit français», *DPCL*, 1980, p. 591.

⁵⁴ Cf. P. MARTENS, «Ordre public et temps de crise», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruselas, Bruylant, 1983, pp. 342 y 361. Para un análisis de los intereses en presencia de los procedimientos concursales y su incidencia en la evolución actual del Derecho concursal en los sistemas continentales hacia la rehabilitación del quebrado, *vid.* D. E. ALLAN y U. DROBNIG, «Secured Creditors in Commercial Insolvencies. A Comparative Analysis», *Rebels Z.*, 1980, pp. 615-648.

Sin embargo, el análisis económico que subyace a esta interpretación puede resultar contradictorio. De un lado, el hecho de dotar a los derechos de propiedad-garantía de los máximos efectos de separación frente a la masa del concurso, a cambio de mínimos requisitos formales, puede radicar, precisamente, en un deseo de reducir el número de insolvencias; ello no sólo porque evita las quiebras en cadena de los acreedores insatisfechos, sino, y sobre todo, porque la garantía de poder reivindicar el bien en caso de impago induce a los titulares de derechos de propiedad-garantía a suministrar bienes y créditos con mayor facilidad. De esta forma, las empresas en dificultades pueden disponer de aquellos bienes de equipo o de vías de financiación que tal vez le son indispensables para superar momentos difíciles, mientras que tales bienes y créditos no se obtendrían con tanta facilidad en ausencia de semejantes garantías.

Como se ha visto, el juego de tres principios básicos del Derecho material de quiebras (igualdad de acreedores, solvencia aparente y rehabilitación del quebrado) puede resultar contradictorio y poco claro frente a los derechos de propiedad-garantía. No debe extrañar, pues, que ante las situaciones concursales se produzca el mayor grado de imprevisibilidad de las soluciones. No obstante, será preciso tener en cuenta el espíritu del Derecho concursal, y el papel de sus principios de construcción, para analizar la suerte que en un sistema concreto pueden tener las garantías sobre la propiedad constituidas en el extranjero.

3. Protección del consumidor y garantías del crédito al consumo

19. La suerte de los derechos de propiedad-garantía y la incidencia de los criterios de política legislativa en sectores afines sufren necesariamente una inflexión importante cuando el deudor no es un operador profesional, sino un consumidor. Las propias características del *leasing*, la venta en garantía o las fórmulas complejas de propiedad-garantía son, por definición, y salvo raras excepciones, impropias de contratos de consumo. Sin embargo, en el caso de la reserva de dominio simple, hay importantes sectores del mercado de venta a plazos (electrodomésticos y vehículos automóviles) que recurren sistemáticamente a dicha figura. En este ámbito, las normas de protección del consumidor introducen una regulación imperativa susceptible de afectar directamente a los efectos *inter partes* de la garantía pactada, introduciendo un régimen dife-

rencial que, por su naturaleza y origen (art. 51 CE), deben calificarse como normas de orden público internacional, esto es, normas cuya aplicación se antepone asimismo en las operaciones de tráfico externo.

La distinción de la regulación global del crédito empresarial o comercial, y la propia del crédito al consumo, constituye un factor a tener en cuenta tanto en las normas de Derecho interno como de origen internacional o institucional. Así, se ha valorado positivamente la propuesta del comité *Crowther* para la reforma del Derecho inglés, inspirada en la separación del sistema norteamericano entre el *Uniform Commercial Code* y el *Uniform Consumer Credit Code*, que parte precisamente de dicha distinción, obediente a la presencia de valores económicos dispares: la protección de la economía nacional, en el primer caso, y la protección del consumidor en el segundo⁵⁵. Del mismo modo, los textos convencionales e institucionales proyectados han sabido separar el régimen de los derechos de propiedad-garantía en las relaciones comerciales de las operaciones de crédito al consumo⁵⁶, procediendo a una regulación específica de esta última, de la que es buena muestra el tramado de disposiciones en vigor y en vía de proyecto en el seno de la Comunidad Europea⁵⁷. En suma, las normas de protección del consumidor constituyen un factor más de análisis, dentro del marco general de los derechos de propiedad-garantía, tal vez uno de los pocos

⁵⁵ Vid. R. M. GOODE, «A Credit Law for Europe», *ICLQ*, 1974, pp. 246-247.

⁵⁶ Así, tanto el artículo 1.3 del Proyecto de Convenio del Consejo de Europa de 6 de abril de 1982 sobre la cláusula de reserva de dominio simple como el artículo 1 del Anteproyecto de Proposición de Directiva CEE de 1980 no resultan aplicables a las operaciones de consumo, en perjuicio de las disposiciones nacionales relativas a la protección del consumidor, hecho que se tuvo en cuenta asimismo en la redacción del artículo 41 del Proyecto de Convenio (CEE) sobre quiebras, convenios y otros procedimientos análogos de 1980 (vid. R. GARCÍA VILLAVERDE, «El Derecho concursal comunitario», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal. RFDUCM*, núm. monográfico 8, 1985, p. 273, y sobre la redacción del artículo 39 del Proyecto de 1970, J.-L. IGLESIAS BUHIGUES, «Ley aplicable y efectos de la quiebra en el Mercado Común (Proyecto de Convenio CEE) y en el Derecho español», *RIE*, 1977, p. 387.

⁵⁷ Se trata de la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (*DOCE*, núm. L 42, de 12 de noviembre de 1987), recientemente modificada por la Directiva del Consejo de 22 de febrero de 1990 (*DOCE*, núm. L 61, de 10 de marzo de 1990), y de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores de 24 de julio de 1990 (*DOCE*, núm. C 243/2, de 28 de septiembre de 1990).

sectores del ordenamiento donde el método de análisis económico del Derecho puede utilizarse con pocas reservas, y no como un simple ejercicio de virtuosismo intelectual.

IV. Garantías reales y tráfico internacional de bienes

20. Si fuera necesario resumir con una sola palabra los problemas de tráfico externo que plantean las garantías sobre la propiedad, aquélla no sería otra que «diversidad». La diversidad actúa en diversos planos y en distintos momentos. En primer término, el análisis realizado hasta el momento de los principios que sustentan la rama del Derecho material considerada, arroja una inequívoca conclusión en torno a la divergencia de los Derechos materiales en presencia, que no sólo es puramente normativa o formal; se produce asimismo en un terreno sustancial: el de los principios rectores de cada sistema particular de garantías y de cada sector del Derecho afín, que finalmente constituye un trasunto de opciones fundamentalmente económicas.

Las divergencias entre los distintos Derechos materiales, ejemplificada en la contraposición de principios antagónicos, constituye la dificultad básica para encontrar o actuar soluciones de D.I.Pr. capaces de lograr una continuidad de las relaciones jurídicas afectadas. No en vano, J.-P. NIBOYET señalaba este dato calificando los derechos reales de garantía como derechos «sin posibilidades de exportación jurídica»⁵⁸. Sin embargo, aun partiendo de una eventual aproximación material de los sistemas jurídicos en presencia, la naturaleza de los derechos reales de garantía provoca dificultades propias en orden a conseguir una eficacia internacional de tales derechos. El alcance estrictamente territorial de los instrumentos administrativos de publicidad de tales derechos es, tal vez, el ejemplo más significativo de cómo aun partiendo de un régimen similar de efectos frente a terceros, no es posible alcanzar el mismo resultado material. A ello se añade que, en muchos casos, la regulación específica de dichos instrumentos de publicidad impide *de facto* que puedan acceder a ella las garantías constituidas en el extranjero. Como conclusión de esta diversidad de normas y principios, cabe afirmar que la seguridad del tráfico de la reglamentación in-

⁵⁸ Cf. J.-P. NIBOYET, *Conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits réels sur les meubles corporels à titre particulier*, tesis, París, Sirey, 1912, p. 492.

terna se traduce en una inseguridad del tráfico en el comercio internacional, que el D.I.Pr. debe tender a resolver.

21. La discontinuidad internacional de los derechos de propiedad-garantía, o, de otro modo, las dificultades de su eficacia internacional o transfronteriza, varía, a su vez, en razón de la diversidad de supuestos. No sólo se trata de distinguir las particularidades que suscitan las garantías sobre la propiedad, según que la relación jurídica litigiosa afecte a las partes contratantes de la garantía, o involucre a terceros, pudiendo a su vez relacionarse la intervención de estos últimos con sectores del ordenamiento muy diversos: protección de la posesión mobiliaria, ejecución individual o concurso de acreedores. La pluralidad de supuestos se refiere asimismo a las características de la operación en el caso concreto. La inseguridad jurídica aumenta en aquellos supuestos en que dicha operación jurídica es inicialmente una relación jurídica interna, que sólo cobra dimensión internacional por un imprevisto traslado del bien, por parte del deudor, a otro Estado. En tales casos, la desprotección del acreedor es mayor, dado que, al tratarse de un traslado imprevisto del bien, no puede prevalerse de la posibilidad de haber diseñado su garantía o de haber adaptado sus condiciones de eficacia a la legislación del Estado al que ha ido a parar el bien gravado. En cambio, una mayor diligencia es exigible al exportador que grava con un derecho de propiedad-garantía un bien cuyo destino es otro Estado: el país del importador. El supuesto resulta, en términos de análisis económico, radicalmente distinto, siendo eficiente que el acreedor asuma el coste de transacción que supone adecuar la garantía al país de importación, con un solo matiz: el Derecho del país de importación debe permitir, en términos de razonabilidad económica, esa adaptación de la garantía a las condiciones de eficacia por él exigidas.

La diversidad existente entre ambos supuestos debe servir para llamar la atención acerca de la necesaria especialización de las respuestas del D.I.Pr., que deben asumir tal diversidad. En el primer caso, la consecución de la seguridad del tráfico internacional sugiere, al menos en términos de análisis económico, una aplicación contenida de la ley del país de destino de los bienes, a través, por ejemplo, de una norma material que permita al acreedor, en un plazo razonable, adecuar su garantía a las condiciones de eficacia de la ley de la nueva situación del bien, resultando admisible, entretanto, la eficacia prevista en la ley de la situación original. En cambio, en el segundo caso, dicho beneficio resultaría quizás exce-

sivo, dado que correspondería al exportador asumir el coste de transacción de la adaptación de la garantía al ordenamiento de destino del bien, justificándose, entonces, la pura y simple aplicación de principio de la ley de destino del bien.

La variedad de supuestos, de la que sólo hemos extraído un ejemplo, es susceptible de una multiplicación considerable. Piénsese, por ejemplo, en la variación que introduce en el análisis anterior el régimen de la exportación de bienes destinados a ser explotados en varios Estados⁵⁹ o de aquellos medios de transporte que por su movilidad intrínseca tienden a cambiar de situación con asiduidad. En tales casos, la aplicación de la ley del destino del bien no sólo pierde su justificación racional, sino también económica, al imponer al acreedor costes de transacción insoportables. Además de los casos señalados, la diversidad de supuestos se produce tanto en razón de las peculiaridades de la operación (*ad. ex.* cuando ésta recae sobre bienes en situación de tránsito internacional), como de los propios bienes que son objeto de la garantía (*ad. ex.* cuando aquéllos tienen un régimen particular, como ocurre con las obras de arte). En suma, es preciso constatar la presencia de una diversidad de supuestos, que afectan de distinta manera a la inseguridad del tráfico internacional y que invitan a una consecuente diversidad de soluciones.

22. La diversidad de normas, principios y supuestos convive y se relaciona con una tercera diversidad: la de planos o niveles de reglamentación. Esta distinción hace referencia, fundamentalmente, al diferente tratamiento que merece la propiedad-garantía en el comercio internacional, en general, y en el particular mercado especializado diseñado en la Comunidad Europea. El hecho de que exista en este último ámbito un mercado único, y consecuentemente un principio de unidad de mercado, caracterizado por una serie de principios de orden económico comunes (fundamentalmente el principio de libre competencia y la libre circulación de mercancías), introduce una variante de interés excepcional, tanto para valorar el hecho de la diversidad de ordenamientos como la propia diversidad o especialización en las soluciones. En primer término, ello produce una consecuencia metodológica de vital im-

⁵⁹ La especialidad de dicho supuesto ha provocado, incluso, que se haya planteado recientemente la posibilidad de un convenio internacional que específicamente regule ciertos aspectos de las garantías que gravan este tipo de bienes (*cf.* Unidroit, *Etude*, LXXII, doc. 1, Roma, diciembre de 1989).

portancia para el análisis jurídico: la construcción de un mercado único o con tendencia a la unidad, basado en un principio fundamental de equilibrio de las condiciones de mercado en situación de competencia perfecta, en atención al criterio económico fundamental de la máxima eficiencia, justifica plenamente la aplicación de un método de análisis económico del Derecho, que, de por sí, no resulta ni mucho menos igualmente válido para el análisis de las situaciones del comercio internacional general. Pero, en segundo lugar, en atención a los fines perseguidos por el Derecho comunitario, las soluciones a los problemas de D.I.Pr. se orientan necesariamente a la consecución de un resultado material a través de las técnicas de armonización previstas en el artículo 100 TCEE, so pena de poner en situación de grave riesgo, en caso contrario, principios básicos de la construcción del mercado comunitario.

23. Finalmente, y como corolario ineludible del trío de diversidades descrito (Derechos materiales, supuestos y planos de reglamentación), el régimen de los derechos reales de propiedad en garantía en el tráfico internacional de bienes aboca, indefectiblemente, a una variedad de soluciones. Esta obedece, en primer término, al principio de especialización que requiere la variedad de supuestos y, en segundo, a la pluralidad de fuentes y técnicas de reglamentación tanto internas como internacionales, consecuente con la pluralidad de planos. No obstante, ambos aspectos confluyen en un criterio común: las técnicas de armonización, entendidas en un sentido amplio. La inseguridad jurídica de los derechos de propiedad-garantía en el comercio internacional se fundamenta, como vimos, tanto en la extrema diversidad de Derechos materiales como en la propia naturaleza, teñida de territorialismo intrínseco, de la rama del Derecho considerada. Ello hace que cualquier reglamentación de D.I.Pr., tendente a mejorar u optimizar la seguridad internacional del tráfico de bienes muebles, deba tener presente un criterio de armonización y de cooperación, independientemente de la técnica, fuente o supuesto concreto de la regulación. A tal fin, el objetivo material primario de dicha reglamentación es orientar las normas y su interpretación a reducir al máximo posible la diversidad material de los Derechos en presencia. El papel predominante de la transposición como técnica de interpretación en los supuestos de conflicto móvil, o la inclusión de normas materiales conteniendo períodos de gracia para la eficacia de las garantías sobre la propiedad pactadas en el extranjero, pueden servir de muestra de dicho objetivo.

No obstante lo dicho, lo cierto es que la mayoría de los sistemas, entre ellos el español y el comunitario, no ha procedido a adaptar su sistema de D.I.Pr. a las necesidades peculiares del tráfico internacional de bienes que han sido expuestas, ni mucho menos a las propias de los derechos de propiedad-garantía, que aún se rigen por normas de D.I.Pr. procedentes de épocas en que ni siquiera existían tales derechos. Ello obligará necesariamente a una interpretación elástica de tales normas, que tienda a hacerlas útiles y funcionales para el sector que tratamos.

En el Derecho español, como en muchos otros, el régimen del tráfico internacional de bienes sigue presidido por el papel predominante y escasamente condicionado de la *lex rei sitae* (arts. 10.1 y 2 Cc). El lugar de situación de los bienes continúa siendo, hoy en día, el punto de conexión casi universal para la regulación de cualesquiera derechos reales sobre bienes, tanto muebles como inmuebles. M. VIRGÓS SORIANO ha resumido con acierto los méritos que justifican funcionalmente dicha conexión y su extenso ámbito de aplicación: toma en consideración de la propiedad como fundamento de la constitución económica, que conlleva el interés del Estado en controlar el régimen jurídico de los bienes dentro de su territorio; respeto de la función ordenadora del Derecho de cosas y la eficiencia del sistema, que implica la aplicación de la ley del país de situación del bien, que se corresponde con el país cuyo tráfico real queda afectado; garantía de uniformidad de los principios básicos del Derecho material de cosas, y utilidad intrínseca de la conexión, al proporcionar una solución fácil, segura y previsible al problema del Derecho aplicable⁶⁰.

No obstante, el valor casi universal de la *lex rei sitae* no significa, en modo alguno, un índice de unidad frente a la diversidad que caracteriza este sector del Derecho. Antes al contrario, también las soluciones conflictuales clásicas basadas en un papel dominante de la *lex rei sitae* conducen a una quinta y nueva diversidad: la diversidad de leyes aplicables a una misma institución, con la consiguiente fragmentación del supuesto y la disminución del respeto a los conjuntos normativos, con toda la serie de problemas de inadaptación y compleja interpretación que ello conlleva. La unidad se convierte en pluralidad dada la frecuencia con que se produce el conflicto móvil en materia de derechos reales sobre bienes muebles. La movilidad del bien provoca que el lugar de situación

⁶⁰ Cf. M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 340-343.

del mismo sea mutable y, en consecuencia, aparezcan distintas situaciones y distintas leyes con vocación para regir todo o parte del régimen de derechos reales del bien en cuestión. En el ámbito de las garantías mobiliarias de origen convencional, como son, en todo caso, los derechos de propiedad-garantía, los aspectos reales y contractuales aparecen a menudo entremezclados, siendo precisa una labor de delimitación no siempre sencilla entre la *lex rei sitae* y la ley rectora de las obligaciones contractuales. Finalmente, cuando el régimen de los derechos reales se discute en el ámbito de una situación jurídica más amplia, como es el concurso de acreedores, es inevitable la aparición en el escenario del Derecho aplicable de nuevas leyes con vocación de aplicación; la intervención de la *lex fori concursus* frente a la *lex rei sitae* en el problema de la oponibilidad frente a la masa de la quiebra de los derechos de propiedad-garantía es el supuesto característico.

En suma, la cuestión del Derecho aplicable a los derechos de propiedad-garantía se enfrenta, de principio, con una realidad compleja y diversa, por razones muy variadas. Junto a la propia complejidad de la rama del Derecho considerada y a la divergencia de los principios rectores de la misma en cada ordenamiento, encontramos un sector del ordenamiento particularmente interdisciplinar, que involucra a otros sectores y a una multiplicidad de normas de Derecho aplicable. Si a ello añadimos la variedad de supuestos que arroja la práctica comercial internacional, y la diferenciación de planos que se observa en las relaciones de mercado, no tendremos más opción que concluir que el fin primordial de este sector del D.I.Pr. es introducir orden, claridad y previsibilidad en sus soluciones, de cara a optimizar la seguridad internacional del tráfico de bienes. Trataremos de ver en qué medida ello es posible dentro del sistema de D.I.Pr. español actual, y, en la medida en que no lo sea, intentaremos apuntar cuáles pueden ser las tendencias de futuro más adecuadas y ajustadas a la experiencia.

CAPITULO II

DERECHOS DE PROPIEDAD-GARANTIA PERFECTOS: CLAUSULA DE RESERVA DE DOMINIO SIMPLE

I. Introducción

24. La cláusula de reserva de dominio simple constituye el paradigma de la utilización de la propiedad con fines de garantía. Más que en ningún otro caso, sería aventurado apresurar una definición de dicho pacto con pretensiones de validez universal. Sucinamente, dicha cláusula consiste en un pacto añadido a un contrato de compraventa a plazos, que tiende a garantizar el cumplimiento de la obligación facilitando al vendedor un derecho real sobre el bien, que se extingue en el momento de cumplirse la obligación de pago. En la mayoría de los sistemas jurídicos, dicha garantía confiere al vendedor un auténtico derecho de conservación de la propiedad del bien hasta el cumplimiento íntegro de la obligación de pago. Técnicamente, la garantía se construye a partir de su consideración como condición suspensiva de la transferencia de la propiedad, calificación que ni es común a todos los ordenamientos, ni pacífica en ninguno de ellos, incluido el sistema alemán, del que nace dicha construcción técnica¹.

La cláusula de reserva de dominio se manifiesta como el derecho de propiedad-garantía más puro, por tres motivos fundamentales: el primero consiste en la utilización abierta del derecho de propiedad con un fin explícito y distinto al que es propio de dicho derecho real: como garantía; una segunda razón se fundamenta en el propio contrato al que modifica: la compraventa, cuyo fin económico jurídico es, precisamente, la transmisión de la propiedad, que queda afectada; por último, el contenido del derecho se cifra en mantener en manos del vendedor una propiedad plena a efectos de satisfacción de la garantía. La unión de estos tres elementos, solamente predicable de un análisis global de cómo se construye la uti-

¹ Para un análisis de Derecho comparado en torno a la naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, *La cláusula de reserva de dominio en el Derecho internacional privado (problemas de Derecho aplicable en el sistema español)*, Madrid, UCM, 1988, pp. 10-38.

lización de la reserva de dominio en el Derecho comparado, hace de la citada cláusula la quintaesencia de los derechos de propiedad-garantía, sin perjuicio de que, como tendremos ocasión de ver, muchos de estos presupuestos se resienten en un análisis profundo de buena parte de los sistemas jurídicos, entre ellos el español.

En ningún otro derecho de propiedad-garantía encontramos la conjunción de los tres elementos señalados, ni, por tanto, una forma pura de propiedad-garantía. Así, la venta en garantía, tanto simple como compleja, sólo confiere al acreedor una propiedad fiduciaria; en ningún caso una propiedad plena. En cambio, el fin de utilizar la propiedad como garantía también es explícito y se enmarca igualmente en la figura de un contrato de compraventa, cuyo fin, la transmisión del dominio pleno, igualmente queda afectado. En contrapartida, el acreedor en una operación de *leasing* se prevale de un derecho de plena propiedad, pero ni la operación pretende abiertamente calificarse como compraventa, ni la retención de la propiedad se utiliza, explícitamente, con fines de garantía, sino arropada en la figura del arrendamiento.

Sin embargo, sólo la reserva de dominio simple cumple, presuntamente, las tres condiciones que hemos establecido como determinantes de la pureza de un derecho de propiedad-garantía. Las fórmulas complejas de reserva de dominio, tanto extensas como prolongadas, transforman a la reserva de dominio en un derecho de propiedad-garantía impuro. Conservando su función de garantía, y permaneciendo, en ocasiones, dentro del marco de una única operación de compraventa, pierden el índice de pureza básico, toda vez que el instrumento que sirve a la satisfacción de la garantía pasa a ser una propiedad fiduciaria, y no ya una propiedad plena, aproximándose, pues, a la figura de la venta en garantía.

En suma, sólo la cláusula de reserva de dominio simple es útil como paradigma del régimen de un derecho de propiedad-garantía puro en el comercio internacional. Dada la especialidad de las restantes figuras, parece incorrecto, siquiera sólo sea en aras de la claridad, incluir bajo el mismo régimen todos los derechos de propiedad-garantía como de si una sola cosa se tratase. Parece más apropiado exponer un régimen-tipo a partir de la figura de la reserva de dominio simple, e introducir un análisis particularizado de las variaciones que en dicho régimen introducen las particularidades de cada derecho de propiedad-garantía restante. Es preciso tener en cuenta que el juego de los principios señalados en el capí-

tulo anterior se altera sustancialmente según el tipo de derecho de propiedad-garantía que analicemos.

El carácter adjetivo de «simple» es muchos más fácil de definir con carácter universal, que el propio contenido del sustantivo «reserva de dominio». La reserva de dominio simple es una garantía incluida en un contrato de compraventa de bienes muebles corporales, que sólo liga a las partes contratantes, y sólo afecta al bien objeto de compraventa, en la medida en que éste permanezca identificable. No se extiende, por tanto, ni a otros sujetos distintos a los que contratan, ni a otros créditos ni bienes distintos a los vendidos en ese particular contrato, ni, tampoco, a los propios bienes objeto de compraventa cuando éstos han sido transformados o no son susceptibles de ulterior identificación. La reserva de dominio simple es un derecho que lleva además aparejada, implícitamente, una prohibición de disponer, o, lo que es lo mismo, descarta como pacto entre las partes la posibilidad de una reventa del bien por parte del comprador. El régimen internacional de este derecho servirá de pauta para el análisis posterior de los regímenes particulares de los restantes derechos de propiedad-garantía.

II. Validez y efectos *inter partes*

1. Validez del pacto

A) SUJECCIÓN A LA *LEX CONTRACTUS*: SU DETERMINACIÓN

25. Los derechos de propiedad-garantía son, como regla general, de origen contractual. El título contractual del que nacen este tipo de derechos obliga, como primera condición para su eficacia internacional, a que el pacto sea válido conforme a la ley rectora de las obligaciones contractuales, prevista, en nuestro ordenamiento, en el artículo 10.5 Cc, destinado a ser sustituido en un futuro inmediato por lo dispuesto en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales².

En la práctica comercial, lo más común es que la cláusula se incorpore en el contrato principal, bien como un pacto más entre las partes, bien dentro de sus condiciones generales, por lo que, comúnmente, la misma ley que rige todo el contrato rige, asimismo, la va-

² *DOCE* núm. L 333, de 18 de noviembre de 1992.

lidez de la cláusula. No obstante, es factible que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, designen una ley distinta para regir el pacto de reserva de dominio. Igualmente, es dable que la reserva de dominio se concluya por separado y en un momento distinto a la conclusión de la compraventa, por lo que podría *a priori* gozar de su propia *lex contractus*, incluso independientemente de la voluntad de las partes.

La posibilidad de admitir semejante fraccionamiento o *dépeçage* para determinar la *lex contractus* que ha de regir la validez de la cláusula depende en buena medida de dos factores diversos: en primer término, del contenido y efectos reales de la reserva de dominio, que, como veremos, se rigen por la *lex rei sitae*. En este sentido, si la reserva de dominio se asimila a un derecho de prenda, no habrá inconveniente en admitir el *dépeçage*; en contrapartida, si, como es más extendido, la *lex rei sitae* le confiere un carácter de auténtica condición suspensiva de la transferencia de la propiedad, el *dépeçage* puede peligrar³. Esto es así debido a la actuación de un segundo factor: la dependencia de un principio de causalidad o abstracción del Derecho que rige el contrato principal. Si se trata de un sistema causalista, la reserva de dominio entendida como un pacto que suspende la transferencia de la propiedad se configura como un contrato necesariamente coligado al contrato de compraventa a plazos⁴, en la medida en que constituye un elemento accidental sobre la propia causa del contrato de compraventa: la transferencia de la propiedad del bien. La dependencia de ambas obligaciones respecto de la causa y la necesidad de distinguir un solo título de adquisición del bien, hacen que la reserva de dominio convierta al contrato de compraventa en un contrato de venta especial⁵. Pero aun en un sistema tributario del principio de abstracción, la aplicación de una *lex contractus* a la cláusula de reserva de dominio distinta a la que rige la compraventa a plazos que garantiza es problemática, si se admite el *principio de coherencia econó-*

³ En suma, el contenido de la reserva de dominio como derecho real, conforme a la *lex rei sitae*, actúa como una cuestión previa respecto de la determinación de la *lex contractus* que rige la validez de la cláusula como pacto en caso de fraccionamiento.

⁴ Cf. G. CASSONI, «I contratti collegati nel diritto internazionale privato», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1979, pp. 23-42.

⁵ En este sentido, Ph. JESTAZ pone de manifiesto el difícil encaje de la reserva de dominio simple con la teoría general de la venta (cf. «La réserve de propriété ou la vente élatée», *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, París, Litec, 1990, pp. 227 y ss.).

mica como límite al fraccionamiento⁶. En cualquier caso, es cierto que, en la práctica, la aplicación de una misma ley al contrato de venta y a la reserva de dominio no ha sido observada⁷.

26. Las condiciones de validez de la reserva de dominio como obligación contractual difieren notablemente de un sistema a otro. La posibilidad de incluir dicha cláusula en las condiciones generales del contrato es, sin embargo, admitida de forma prácticamente unánime en la mayoría de los sistemas⁸. Las mayores diferencias se observan en cuanto al factor tiempo en que debe ser redactada la cláusula. Así, en tanto que algunos ordenamientos exigen como condición de validez del pacto que éste se haya concluido en el momento de perfeccionarse el contrato de venta, otros permiten su conclusión con posterioridad. De igual modo, las divergencias se reproducen en cuanto a la forma del pacto; así, mientras en el Derecho alemán se admite incluso la declaración unilateral del vendedor, en otros sistemas dicho acuerdo puede ser tácito o, por último, se exige a menudo su constancia expresa en la gran mayoría de ordenamientos. No obstante, los aspectos de forma plantean, como veremos, problemas particulares en el ámbito del Derecho aplicable. No corresponde aquí efectuar un estudio de Derecho comparado⁹, pero basten estas líneas para poner de manifiesto el interés que para el operador económico tiene adaptar la reserva de dominio, como pacto, a la *lex contractus* que hayan elegido o que, presuntamente, aplicarán los Tribunales que hayan de pronunciarse acerca de la validez de la reserva de dominio.

En este contexto, la determinación del Derecho material que,

⁶ Cf. P. LAGARDE, «Le dépeçage dans le droit international privé des contrats», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1975, pp. 666-670; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, París, Economica, 1984, p. 355, núm. 81.

⁷ Vid. en este sentido N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 126, núm. 6, y D. F. CAVERS, «The Conditional Seller's Remedies and the Choice-of-Law Process - Some Notes on Shanahan», *New York U.L.Rev.*, vol. 35, 1960, p. 1147.

⁸ Esta es la conclusión que se desprende de la publicación auspiciada por la Cámara de Comercio Internacional, *Réserve de propriété (Guide sur les législations de 19 pays)*, París, ICC, 1989, *passim*. Vid. igualmente, Th. M. MARGELLOS, *La protection du vendeur à crédit d'objets mobiliers à travers la clause de réserve de propriété (Etude de droit comparé)*, París, LGDJ, 1989, pp. 74-83.

⁹ Para un breve análisis de Derecho comparado de la cláusula de reserva de dominio simple, en los países de Europa occidental, clasificados por círculos jurídicos, vid. B. WIESBAUER, «Die Annerkennung des Eigentumsvorbehalts in Westeuropa», *ZIP*, 1981, pp. 1063-1068.

dentro del ordenamiento de la *lex contractus*, sea aplicable, puede crear nuevos problemas en el segundo escalón. Dichos problemas se plantearán, necesariamente, cuando la *lex contractus* sea la ley española. En efecto, si la *lex contractus* es, por ejemplo, la ley alemana o la ley suiza, no existe inconveniente alguno en aplicar su legislación especial sobre ventas a plazos con reserva de dominio acerca de la validez del pacto (ley alemana de 16 de mayo de 1894 y arts. 226 a 228 del Cc y de Obligaciones suizo). Pero si se trata de la ley española, es preciso tener en cuenta que la legislación especial incorpora una norma que hemos denominado «de delimitación interior»¹⁰: el artículo 4.5 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, según el cual, quedan excluidas de la misma:

«Las operaciones de comercio exterior, excepto las derivadas de bienes muebles corporales no consumibles originarios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y de terceros países, que se encuentren en libre práctica en dichos Estados»¹¹.

Conforme al precepto transcrito, se excluyen de la legislación especial sobre venta a plazos todas las operaciones de comercio exterior, tanto de exportación como de importación, salvo las que afecten a mercancías en libre práctica en la Comunidad Europea. Sin perjuicio de la crítica que merece este artículo, y que en su momento se abordará, lo cierto es que el legislador pensó que las particularidades de las operaciones de tráfico externo, «las hacían inadecuadas para la Ley»¹². El hecho de que sólo una parte de las operaciones de comercio exterior se sujeten a la legislación especial, hace que ésta sólo se aplique, a título de *lex contractus*, a dichas operaciones. Para los restantes casos, la ley española, como *lex contractus*, se individualizará en las «normas de Derecho civil, mercantil e internacional privado» propias de cualquier compraventa, «sin verse afectadas por las restricciones que dimanen de dicha ley espacial (desembolso mínimo inicial, plazos máximos,

¹⁰ Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 405 y 406.

¹¹ Cf. la nueva redacción del precepto conforme a la Ley 6/1990, de 2 de julio, sobre modificación del artículo 4, de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1990). Sobre dicha reforma, vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, «Alcance de la reforma del artículo 4.5 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos», *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 14, 1991, pp. 65-74.

¹² Cf. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las ventas a plazos de bienes muebles», *ADC*, t. XIX, 1966, p. 142.

etcétera), así como tampoco gozarán de los beneficios que de dicha ley dimanen, por concretar ésta su competencia a las operaciones comerciales interiores»¹³, y, habría que añadir hoy, a las exteriores que afecten a mercancías comunitarias.

La DGRN, por su parte, ha interpretado de forma restrictiva el concepto de operación de comercio exterior, en el sentido del artículo 4.5 del Cc. En esa dirección, no se considerarán operaciones de comercio exterior, y, por tanto, se incluirán en los supuestos de aplicación de la ley especial, cuando sea aplicable la ley española *qua lex contractus*, cualquier «compra efectuada por una persona domiciliada en España de bienes que se entreguen por contrato formalizado en este país», o cualquier «contrato otorgado por personas de cualquier nacionalidad... siempre que tales contratos cumplan los requisitos para la inscripción, y con ciertas limitaciones relativas a la conversión de la moneda»¹⁴. Estas consideraciones son de máximo interés si se tiene presente que, sea cual fuere el sistema de D.I.Pr. que reclame la aplicación de la ley española, se hará normalmente según esta última la selección de las concretas normas materiales que deben aplicarse al caso.

B) INAPLICABILIDAD DE LA *LEX CONTRACTUS*

27. Determinados aspectos relacionados con la validez de la reserva de dominio como obligación, quedan fuera de su ámbito de aplicación. Así ocurre, en primer lugar, con las condiciones de capacidad de las partes. Salvo la eventual acción de las normas imperativas del foro tendentes a proteger a determinados grupos de personas (*ad. ex. consumidores*), la capacidad de las partes queda regida por la ley nacional de cada contratante, como capacidad especial objeto de regulación por el artículo 9.1 Cc, al que se añade la excepción de interés nacional recogida en el artículo 10.8 Cc¹⁵.

¹³ Cf. Res. DGRN de 14 de julio de 1971 (*Anuario DGRN*, 1972, pp. 246-247).

¹⁴ Cf. Res. DGRN de 30 de diciembre de 1972 (*Anuario DGRN*, 1972, pp. 353-355).

¹⁵ La aplicación de la ley personal (nacionalidad o domicilio) a la capacidad en materia de bienes no es, sin embargo, pacífica en todos los sistemas. La aplicación de la *lex cause* parece mantenerse, por ejemplo, en el Reino Unido (cf. H. P. GLENN, *La capacité de la personne en droit international privé anglais et français*, París, 1975, núm. 189 y ss.). En dicho sistema, si se trata de bienes muebles corporales (*tangibles*), la *lex rei sitae* resulta de aplicación a la capacidad contractual, mientras que si se trata de bienes incorpóreos (*intangibles*), la ley competente es la *lex contractus*.

Se mantendrá, no obstante, la aplicación de la *lex contractus* si ésta exige una determinada condición o cualidad de las partes, no como requisito de capacidad, sino como condición de validez sustancial del pacto, por hallarse éste reservado a las operaciones económicas entre determinados tipos de sujetos. Algunas legislaciones sólo contemplan la validez de la reserva de dominio en los contratos entre comerciantes, o al contrario, en los contratos de consumo.

28. Quedan fuera, asimismo, de la aplicación de la *lex contractus* las cuestiones de validez formal del pacto. En este ámbito, opera el *favor negotii* que inspira el artículo 11.1 Cc, que facilita, en el tema que nos ocupa, tres conexiones alternativas para la validez formal, *ad probationem*, del pacto de reserva de dominio: la ley del lugar de celebración, la *lex contractus* y la ley nacional común de los contratantes. Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que para la validez del pacto muchas legislaciones exigen una forma *ad solemnitatem*, en cuyo caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2 Cc, habrá de respetarse la forma solemne prevista por la *lex contractus* (escritura pública o privada, inscripción registral, etc.). También en este punto, se registra una gran variedad de respuestas legislativas. Así, mientras en algunos sistemas no se exigen especiales condiciones de forma, o sólo se exige que conste la cláusula por escrito tratándose de operaciones de consumo (RFA, Dinamarca, Países Bajos y Austria), en otros la necesidad del escrito constituye una exigencia *ad validitatis* (Francia, Sudáfrica, Finlandia, Estados Unidos, Italia, Noruega, etc.). En casos singulares, como es el suizo, se defiende, incluso, el carácter esencial de la inscripción registral como condición de validez, si no del pacto, sí al menos de constitución del derecho real de garantía.

La dificultad que suscita la cuestión de la forma de la reserva de dominio se cifra en el problema de la calificación de su finalidad¹⁶. En muchos casos, no está claro si una legislación exige la constancia por escrito o la inscripción registral, como una condición de validez sustancial del pacto, de constitución del derecho real o como mecanismo de publicidad para hacer oponible dicho derecho real frente a terceros. Si estamos en el primer caso, se aplicará la *lex contractus*, pero si la finalidad de la forma obedece

¹⁶ En este sentido, *vid.* P. MAYER, «Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi 12 mai 1980», *JCP (Semaine Juridique)*, 1981-I, núm. 3019, B.1.

a los dos restantes objetivos, la legislación a tener en cuenta será la *lex rei sitae*. En suma, la ley aplicable a la forma en materia de reserva de dominio depende de la calificación que se haga de la finalidad de la exigencia formal. La cuestión se complica cuando no aparece con claridad, dentro de un ordenamiento, dicha finalidad. Éste sería el caso de la inscripción registral prevista en la Ley de venta a plazos española, que suele interpretarse según los autores tanto como un requisito de publicidad frente a terceros, como una condición para la constitución del derecho real y de sus efectos entre las partes. Aún se complica más dicha calificación en aquellos casos en que una sola exigencia formal cumple a un tiempo varias finalidades diversas (*ad ex.* como condición de validez y de oponibilidad). En el sistema español, la STS (Sala 1.^a) de 22 de junio de 1992 ha dictaminado, frente a una reserva de dominio constituida en Alemania, que la exigencia de inscripción registral no es un requisito que afecte a la validez formal de la cláusula (art. 11.1 Cc), sino a la oponibilidad de la garantía (art. 10.1).

29. Dentro del ámbito de materias característico de la *lex contractus*, esta última podrá ser rechazada en los supuestos habituales de ausencia de prueba del Derecho extranjero, imposibilidad material de su aplicación o actuación del orden público. Esta última excepción ha tenido en el pasado, y en precedentes muy concretos, una actuación generalizada frente a la cláusula de reserva de dominio, en determinados sistemas¹⁷. El supuesto más habitual consistía en rechazar la validez del pacto de reserva de dominio por contraria la prohibición del pacto comisorio elevada al rango de norma de orden público internacional del foro en cuestión¹⁸. No obstante, más que una excepción frente a la *lex contractus*, se trata de una excepción contra la *lex rei sitae* al momento de constituirse la garantía, toda vez que la prohibición del pacto comisorio

¹⁷ Puede considerarse excepcional y muy llamativa la doctrina sentada en la Sentencia del *Reichsgericht* de 28 de marzo de 1931, en el asunto *Warn Jahrb. c. Seuffert Archiv (Journ.dr.int., 1933, pp. 162-163, traducida y extractada por J.-L. EGGEN)*. En esta decisión se antepone la aplicación de la ley alemana a la ley holandesa, a la sazón esta última la *lex contractus* prevista en el sistema conflictual alemán, dado que la existencia y fin de la ley alemana respondían «a una situación existente en Alemania, de naturaleza fundamental: personas poco adineradas deben poder adquirir a crédito bienes necesarios para su existencia y trabajo, mediante el pago aplazado de los mismos, sin correr el riesgo de perder la cosa y al mismo tiempo los plazos entregados tras la interrupción del plazo; la interpretación del contrato según la ley holandesa viola, en consecuencia, la ley alemana».

¹⁸ *Vid. supra*, p. 42, nota 21.

afecta a la válida constitución y a los efectos del derecho real de garantía, y no a la validez del pacto. En la actualidad, la admisión casi universal del pacto de reserva de dominio deja pocas vías para una posible acción del correctivo de orden público (art. 12.2 Cc) frente a la *lex contractus*, al menos dentro de su ámbito propio de aplicación. El único supuesto verosímil se refiere a la imperatividad de las normas del foro en materia de protección de la posición contractual de los consumidores, que podría facilitar la elusión de una *lex contractus* que vulnerase en su contenido tales mínimos de protección.

2. Validez como derecho real de garantía

A) APLICACIÓN DE LA *LEX REI SITAE*

30. La reserva de dominio como derecho real de garantía goza de un título de adquisición contractual que debe ser válido conforme a la *lex contractus*, según lo expuesto en el apartado anterior. Pero, como todo derecho real de garantía, tiene asimismo un modo de constituirse como derecho real, que permite hablar del nacimiento o validez de la constitución del derecho real. Esta validez de los derechos reales de garantía queda regido por la ley del lugar donde se hallen los bienes objeto de tal derecho (art. 10.1.II Cc). Así, la entrega del bien (desplazamiento) al acreedor pignoraticio, constituye habitualmente, en el contrato de prenda clásico, el requisito de validez de la prenda como derecho real: es su modo de adquisición. En el caso de la reserva de dominio, el cumplimiento formal de su redacción por escrito o la inscripción registral del gravamen pueden configurarse como un elemento constitutivo del derecho real, independientemente de que puedan funcionar asimismo como condiciones de oponibilidad frente a terceros. Corresponde a la *lex rei sitae* determinar en qué momento y qué condiciones son necesarias para la válida constitución de una reserva de dominio como derecho real de garantía. Se trata de una solución bastante común en el Derecho comparado, e inconcusa en el sistema español de D.I.Pr.; no obstante, como tendremos ocasión de analizar más en profundidad, no faltan precedentes jurisprudenciales ni opiniones doctrinales tendentes a someter todo el régimen real y obligacional de la validez de los derechos reales de

garantía, así como su contenido entre las partes a una ley distinta: la *lex contractus*¹⁹.

La válida constitución del derecho de propiedad-garantía a que da lugar la reserva de dominio se fundamenta, básicamente, en el cumplimiento de un determinado requisito formal, si bien no se descarta la posibilidad de que el derecho real se constituya *solo consensu*, con lo cual bastaría la presencia de un título válido para el nacimiento del Derecho real. En estos casos, se explica que las condiciones de validez de la reserva de dominio como obligación y como derecho real tiendan a confundirse, y que una misma exigencia formal (*ad ex*. la exigencia de escrito) valga a un tiempo como condición para el nacimiento del título y del modo de adquirir un derecho de propiedad-garantía. Pero no debe perderse de vista que las exigencias para la validez del título y del modo se rigen por leyes distintas (*lex contractus* y *lex rei sitae*, respectivamente), y que sólo esta última debe ser observada para precisar las condiciones de constitución de la garantía²⁰. Frente al criterio generalizado de atribuir validez como garantía a la reserva de dominio pactada por escrito, determinados sistemas exigen una inscripción registral de la reserva de dominio con carácter constitutivo²¹. En estos casos, es

¹⁹ Uno de los ejemplos más claros, y menos justificados al mismo tiempo, de sumisión de la validez de la reserva de dominio como derecho real a la *lex contractus*, se encuentra en la ST Distrito de Amsterdam de 15 de febrero de 1979 (*Johannsen c. Centrum B.V.*), *NJ*, 1979, p. 579, y nota de M. SUMMAPOW, *NILR*, 1981, pp. 201-203. *Vid.* asimismo G. WIEDERKEHR, «Biens», *J.-Cl.dr.int.*, fasc. 550, 1984, núms. 244 y 245.

²⁰ *Cf.* G. GABRIELLI, «Le garanzie su beni mobili nell'ordinamento italiano e le conseguenze del passaggio del beni de uno ad altro Stato», *Riv.dir.civ.*, 1985-II, p. 618, y artículo 1.2 Res. I.D.I. de 18 de abril de 1911.

²¹ Es el caso del artículo 715 del Cc suizo, a juicio de la doctrina mayoritaria (*cf.* Ph. REYMOND, *Les sûretés mobilières aux États-Unis et en Suisse*, Ginebra, Droz, 1985, p. 105; O. RUTTIMANN, «L'expérience suisse des réserves de propriété dans les ventes», *IV ème Journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruselas, 1969, p. 307; F. J. A. VOUILLOZ, «Quelques considérations sur le pacte de réserve de propriété en droit suisse», *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers (ouverture ou repli?)*, Friburgo, Edition Universitaires, 1988, pp. 51-52; I. JUVER, «Certains aspects de droit comparé en matière de sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession», *ibid.*, p. 35; *id.*, *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*, Berna, Peter Lang, 1990, p. 171). En el sistema español, la inscripción registral de la reserva de dominio prevista en el artículo 23 de la Ley de ventas a plazos carece de dicho carácter constitutivo, configurándose, a tenor de nuestra jurisprudencia, como una mera condición de oponibilidad frente a terceros (*cf.* STS 18 de diciembre de 1990, *AC*, núm. 16, 15-21 abril 1991, núm 249, p. 743, y STS de 23 de octubre de 1991, *La Ley*, 1991, 14.262-R). En contra de esta doctrina, *cf.* la posición de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la Ley de Venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, Montecorvo, 1977, *passim*.

particularmente importante tener presente que dicha inscripción no actúa únicamente como condición de publicidad, pues, aunque ambos aspectos se rijan por la *lex rei sitae*, en caso de conflicto móvil puede tratarse de leyes distintas. Y así, aunque la *lex rei sitae* actual no exija la inscripción como requisito de oponibilidad frente a terceros, supuesto que quedará dentro de su ámbito de competencia, es posible que la *lex rei sitae* anterior exigiera la inscripción como condición de validez, que, al no haberse cumplido, hace inoponible la garantía en el Estado de la nueva situación del bien por inexistencia del derecho real.

31. Algunos aspectos de la validez en la constitución de la reserva de dominio como derecho real quedan, no obstante, al margen de la aplicación de la *lex rei sitae*. En el apartado anterior se ha analizado el ámbito de aplicación específico de la *lex contractus*. Además, y en segundo lugar, se excluye asimismo un aspecto íntimamente ligado con la validez del derecho de propiedad-garantía: la capacidad para constituir una reserva de dominio. En los sistemas de Derecho civil, es un principio ya clásico que la capacidad debe venir regulada por la ley personal de cada individuo, independientemente del lugar en que se encuentra la cosa sobre la que recaen determinados derechos reales²². Así ocurre en el Derecho español por aplicación del artículo 9.1 Cc.

Hay que tener presente, no obstante, que en los sistemas del *common Law*, dicho aspecto sigue regido por la *lex rei sitae*²³. Así se plasma ya en el § 255 del Primer *Restatement* norteamericano. Esta diferencia encuentra su explicación en la distinta calificación que los sistemas anglosajones efectúan de las cuestiones de capacidad; éstas, en la medida en que se integran, como hacen las cuestiones de forma, en el concepto global de validez, bien del título, bien del derecho real, se rigen por la *lex causae* (ley del contrato y *lex rei sitae*, respectivamente), toda vez que dicha ley rige asimismo la validez sustancial o intrínseca del pacto o del derecho real.

²² Cf. G. DIENA, *Il diritti reali considerati nel diritto internazionale privato*, Turín, Unione Tipográfica, 1895, p. 98.

²³ Vid. G. C. VENTURINI, «Property», *Int. Enc. Com. L.*, vol. III, cap. 21, 1976, p. 24, núm. 28; P. LALIVE, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws*, Oxford, 1955 (reimp. de la 1.ª ed., Darmstaad, Scientia Verlag Aalen, 1977), pp. 121 y ss.; G. A. ZAPHIRIOU, *The Transfer of Chattels in Private International Law. A Comparative Study*, Londres, The Athlone Press, 1956, pp. 71 y ss.

B) INCIDENCIA DE LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

32. Del mismo modo que, como se apuntó más arriba²⁴, el contenido de la reserva de dominio conforme a la *lex rei sitae* se erige en ocasiones como una cuestión previa a la determinación de la *lex contractus* en supuestos de *dépeçage*, la calificación de la naturaleza del contrato puede actuar como un presupuesto de la validez de la reserva de dominio como derecho real. Actualmente, la venta a plazos con reserva de dominio constituye una asociación entre un contrato y una garantía cuya licitud es admitida de forma prácticamente universal, aun manteniéndose divergencias acusadas en cuanto a sus efectos²⁵. Sin embargo, los derechos de propiedad-garantía admitidos en el contrato de compraventa no son extrapolables o necesariamente válidos en otro tipo de contratos. En Finlandia, por poner un ejemplo, la reserva de dominio en la compraventa es válida, en tanto que resulta nula la venta en garantía en un contrato de préstamo²⁶. De esta forma, el principio de la prohibición del pacto comisorio presenta un margen de elasticidad. Se excepciona para determinados tipos de contratos y actúa sobre otros. Resulta lógico, por tanto, que el prestamista que se encuentra imposibilitado para garantizar su crédito con un derecho de propiedad-garantía (venta en garantía), trate de burlar la prohibición del pacto comisorio enmascarando su contrato como una venta con reserva de dominio.

En consecuencia, si el Estado de la situación del bien se corresponde con un sistema jurídico que admite la elasticidad de la prohibición del pacto comisorio en el sentido expuesto, la calificación del contrato presenta un interés primordial en orden a valorar la validez del derecho de propiedad-garantía creado. El supuesto habitual se refiere a una entidad de crédito que pretende utilizar los ventajosos derechos de propiedad-garantía de un vendedor-fabricante. No hay que perder de vista que las garantías de que goza un prestamista son distintas de las que disfruta un vendedor-fabricante o suministrador de bienes, y que esta distinción no obedece únicamente a una distinta calificación entre los contratos de prés-

²⁴ Vid. *supra*, p. 74.

²⁵ Sobre los problemas de ilicitud o contrariedad con el orden público de la reserva de dominio en determinados sistemas jurídicos, en el pasado, vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 261-264.

²⁶ Vid. K. BUURE-HÄGGLUND, «The Recognition in Finland of Non-Possessory Security Interests created Abroad», *NTIR*, vol. 47, 1978, pp. 30-31.

tamo y los de compraventa, sino que responde a intereses de política legislativa de mayor alcance, orientados a buscar un equilibrio económico en la posición en el mercado de ambos tipos de operadores. Así, en el Derecho inglés, la admisión de la cláusula de reserva de dominio simple como un auténtico derecho de conservación de la propiedad por parte de los vendedores, así como la parcial recepción por la jurisprudencia de las fórmulas extensas de reserva de dominio, son utilizadas como un instrumento para equilibrar las relaciones de mercado; se beneficia a los vendedores frente a las entidades de crédito, con objeto de minorar la potencia de la figura de la *floating charge*, que constituye la garantía por excelencia en manos de los prestamistas ²⁷.

33. Tres son, fundamentalmente, las prácticas habituales de utilización fraudulenta de la figura de la reserva de dominio, que pueden conllevar, previa descalificación del contrato, la invalidez del derecho de propiedad-garantía conforme a la *lex rei sitae*. En la primera hipótesis, el establecimiento de crédito puede adquirir el bien del vendedor-comerciante y revenderla después, con reserva de dominio, al comprador. Se trata de una figura similar al *leasing*. No implica una cesión de la reserva de dominio ni del crédito, toda vez que ningún vínculo contractual une al vendedor-comerciante y al comprador a plazos. Hay un contrato de compraventa al contado, y un segundo contrato de venta a plazos con reserva de dominio. No obstante, desde un punto de vista teleológico, parece defendible el fraude y la existencia de un auténtico préstamo de financiación, que sólo atribuirá al prestamista la garantía si se admite la posibilidad de una cesión de la reserva de dominio del vendedor a la entidad financiera ²⁸.

34. A través de un segundo mecanismo, el comprador puede adquirir un bien con reserva de dominio, obteniendo de la entidad crediticia la redención de la deuda, y transfiriéndole automáticamente la propiedad del bien como garantía. El supuesto plantea grandes similitudes con la cesión del crédito y la reserva de dominio en el caso de un préstamo de financiación al vendedor. Ahora bien, como ocurría en el caso anterior, a menudo no existe vinculación contractual alguna entre el vendedor y el prestamista: el comprador solicita directamente un préstamo al banco, desde luego

²⁷ Cf. Ch. WILLIAMS, «Retention of Title - Some Recent Developments», *TCL*, vol. 12, núm. 3, 1991, p. 54.

²⁸ Vid. P. MAYER, *loc. cit.*, III, A, núm. 34, e *infra*, p. 87 y nota 34.

bajo la supervisión y conformidad del vendedor, al que satisface íntegramente la deuda. El comprador adquiere, entonces, la propiedad plena del bien que, inmediatamente, se ve obligado a transferir al prestamista en garantía. Económicamente, se trata de una sola operación, pero en puridad se trasluce en dos: una venta con reserva de dominio que se extingue, y una ulterior venta en garantía, susceptible de regularse por leyes distintas.

La confusión a que puede dar lugar el supuesto anterior se manifestó en la Sentencia del Tribunal de Apelación de Dinamarca-Oeste de 4 de marzo de 1966 (*Martin Hausen c. Svend Age Schröder*) ²⁹: un individuo domiciliado en Dinamarca adquirió de un comerciante domiciliado en la RFA una máquina cosechadora. La venta y la reserva de dominio eran válidas conforme a la ley alemana, a la sazón ley aplicable a ambas cuestiones. Una vez introducida la máquina en Dinamarca, se estipuló un pacto con una entidad crediticia alemana, en virtud del cual el vendedor transfería la propiedad al comprador, que de inmediato la cedía al banco en garantía del préstamo que había permitido satisfacer el importe íntegro del precio del bien. Según el Derecho alemán, la venta en garantía era igualmente válida y oponible frente a terceros, circunstancia no admitida por el Derecho danés, cuando dicho pacto oculta, en realidad, un derecho de prenda o hipoteca que necesita ser registrado. El Tribunal de primera instancia falló en favor de los terceros, previa aplicación de la ley danesa a la «validez» de la reserva de dominio. El Tribunal de apelación corrigió dicha decisión, al entender que la validez de la reserva de dominio dependía de la ley alemana; pero extendió la aplicación de ésta a la validez y oponibilidad de la venta en garantía, en principio sujeta al Derecho danés como *lex rei sitae* actual y *lex rei sitae* al tiempo de constituirse la transmisión fiduciaria. A. PHILLIP justifica el aparente «error técnico» con base en una interpretación funcional muy convincente: si en lugar de haberse procedido como se hizo, el vendedor hubiese pactado directamente la cesión al banco de su crédito y de la reserva de dominio, nada obstaría a la validez del derecho de propiedad-garantía de la entidad crediticia ³⁰.

35. Finalmente, el supuesto más conflictivo de encubrimiento de un préstamo de financiación a través de la reserva de dominio inserta en una venta a plazos, hace referencia a aquel caso en que

²⁹ *UFR*, 1966, p. 475.

³⁰ *Vid. Journ.dir.int.*, 1968, pp. 975-977, esp. p. 976.

el comprador adquiere un bien de un comerciante o toma un bien de su propio patrimonio, revendiéndolo al contado a una entidad de crédito que, a renglón seguido, se lo revende, pero a plazos y con reserva de dominio. Dicha operación encubre, pues, una auténtica venta en garantía; la propiedad, no obstante, puede estar destinada a garantizar un préstamo para la adquisición del mismo bien revendido con reserva de dominio. Si el préstamo se destina, efectivamente, a financiar la adquisición del bien, estamos en presencia de un sistema vecino del *lease-back*; en ambos casos la venta con reserva de dominio es sólo una figura simulada o fraudulenta, que puede hacer inválida o inefectiva la garantía ³¹.

La Sentencia del Tribunal de Casación francés de 3 de mayo de 1973 (*Société Nederlandsche Middenstands Financierings Bank N.V. c. Girard et autres*) ³², ofrece un caso típico en el sentido expuesto: se trataba de la compra al contado realizada por una entidad bancaria holandesa de un material industrial suministrado por la empresa Fristol, también holandesa, mediante un contrato suscrito en Amsterdam por valor de 90.000 florines. Por un segundo contrato, denominado de locación-venta, y suscrito asimismo en Amsterdam, el banco cedía a Fristol el mismo material por idéntico precio, con la salvedad de que debían satisfacerse 40.000 florines al contado, y el resto, y sus intereses, en doce mensualidades. Desplazado el material a Francia, los Tribunales afirmaron la ineficacia de la garantía pactada por encubrir un préstamo y negando, en suma, la posibilidad de un derecho de propiedad-garantía (venta en garantía) que vulnerase la prohibición del pacto comisorio para operaciones de préstamo. A juicio de E. MEZGER, la decisión se justifica porque la garantía invocada no era una reserva de dominio, sino, al contrario, «por el hecho de que, tras la fachada de la reserva de dominio, había en realidad una venta en garantía» ³³.

36. Tanto la validez como la oponibilidad de semejantes figuras de propiedad-garantía encubiertas, dependen estrictamente de la existencia de una auténtica diferenciación del grado de permea-

³¹ Cf. D. TALLON, «Réflexions comparatives sur la réserve de propriété et les différents modes de crédit mobilier», *Festschrift für Johannes Bärmann*, Munich, Ch. Beck, 1975, p. 932, y A. BLOM, «La position du droit néerlandais en matière de clause de réserve de propriété en cas de faillite de l'acheteur», *IVème Journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruselas, Larcier, 1969, pp. 279-280.

³² *Journ.dr.int.*, 1975, pp. 74-75, y *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1974, pp. 100-103.

³³ Cf. Nota, *loc. cit.*, pp. 106-107. En el mismo sentido, Ph. FOUCHARD, nota, *loc. cit.*, p. 77.

bilidad de las distintas garantías que protegen al vendedor, frente a la impermeabilidad de aquellas que protegen a los prestamistas. Si la *lex rei sitae* mantiene esa diferenciación entre unas garantías y otras, entre unos operadores económicos y otros, la calificación funcional de la operación debe conllevar la invalidez del derecho de garantía. Al contrario, si, como ocurre en muchos ordenamientos, el sistema de garantías y de crédito no permite determinar esa diferenciación, el principio de equivalencia de garantías sobre la propiedad aboca a «transponer» dichas garantías y a admitir su validez. En la mayoría de los supuestos analizados, la admisión por la *lex rei sitae* de los préstamos de financiación al vendedor con cesión de la reserva de dominio elimina la consideración de fraude en la operación y justifican el reconocimiento de la validez de la garantía ³⁴.

Cabe señalar, por último, que, en determinados sistemas, la complejidad de estas distinciones se ha resuelto por una vía jurídica y de política económica más simple: identificar al prestamista y al vendedor a plazos en términos tanto económicos como jurídicos. Así lo hace el artículo 9 UCC, que configura la venta a plazos con reserva de dominio como un contrato de préstamo, y reconduce el contenido de las garantías reales hacia un valor de realiza-

³⁴ En efecto, es preciso señalar que la invalidez de semejantes figuras encubiertas no parece de recibo en aquellos sistemas —la mayoría— que admiten con normalidad la cesión de la reserva de dominio a la entidad crediticia (préstamos de financiación al vendedor), si bien no ocurre lo mismo con los préstamos de financiación al comprador, que no admite la cesión de la reserva de dominio (sobre la excepción para este caso, en el Derecho español, del Modelo R de financiación al comprador de automóviles, y la crítica doctrinal que ha suscitado, *vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, op. cit.*, p. 135); en otros sistemas, no existen siquiera diferencias implícitas entre las garantías y sus eventuales usuarios (RFA). En otros, se admite expresamente la validez de figuras semejantes a las analizadas como presuntamente fraudulentas; es el caso de la *vendita a scopo di garanzia* del Derecho italiano, o el contrato de *cession bail* o *lease-back* en el Derecho francés. U. DROBNIG y R. M. GOODE han puesto de manifiesto la identidad entre el *lease back* y esa falsa venta con reserva de dominio, que esconde un préstamo con venta en garantía (*cf. loc. cit., op. cit.*, p. 346). En el mismo sentido, Y. LOUSSOUARN señala la identidad entre la reserva de dominio y el *crédit bail* y la venta en garantía y la *cession bail* (*cf. Y. LOUSSOUARN, «Les conflits de lois en matière de réserve de propriété», Etudes offerts à Roger Houin*, París, Dalloz-Sirey, 1985, p. 293, reproducido en *Travaux Com.fr.dr.int.pr.*, 1982-1984, pp. 91-112). Finalmente, P. MAYER señala la posibilidad de que la entidad crediticia, en lugar de revender con reserva de dominio, la ceda en depósito, en cuyo caso obtendría los mismos resultados con menor riesgo evidente de consideración fraudulenta de la operación (*vid. loc. cit.*, III. A, núm. 17).

ción del bien. Se trata de un modelo de armonización y de reordenación funcional del sistema de garantías basado en criterios básicamente económicos³⁵.

C) CONFLICTO MÓVIL

37. El artículo 10.1 y 2 Cc no precisa en qué momento debe ser apreciada la conexión *lex rei sitae* respecto de la validez de los derechos reales, cualesquiera que sean. Las construcciones en torno a la solución del conflicto móvil, con carácter general, se apoyan en principios y pautas muy diversos³⁶. Pero, sea cuales fueren aquéllos, en el ámbito que nos ocupa existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial, en el Derecho comparado, acerca de que la validez de los derechos reales sobre bienes muebles se rigen por la ley del lugar de situación de los bienes en el momento en que se producen los hechos determinantes de su adquisición. En el plano de los derechos de propiedad-garantía sobre bienes muebles, de origen convencional, ello se traduce en aplicar a la validez o creación del derecho real de propiedad-garantía la ley del lugar en que estaba el bien al perfeccionarse el título; en el caso de la reserva de dominio simple, en el momento de perfeccionarse la compraventa. En este sentido, puede resultar importante la calificación real o personal del contrato de venta a plazos para determinar el momento de perfección del título y, en consecuencia, localizar el lugar de situación del bien que nos conducirá a la ley rectora de la validez de la reserva de dominio como derecho de garantía. Cualquier desplazamiento ulterior del bien, no alterará la ley aplicable a dicha validez,

³⁵ La reserva de dominio en la venta a plazos se cataloga como *Security Interest* dentro de la categoría económica «*purchase money security interest*». Reconduciendo de esta forma tanto la *conditional sale* como la *retention of title* hacia una figura común, el UCC eliminaba una de las más problemáticas distinciones de la vieja legislación norteamericana. Aún más perfecta parece la regulación en este sentido de los artículos 5.2, 4 y 6 del *British Crowther Report*, que asimismo identifica la venta con reserva de dominio con un contrato de préstamo asociado a una garantía de corte pignoraticio (cf. M. G. SHANKER, «The General Secured Transactions Law under Article 9 of the American Commercial Code and the British Crowther Report. Part 5», *Security over Corporeal Movables*, Leiden, Sijthoff, 1974, p. 94; J. D. AYER, «Secured Creditor and Insolvency in the United States», *Labels Z.*, 1980, p. 655; R. M. GOODE, «A Credit...», *loc. cit.*, pp. 252-254, y D. TALLON, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 932).

³⁶ Vid. un esquema de los planteamientos teóricos al problema del conflicto móvil en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 456-458.

aunque sí, como veremos, a otros aspectos. En términos comerciales, la jurisprudencia comparada es constante al afirmar que corresponde a la ley del lugar de exportación o expedición del bien el pronunciamiento acerca de la validez del derecho de propiedad-garantía³⁷.

En esta cuestión, las dudas se suscitan en torno a la sustitución de la *lex rei sitae* por la *lex contractus*, tanto para regir la validez del derecho real creado, como las relaciones reales entre las partes. Se trata de una interpretación que ofrece pocas posibilidades en un sistema como el español, pero sobre la que abundaremos más adelante al tratar del contenido de la reserva de dominio entre las partes³⁸.

38. El conflicto móvil suscita una cuestión particular relacionada con la creación o validez de los derechos reales de garantía: el problema de la adquisición incompleta. Es posible que, conforme a la *lex rei sitae* al momento de perfeccionarse el título de adquisición, el derecho real no se haya aún constituido válidamente. En tal caso, la nueva *lex rei sitae* puede atribuir validez a la constitución del derecho real, teniendo en cuenta tanto los hechos acaecidos antes o después del desplazamiento del bien³⁹. El supuesto ha sido estudiado, principalmente, en el ámbito del derecho de propiedad, y, particularmente, en torno a su adquisición por usucapión facilitando el cómputo acumulado de los períodos de posesión en uno y otro Estado⁴⁰.

En el ámbito de los derechos de propiedad-garantía, la jurisprudencia europea tiende al reconocimiento de la validez de tales garantías irregularmente constituidas en el extranjero, siempre que reúnan los requisitos de validez previstos en la nueva *lex rei sitae*, utilizando, por tanto, el instrumento de la aplicación cumulativa

³⁷ Para un análisis más detallado de esta afirmación, vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 296 y ss.

³⁸ Vid. *infra*, pp. 96-100.

³⁹ Para un estudio de conjunto de este problema, vid. M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 374-377.

⁴⁰ Cf. J. M. ORDEIG FOS, «Aspectos del conflicto internacional de leyes sobre los derechos reales mobiliarios», *RDJ*, núm. 36, 1968, p. 65. El Derecho suizo contempla una norma general que puede servir de paradigma a la solución de este problema. El artículo 102.1 LFSDIP dispone que «cuando un bien mueble es transportado desde el extranjero a Suiza, y la adquisición o pérdida del derecho real no ha tenido lugar aún en el extranjero, los hechos acaecidos en el extranjero se considerarán realizados en Suiza».

orientada por una especie de favor respecto de la validez de las garantías⁴¹. Sin embargo, este resultado no se apoya exactamente en la incompetencia de la *lex rei sitae* al momento de perfeccionarse el título para regir la validez del derecho de propiedad-garantía; el método empleado consiste en descalificar las exigencias de validez previstas por dicha ley como auténticas condiciones de validez, e interpretar, en sentido opuesto, que se regulan como condiciones de oponibilidad frente a terceros, que, como veremos, se han de determinar conforme a la nueva *lex rei sitae*. Así, si la venta se perfecciona hallándose el bien en Italia, nos encontramos con que el Derecho italiano exige que la reserva de dominio se estipule por escrito y conste fecha cierta. Si el bien se traslada a Alemania sin que se hayan cumplido tales condiciones, le basta al foro alemán para reconocer su validez calificar tales formalidades como simples condiciones de publicidad frente a terceros, y no como condiciones de validez. En suma, el proceso descrito no significa una sustitución de la *lex rei sitae* anterior por la nueva, en los supuestos de constitución irregular, sino una interpretación interesada y a menudo espúrea, en el segundo escalón, del Derecho material de la *lex rei sitae* en el momento de perfeccionarse el título⁴².

En el supuesto de bienes destinados a la exportación, el problema de la adquisición incompleta puede justificar la aplicación de la nueva *lex rei sitae*, como veremos⁴³, principalmente partir de un mayor papel de la autonomía de la voluntad, y, a su vez, por la mayor vocación

⁴¹ Un caso excepcional, en sentido contrario, lo constituye la Sentencia del Oberlandgericht de Hamburgo de 2 de junio de 1965. Siguiendo la consideración de la reserva de dominio como *gestreckter Tatbestand* (a *running set of facts*, en la concepción anglosajona), aplicó la nueva *lex rei sitae* a la validez de la cláusula de reserva de dominio, sobre la base de que, al tratarse de una sucesión incompleta de actos, que deben volver a apreciarse nuevamente a partir del cambio de situación del bien, la ley federal alemana, como nueva *lex rei sitae*, debía pronunciarse en contra de la validez de una reserva de dominio incluida en favor de un vendedor suizo en una venta a plazos sobre un bien sito entonces en el Reino Unido y destinado a ser exportado a la RFA (cf. U. DROBNIG y R. M. GOODE, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 352). La decisión, criticada severamente por U. DROBNIG, constituye, no obstante, un precedente raro y asilado en la jurisprudencia alemana (cf. el comentario de la sentencia de U. DROBNIG en *Rabels Z.*, 1968, pp. 535-541; y, del mismo, autor, «Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen», *Rabels Z.*, 1968, pp. 463-464).

⁴² *Vid.* como muestra de esta interpretación, la Sentencia *Arrondissementrechtbank* de Amsterdam de 11 de noviembre de 1974 (*NJ*, 1974, núm. 432) y la STS RFA de 2 de febrero de 1966 (*Journ.dr.int.*, 1971, p. 610), y el análisis doctrinal de N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 197-198.

⁴³ *Vid. infra*, pp. 114-118.

de la *lex rei sitae* actual como ley del Estado cuyo tráfico queda afectado. Ante las situaciones inicialmente internas, la aplicación de la *lex rei sitae* actual pierde su justificación, y sólo puede apoyarse en una razón formal: si el derecho no había nacido, no existía, por tanto, *lex rei sitae* anterior. La primera y única *lex rei sitae* sería la actual.

39. El esquema conflictual diseñado en torno a la validez de la reserva de dominio simple en caso de conflicto móvil, quiebra en ciertos ordenamientos por la presencia de normas materiales. La existencia de estas normas, tanto en la *lex rei sitae* anterior como en la nueva, puede justificar la aplicación de la nueva *lex rei sitae* a la validez de la reserva de dominio, o bien la inaplicación excepcional de la *lex rei sitae* al momento de perfeccionarse el título. El supuesto ha sido tratado, en particular, por la doctrina y la jurisprudencia suizas, a partir del tenor del artículo 715 del Cc y de las Obligaciones suizo, que dispone:

«El pacto en virtud del cual el vendedor se reserva la propiedad del bien mueble transferido al comprador, únicamente es válido si ha sido inscrito en el domicilio actual de este último...»⁴⁴

K. SIEHR califica dicho precepto como una norma espacialmente condicionada⁴⁵. Partiendo de la base de que la inscripción se exige como un requisito de validez de la constitución de la garantía, extiende su ámbito de aplicación a las operaciones internacionales en las que el comprador tiene su domicilio en Suiza. En este caso, la norma se complementa con el artículo 102.2 de la LFS DIP, que, no obstante, concede validez durante tres meses a la reserva de dominio constituida en el extranjero (conforme a la *lex rei sitae* al momento de perfeccionarse el título), con el fin de facilitar al acreedor el cumplimiento de la exigencia del registro. Se trata, por tanto, de una excepción a la regla conflictual general, operada en virtud de una norma de extensión. La norma, en contrapartida, no se extiende a los supuestos de reserva de dominio que gravan a un comprador no domiciliado en Suiza⁴⁶.

⁴⁴ Para un análisis sucinto de los particulares problemas que suscita en el DIPr. dicho artículo, *vid.* F. E. KLEIN, «La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1979, pp. 512-523.

⁴⁵ Cf. K. SIEHR, «Eigentumsvorbehalt im deutsch-schweizerischen Rechtverkehr», *IPrax*, núm. 5, 1982, p. 209.

⁴⁶ *Vid.* en este sentido la nota de P. LALIVE a la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 19 de agosto de 1980 (*A. GmbH c. R.*), *Ann. suisse dr.int.*, 1981, pp. 434-437.

3. Efectos entre las partes y contenido de la garantía

A) CONTENIDO OBLIGACIONAL

40. La ley aplicable al contenido de la reserva de dominio simple es, sustancialmente, la misma ley que ha de regir su contenido y las relaciones entre las partes, pudiendo englobarse como «ley de la operación». En perjuicio de un análisis conjunto, hemos preferido separar formalmente ambos desarrollos con fines de claridad expositiva, si bien, como se verá, la mayoría de los problemas se suscitan para ambas cuestiones a un tiempo.

41. Los efectos puramente obligacionales que se derivan para las partes de la inserción de una cláusula de reserva de dominio simple en un contrato de venta a plazos se rigen por la *lex contractus*. Dicha ley regirá, en concreto: la obligación del vendedor de transmitir la posesión, uso, goce y disfrute del bien vendido al comprador, mediante la entrega; todas las vicisitudes relacionadas con el pago aplazado; el deber de conservación de la cosa por parte del comprador; si y en qué condiciones el comprador puede ejercitar un derecho a la posesión del bien, a su uso, goce y disfrute; la responsabilidad que le incumbe en caso de pérdida o deterioro del bien vendido. Asimismo, corresponde a la *lex contractus* determinar qué derechos puede ejercer el vendedor en caso de que el comprador no satisfaga los plazos correspondientes, es decir, «si y en qué condiciones posee la facultad de recuperar los bienes, resolver el contrato, exigir daños y perjuicios o solicitar el cumplimiento del contrato»⁴⁷, u otras cuestiones tales como la eventual compensación de las prestaciones efectuadas en caso de resolución del negocio⁴⁸.

⁴⁷ Vid. K. SAJKO, «Reservation of Title in Private International Law - with Special Reference to Yugoslav Law», *Hague-Zagreb Essays 5 (on the law of International Trade)*, La Haya/Zagreb, 1985, p. 52. La facultad de recuperar el bien, enunciada en abstracto, es un efecto del incumplimiento de la obligación personal del comprador de pagar el precio, y, por tanto, con base en el artículo 10.10 Cc y en el artículo 10.1.c) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de Roma de 19 de junio de 1980, su regulación debe ser atribuida a la *lex contractus*. Ahora bien, en lo que se refiere a la posibilidad de reivindicar los bienes, habrá de contemplarse asimismo la *lex rei sitae* y, en cuanto a su instrumentalización procesal, la *lex fori*.

⁴⁸ El artículo 6 (segunda variante) del Anteproyecto de Directiva comunitaria sobre las consecuencias legales de la reserva de dominio señala la competencia de

42. Una cuestión con entidad particular en el ámbito del contenido obligacional es la que suscita la transmisión de los riesgos. El riesgo se enmarca dentro de la dinámica obligacional y, en cuanto tal, queda regido por la *lex contractus*⁴⁹. La reserva de dominio introduce, no obstante, un matiz diferencial, tanto en los sistemas que adoptan como regla general el principio *res perit domino* como en aquellos que optan por el criterio *res perit emptoris*. En los primeros, se suele introducir, *ex lege* o *ex pacto*, una modificación a la regla general, de forma que, aunque la reserva de dominio impida la transferencia de la propiedad, sí se traspasen los riesgos, con el fin de impedir que se prolongue en el tiempo una situación de inseguridad, cuando quien dispone y disfruta del bien es el comprador⁵⁰.

En los sistemas que optan por la regla *res perit emptoris*, aparentemente no se produce discordancia alguna, dado que los riesgos se transmitirán normalmente con la entrega. Pero, en ciertos ordenamientos, la perfección del contrato se hace depender de otros factores, además de la entrega de la cosa; tal sería el caso, para algún sector doctrinal, de la exigencia del desembolso inicial

la *lex contractus* sobre los derechos recíprocos de las partes, así como su evaluación y compensación cuando el vendedor reclama la propiedad del bien de manos del comprador, extendiendo tal competencia, sin detrimento de la ley elegida por las partes, a la responsabilidad del comprador por la destrucción o deterioro del bien en cuestión, si bien en este caso la *lex contractus* tiene como alternativa la aplicación de la ley del domicilio del comprador al momento de concluirse el contrato (art. 11) (*Ref. III/D/278/80-FR*).

⁴⁹ Vid. en particular el análisis de G. ANGELICI, «*Consegna e «proprietà» nella vendita internazionale*», Milán, Giuffrè, 1979, p. 250. Esta solución es, además, la recogida en el régimen convencional de La Haya, bien entendido que la tendencia en dichos convenios a aplicar la *lex contractus* asimismo a los efectos reales de la venta entre las partes, no desdice en absoluto la firmeza de una concepción en torno a los riesgos aceptada ya en el primer texto. Así, el artículo 5.3 del Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de bienes corporales incluye la cuestión de los riesgos, que queda excluida en el artículo 2.2. del Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta internacional de bienes muebles corporales; finalmente, el artículo 12.d) del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías de 30 de octubre de 1985 incluye la cuestión de la transmisión de los riesgos dentro del ámbito de aplicación de la *lex contractus*.

⁵⁰ Cf. sobre esta cuestión en el Derecho español, el esquema doctrinal presentado por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 131-134. Sobre los sistemas de Derecho comparado que mantienen la asunción de riesgos por el vendedor con reserva de dominio, pese a la entrega, vid. T. M. MARGELLOS, *op. cit.*, pp. 108-109.

prevista en el artículo 9.1 de la Ley española de venta a plazos. Dicha interpretación llevaría al absurdo de que el vendedor asumiría los riesgos después de la entrega y antes del desembolso inicial, transmitiéndose los riesgos únicamente tras haberse efectuado el pago del primer plazo ⁵¹.

B) CONTENIDO REAL

43. Uno de los aspectos fundamentales en torno a los que gira el régimen de los derechos de propiedad-garantía en el comercio internacional, es el referido al contenido real de la garantía. Determinar si una cláusula de reserva de dominio implica un derecho de conservación de la propiedad en manos del vendedor (*ius in rem*) o un derecho al valor de realización del bien (*ius ad rem*), es un paso clave en orden a determinar los efectos de la garantía entre las partes y, sobre todo, frente a terceros.

Hay que tener presente en este punto que, sea cual fuere la ley aplicable, la determinación del Derecho material que rija la cuestión se hace muy compleja en aquellos sistemas que adoptan el principio de elasticidad de los derechos de propiedad en garantía ⁵², esto es, que admiten un contenido real distinto para la misma garantía, según se trate de hacerla valer frente al deudor o frente a terceros. En el primer caso, es decir, en el ámbito de las relaciones entre las partes, resulta más sencillo reconocer al acreedor un auténtico derecho de propiedad. En todo caso, la reserva de dominio simple es la garantía en que semejante contenido dominical parece estar más extendido en el Derecho comparado, tanto en las relaciones entre las partes como frente a terceros.

En el Derecho español, en que mayoritariamente se admite que la reserva de dominio implica una condición suspensiva de la transferencia de la propiedad, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO mantiene una sólida posición a favor de un contenido similar al derecho de prenda, en torno a un valor de realización del bien, que

⁵¹ La contradicción entre los artículos 9.1 y 9.2 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, resulta manifiesta, pues si el contrato se perfecciona con el desembolso inicial no puede haber lugar a la sanción prevista en el artículo 9.2, sino a la inexistencia del negocio. Tal es la consecuencia de la ambivalencia, real y consensual, con que la Ley ha diseñado los contratos de venta a plazos sujetos a su ámbito de aplicación (cf. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las ventas...», *loc. cit.*, pp. 135-137).

⁵² *Vid. supra*, pp. 43-45.

ha reflejado en gran número de aportaciones doctrinales que hemos ido citando a lo largo de este trabajo. Pese a que, en contra de su tesis, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia ha insistido constantemente en que la reserva de dominio implica una auténtica conservación de la propiedad en manos del vendedor ⁵³, no es menos cierto que la tesis de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO arroja un resultado mucho más coherente dentro del sistema español de crédito y de garantías, que empieza a gozar muy recientemente de tímidos respaldos jurisprudenciales ⁵⁴.

Junto al contenido real del derecho que genera la garantía en favor del acreedor, esto es, de qué tipo de garantía se trata, se incluye dentro de este apartado la determinación de qué tipo de bienes pueden quedar afectados por una determinada garantía, si bien se trata de una cuestión susceptible asimismo de dar lugar a la ilicitud del objeto del contrato y erigirse, en consecuencia, como una condición de validez del pacto conforme a la *lex contractus* ⁵⁵. Finalmente, aunque se trata de un derecho mixto obligacional-real, debe incluirse dentro del contenido real de la reserva de dominio entre las partes, el derecho de expectativa sobre la cosa (*Antwortschaftrecht*) que mantiene el comprador. Se trata, como señala R. SERICK, de un primer escalón o grado de la propiedad (*Vorstufe*) ⁵⁶.

⁵³ Para un resumen reciente de esta vieja polémica, *vid.* M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, *loc. cit.*, pp. 15-20. Es de señalar, que la tesis mayoritaria se apoya asimismo en lo dispuesto en la Ley 483 de la Compilación navarra y en una vieja postura del Tribunal Supremo que se inicia en la STS de 10 de junio de 1958 (*RAJ*, 1958, núm. 2.142), y que confirma, más recientemente, la STS de 11 de julio de 1983 (*CJCC*, núm. 3, pp. 873-875).

⁵⁴ La STS de 11 de marzo de 1991 prescinde expresamente de una «interpretación formalista» de la reserva de dominio, incidiendo en que, de hecho, no puede implicar una auténtica conservación de la propiedad, sino, como cualquier garantía real, una serie de privilegios frente a terceros como tal garantía, y no como plena propiedad (*BIMJ*, núm. 1.618, 1991, pp. 5661-5664). La STS de 19 de mayo de 1989 ya había iniciado, aunque tíbicamente, esta evolución (*La Ley*, 1 de julio de 1989).

⁵⁵ Cf. N. RONZITTI, «Mutamento delle situazione della cosa e legge regolatrice del diritto reale», *Riv. dir. int.*, 1967, pp. 73-75.

⁵⁶ Cf. *op. cit.*, pp. 44-45. Esta consideración real del derecho de expectativa del comprador, se encuentra asimismo en la jurisprudencia española, si bien en determinados casos se ha desamparado dicho derecho, con la inaceptable consecuencia de hacer depender el traspaso de la propiedad al comprador no sólo del pago del precio, sino de causas exógenas tales como que, en dicho período, ningún acreedor del vendedor ejecute el bien, hecho que, obviamente, escapa a la buena voluntad del comprador y lo sume en la más absoluta desprotección, como hizo la STS de 11 de julio de 1983.

44. Prescindiendo de un análisis más profundo del contenido real de la reserva de dominio en el Derecho comparado y en el Derecho español —tema de por sí merecedor de una monografía—, nos corresponde señalar qué ley ha de determinar dicho contenido en las situaciones de tráfico externo. En el ámbito de las relaciones entre las partes, la discusión gira en torno a la conveniencia de aplicar la *lex contractus* frente a la *lex rei sitae*, y, de optarse por la segunda posibilidad, se trata de determinar su precisión en caso de conflicto móvil.

Hay que avanzar que la solución tradicional a este problema se obtiene por la vía de la aplicación de la *lex rei sitae*. En el ordenamiento español, esta solución parece ya de principio inevitable, dado el tenor del artículo 10.1 Cc. No obstante, hay que decir que esta *lex rei sitae* ha de ser la misma que rige la validez de la garantía como derecho real, esto es, la *lex rei sitae* en el momento de perfeccionarse su título de adquisición. Por tanto, la validez y las relaciones reales entre las partes forman un todo, regido por una misma ley: la *lex rei sitae* anterior, en términos de conflicto móvil. Esto es así no sólo porque se trata de una precisión en torno al concepto de *lex rei sitae* operativa en razón de las relaciones *inter partes* (la del lugar en que éstas han creado), frente a la *lex rei sitae* operativa en las relaciones con terceros, sino porque otra solución produciría irresolubles problemas de adaptación. En efecto, si se admite que el contenido de la reserva de dominio como garantía es susceptible de afectar al modo de adquirir la propiedad, nos encontramos con un derecho real complejo que afecta a dos derechos reales: a la propiedad y al derecho de garantía. La aplicación de la ley rectora del modo de adquirir la propiedad es inseparable de la ley rectora del contenido de la reserva de dominio, y esta no es otra que la *lex rei sitae* en el momento de perfeccionarse la venta a plazos.

45. La interpretación teleológica de las normas de D.I.Pr., en particular de las normas de conflicto, ha llevado a una fuerte corriente doctrinal y jurisprudencial a propugnar la aplicación, tanto a la validez como al contenido de los derechos de propiedad-garantía entre las partes, de la *lex contractus*. Se trata de una tendencia que es extensiva a cualesquiera derechos reales de origen convencional, apoyada en argumentos funcionales muy sólidos, y que es preciso analizar en relación con las posibilidades que ofrece dentro del sistema de D.I.Pr. español.

La postura que mantiene la conveniencia de aplicar la *lex con-*

tractus a las relaciones entre las partes, tanto personales como reales, parte de una delimitación funcional de la conexión *lex rei sitae*: si ésta cumple, fundamentalmente, una función ordenadora del mercado de bienes y la protección de la seguridad del tráfico, encuentra justificación cuando se trata de la oponibilidad de los derechos reales frente a terceros, esto es, cuando el derecho de propiedad-garantía despliega sus efectos *erga omnes*; dicha justificación desaparecería en los casos de litigio entre las partes, en favor de la aplicación de la *lex contractus*. Esta solución, asumida tanto doctrinal⁵⁷ como positivamente⁵⁸, tiene la ventaja formal de simplificar

⁵⁷ Vid. G. A. CHESHIRE, *Private International Law*, 3.ª ed., Londres, Clarendon Press, 1947, p. 576; H. NIAL, «Selected Problems on Private International Law», *R. des C.*, t. 101 (1960-III), p. 269; G. ANGELICI, *op. cit.*, pp. 119-120; J.-P. VERHEUL, «Reservation of Title (Conditional Sale) in Private International Sale», *Hague-Zagreb Essays 5 (on the Law of International Trade)*, 1985, p. 68; R. BARSOTTI, *Negozi giuridici e diritti reali nel diritto internazionale privato*, Pisa, Pacini, 1975, pp. 245-249; M. R. CHESTERMANN, «Choice of Law Aspects of Liens and Similar Claims in International Sale of Goods», *ICLQ*, 1973, pp. 221-222; J. M.ª ORDEIG FOS, *loc. cit.*, p. 41; Y. FLOUR, *Les effets des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, t. I, tesis, París, 1977, pp. 138-148, esp. p. 138; M. BOGDAN, «Application of Foreign Rules on Non-Possessory Security Interests in Swedish Private International Law», *NITR*, vol. 47, 1978, pp. 16 y 28; O. LANDO, «The Application by Danish Courts of Foreign Rules on Non-Possessory Security Interests», *NITR*, vol. 47, 1978, pp. 7-10; H. GOTTHEINER, «Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen», *Rabels Z.*, 1953, p. 375; K. SOVILLA, *Eigentumsübergang an beweglichen Körperlichen Gegenständen bei Internationalen Kauf*, Friburgo, 1954, p. 38; H. HANISCH, «Besitzlose Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere in Verhältnis zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland», *Beiträge zum neuen Internationalen Privatrecht des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts. Festschrift für R. Moser*, Zurich, 1987, p. 31; P. MAYER, *loc. cit.*, I-B, 1, núm. 10; H. STOLL, *Internationales Sachenrecht*, Berlin, Schweitzer y Walter de Gruyter, 1985, p. 144, núm. 282. Vid., asimismo, las referencias por K. F. KREUZER, «Internationales Sachenrecht», *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch (Einführungsgesetz Internationales Privatrecht)*, t. 7, 2.ª ed., Munich, Ch. Beck, 1990, p. 20-29.

⁵⁸ Se trata de un criterio seguido por la Ley checoslovaca de 4 de diciembre de 1963 sobre Derecho internacional privado (art. 12), la legislación sueca y danesa, y el § 251 del Segundo *Restatement* norteamericano. En el plano convencional, cobran gran importancia, por su valor ejemplificativo, los artículos 2 y 3 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta internacional de bienes muebles corporales de 15 de abril de 1958, cuya redacción definitiva, siguiendo la posición de los delegados escandinavos, establece la aplicación de la ley del contrato de venta a la validez de las cláusulas de reserva de dominio en provecho del vendedor, limitando la aplicación de la *lex rei sitae* actual a la transferencia de la propiedad de los objetos vendidos respecto de todas las personas distintas a las partes. El mismo criterio adopta el Convenio de La Haya de 30 de octubre de 1985 sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías.

la solución del conflicto móvil, y el interés sustancial de atender de forma más adecuada a los distintos conflictos de intereses que se suscitan en cada caso concreto, respetando la autonomía de la voluntad y la previsibilidad del Derecho de las partes. Sin embargo, ha recibido asimismo importantes críticas, celosas de salvaguardar el ámbito de aplicación de la *lex rei sitae*, a través de una delimitación puramente conceptual de la «materia real»⁵⁹; además, el nuevo criterio elimina algunos problemas de aplicación, pero rompe la unidad tradicional del ámbito de aplicación universal de la *lex rei sitae*, dando lugar a problemas de aplicación nuevos⁶⁰.

46. Antes de analizar la virtualidad que tienen en el D.I.Pr. español tanto la *lex rei sitae* como la *lex contractus* para regir las relaciones entre las partes en el ámbito de las garantías sobre la propiedad, es preciso poner de relieve un dato diferencial: la propuesta en favor de la *lex contractus* se concibe mejor en aquellos sistemas que propugnan la sumisión de las obligaciones contractuales, en defecto de elección por las partes, a la ley designada por índices de localización objetivos, a través de la noción de los vínculos más estrechos o *proper law of the contract*. En estos sistemas, si no hay elección por las partes, se acude a la *lex rei sitae* al momento de la constitución de la garantía, por presentar la vinculación objetiva fundamental con el contrato, o reflejar mejor la voluntad tácita de las partes. En este sentido, la llamada es más bien a la ley de la autonomía que a la *lex contractus*, que, en su defecto, coincidiría objetivamente con la *lex rei sitae*. Dicho esquema no es, sin embargo, trasladable al sistema de D.I.Pr. español, reflejado en el artículo 10.5 Cc.

Sin embargo, la única decisión que ha abordado en nuestro sistema la cuestión de la ley aplicable a los efectos entre las partes de los derechos reales de garantía se inclina claramente por la aplica-

⁵⁹ Vid. G. A. ZAPHIRIOU, *op. cit.*, pp. 32-41; P. LALIVE, *op. cit.*, pp. 82 y 113-115; G. FRIEDEL, «Biens», *J.-Cl.dr.int.*, fasc. 550, 1969, p. 30; U. DROBNIG, «The Recognition on Non-Possessory Security Interests Created Abroad in Private International Law», *General Reports to the 10th Congress of Comparative Law*, Budapest, Akademiai Kiado, 1981, p. 297; G. C. VENTURINI, *loc. cit.*, p. 7; J. VOULGARIS, *Les conflits de lois en matière de transfert de propriété - Etude historique-comparative*, tesis, París, 1973, pp. 202-205.

⁶⁰ W. BINCHY pone de relieve como la llamada por el Derecho inglés, para regular las relaciones entre las partes, a la *lex loci actus*, a menudo termina en un envío por ésta a la *lex situs*, poniendo como ejemplos los asuntos *In Re Interview Ltd* (1975) y *Kruppstaahl A.G. c. Quitman Products Ltd* (1982) (cf. *Irish Conflict of Laws*, Butterworth, 1988, pp. 469-498).

ción de la *lex contractus*. En uno de los considerandos de la SAP de Barcelona (Sección 15) de 13 de septiembre de 1989, se lee:

«En efecto, si en el parágrafo 455 del BGB (regulador de los efectos del acuerdo *inter partes*, según el art. 10.5 Cc) se supedita suspensivamente el efecto traslativo de la venta, al pago del precio («...se supondrá en la duda que la transmisión de la propiedad se ha hecho bajo condición suspensiva del completo pago del precio...») y, por ello, legítima al vendedor para ejercitar la tercera de dominio, no cabe desconocer que, ya se califique a dicho pacto (con arreglo a nuestro ordenamiento: art. 12.1 Cc) como un medio de gravar la cosa vendida con un derecho real de garantía de la obligación de pagar el precio (cual entienda un sector doctrinal considerable), ya como un medio de alterar simplemente el sistema legal de transmisión del dominio sobre aquélla (arts. 609 y 1.095 Cc), el negocio jurídico tiene una indudable trascendencia real y, por ello, que sus efectos frente a terceros... se rigen por la ley del lugar de situación»⁶¹.

La decisión referida parece inclinarse por la aplicación de la *lex contractus* a las relaciones entre las partes, tanto personales como reales. Sin embargo, es preciso anotar que la cuestión litigiosa se refería concretamente a los efectos frente a terceros de una reserva de dominio, con lo cual el pasaje transcrito no es más que un *obiter dictum*. A ello se añade que, *in casu*, la ley alemana era tanto la *lex contractus* como la *lex rei sitae* en el momento de constitución de la garantía. La solución de la Audiencia se nos antoja, desde luego, la más adecuada en un plano puramente teórico y de *lege ferenda*.

No obstante, nuestro sistema no parece permitir dicha conclusión en una correcta interpretación. En efecto, el reconocimiento de cierto papel de la autonomía de la voluntad de las partes para precisar la *lex rei sitae* en materia de bienes en tránsito (art. 10.1.III Cc), aunque pudiera parecer lo contrario, impide dicha interpretación. Tal norma recoge una norma de aplicación especial, en orden a precisar la *lex rei sitae* para regir la constitución y cesión de derechos reales sobre bienes en tránsito. Ello conlleva que no sólo la oponibilidad de los derechos reales frente a terceros se somete, con carácter general, a la *lex rei sitae*, conforme al artículo 10.1, sino también, la constitución y cesión de tales derechos entre las partes, siendo el párrafo III sólo una especificación de esta regla implícita,

⁶¹ RGD, núm. 546, 1990, pp. 1712-1713; REDI, vol. XLII (1990), 2, 1990-97-Pr, pp. 644-646, y nota de S. SÁNCHEZ LORENZO, pp. 646-650. Esta decisión fue confirmada por STS de 22 de junio de 1992.

para bienes que plantean dificultades particulares en la precisión de la *lex rei sitae*. En suma, el artículo 10.1.III Cc es la muestra palpable de que el legislador español ha optado por una delimitación conceptual entre el artículo 10.1 y el 10.5 Cc. Cualquier aspecto real entra en el ámbito de aplicación del primer precepto. Lo contrario implicaría una derogación del párrafo III del artículo 10.1, dado que tendría que tratarse de una materia sujeta al 10.5 Cc⁶².

C) CESIÓN DE LA GARANTÍA

47. Es habitual que el acreedor ceda a un tercero, normalmente una entidad de crédito, los derechos derivados de una venta a plazos, junto con sus garantías, a cambio del importe del precio efectivo, subrogándose el tercero en los derechos del vendedor. Los regímenes de Derecho comparado en torno a la admisión y contenido de dicha cesión presentan una cierta variedad de respuestas⁶³, por lo que resulta necesario precisar qué ley ha de regir la validez misma de la cesión de una reserva de dominio simple ligada a la cesión del crédito, los requisitos que debe cumplir, la necesidad de notificación de la cesión al comprador y parte obligada a efectuarla, efectos de la omisión, etc. Por otra parte, se plantea la cuestión de determinar qué efectos produce la cesión, en qué medida se subroga el cesionario en los derechos del cedente, qué tipo de excepciones puede ejercitar el deudor (exclusión de la acción redhibitoria, posibilidad de interponer frente al cesionario las excepciones derivadas del contrato causal, etc.) y otros aspectos como los efectos de la nulidad de la venta sobre la cesión⁶⁴.

48. La cesión de una reserva de dominio es accesoria a la cesión del crédito garantizado. Esta última, por tratarse de un nuevo acuerdo u obligación contractual, contará con su propia ley reguladora, que regirá los requisitos de validez de la cesión del crédito

⁶² Vid. esta interpretación en S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 660-661, mantenida asimismo por M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 540.

⁶³ Para un breve análisis de los sistemas de nuestro entorno, *vid.* J. HÉMARD, «Le domaine d'application de la réglementation des ventes à crédit ou à tempérament», *Festschrift für Johannes Bärmann*, Munich, Ch. Beck, 1975, pp. 452-453; R. R. PENNINGTON, *loc. cit.*, pp. 282-286; K. NEUMAYER, «La vente à crédit», *Rev.int.dr.comp.*, 1973, pp. 607-609.

⁶⁴ Sobre los problemas que plantea la cesión del contrato en el DIPr., *vid.* por todos, J. FORNER Y DELAYGUA, *La cesión del contrato. Construcción de la figura y ley aplicable*, Barcelona, Bosch, 1989, 289 pp.

(necesidad de notificación al comprador) y las relaciones entre el primitivo deudor (comprador), cedente (vendedor) y cesionario (tercero). Del mismo modo, la ley rectora del contenido de la cesión del crédito determinará los efectos de la nulidad del contrato de venta sobre el contrato de cesión. *A sensu contrario*, los efectos del nuevo contrato sobre el negocio causal, al que modifica, se regirán por la ley reguladora de este último, que determinará, además, la posibilidad de transferir el crédito y las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor, entre las que cabe mencionar las que éste puede oponer al cesionario. La posibilidad de ceder el crédito y la validez de la cesión del mismo —de la que depende directamente la cesión de la garantía—, se someten, pues, acumulativamente, a las respectivas leyes de ambos contratos. Las mismas consideraciones cabe emitir respecto de la cesión de la deuda y sus gravámenes o cargas reales.

Lo dicho no supone en modo alguno que la validez de la cesión de la reserva de dominio quede regida de forma directa por la *lex contractus*, toda vez que, afectando indefectiblemente a la transmisión del derecho de propiedad-garantía, su validez ha de ser determinada por la *lex rei sitae*. De la misma forma, la oponibilidad al cesionario de los derechos derivados de la cesión de la garantía frente a terceros, incluido el deudor, vendrá determinada por la ley rectora de la oponibilidad de la cláusula (*lex rei sitae*, *lex concursus*, etcétera). Tal distribución no evita que la validez de la cesión de la reserva de dominio, en cuanto a los derechos reales a que da lugar, se halle vinculada necesariamente a la determinación previa de la validez de la cesión de crédito, regida por la ley del contrato, a salvo el supuesto absurdo de la cesión del derecho real de garantía de un crédito, independientemente de la cesión de este último⁶⁵.

Ahora bien, una vez resuelta la validez de la cesión del crédito a tenor de la ley que rige el contrato de cesión, y admitida la posibilidad de la misma por la ley rectora del contrato de venta, la in-

⁶⁵ El artículo 1.529 Cc dispone que «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, prenda, hipoteca o privilegio», enumeración a la que hay que añadir el derecho de garantía implícito en la reserva de dominio, toda vez que la relación de derechos accesorios contenida en el mencionado precepto es «meramente ejemplificativa» (*cf.* L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, t. II, 4.ª ed., Madrid, 1985, p. 320). En contra, *vid.* la sorprendente doctrina de la STS 10 de mayo de 1990 (CCJC, núm. 23, 1990, pp. 641-646, y crítico comentario de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, pp. 647-651).

mediata y consecuente posibilidad de ceder la garantía junto al crédito vendría determinada por la *lex rei sitae*, contemplada al momento de la cesión. Admitida la validez de la cesión del crédito, la consiguiente cesión automática de la garantía es un efecto común a la mayoría de los sistemas y, en consecuencia, lo será presumiblemente para la *lex rei sitae*, siempre y cuando la garantía resulte lícita⁶⁶. Cosa distinta será el régimen de oponibilidad de la cesión, que deberá atenerse a la ley rectora de dicho efecto.

4. Conflicto móvil

A) TRANSPOSICIÓN DE INSTITUCIONES

49. Cuando una garantía sobre la propiedad ha sido válidamente creada conforme a la *lex rei sitae* al momento de perfeccionarse su título de adquisición, atribuyéndole un determinado contenido real, se plantea la cuestión de determinar, tras el traslado del bien a otro Estado, qué ley ha de regir dicho contenido, y en qué medida la garantía constituida en el extranjero puede ser reconocida por el ordenamiento de la nueva *lex rei sitae*, que en la práctica coincide con la *lex fori*.

La comprensión de este problema debe partir de una diferenciación elemental. Cuando se aborda la cuestión del reconocimiento de las garantías pactadas en el extranjero, y de la transposición o principio de equivalencia como solución a dicho problema, se hace referencia al problema del reconocimiento del contenido entre las partes o tipo de garantía constituida, no al reconocimiento de los efectos que dicha garantía produce frente a terceros. Reconocer el tipo de garantía o su contenido real conforme a la *lex rei sitae* inicial, no implica necesariamente reconocer su oponibilidad frente a terceros conforme a dicha ley. Se trata de cuestiones distintas que ofrecen, a nuestro juicio, soluciones diversas, si bien pueden estar interrelacionadas. No obstante, a partir de un criterio tradicional de solución del conflicto móvil basado en una aplicación analógica de los criterios de derecho transitorio, se sostiene que, tanto el contenido de un derecho de propiedad-garantía como sus efectos *inter partes* y frente a terceros, queda, como cuestiones dudosas, sujetas al ámbito de aplicación de la nueva *lex rei sitae*.

⁶⁶ Vid. *supra*, pp. 83-88.

50. Los problemas aludidos y el recurso a la transposición aparecen, fundamentalmente, en el supuesto de garantías sobre la propiedad atípicas: fórmulas extensas de reserva de dominio, venta en garantía, etc. El reconocimiento de la reserva de dominio simple plantea, no obstante, menores problemas. Ello se debe, simplemente, a que se trata de una fórmula de propiedad-garantía de uso común en el Derecho comparado⁶⁷, si se exceptúan los casos belga y luxemburgués. En consecuencia, el principio de tipicidad que subyace en muchos sistemas de garantías no suele constituir un obstáculo para la cláusula de reserva de dominio simple.

51. Sin embargo, los sistemas varían sustancialmente en la determinación del contenido real de la reserva de dominio simple. Si bien es cierto que la mayoría reconoce un derecho de apropiación o reivindicación por parte del vendedor, en otros muchos, tal vez más coherentes, sólo se atribuye al vendedor un derecho pignoraticio, de realización de valor. Estos últimos sistemas pueden llegar, *in extremis*, a oponer la prohibición del pacto comisorio como cuestión de orden público internacional que haga inefectiva la cláusula⁶⁸. Las decisiones escocesas de instancia y apelación (1986-1989) en el asunto *Armour C. Thyssen Edelstahlwerke*, constituyen el exponente más reciente de esta doctrina, al estable-

⁶⁷ Un buen ejemplo de este dato es el Proyecto de Directiva comunitaria sobre armonización de legislaciones de los Estados miembros sobre reconocimiento de garantías mobiliarias y cláusulas de reserva de dominio en los contratos de compraventa de bienes muebles de 1973 (*Doc. COM*, XI/466/73-E), que estatuyó la conversión de la reserva de dominio simple pactada en el extranjero en una forma de garantía local semejante, sin solución de continuidad desde su creación; ello implicaba la recreación de la cláusula de reserva de dominio simple bajo las formas y categorías de la *lex rei sitae* actual, fijando su continuidad en el tiempo respecto de la reserva de dominio anterior, creada al amparo de la legislación del país de exportación (*cf.* U. DROBNIG y R. M. GOODE, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 369-371).

⁶⁸ Ya hemos hecho referencia a la antigua jurisprudencia francesa que elevó al rango de orden público la prohibición del pacto comisorio (*vid. supra*, p. 42); este criterio, aplicado hoy más matizadamente, en el sentido de facilitar una transposición, alterando el contenido real del derecho de garantía (principio de conversión), provocó precisamente el temor de los codificadores del Convenio de La Haya de 1955 sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías a una acción indiscriminada del correctivo de orden público frente a la reserva de dominio, si ésta no se recogía expresamente en el Convenio (*cf.* M. GUTZWILLER, «La loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels», *Ann suisse dr.int.*, t. VIII, 1951, p. 162). Para un análisis de las distintas teorías acerca del fundamento de la prohibición del pacto comisorio, *vid.* J. E. BUSTOS PUECHE, *loc. cit.*, pp. 561-564.

cer que la reserva de dominio «era contraria a los principios fundamentales del Derecho escocés y al orden público»⁶⁹, si bien se trataba de una reserva de dominio compleja cuya eficacia fue pronunciada en este mismo caso por la *House of Lords*, como tendremos ocasión de estudiar. Al margen de este criterio sin duda desorbitado, lo normal es que el principio de elasticidad de los sistemas de garantías se haga consustancial en las situaciones de tráfico externo.

Este principio de elasticidad internacional de las garantías se traduce en un principio de conversión: las reservas de dominio constituidas como auténticos derechos de propiedad-garantía conforme a la *lex rei sitae* inicial se transforman en simples derechos pignoratícios conforme a la *lex rei sitae* actual, y a la inversa. Así, una cláusula de reserva de dominio constituida en España, se convertirá en una *purchase money security interest* al trasladarse el bien a los Estados Unidos, y el vendedor sólo conservará un derecho a la realización del valor. La conversión, obviamente, puede operarse en sentido contrario, atribuyendo mayores derechos al vendedor, al extenderse el contenido real de la garantía. En ambos casos, aunque la conversión es inevitable, opera con un criterio positivo: la transposición como un mal menor, que permite conservar la garantía, aunque con un contenido diverso.

52. Aunque en un plano estrictamente conceptual, la transposición o reconocimiento de las garantías pactadas en el extranjero hagan referencia al problema del contenido de la garantía, y no prejuzgue la oponibilidad de ese derecho frente a terceros, lo cierto es que es en este ámbito donde se producen los problemas reales en la práctica. La oponibilidad de la garantía frente a terceros, que suele ser la cuestión litigiosa en prácticamente la totalidad de los casos, ha mediatizado el problema de la transposición y enfatizado el papel de la nueva *lex rei sitae* que, como avanzamos, es la ley que rige dicha oponibilidad. Simplificando la cuestión, el hecho de determinar si una reserva de dominio conlleva una conservación de la propiedad o un derecho real de garantía de índole pignoratícia parece ser determinante de cara a la oponibilidad de la garantía frente a terceros subadquirentes o acreedores del comprador.

En ocasiones, esta dependencia de la oponibilidad del derecho

respecto de la transposición, provoca que ésta se mediatice a través de interpretaciones *legeforistas*, tendentes a favorecer a los acreedores locales, convirtiendo la regla de la equivalencia o transposición en un recurso de inequivalencia o descalificación contrario a la internacionalización de las garantías. P. LALIVE nos ofrece un ejemplo meridiano en el asunto *Enterprise Optical Manufacturing Co. c. Timmer*, resuelto por los Tribunales del Estado norteamericano de Michigan: la reserva de dominio había sido pactada en Illinois sobre un bien posteriormente trasladado a Michigan; a tenor de la ley de este Estado, sólo es necesario registrar la venta en garantía, y no así la reserva de dominio, para que produzca efectos frente a terceros. Al Tribunal le bastó calificar la garantía como una venta en garantía para negar sus efectos frente a terceros, pese a que la calificación conforme a la ley de Illinois le atribuía el carácter de una reserva de dominio⁷⁰. En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal civil de Estrasburgo de 18 de junio de 1957 (*Jaeger & Becker c. Caisse d'allocations familiales de Strasbourg*), se trataba asimismo de una reserva de dominio válidamente constituida en la RFA, sobre bienes ulteriormente trasladados a Francia, y allí embargados. Ante el desesperado intento del vendedor por calificar el contrato como una venta a plazos con reserva de dominio, conforme a figuras de similares efectos reconocidas por el Derecho francés, el Tribunal optó por considerar la operación como un «arrendamiento con promesa de venta con reserva de dominio»; al no cumplir las formalidades de publicidad previstas por la ley francesa de 18 de enero de 1951 sobre *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement*, declaró inoponible la garantía al tercero embargante⁷¹.

53. Si bien es cierto, por tanto, que la oponibilidad de la garantía conforme a la *lex rei sitae* actual ha mediatizado el análisis del problema de la transposición, también es cierto que ha empañado el juego de dicha transposición cuando lo que se discute es, estrictamente, el contenido real de la garantía entre las partes. En este sentido, resulta posible razonar la aplicación exclusiva de la *lex rei sitae* al momento de la constitución de la garantía, por una doble razón: formal y sustancial.

Formalmente, la aplicación analógica de los criterios del Derecho transitorio para resolver el conflicto móvil carece de sentido

⁷⁰ Cf. P. LALIVE, *op. cit.*, p. 155.

⁷¹ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, pp. 95-98, y nota de E. SCHULZE, pp. 98-108.

⁶⁹ Vid. P.-M. NORTH, *loc. cit.*, pp. 269-271.

lógico en el ámbito de los derechos de propiedad-garantía. En efecto, la sustancia de estos derechos es la utilización de la propiedad con fines de garantía. En la reserva de dominio simple, conforme a un buen número de ordenamientos, la propiedad no se transfiere hasta que se completa el pago del precio. El contenido de la reserva de dominio afecta, pues, al modo de adquirir la propiedad. Si mantenemos que la adquisición de los derechos reales se rige por la *lex rei sitae* en el momento de la adquisición, en tanto que el contenido y efectos de tal derecho se somete a la nueva *lex rei sitae*, extraemos dos consecuencias: el modo de adquirir la propiedad de dicho bien se rige por la *lex rei sitae* anterior; el contenido de la reserva de dominio como garantía se rige por la ley nueva. Pues bien, siempre que la nueva ley se pronuncia sobre el contenido de la reserva de dominio, ¿no está invadiendo la competencia de la ley anterior sobre el modo de adquirir la propiedad? Parece claro que el esquema lineal a que conduce el Derecho transitorio es ilógico, tratándose de derechos complejos como los de propiedad-garantía.

La aplicación de la nueva *lex rei sitae* al contenido real de la reserva de dominio no quiebra únicamente desde razonamientos lógico-sistemáticos. Existen, asimismo, argumentos funcionales que aconsejan la aplicación al contenido de la garantía de la misma ley que rige su validez: la *lex rei sitae* en el momento de su constitución. En concreto, la distinción anglosajona entre *property rights* y *priority rights* permite acotar la actuación del principio de tipicidad en el ámbito de los primeros, es decir, en las relaciones entre el acreedor y los terceros. Es aquí donde las posibilidades de transposición conforme a la nueva *lex rei sitae* actuarían como un límite infranqueable. En cambio, en el ámbito de las relaciones entre acreedor y deudor (*property rights*) no actúa el principio de tipicidad y se admiten, por tanto, sin necesidad de transposición, las garantías atípicas. En este caso, la autonomía de la voluntad desplaza al principio de tipicidad y justifica, en el ámbito del D.I.Pr., la aplicación de la ley de la operación, esto es, la *lex rei sitae* en el momento de la adquisición o, como vimos, según una postura doctrinal, la ley de la autonomía, ambas a título de ley de las partes. Se trata de una posición asentada en el Derecho anglosajón, pero que creemos posible importar a los sistemas continentales, teniendo presentes los principios rectores que subyacen a la rama del Derecho considerada. Esta interpretación además, facilita la continuidad internacional de las garantías a través de una regla de favor, más adecuada

a un ámbito prudente y más que justificado de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional⁷².

El análisis que hemos efectuado implicaría que la transposición sólo es un problema real en relación con los efectos de la reserva de dominio frente a terceros. En el ámbito de las relaciones entre las partes, habría que respetar incluso las garantías atípicas constituidas conforme a la *lex rei sitae* inicial. A nuestro juicio, esta es una interpretación adecuada a los principios que subyacen en esta rama del ordenamiento, en concreto a la tensión entre autonomía y tipicidad. No obstante, existiría un límite o correctivo sobre el que más adelante abundaremos: cuando se trata de bienes destinados a ser exportados en virtud del contrato de venta, la ley de la operación o de las partes, que habría de regir el contenido real entre ellas, se aproxima más a la *lex rei sitae* de destino o final que a una pasajera y poco vinculada *lex rei sitae* al momento de la constitución.

B) LA *LEX REI SITAE* COMO LEY DE POLICÍA

54. Una interpretación conforme a la función que cumple la *lex rei sitae* actual, así como atenta al respeto de los principios materiales del Derecho de garantías, implica que la *lex rei sitae* inicial (o la ley de la autonomía como alternativa, inviable en el D.I.Pr. español), que rige la validez de la reserva de dominio o del derecho de propiedad-garantía, debe regir, asimismo, el contenido real de la misma y sus efectos entre las partes. En consecuencia, la aplicación de la nueva *lex rei sitae* tras el desplazamiento del bien se reduciría a los efectos de la garantía frente a terceros subadquirentes o acreedores del comprador, en el entendimiento de que se trata de las cuestiones afectas a la seguridad del tráfico del país de la nueva situación del bien.

Esta delimitación teleológica del respectivo ámbito de aplicación de la *lex rei sitae* en caso de conflicto móvil, ha llevado a formular la posibilidad de una aplicación de la *lex rei sitae* como ley

⁷² En este mismo sentido, K. STEHR propone para el sistema alemán la *Honorierungsregel*, basada en una interpretación teleológica de las normas de D.I.Pr., y del papel de la nueva *lex rei sitae* en orden a garantizar la seguridad de las transacciones, y no a invadir el ámbito de las relaciones reales entre las partes, sujetas a la ley de la creación de la garantía (cf. «Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im internationalen Privatrecht», *RIW*, 1971, p. 20).

de policía. Frente a la ley de las partes (ley de la autonomía o ley de la situación en el momento de la constitución de la garantía o ley del país de exportación), que favorece la internacionalización de las garantías y la seguridad jurídica, la *lex rei sitae* posterior o ley del país de importación sólo actuaría como ley de policía, tanto si es la *lex fori* como la ley de un tercer Estado, en la medida en que su aplicación fuera indispensable para garantizar sus normas sobre seguridad del tráfico ⁷³.

55. Expuesta en estos términos, la doctrina que pretende la aplicación de la *lex rei sitae* como ley de policía se justifica plenamente en términos de análisis económico del Derecho, como mecanismo de corrección del carácter habitualmente oculto de los derechos de propiedad-garantía. Se trata de favorecer a los terceros, mediante la aplicación de la ley de la situación del bien en el momento en que dichos terceros entablan una relación jurídica en torno al mismo, evitando de esta forma el coste de transacción que supone la averiguación de la auténtica titularidad del bien o de la solvencia del deudor. Evidentemente, cuando la *lex rei sitae* actual admite el carácter oculto de las garantías, repercutiendo sobre los

⁷³ Esta postura ha sido defendida por P. MAYER, en la doctrina francesa, si bien con cierto escepticismo frente a su eventual aplicación jurisprudencial (*cf. loc. cit. passim*), si bien G. KHAIRALLAH muestra cómo, en ocasiones, ha sido sostenida por la jurisprudencia francesa (*cf. op. cit.*, p. 133), en tanto que M. CABRILLAC lo considera práctica habitual (*cf. «La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger», Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, p. 495). Por su parte, la Sentencia del Tribunal Federal suizo de 6 de julio de 1967 (*Meier c. Peters*) ofrece una muestra palmaria de esta interpretación: «tanto para los bienes muebles como para los inmuebles hoy es aplicable, en principio, la *lex rei sitae*. Si la situación del bien cambia, los derechos constituidos sobre el objeto según la ley del lugar de situación original son reconocidos, por lo general, por la ley de la nueva situación. Sin embargo, quedan reservadas las disposiciones de la ley del lugar de la nueva situación que subordinan la conservación de los derechos a condiciones desconocidas por la ley del primer Estado. En todo caso, cuando las normas del lugar de la nueva situación que han sido establecidas en interés del orden público deban ser aplicadas, los derechos que no fueran conformes a tales disposiciones no pueden ser reconocidos» (*Journ. dr. int.*, 1976, p. 469). P. LALIVE se pregunta si el Tribunal suizo no podría haber economizado su razonamiento acudiendo, directamente, al correctivo general del orden público internacional. Si no lo hizo así, quizá haya sido porque actuó la aplicación de la ley suiza como *lex rei sitae* portadora de normas materiales de seguridad del tráfico de obligada observancia, esto es, como ley de policía (*cf. en este sentido*, F. J. A. VOUILLOZ, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 55), abriendo la posibilidad, que cierra el correctivo general de orden público, de basar en los mismos fundamentos la aplicación de la ley de un tercer Estado.

terceros los citados costes de transacción, no tendría lugar la aplicación de la nueva *lex rei sitae* a título de ley de policía ⁷⁴.

La consecuencia inmediata de esta doctrina es la posibilidad de que una garantía creada conforme a la *lex rei sitae* inicial pueda sufrir una restricción en sus efectos frente a terceros, en consideración de las normas de seguridad del tráfico de la nueva *lex rei sitae*. Pero, en sentido inverso, ello impediría que la garantía pudiese ampliar los efectos frente a terceros, cuando la nueva *lex rei sitae* se muestre más favorable a la oponibilidad de la garantía. Es en esta segunda posibilidad donde la aplicación de la *lex rei sitae* como ley de policía puede quebrar, dado que los ordenamientos que admiten el carácter oculto de los derechos de propiedad-garantía y su máxima oponibilidad, tienden a ampliar esos efectos cuando la *lex rei sitae* anterior se muestra más restrictiva. Como veremos, la jurisprudencia alemana y norteamericana son ejemplos vivos de esta opción, que viene a demostrar que, pese a las apariencias, la aplicación de la nueva *lex rei sitae* como ley de policía a secas, puede conducir a resultados más negativos que positivos en la internacionalización y optimización de los efectos de los derechos de propiedad-garantía en el tráfico internacional.

No obstante, en términos teóricos, puede defenderse la aplicación de la *lex rei sitae* actual como ley de policía o de seguridad del tráfico cuando sea más restrictiva que la *lex rei sitae* anterior en orden a determinar la oponibilidad de la garantía frente a terceros, permitiendo su aplicación automática cuando es más permisiva, en base al siguiente razonamiento: sólo tiene sentido la aplicación de dicha ley como ley de policía si, en realidad, se trata de un sistema tributario del principio de apertura de las garantías. Tratándose de un sistema tributario del carácter oculto de las mismas, su aplicación restrictiva carece de sentido y debe aplicarse, pues, plenamente.

⁷⁴ Un ejemplo de esta consecuencia se aprecia nítidamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de la RFA de 20 de marzo de 1963 (*IPRspr*, 1962-1963, núm. 60, pp. 174 y ss.): un camión matriculado en Francia y gravado con una prenda sin desplazamiento, correctamente publicada, en beneficio de un establecimiento de crédito francés, fue introducido en la RFA y embargado por un acreedor alemán. El Tribunal reconoció el derecho del acreedor pignoraticio francés, aunque el Derecho alemán ignorase la carga que gravaba el bien; la venta en garantía es válida en Alemania, y aunque los mecanismos de ambas figuras son absolutamente dispares, ello implica un principio subyacente de validez de las garantías ocultas y de atipicidad de las mismas, por lo que «no cabe afirmar, en tales circunstancias, que las disposiciones del BGB alemán en materia de prenda sean imperativas frente a la ley extranjera».

56. Ahora bien, en cualquier caso, esta interpretación confirma la idea de que, en el terreno de las relaciones entre las partes, la nueva *lex rei sitae* carece de justificación teleológica para ser aplicada. En suma, la aplicación de la *lex rei sitae* como ley de policía opera, fundamentalmente, en el ámbito de las relaciones frente a terceros, y será en el estudio de estas relaciones cuando nos detendremos en su bondad teórica y en su virtualidad práctica.

5. Supuestos especiales

A) MEDIOS DE TRANSPORTE

57. El artículo 10.2 Cc tiene presente la existencia de los bienes supermuebles o medios de transporte, cuya finalidad implica un constante movimiento de los mismos. Su naturaleza hace que la aplicación de la ley de la situación devenga una conexión ficticia. El legislador español, frente a un tratamiento unitario de los distintos medios de transporte a partir de la aplicación de la ley del abanderamiento, matrícula o registro, ha optado por escindir el régimen. Mientras que los derechos reales constituidos sobre buques, aeronaves y medios de transporte por ferrocarril sí siguen esa regla especial, los automóviles y otros medios de transporte por carretera se someten expresamente a la regla general, esto es, a la aplicación de la *lex rei sitae*⁷⁵. Las razones de esta escisión radican no tanto en la inestabilidad y manipulabilidad de la matriculación de los medios de transporte por carretera, como en una razón práctica puesta de manifiesto por el Consejo de Estado: la configuración de España como una potencia turística que implica la entrada masiva en nuestro territorio de vehículos automóviles, y la consiguiente

⁷⁵ La aplicación de la ley de la matriculación a los medios de transporte por carretera ha sido defendida con los siguientes argumentos: posibilidad de utilizar con fines civiles una institución netamente administrativa; fácil reconocimiento por los terceros de la ley aplicable, con la consiguiente seguridad de las transacciones y evicción del fraude de ley al hacer inefectivo el desplazamiento (cf. particularmente, U. DROBNIG, «Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachenrechts», *Internationales Privatrechts und Rechtsvergleichung im Ansgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt am Main, 1977, p. 145; R. QUADRI, «Note sulla pubblicità nel diritto internazionale privato italiano», *Studi in Onore de Giorgio Balladore-Pallieri*, t. II, Milán, Vita e Pensiero, 1978, pp. 516-517).

conveniencia de controlar su régimen real a través de la aplicación de la ley española como *lex rei sitae*⁷⁶.

58. El régimen especial de buques, aeronaves y medios de transporte por ferrocarril presenta una importancia muy residual en el ámbito de los derechos de propiedad en garantía, toda vez que, por su naturaleza, no se trata de bienes que admitan, comúnmente, tales derechos, amén de existir, en ciertos casos, un régimen de cooperación internacional que resuelve los problemas fundamentales del tráfico externo relativo a dichos bienes. Los problemas se plantean con mucha frecuencia, sin embargo, respecto de los vehículos automóviles. Su financiación se suele fundamentar en el *leasing* si se trata de vehículos industriales, y en la reserva de dominio si se destinan a un uso particular. Piénsese que la única decisión de nuestra jurisprudencia sobre derechos de propiedad-garantía en el tráfico internacional versaba precisamente sobre una reserva de dominio constituida sobre un medio de transporte por carretera⁷⁷.

Esta extensión de los derechos de propiedad-garantía sobre los vehículos automóviles presenta como aspectos positivos que la garantía suele figurar en el permiso de circulación del vehículo, hecho que facilita su oponibilidad frente a terceros al evitarse el carácter oculto de la garantía; a su vez, ha llevado a configurar, en ciertos ordenamientos, figuras especiales de garantía sobre vehículos automóviles que facilitan la transposición de unas a otras. Como aspectos negativos, este sector de la contratación internacional presenta un grado de imprevisibilidad absoluta, en tanto que el acreedor es incapaz de tener un conocimiento del lugar en que se halla el vehículo en cada momento y, en consecuencia, de la ley aplicable al mismo.

Como remedio a esta situación, y a las consecuencias de la aplicación de la *lex rei sitae*, sólo cabe una interpretación teleológica de la conexión en caso de conflicto móvil. Tratándose de la oponibilidad de los derechos de propiedad-garantía constituidos sobre medios de transporte por carretera frente a terceros, no hay más opción que aplicar la *lex rei sitae* actual, para evitar, como afirma el propio Consejo de Estado, el «posible grave daño para la seguridad».

⁷⁶ Dictamen núm. 38.990, de 4 de abril de 1974, 117 pp., esp. 68-69.

⁷⁷ SAP Barcelona de 13 de septiembre de 1989, *REDI*, vol. XLII, 1990-2 (1990-98-Pr), pp. 644-646, y nota de S. SÁNCHEZ LORENZO, pp. 646-650. Confirmada por STS de 22 de junio de 1992.

dad del tráfico en el interior de la nación que supondría la aplicación de otra ley». Ahora bien, por esta misma razón, la reivindicación del vendedor frente al comprador, esto es, las relaciones entre las partes, no deben someterse a esa ley, sino a la *lex rei sitae* inicial que, obviamente, coincidirá en casi todos los casos con la ley de la matriculación del vehículo. Esta es, a nuestro juicio, la única interpretación aceptable de la sujeción de los vehículos automóviles a la regla general, conforme a lo expuesto en los epígrafes anteriores. Conviene recordar, a este respecto, que la SAP de Barcelona indicada se mostró, incluso, partidaria de someter las relaciones entre las partes a la *lex contractus*, tratándose de un medio de transporte por carretera.

B) BIENES EN TRÁNSITO

59. Es posible que un derecho de propiedad-garantía se constituya sobre un bien, en el momento en que éste transita de un Estado a otro. En este caso, la aplicación de la ley del lugar en que se encuentra transitando el bien constituye una respuesta arbitraria. Por esta razón, la mayoría de los sistemas optan por una solución especial, a partir de la fijación de una *lex rei sitae* ficticia⁷⁸, que tiende a fijar dónde se sitúan realmente los eventuales derechos de las partes o de los terceros sobre la cosa⁷⁹. La disyuntiva estriba en optar bien por la ley del destino de las mercancías, bien por la ley del lugar de expedición. En este sentido, la doctrina ha barajado múltiples argumentos a favor y en contra de ambos criterios⁸⁰.

El artículo 10.1.III Cc opta por una presunción inicial de entender situados los bienes en el lugar de expedición, con lo cual se sigue la regla general de aplicar a la validez de los derechos reales la *lex rei sitae* al momento de la constitución de los mismos. No obstante, dicha presunción cede en favor de la ley del destino, cuando

⁷⁸ Cf. L. M. BENTIVOGLIO, «Note in tema di res in transitu nel diritto internazionale privato», *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociale dell'Università di Pavia*, vol. XXXII, 1951, p. 278.

⁷⁹ Vid. W. WENGLER, «La situation des droits», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 189.

⁸⁰ Vid., en la doctrina española, A. MARÍN LÓPEZ, «La ley aplicable a los bienes en tránsito en el Derecho español», *REDI*, vol. XXXII, 1980, pp. 93-94; M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 348-349; M. L. ALONSO HORCADA, «Las cosas y el estatuto real», *Lecciones de Derecho civil internacional español*, 2.ª ed., Madrid, UCM, 1984, p. 459; A. REMIRO BROTONS, «Art. 10», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I., Jaén, Edersa, 1978, p. 221.

se infiera de la voluntad expresa o tácita de las partes que éstas han querido fijar allí la *lex rei sitae* operativa. La autonomía de la voluntad se introduce, pues, en la precisión de la conexión; no se trata de una autonomía conflictual, sino de una posibilidad por las partes de fijar la *lex rei sitae* operativa, dado que la situación de tránsito no justifica el sacrificio del interés de las partes en favor de las normas de seguridad del tráfico del país de tránsito. La admisión del convenio tácito aumenta las posibilidades de interpretar la existencia de este acuerdo en comparación con lo previsto en el artículo 10.5 Cc para la autonomía conflictual⁸¹. Si se estima que las partes han optado por la ley del destino, creemos, siguiendo a M. VIRGÓS SORIANO, que esta conexión debe prevalecer, incluso aunque los bienes nunca lleguen a su destino. La autonomía permitida en el artículo 10.1.III prima la seguridad jurídica y la previsibilidad del Derecho por las partes, al no existir, realmente, necesidad alguna de respetar las normas de seguridad del tráfico del país de tránsito. En atención a estos motivos, la única solución aceptable es respetar la ley precisada y tenida en cuenta por las partes⁸².

60. El ámbito de aplicación del artículo 10.1.III se reduce considerablemente, teniendo presente que se ciñe a los supuestos de constitución y cesión de derechos reales sobre bienes que se hallan en tránsito, entre remitente y destinatario. Aborda, por tanto, una cuestión distinta a la del reconocimiento de los derechos reales ya constituidos conforme a la ley de expedición por parte de la ley del país en tránsito. Además, se refiere al sector de problemas ubicados en la validez y relaciones entre las partes de los derechos reales, y no su oponibilidad frente a terceros.

Lo dicho no excluye que, durante un mismo tránsito, las partes puedan multiplicarse en una cadena de operaciones sucesivas. No se trata del tercero que entra en posesión del bien, en una adquisición de buena fe, sino de operaciones de reventa o disposiciones sucesivas durante el tránsito. En estos casos, la solución correcta, mientras sea posible, pasa, como señala M. VIRGÓS SORIANO, por respetar la ley del destino concreto sucesivamente pactado en cada una de las operaciones⁸³.

⁸¹ Máxime si se tiene presente, como señala N. BOUZA VIDAL, que «es difícil pensar que la intención de las partes puede ser otra que la de crear una garantía real que sea eficaz en el país donde razonablemente se piensa que debe ser ejecutada en caso de incumplimiento del deudor» (*cf. op. cit.*, p. 173).

⁸² Cf. M. VIRGÓS SORIANO, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 350-352.

⁸³ *Ibid.*, pp. 351-352.

61. El ámbito de aplicación del artículo 10.1.III Cc se limita, asimismo, al reducirse el concepto de tránsito. Este no se refiere a la necesidad de un movimiento físico; el hecho de que el movimiento imprimido al bien sea discontinuo no significa que cese el tránsito en el sentido de dicho precepto⁸⁴. Una parada técnica debida, por ejemplo, a un transbordo, no significa cese del tránsito en términos jurídicos. Sin embargo, el tránsito cesa por una detención jurídica del bien; si éste es vendido a un tercero de buena fe, embargado por un acreedor individual o integrado en la masa de un concurso en uno de los territorios de tránsito, se entiende que éste ha desaparecido, el bien se ha integrado en dicho tráfico y, por tanto, la regla especial no es de aplicación, volviéndose a la aplicación de la *lex rei sitae* física. Ello es razonable si se tiene en cuenta que, en los tres casos señalados, es procedente aplicar las normas de seguridad del tráfico de dicho país, y no cabe juego alguno de la autonomía de la voluntad o normas de seguridad jurídica. Ello confirma la idea de que el ámbito de aplicación del artículo 10.1.III se ciñe a la cesión y constitución de derechos reales entre las partes (remitente y destinatario, vendedor y comprador, exportador e importador), excluyéndose por tanto el régimen de la oponibilidad de los derechos reales que, en la práctica, implica una detención del tránsito.

C) BIENES DESTINADOS A LA EXPORTACIÓN

62. La regla especial más interesante y problemática es la que tiende a la aplicación de la ley del destino para regir la validez y el contenido de los derechos de propiedad-garantía sobre bienes destinados a ser exportados. Antes de entrar en el estudio del posible fundamento legal de esta solución en el Derecho español y en el Derecho comparado, es preciso adelantar la perfecta conjunción de esta solución con los principios que subyacen al objeto de análisis.

Cuando las partes constituyen un derecho de propiedad-garantía sobre un bien que va a ser exportado a un país determinado, nos encontramos con una transacción internacional y un cambio de situación del bien previstos (*qualifizierter Statutenwechsel*); desde un punto de vista de análisis económico del Derecho, la aplicación

⁸⁴ En contra, F. RIGAU, «Le conflit mobile en droit international privé», *R. des C.*, t. 117 (1966-I), p. 389.

de la ley del destino de la mercancía es eficiente porque no implica una inseguridad jurídica para el exportador, al que cabe exigir una diligencia razonable en orden a constituir una garantía que pueda ser eficaz en dicho Estado; al mismo tiempo, permite una unificación del régimen de Derecho aplicable tanto a la validez y relaciones entre las partes como a la oponibilidad de la garantía en el Estado de destino. Cabría decir que, en este tipo de casos, tanto el principio de seguridad jurídica que preside las relaciones entre las partes como el principio de seguridad del tráfico que justifica la protección de los terceros coinciden en el país de destino, en tanto que la aplicación de la *lex rei sitae* anterior o de expedición carece de justificación económica. Evidentemente, la aplicación de la ley del destino a la oponibilidad frente a terceros sólo es circunstancial, en tanto *lex rei sitae* actual, que puede variar si el bien se traslada a un tercer Estado ulteriormente. En cambio, la aplicación de la ley del destino para regir la validez, contenido y relaciones entre las partes que dimanen de la garantía se muestra como única conexión justificada en razón de los principios y valores que subyacen en este sector de problemas.

La aplicación de la ley del destino en estos casos presenta ventajas indudables: de un lado, evita que se plantee siquiera el problema de la transposición, al configurarse la garantía conforme al contenido real previsto por la ley de destino. De otro, hace que los problemas de adquisición incompleta de tales derechos desaparezcan, al considerarse constituida la garantía conforme a lo dispuesto por la ley de destino. Permite, finalmente, a las partes, proceder a una adaptación prospectiva de su garantía conforme al ordenamiento en que va a desplegarse sus efectos, anticipando la aplicación de la *lex futuri situs*⁸⁵. Como límite, no opera si en la relación jurídico-real interviene un tercero, en cuyo caso la aplicación de la *lex rei sitae* en que se manifiesta dicha intervención cobra plena aplicación, en aras a la protección de la seguridad del tráfico.

En contrapartida, cuando se trata de una transacción internacional o un cambio de situación inconstituido o imprevisto (*schlichter Statutenwechsel*), la regla general, esto es, la aplicación de la *lex rei sitae* en el momento de constitución de la garantía, y no la aplicación de la *lex rei sitae* posterior e imprevista, debe prevalecer.

63. La solución referida goza de un amplio refrendo doctrinal

⁸⁵ Cf. K.F. KREUZER, «Europäisches...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 624.

comparado. Ya F. C. DE SAVINGY manifestaba la necesidad de aplicar en estos casos la ley del destino elegida por las partes⁸⁶. Del mismo modo, A. PILLET tuvo en cuenta la distinción entre *droits de formation national* y operaciones internacionales para configurar su teoría sobre el conflicto móvil, sobre la base del criterio de previsibilidad del Derecho⁸⁷. Actualmente existe un cierto consenso entre los tratadistas acerca de la bondad de esta solución especial.

La regla ha recibido una recepción positiva en el artículo 103 LFSDIP, al establecer que «la reserva de dominio constituida sobre un bien destinado a la exportación se rige por la ley del Estado de destino». Contemplada aisladamente, la norma peca de imprecisión por cuanto parece regular tanto la validez y el contenido de la reserva de dominio, como su oponibilidad frente a terceros; este último aspecto debe quedar excluido de la regla especial, y así lo confirma el propio tenor de los artículos 102 y 104 LFSDIP⁸⁸. La aplicación de la ley del destino se desprende asimismo de la legislación norteamericana [§ 6 de la *Uniform Conditional Sale Act*, § 9-103 (1) (c) UCC], que contemplan la necesidad de perfección de la garantía conforme a la ley de destino⁸⁹, si bien se refiere más específicamente a la oponibilidad del derecho frente a terceros, y no a la constitución y validez de la garantía creada, en que se respeta la *lex rei sitae* anterior⁹⁰.

Asimismo, la aplicación de la ley del destino o *lex rei sitae* prospectiva ha recibido una aplicación jurisprudencial en algunos sistemas⁹¹, si bien en la jurisprudencia alemana encontramos las cons-

⁸⁶ Cf. *System des heutigen Römischen Rechts*, 1849 (*Sistema de Derecho romano actual*, t. VI, Madrid, F. Góngora y Cía., 1874, pp. 178-179).

⁸⁷ Vid. «La théorie générale des droit acquis», *R. des C.*, vol. 8 (1925-11), p. 496.

⁸⁸ Vid. sobre el particular H. HANISCH, «I diritti reali, con particolare riguardo alle cose mobili ed alle garanzie mobiliari senza possesso», *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 173 y ss.

⁸⁹ Vid. F. K. JUENGER, «Non-Possessory Security Interests in American Conflicts Laws», *AJCL*, 1978, pp. 153-154. En un sentido similar, el artículo 233.2 de la ley de la RDA de 5 de febrero de 1976 sobre contratos económicos internacionales establecía que «si la ley del país de destino subordina la validez de la reserva de dominio a condiciones o formalidades impuestas a través de disposiciones imperativas, el comprador debe satisfacerlas en tiempo hábil e imponer su cumplimiento al vendedor» (*Journ.dr.int.*, 1977, p. 428).

⁹⁰ Cf. U. DROBNIG, «Eigentumsvorbehalte...», *loc. cit.*, pp. 451 y 470-471.

⁹¹ En particular, en los sistemas escandinavos. Vid. respecto a Dinamarca, O. LANDO, *loc. cit.*, p. 8; y en relación con el sistema sueco, M. BOGDAN, *loc. cit.*, pp. 25-26.

trucciones más acabadas. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1966 se trataba de una reserva de dominio estipulada entre un vendedor italiano y un comprador alemán sobre un bien sito en Italia en el momento de pactarse la cláusula; la carencia de ciertas formalidades del pacto limitaba sus efectos *inter partes* y los eliminaba frente a terceros; en contra de la tendencia jurisprudencial alemana a aplicar la *lex rei sitae* anterior a ambos tipos de efectos, el Tribunal valoró el carácter inicialmente internacional de la operación y, dado que el bien se hallaba destinado a ser importado en la RFA, el Tribunal transformó la cláusula de reserva de dominio italiana en su homónima germana, utilizando la venta en garantía como institución puente, y atribuyéndole plenos efectos. La justificación teórica radicaba en una voluntad presunta de las partes de someter la cláusula a la ley de destino; de esta forma, el Tribunal formuló una regla especial para el régimen de las garantías pactadas sobre bienes destinados a la exportación: «la ley de la situación del bien en el momento de producirse el efecto jurídico querido por las partes»⁹². Se trata del mismo criterio aplicado por la Sentencia del Tribunal de Distrito de Hamburgo de 28 de junio de 1978⁹³ a una cláusula de reserva de dominio construida en España sobre bienes excluidos del ámbito de la aplicación de la legislación especial española, no registrada, y que sólo desplegaba efectos *inter partes* muy limitados. En tal caso, el Tribunal consideró que, tratándose de una operación de exportación, la ley alemana como ley del destino era plenamente aplicable una vez introducido el bien. El único elemento extraño en esta interpretación es la afirmación de aplicabilidad de la ley del destino, una vez introducido el bien en dicho país. Para la oponibilidad frente a terceros, parece una regla coherente, siempre que el bien no sufra ulteriores desplazamientos. Sin embargo, en el ámbito de la validez y contenido entre las partes de la garantía, que es el ámbito propio de la regla especial, la ley de destino debería operar, como en el caso de los bienes en tránsito, incluso aunque el bien no llegue a su destino y antes de que llegue a su destino.

⁹² Vid. extracto de G. KOHLER, *Journ.dr.int.*, 1971, p. 610. La decisión ha sido calificada por G. KEGEL, a pesar de una ligera crítica, como una «obra maestra de profundidad, claridad y consistencia» (cf. «Der Griff in die Zukunft - BGHZ, 45, 95», *Jus.*, 1968-4, pp. 162-166, esp. 166). Este autor alemán se ha pronunciado directamente, y con carácter general, por la aplicación de la ley de destino a las reservas de dominio que gravan bienes destinados a ser exportados (cf. *Internationales Privatrecht*, 6.ª ed., Munich, Ch. Beck, 1987, p. 488).

⁹³ *IPRspr.*, 1978, núm. 42.

64. En España no existe una norma expresa que especialice el régimen de los bienes destinados a la exportación. Tampoco contamos con una jurisprudencia que haya construido la aplicación de este criterio. Sin embargo, M. VIRGÓS SORIANO ha mostrado con acierto cómo nuestro sistema jurídico permite una interpretación similar a la efectuada por la jurisprudencia alemana, por vía de una aplicación analógica de la regla especial sobre bienes en tránsito del artículo 10.1.III Cc⁹⁴. En efecto, la *ratio* de la norma señalada es eludir la aplicación de una *lex rei sitae* ficticia en la regulación de la constitución y cesión de derechos reales entre las partes, que no refleje una vinculación suficiente entre las partes y el bien. La misma *ratio* encontramos en el supuesto de los bienes destinados *ab initio* a la exportación, en que el lugar de situación inicial puede considerarse como una conexión real insustancial. Esta identidad de razón, unida al carácter principal de las normas de conflicto — y, en especial, del artículo 10.1 Cc—, justifica más que sobradamente la aplicación analógica de la regla sobre bienes en tránsito, dando entrada a la autonomía de la voluntad de las partes. Si estas partes no han dispuesto expresamente la aplicación de la ley del país de expedición, la reserva de dominio constituida sobre bienes destinados a la exportación se someterán fácilmente a la ley del destino, toda vez que, por la naturaleza de la operación, resulta más que factible inferir una voluntad tácita de sumisión a dicha ley por las partes, quedando abierta, por supuesto, la posibilidad de que las partes efectúen tal designación expresamente. Por lo demás, las eventuales dificultades de interpretación serán las mismas que para los bienes en tránsito e, igualmente, las eventuales soluciones propuestas.

D) BIENES DESTINADOS A SER EXPLOTADOS EN VARIOS ESTADOS

65. En el comercio internacional de bienes de equipo, particularmente en el sector agrícola y de la construcción, es relativamente frecuente la existencia de garantías sobre la propiedad que afecten a bienes destinados a ser explotados en varios Estados. En este supuesto, la conexión del bien con la *lex rei sitae* física se debilita de forma similar a lo que ocurre con los medios de transporte, si bien en cierta menor medida. Habida cuenta del principio de

seguridad del tráfico que sustenta la conexión real, se ha argumentado la necesidad de introducir una regla especial en favor de la ley del domicilio del deudor, por resultar ser la ley en la que se manifiesta el crédito aparente del deudor. Habida cuenta de que se trata de operaciones de tráfico comercial internacional especializado, parece exigible a los terceros el coste de transacción que supone la indagación de esa situación conforme a la ley del domicilio del deudor, y una diligencia razonable en ese sentido. A través de la aplicación de la ley del establecimiento del deudor, o, en su caso, de su administración central, se logra unificar y dar seguridad a la situación real de bienes destinados a un movimiento comercial más o menos continuo.

66. El § 9-103 (3) UCC y el artículo 7 *Alberta Personal Property Security Act*, constituyen el exponente comparado de la adopción positiva de esta regla especial, más operativa en figuras como el *leasing* que respecto a la reserva de dominio. Ambas normas complementan la solución a través de normas materiales que conceden un período de gracia para adaptar la garantía en caso de cambio de domicilio o de lugar de establecimiento del deudor. La regla, que ha merecido una consideración positiva por N. BOUZA VIDAL en nuestra doctrina⁹⁵, es la solución propuesta asimismo por R. C. C. CUMMING en el Estudio de UNIDROIT sobre la regulación internacional de este problema, si bien con ciertas limitaciones y matices⁹⁶.

No obstante, la regla especial atiende preferentemente a la sustitución de la *lex rei sitae* por la ley del domicilio del deudor en los supuestos de oponibilidad frente a terceros, por entender que esta última refleja mejor la localización de las normas materiales de seguridad del tráfico que han de ser respetadas. Mayores dudas nos plantea, sin embargo, la bondad de la regla espacial en torno a la validez y relaciones entre las partes de la garantía. Se ha propuesto, en este sentido, la aplicación de la ley del domicilio del deudor al momento de perfeccionarse el acuerdo de garantía, siguiendo la regulación del UCC⁹⁷. Es evidente que, aunque se trate de una operación de exportación, no cabe la aplicación de la ley de un destino impreciso, al que las partes no pueden adecuarse.

⁹⁴ Cf. *op. cit.*, pp. 167-168.

⁹⁵ Vid. «La réglementation internationale de certains aspects des sûretés grévées de matériel susceptible d'être déplacé d'un Etat dans un autre», UNIDROIT, *Etude*, LXXII, Doc. 1, 1989, Roma, dic. 1989, esp. pp. 26 y ss.

⁹⁷ R. C. C. CUMMING, *ibid.*, p. 34.

⁹⁴ Cf. *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 371-374.

Ahora bien, la sustitución de la conexión por la ley del domicilio del deudor tampoco parece una solución plenamente justificada, a menos que se infiera de la voluntad de las partes.

67. De *lege lata*, el régimen de la validez y relaciones entre las partes de las reservas de dominio constituidas sobre bienes destinados a ser explotados en varios Estados sigue, en el D.I.Pr. español, la regla general de aplicación de la *lex rei sitae* en el momento de constitución de la garantía. El carácter ficticio de la conexión real en este caso, podría amparar *in extremis* una aplicación analógica de la solución prevista para los bienes en tránsito y destinados a ser exportados. Pero en este caso, la elección de la ley del destino por las partes resulta impracticable tácitamente, y expresamente aleatoria e injustificada. La admisión de la autonomía de la voluntad para designar la ley de destino debe rechazarse, dado que la conexión ha perdido la vinculación que justifica precisamente dicha posibilidad de elección. Como consecuencia, semejante aplicación analógica nos llevaría de nuevo a la ley de expedición, solución equivalente a la regla general. Sólo de *lege ferenda*, podría defenderse la introducción de la autonomía de la voluntad para designar la ley del domicilio del deudor.

E) BIENES PROTEGIDOS

68. La aplicación general de la *lex rei sitae* puede resultar modificada en todos aquellos supuestos en que la garantía afecte a bienes protegidos por razones de interés público. El comercio de productos tecnológicos, armamentísticos o las obras de arte pueden ser algunos ejemplos de este tipo de comercio controlado por razón del interés público que presentan los bienes afectados. Las soluciones especiales pueden obtenerse, en estos ámbitos, por la vía de la acción de normas de orden público, pero también mediante la introducción de normas de conflicto internas o convencionales particulares, o bien deducidas por la jurisprudencia; éste sería el caso de la preferencia por la ley del Estado de origen para regir la propiedad de ciertos objetos de arte que sean clasificados por dicho Estado de un valor cultural especial, cualquiera que sea su situación actual⁹⁸. Ni que decir tiene que esta regulación especial afecta

⁹⁸ Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y M. VIRGÓS SORIANO, «Le commerce international de l'art en droit espagnol», *La vente internationale d'oeuvres d'art*, París/Ginebra, Institute of International Law and Practice, 1988, esp. pp. 349-353.

directamente a las garantías sobre la propiedad que recaen sobre bienes así protegidos.

III. Oponibilidad de la garantía

1. Oponibilidad por el acreedor y oponibilidad por el deudor

69. La oponibilidad, como concepto jurídico, hace referencia a la eficacia de un derecho frente a terceros. Su interés es circunstancial en el ámbito de los derechos de crédito, pero resulta esencial en el campo de los derechos reales, toda vez que la característica específica de éstos es su eficacia *erga omnes*. No debe extrañar, por tanto, que los derechos de propiedad-garantía planteen casi exclusivamente, tanto en el Derecho interno como en el D.I.Pr., problemas de oponibilidad o eficacia frente a terceros. En este contexto, el centro de atención doctrinal y jurisprudencial reposa en la oponibilidad por parte del acreedor o vendedor de una reserva de dominio u otro derecho de propiedad-garantía frente a los acreedores o terceros que adquieren de manos del deudor o comprador. Este es el supuesto típico, al que nos referiremos con preferencia en las páginas siguientes.

Ello no obstante, es preciso tener en cuenta que existe asimismo una segunda posibilidad: la oponibilidad por parte del comprador o deudor de su derecho de expectativa frente a terceros acreedores o subadquirentes del vendedor, titular del derecho de propiedad-garantía. Las soluciones de D.I.Pr. no han de variar sustancialmente en este supuesto, siempre que se admita que el deudor tiene un derecho o expectativa real sobre el bien, frente al titular del derecho de propiedad-garantía. Consecuentemente, corresponderá a la misma ley que rige la validez y el contenido del derecho real de garantía, determinar la posición real del deudor.

70. En el Derecho comparado, las respuestas materiales en torno a la posición real del deudor varían sustancialmente según el tipo de derecho de propiedad-garantía de que se trate. Por el momento, interesa hacer una breve referencia circunscrita a la cláusula de reserva de dominio simple. Si el vendedor, en la mayoría de los sistemas, conserva la propiedad del bien, es perfectamente posi-

ble que, en situaciones de insolvencia, dicho bien pueda ser embargado por sus acreedores individuales o sometido a un procedimiento de concurso colectivo. La eventual venta del bien por el vendedor a un tercero de buena fe es un supuesto materialmente poco factible, al detentar el comprador su posesión. En estos casos, el comprador que hasta el momento ha satisfecho los pagos aplazados del precio y cumplido correctamente sus obligaciones, puede verse desprovisto del bien, a menos que pueda oponer frente a terceros acreedores un derecho real, obviamente distinto al de propiedad.

La doctrina alemana ha debatido ampliamente en torno al carácter del derecho del comprador con reserva de dominio, y aún mantiene vivo dicho debate⁹⁹. Coincidente en que el comprador posee un derecho embrionario o expectativa sobre el bien vendido con reserva de dominio (*Anwartschaftsrecht*), el principio de abstracción característico del sistema alemán plantea muchas dificultades si se quiere afirmar con rotundidad el carácter real de dicha expectativa. Este problema, sin embargo, no se plantea en un sistema causalista como el español¹⁰⁰. En ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia ha desconocido las expectativas legítimas del comprador (*ad ex*. STS de 11 de julio de 1983), decretando su inoponibilidad frente a los acreedores del vendedor. De esta forma, se llega al absurdo de someter las compraventas con reserva de dominio a una doble condición: que el comprador pague totalmente el precio aplazado y que el vendedor no caiga en insolvencia durante el aplazamiento del pago. La segunda condición, que se escapa a la voluntad del comprador cumplidor, es evidentemente absurda y contradictoria, y, en consecuencia, es comúnmente desautorizada por nuestra doctrina¹⁰¹. En suma, si la ley española resulta de aplicación a la validez y al contenido de la reserva de dominio, reconocerá al comprador un derecho de expectativa real oponible frente a terceros. Hecha esta salvedad, nos ceñiremos en adelante a la oponibilidad frente a terceros del derecho de propiedad-garantía por su titular.

⁹⁹ Vid. la reciente aportación de E. B. BANKE, *Das Anwartschaftsrecht in der Einzelwangsvollstreckung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992, 138 pp.

¹⁰⁰ Cf. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La cláusula...*, op. cit., pp. 22-25.

¹⁰¹ Vid. en particular el comentario de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO a la sentencia citada, *CCJC*, núm. 3, pp. 878-879.

2. Frente a terceros adquirentes

A) DIVERSIDAD DE SOLUCIONES MATERIALES

71. La protección de la posesión mobiliaria difiere, como ya se ha señalado, de un sistema a otro¹⁰². La protección de un tercero de buena fe que adquiere un bien gravado con un derecho de propiedad-garantía, frente a su titular, puede, en consecuencia, recibir una respuesta muy distinta según qué ley estatal sea la *lex rei sitae*. En este sentido, cobra una importancia clave que dicha legislación participe de un sistema de garantías ocultas (Dinamarca, Alemania), o, por el contrario, se muestre partidario de un sistema de publicidad de tales derechos reales. De igual modo, aún dentro de los sistemas que admiten la protección de los terceros de buena fe, varía a quien corresponde la carga de la prueba de la buena fe, o bien ésta no se presume si se trata de comerciantes o sujetos a quienes, por su cualificación, les es exigible una diligencia especial.

72. El sistema español tiende, en líneas generales, a un sistema intermedio: el artículo 464 Cc otorga al subadquirente de buena fe un trato privilegiado, con las propias excepciones contenidas en el mismo precepto en caso de pérdida o privación ilegítima, a su vez objeto de excepción en el caso de prescripción instantánea prevista en el artículo 85 Ccom. en favor del comprador de bienes adquiridos en tiendas o establecimientos mercantiles, presumiéndose *iuris tantum* la buena fe del tercero. Por su parte, la Ley 50/1965, de 17 de julio, dispone en su artículo 23 la necesidad de inscripción registral para que resulten oponibles frente a terceros las reservas de dominio sujetas a dicha Ley; el artículo 1 de la Orden de 15 de noviembre de 1982, que aprueba la ordenanza del Registro, confirma en su artículo 31 que se presume que el contenido de los contratos inscritos es conocido por todos, sin que quepa invocar su ignorancia, en tanto que los actos y contratos inscribibles, no inscritos, no perjudicarán a terceros de buena fe. En consecuencia, cuando la ley española sea aplicable a la oponibilidad de una cláusula de reserva de dominio que recae sobre un bien situado en España, frente a terceros adquirentes de buena fe, es preciso cumplir la exigencia de publicidad registral.

73. Como tendremos ocasión de analizar, la reglamentación española aboca, en muchos casos, a una imposibilidad material de

¹⁰² Vid. *supra*, pp. 49-52.

que las reservas de dominio constituidas en el extranjero accedan a la publicidad registral prevista por la Ley española, y, en consecuencia, sean inoponibles frente a terceros adquirentes de buena fe. Sin detenernos por el momento en las razones de este hecho, procede plantearse qué posibilidades tiene el titular de una reserva de dominio constituida en el extranjero de oponer frente a un tercero subadquirente su garantía no inscrita. Una primera posibilidad radica en probar la mala fe del tercero, hecho que haría automáticamente oponible la reserva de dominio no inscrita¹⁰³. En segundo lugar, nuestra jurisprudencia ha defendido, antes y después de la entrada en vigor de la Ley 50/1965, la condena al comprador que revende un bien gravado con reserva de dominio, con base en un delito de apropiación indebida, ordenando la restitución del bien, aun cuando éste se hallare en poder de un tercero subadquirente de buena fe, al tratarse de un supuesto de privación ilegítima conforme al artículo 464.1 *in fine* Cc¹⁰⁴. Esta interpretación, sin embargo, hace incompatible lo previsto en el artículo 12 de la Ley 50/1965 con lo dispuesto en el artículo 23 de dicha Ley y el 31.2 de la Orden, que contienen, precisamente, una excepción a la excepción contenida en el artículo 464.1 Cc, de forma que, aunque exista privación ilegítima, lo dispuesto en la Ley espacial impide que el titular de la reserva de dominio pueda reivindicar el bien de manos del tercer adquirente de buena fe. En suma, conforme a lo dispuesto en la Ley española, son nulas las posibilidades de oponer frente a un tercer adquirente de buena fe las reservas de dominio no inscritas.

B) PRECISIÓN DE LA *LEX REI SITAE* EN CASO DE CONFLICTO MÓVIL

74. La reventa por el deudor a un tercero del bien gravado con un derecho de propiedad-garantía conlleva, en todo caso, un nuevo contrato regido, en cuanto a sus aspectos contractuales, por la ley

¹⁰³ En contra se manifiestan quienes defienden el carácter constitutivo de la inscripción registral, tesis poco defendible tras la promulgación del artículo 31.2 de la Orden de 15 de noviembre de 1982 (*vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario...*, *op. cit.*, p. 276, y J. VALLET DE GOYTISOLO, «De nuevo sobre la posesión de bienes muebles», *ADC*, 1980, pp. 309-313).

¹⁰⁴ *Vid.* un análisis de dicha jurisprudencia en M. T. CASTAÑEIRA, *Venta a plazos y apropiación indebida*, Barcelona, 1983, 149 pp., y J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles. Estudio del artículo 464 del Código civil*, Madrid, 1979, p. 343.

del contrato. Corresponde, sin embargo, a la *lex rei sitae* determinar los efectos de la posesión sobre la propiedad, las condiciones (posesión actual, inequívoca, de buena fe, etc.), bajo las cuales el adquirente a *non domino* adquiere la propiedad del bien, y en qué supuestos el titular del derecho de propiedad-garantía puede hacer efectivo su mejor derecho o su plena propiedad. Dicha ley regirá si la posesión de buena fe equivale al título o si, al contrario, el tercero no adquiere una posesión inatacable. Determinará asimismo la función legitimadora de la posesión, el carácter que la misma debe poseer (actual, inequívoca...), la necesidad de que concurra la buena fe del tercero, así como la carga de la prueba. Igualmente, la *lex rei sitae* habrá de pronunciarse acerca de los requisitos de publicidad que ha de cumplimentar la reserva de dominio o el derecho de propiedad-garantía para viciar la buena fe del tercero y resultar, en consecuencia, oponible.

75. Si bien la competencia de la *lex rei sitae* es indubitada, plantea mayores problemas precisar la conexión en los habituales supuestos de conflicto móvil. Cabe imaginar un derecho de propiedad-garantía constituido sobre un bien situado en el país A, que el deudor traslada al país B, donde lo revende a un tercero que, nuevamente, lo traslada a un tercer país C, donde el titular de la garantía lo reclama. No resulta apropiado, por tanto, hablar de dos leyes de la situación, la anterior y la nueva, la inicial y la actual; en el ámbito de los derechos reales, el conflicto móvil puede llevarnos a dos o más leyes relevantes, siendo preciso referirse a ellas por el elemento temporal que las precisa: de esta forma nos encontramos con tres leyes distintas: la *lex rei sitae* al momento de la constitución de la garantía, la *lex rei sitae* al momento de la transferencia al tercero o adquisición de la posesión por el mismo, y finalmente, la *lex rei sitae* al momento de la reclamación.

La *lex rei sitae* relevante es, hoy por hoy, tanto para los sistemas que defienden la regla *nemo dat quod non habet*, como para aquellos que admiten la regla *possession vaut titre*, la correspondiente al momento en que el tercero entra en posesión del bien. No obstante, las razones en unos y otros sistemas son diversos. En los países continentales, como España, se parte de la función ordenadora del mercado que cumple la *lex rei sitae*. En este sentido, la conexión tiende a proteger la seguridad de las transacciones e, indirectamente, la de los terceros que se fian en el papel de la apariencia, según las reglas de mercado donde radica el bien sobre el que contratan. De esta manera, la aplicación de la *lex rei sitae* en el mo-

mento en que el tercero entra en posesión del bien se justifica por ser la ley prospectiva del tercero, que garantiza su expectativa y previsibilidad y cuyo cumplimiento le es exigible. Además, permite una óptima explotación de los bienes, conforme a la ley del mercado afectado ¹⁰⁵.

En los países anglosajones la explicación parte más bien del estudio de los modos de adquirir la propiedad que de los efectos de los derechos reales de garantía, y utilizan un principio de respeto a los derechos adquiridos más que de ordenación del mercado. En efecto, la adquisición de la propiedad por el tercero de buena fe que adquiere la posesión a *non domino* es, a juicio de la jurisprudencia anglosajona, un modo de adquirir la propiedad. Si éste se halla previsto por la ley del lugar de situación en el momento de la pretendida adquisición, esto es, al entrar el tercero en posesión del bien, genera un nuevo título de propiedad sobre el bien que debe ser respetado por las posteriores legislaciones estatales adonde pueda ir a para el bien, incluso aunque vuelva al lugar de situación inicial (conflicto móvil de retorno) ¹⁰⁶.

Ambas interpretaciones no son, por lo demás, excluyentes, y, en todo caso, abocan a una precisión de la *lex rei sitae* particularmente segura: la oponibilidad de un derecho de propiedad-garantía frente

¹⁰⁵ Vid. en particular, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé (essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé)*, París, L.G.D.J., 1984, p. 333. Como ejemplo de esta precisión de la *lex rei sitae* en la jurisprudencia europea continental, vid. Sentencia del Tribunal de Casación francés de 9 de diciembre de 1974 (*Soc. Locautra c. Soc. Industrie und Bausmaschinen Vertriebs*) (*Journ. dr. int.*, 1975, pp. 535-536, y nota de A. PONSARD, pp. 536-538); Sentencia del Tribunal de Distrito de Amsterdam de 22 de julio de 1976 (*Mack Duce and Comp. SRL c. Van Dam*) (*NJ*, 1978-47) y Sentencia del Tribunal de Distrito de Arnhem de 15 de febrero de 1979 (*Johannsen c. Centrum BV*) (*NJ*, 1979-579 y Comentario de Summapow, *NILR*, 1981, p. 202).

¹⁰⁶ El conflicto móvil de retorno se planteó en el célebre asunto *Winkworth c. Christie Manson & Woods* (1980): unas obras de arte habían sido robadas en el Reino Unido, y vendidas en Italia a un tercero subadquirente de buena fe, quien pretendió subastarlas de nuevo en la célebre entidad londinense *Christie's*. El propietario original de las obras en cuestión, alertado por la publicidad de la subasta del paradero de los bienes, reivindicó la propiedad ante los Tribunales británicos, que fallaron en favor del tercero. Siguiendo el precedente de mitad del siglo pasado, *Cammell c. Sewell*, los Tribunales británicos entendieron que el tercero había adquirido la propiedad del bien, conforme a lo dispuesto en la ley italiana acerca de la protección de la posesión mobiliaria, siendo esta ley la *lex rei sitae* en el momento en que el tercero entró en posesión de las obras de arte, con lo cual la legislación inglesa debía respetar ese nuevo título.

a terceros de buena fe se rige por la ley del lugar de situación del bien en el momento en que el tercero adquirió su posesión ¹⁰⁷.

C) ALTERNATIVAS DE *LEGE FERENDA*

a) *La lex rei sitae como ley de policía*

76. La protección de los terceros de buena fe frente a los derechos de propiedad-garantía en el comercio internacional ha sido objeto de una serie de propuestas normativas, tendentes a compatibilizar al máximo las exigencias de dicha protección con los efectos extraterritoriales de las garantías. En este sentido, para aquellos autores que defienden un papel predominante de la *lex contractus* como ley de la operación, capaz de favorecer el tránsito internacional de las garantías reales, la *lex rei sitae* al momento de la adquisición de la posesión por un tercero actuaría como ley de policía frente a la *lex contractus*, para garantizar la protección de los terceros afectados. El planteamiento global de esta tesis ya ha sido desarrollado más arriba ¹⁰⁸. Corresponde ahora analizar su aplicación concreta al régimen de oponibilidad frente a terceros adquirentes de buena fe, siempre desde una óptica de *lege ferenda*.

77. Esta alternativa ha sido calificada en ocasiones como inútil y errónea: inútil, toda vez que responde a la misma función y conduce a los mismos resultados que la inclusión del lugar de situación de la cosa como punto de conexión de una norma de conflicto clásica, perfecta y bilateral; errónea, en cuanto el interés del Estado es determinante de la calificación como leyes de policía de sus propias normas, en tanto que la protección de los terceros no involucra un interés estatal ¹⁰⁹.

¹⁰⁷ El criterio se sigue, asimismo, en el artículo 6.1 del Proyecto de Ley Uniforme del UNIDROIT de junio de 1974 sobre adquisición de buena fe de bienes muebles corporales, al establecer que «los derechos inscritos en un registro público son oponibles al adquirente cuando la entrega de la cosa tenga lugar en el país del registro, siempre que de acuerdo con la ley de este país la inscripción sea oponible al adquirente» (UNIDROIT, XLV, Doc. 51, 1974).

¹⁰⁸ Vid. *supra*, pp. 107-110.

¹⁰⁹ Vid. G. KHAIRALLAH, *op. cit.*, p. 143. Este autor hace girar todo su razonamiento sobre los hechos que dieron lugar a la Sentencia del Tribunal de Casación francés de 11 de mayo de 1982 (*Soc. Localease c. Singer*). Se trataba de un *leasing* constituido en la RFA, a la sazón *lex rei sitae*, entre dos sociedades alemanas, sin sujetarse, conforme a lo dispuesto por la legislación alemana, a condición alguna

Ambas críticas son, sin embargo, innecesarias. La utilidad de esta técnica radica, en primer término, en operar una delimitación funcional entre la ley rectora de la operación y de los intereses de las partes, y la ley que ha de garantizar la protección de los terceros; pero además, esta técnica permite resolver uno de los problemas de adaptación más característicos de este sector de problemas: la aplicación de dos leyes distintas a la oponibilidad (posibilidad) y a las condiciones de la misma. La inadaptación se produce si se pretende aplicar a la posibilidad de oponibilidad la ley de la operación (*lex contractus* o *lex rei sitae* en el momento de concluirse la venta), reservando a la *lex rei sitae* actual el régimen de las condiciones de oponibilidad, en concreto las condiciones de publicidad. La disfunción se produce por el hecho de que si la ley de la operación admite la oponibilidad lo hace, precisamente, porque exige determinadas condiciones de oponibilidad. Dado el caso de que la *lex rei sitae* actual no exigiera condición de oponibilidad alguna, la admisión de dicha oponibilidad conforme a la ley de la operación conculcaría su auténtico espíritu. Pues bien, la aplicación de la *lex rei sitae* como ley de policía salva este contrasentido, al aplicarse únicamente cuando prevé condiciones de oponibilidad más estrictas. Si tales condiciones son menos severas, se aplica, en todo, la ley de la operación que, en definitiva, es la ley bajo la cual las partes han contratado y supone el listón óptimo de internacionalización.

Finalmente, no debe asimilarse la aplicación de la *lex rei sitae* como ley de policía con la figura de las normas de aplicación inme-

de publicidad. El bien fue subarrendado por una sociedad francesa, que lo introdujo en Francia, lugar donde se hallaba en el momento de declararse el concurso de la subarrendataria. A pesar de que el ordenamiento francés exige el registro de las operaciones de *crédit-bail* para oponer el derecho de propiedad-garantía frente a la masa de la quiebra, analizados los antecedentes del caso, el Tribunal francés reconoció la oponibilidad del derecho de la empresa de *leasing* alemana en el procedimiento concursal declarado en Francia (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 450-451). Con el telón de fondo de esta decisión, G. KHAIRALLAH afirma que la *lex rei sitae* puede mantener su función protectora de los intereses de los terceros, en la medida en que éstos cuentan con ella, pero a condición de que tal función corresponda al estado de ideas a que obedece en este punto el Derecho interno (*cf.* «Nota...», *ibíd.*, p. 460). De ahí extrae G. KHAIRALLAH una consecuencia a nuestro juicio errónea: la aplicación al caso concreto de la *lex rei sitae* como ley de policía habría conducido a declarar el *leasing* inoponible en Francia, por defecto de condición de publicidad prevista por la ley francesa, interviniendo, pues, como una norma de aplicación inmediata de intervención automática (*ibíd.*, p. 460).

diata o normas materiales imperativas. La *lex rei sitae* actúa como un correctivo de seguridad del tráfico, a la manera del artículo 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y con idénticos elementos de ponderación en su aplicación; la propia ST de Casación francés de 11 de mayo de 1982 parece responder, exactamente, a esta interpretación: en la medida en que la garantía pactada, regida por la *lex contractus*, pueda transponerse en su contenido y efectos a otro tipo de garantía semejante conocida por la *lex rei sitae*, la intervención de ésta como ley de policía no puede tener lugar¹¹⁰. Si la *lex rei sitae* admite el efecto de garantías ocultas, no puede ser aplicada para proteger la seguridad de las transacciones en su mercado, frente a garantías ocultas provenientes del extranjero. Nada más lejos, por tanto, de una aplicación automática de la *lex rei sitae* en la propuesta que analizamos¹¹¹.

En suma, si bien la aplicación de la *lex rei sitae* como ley de policía en el sentido expuesto ha tenido una cierta aplicación jurisprudencial en algunos sistemas, su formulación responde más bien a una alternativa de *lege ferenda*; se trata de defender la aplicación de principio de la *lex contractus*, sometida al respeto de la *lex rei sitae* aplicada como simple correctivo. Esta idea, muy a tener en cuenta a nuestro juicio, debe orientarse, en caso de ser positivizada, a un precepto de naturaleza análoga al artículo 7 del Convenio de Roma de 1980¹¹².

¹¹⁰ P. MAYER toma el ejemplo de la STS de la RFA de 20 de marzo de 1963 (*IPRspr*, 1962-63, núm. 60, pp. 174 y ss.): sobre un camión matriculado en Francia, se constituyó un derecho de prenda sin desplazamiento, regularmente publicado, en favor de un establecimiento de crédito francés; el bien fue introducido en la RFA y embargado por un acreedor del comprador. El Tribunal reconoció la oponibilidad del derecho del acreedor francés, a pesar del carácter oculto de la garantía, toda vez que la venta en garantía es perfectamente válida en la RFA; y aunque los mecanismos jurídicos de ambas instituciones fuesen absolutamente diversos, sus efectos y finalidad económicos se hallaban muy próximos. De esta forma, el Tribunal alemán concluye que «...no cabe afirmar en estas condiciones que las disposiciones del BGB sean imperativas frente a la ley extranjera» (*cf.* P. MAYER, «Les conflits...», *loc. cit.*, II, B, 4, núm. 14). El caso resuelto por el Tribunal de Casación francés, utilizado por G. KHAIRALLAH, era prácticamente el mismo: frente al carácter oculto del *leasing* constituido en la RFA, el Derecho francés conocía la oponibilidad de otros derechos de propiedad-garantía ocultos.

¹¹¹ *Vid.* en este sentido R. WEBER, *loc. cit.*, p. 527.

¹¹² Para una exposición más detallada de nuestra tesis, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, *La cláusula...*, *op. cit.*, pp. 765-768.

b) *Normas de conflicto materialmente orientadas*

78. Menos justificada resulta la propuesta de regular la oponibilidad de los derechos de propiedad-garantía frente a terceros adquirentes de buena fe, a través de normas de conflicto materialmente orientadas, que permitan el uso de conexiones alternativas, en busca del resultado material más favorables al tercero¹¹³. Semejante solución se adoptó en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta internacional de bienes muebles corporales a través de conexiones subsidiarias, que, en definitiva, permiten que el tercero adquiera la propiedad del bien conforme a la *lex rei sitae* al momento de la reclamación o al momento de adquirir la posesión del bien.

La crítica de semejante alternativa es doble: de un lado, sólo tiene sentido si el sistema que la adopta parte de un principio material de protección de la apariencia y de la posesión mobiliaria, con lo cual se limita en buena medida el éxito de una norma semejante en un texto convencional. Pero sobre todo, en segundo lugar, aun en los sistemas que parten de tal presupuesto, es preciso señalar que la protección del tercero de buena fe no es un fin en sí mismo, como ocurre en los casos de protección de una parte débil (consumidor, trabajador, asegurado, etc.); se trata de una protección indirecta o inferida de la garantía de la seguridad de las transacciones. La protección viene referida a la previsibilidad del Derecho y al abaratamiento de las transacciones en términos de costes económicos, y ello sólo justifica dicha protección conforme a la *lex rei sitae* prospectiva, esto es, la *lex rei sitae* al momento de adquisición de la posesión por el tercero. Es en ese momento y en ese lugar cuando y donde la seguridad jurídica y patrimonial debe intentarse. Permitir la aplicación alternativa de una ley distinta, como la del lugar de reclamación, absolutamente desconectada de la transacción, no es sino conceder injustificadamente a los terceros un instrumento para vulnerar el propio valor de la reglamentación: la seguridad de las transacciones y la buena fe contractual.

c) *Aplicación de la doctrina del interés nacional*

79. Otra aportación doctrinal singular para resolver los efectos frente a terceros subadquirentes de los derechos de propiedad-ga-

¹¹³ Vid. en este sentido M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 336.

rantía, consiste en la aplicación por analogía de la doctrina del interés nacional. Al igual que en el caso anterior, esta doctrina se propone como correctivo frente a la propuesta de aplicación, con carácter general, de la *lex contractus*. Conforme a su configuración en la doctrina francesa, se trata de facilitar al tercer subadquirente la posibilidad de alegar su ignorancia acerca de la verdadera situación jurídica del bien gravado, en ausencia, por ejemplo, de las condiciones de publicidad exigidas por la *lex rei sitae*, pero eximidas por la *lex contractus*. Dicho error legítimo debería tenerse en cuenta, siempre que los terceros pudiesen demostrar que confiaron *bona fides* en las normas materiales del lugar donde se hallaba el bien para configurar su conducta, a pesar de la competencia de principio de la *lex contractus*, cuyas normas no exigen especiales condiciones de publicidad o que, aun exigiéndolas, no produce el efecto de fe pública registral más allá de las fronteras de dicho Estado. A juicio de M.-N. JOBARD-BACHELLIER, ello permite sacrificar el interés del titular de la garantía sólo cuando, realmente, exista una razón de peso para justificar el error legítimo del tercero; de esta forma, las garantías pueden ser opuestas frente a un tercero que, por su cualificación o dedicación al comercio internacional, no pueda probar la ausencia de imprudencia o de negligencia¹¹⁴.

La aplicación de la doctrina del interés nacional no parece, sin embargo, una técnica de corrección fácilmente exportable. De un lado, la ignorancia de la *lex contractus* o la buena fe del tercero es un requisito que exige la doctrina francesa para que opere la excepción de interés nacional, mientras que dicha exigencia no existe en el sistema español vigente¹¹⁵. De otro, supone, de hecho, la introducción en el comercio internacional de una regla material *ad hoc*, invirtiendo la presunción de buena fe en favor del tercero característica de los sistemas que, como el español, protegen de forma amplia la posesión mobiliaria; la prueba por el tercero de que desconocía la aplicabilidad de la *lex contractus* se nos antoja diabólica e inoperante en transacciones comerciales internacionales habituales. Por ello, y finalmente, esta construcción conlleva una contradicción implícita: La protección de los terceros de buena fe responde al concreto fin económico de dinamizar el intercambio comercial, abaratando los costes y asegurando dichas transaccio-

¹¹⁴ Vid. *op. cit.*, pp. 164-165 y 202-204, y, en la misma línea, G. KHAIRALLAH, *op. cit.*, pp. 290-291.

¹¹⁵ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA, «Técnica normativa de la doctrina del interés nacional», *REDI*, vol. XXXI, 1978-79, pp. 111-112.

nes, evitando que el tercero tenga que realizar complejas indagaciones acerca de la verdadera titularidad del bien. Si en el comercio internacional se obliga al tercero a realizar dichas indagaciones acerca del contenido material de la *lex contractus* o ley de origen del bien, se le está obligando precisamente a lo que se tiende a evitar. La única conexión justificada por el principio material subyacente es permitir al tercero que negocie con la seguridad que le facilita la ley del lugar donde está el bien en el momento en que adquiere su posesión, conociendo cuáles son sus condiciones de oponibilidad, los instrumentos de publicidad existentes, y el régimen de presunciones y carga de la prueba de su buena fe.

d) *Previsibilidad del desplazamiento y análisis económico*

80. En contraste con los planteamientos de la doctrina continental, los sistemas anglosajones proponen correctivos y normas especiales más atentas a la verdadera función económica de la protección de la posesión mobiliaria, y extraídas tras la aplicación del más viejo método de análisis económico del Derecho. El postulado de esta propuesta se fundamenta en que la seguridad de las transacciones sólo es posible en un mercado previsible y, por tanto, eficiente. La previsibilidad goza, por tanto, de la consideración de un valor económico, en tanto que la imprevisibilidad genera unos costes de transacción que el mercado debe internalizar. En este contexto, el acreedor que introduce un bien gravado con un derecho de propiedad-garantía en otro Estado, o que consiente o conoce dicho desplazamiento, puede prever la intervención de un tercero de buena fe y, por tanto, asumir los riesgos o costes de transacción que ello implica, esto es, admitir la oponibilidad de su derecho frente al tercero de buena fe conforme a la ley del lugar de situación del bien en el momento en que el tercero adquiere su posesión, que era previsible para el titular de la garantía. En cambio, cuando la introducción del bien en otro Estado no es consentida o conocida por el titular de la garantía, el supuesto sufre un giro copernicano en su análisis económico. En estos términos, al titular sólo se le puede exigir cumplir con las condiciones de oponibilidad o publicidad exigidas por la ley del mercado en que introduce el bien. No se le puede exigir adecuar su garantía a cualesquiera mercados adonde el bien pueda ir a parar sin su conocimiento, consentimiento o, en definitiva, previsibilidad. En tal caso, el análisis económico aconseja otorgar al titular la protección que le confiere la

ley del lugar del mercado donde él mismo introdujo el bien, y no la ley del lugar de situación posterior imprevista de dicho bien, donde, presumiblemente, habrá adquirido el tercero.

En suma, la solución económica no parece la misma en los supuestos internos e internacionales. En los primeros, la protección de los terceros de buena fe parece adecuada para dinamizar los intercambios comerciales, y el riesgo de expropiación es asumido por el titular del derecho como un medio para abaratar y, en consecuencia, potenciar sus intercambios comerciales. En cambio, la imprevisibilidad que se produce en el ámbito interregional o internacional cuando el bien se mueve de forma imprevista, implica que semejante coste de transacción se dispare y la protección del tercero de buena fe sólo se convierta en una solución eficiente en los supuestos en que existe una mínima previsibilidad para el titular y, en consecuencia, una posibilidad de adecuar su conducta para hacer oponible a su derecho.

81. Expuesto el trasfondo metodológico de esta opción, es preciso señalar que su aplicación es sumamente irregular en los países anglosajones. Se señala ya a J. H. BEALE¹¹⁶, como el padre de esta «metafísica concepción de la propiedad»¹¹⁷. Sin embargo, ni los Tribunales canadienses, ni los ingleses —amparados en el célebre precedente del juez Crompton en el asunto *Cammel c. Sewell* (1860)—, han utilizado la previsibilidad o imprevisibilidad del desplazamiento como un elemento relevante. Sí, al contrario, algunos Tribunales norteamericanos, si bien no cabe inferir una regla generalizada¹¹⁸. Un ejemplo relevador se encuentra en la ST de Nebraska de 1913 en el asunto *Farmer's Merchant's State Bank of Greenleaf Kan c. Sutthelin*¹¹⁹: Rechazando la opción de cortesía, el Tribunal entendió que cuando el Tribunal conoce o autoriza el desplazamiento del bien y «acepta situar la garantía en una posición en que sus derechos pueden entrar en conflicto con los de los ciu-

¹¹⁶ Cf. J. H. BEALE, «Jurisdiction over Title of Absent Owner in a Chattel», *Harvard L. Rev.*, núm. 40, 1927, p. 805.

¹¹⁷ Cf. P. LALIVE, *op. cit.*, p. 176.

¹¹⁸ Vid. los precedentes citados por J. H. C. MORRIS, «The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws», *BYLL*, 1945, p. 245, y J. L. R. DAVIS, «Conditional Sales and Chattel Mortgages in the Conflict of Laws», *JCLQ*, vol. 13, 1964, pp. 53-77.

¹¹⁹ Vid. A. BONIFAZI, «Problemi di interstate conflicts relativi a chattel mortgage, conditional sale e bailment lease nel diritto statunitense», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1973, p. 40, nota 54.

dadanos del Estado al que el bien se ha desplazado, no tiene derecho a reclamar si el Tribunal de dicho Estado sostiene que ha renunciado a su derecho preferente»¹²⁰.

3. Frente a terceros acreedores individuales

A) IMPRECISIÓN DEL DERECHO MATERIAL ESPAÑOL

82. Los acreedores del comprador de un bien, gravado con un derecho de propiedad-garantía, pueden intentar satisfacer individualmente sus créditos trabando el embargo de dicho bien. Frente a ello, el titular del derecho de garantía intentará hacer valer una tercería de dominio o de mejor derecho¹²¹. Contrariamente a lo que ocurre con la oponibilidad frente a terceros de buena fe, existe cierta uniformidad en el Derecho comparado en torno a la admisión de la oponibilidad de la reserva de dominio simple frente a terceros acreedores individuales. Incluso, puede hablarse de un sistema típico de formalidades exigibles, que gira en torno al modelo del artículo 1.524 Cc italiano, es decir, constancia por escrito y fecha anterior al embargo de la cláusula de reserva de dominio¹²².

83. Esta solución coincidía con la que aportaba la jurisprudencia española antes de la Ley 50/1965, de 17 de julio¹²³. Con posterioridad, dicha jurisprudencia se ha mostrado vacilante¹²⁴. Por un lado, un sector de la doctrina del TS admite la oponibilidad de la

¹²⁰ Vid. N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 214.

¹²¹ El supuesto hay que diferenciarlo del embargo practicado por el propio titular de la garantía, cuando el deudor no satisface su deuda. Este supuesto, que es práctica habitual en algunos ordenamientos (*cf.* L. MOSSA, «L'esecuzione del venditore sulla cosa venduta con riserva di proprietà», *Riv. dir. comm.*, 1915-I, pp. 246-251), también se practica en España, hecho que ha utilizado R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO como un argumento más en favor de su calificación de la reserva de dominio como derecho real similar al de prenda (*cf. Comentarios...*, *op. cit.*, p. 179, y *La cláusula...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss., entre otras).

¹²² Vid. C. MAS ALCARAZ, «La cláusula de reserva de dominio», *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, RDP, 1965, p. 115.

¹²³ Vid. STS 9 julio 1904 (*RGLJ*, t. 98, 1904, núm. 141), STS 14 enero 1929 (*ibid.*, t. 188, 1929, núm. 53), entre las primeras, y, entre las últimas, STS 10 junio 1958 (*RAJ*, 1958, núm. 2.142).

¹²⁴ Sobre la jurisprudencia del TS y de las AATT, en el período fundamental de 1966 a 1971, *vid.* F. SOTO NIETO, *Derecho vivo (jurisprudencia comentada)*, t. II, Madrid, RDJ, 1971, pp. 510-523.

reserva de dominio no inscrita frente al tercero embargante, estuviera o no el contrato sujeto al ámbito de aplicación de la Ley especial¹²⁵. Aparentemente, dicha interpretación choca con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley, que exige dicha inscripción como condición de oponibilidad de la garantía; sin embargo, conviene recordar que el artículo 31.2 de la Ordenanza para el Registro de 15 de noviembre de 1982 limita dicha exigencia para la oponibilidad frente a terceros de buena fe.

La oponibilidad de las cláusulas de reserva de dominio no inscritas frente a terceros embargantes ha sido negada, sin embargo, desde distintas perspectivas. En primer término, parece claro el tenor del artículo 23 de la Ley¹²⁶, y el escaso fundamento del artículo 31.2 de la Ordenanza en el mismo¹²⁷. Más discutible es la tesis que parte del carácter constitutivo de la propia inscripción registral¹²⁸; sin embargo, el argumento lógico es en este caso el más contundente: sea cual fuere el carácter de la Ley (dispositivo o imperativo), no se vería la utilidad de acudir a la misma si, fuera de ella, se pudiesen obtener las mismas garantías, sin someterse a ningún tipo de control y con menos requisitos y costes¹²⁹. De hecho, tal vez sea más numerosa la jurisprudencia del TS que viene exigiendo la inscripción registral como condición de publicidad ineludible para que la reserva de dominio sea oponible frente a terceros embargantes¹³⁰. En especial, hay que poner de relieve que la única decisión que aborda, directamente, la oponibilidad frente a un tercero embargante, en España, de una cláusula de reserva de dominio constituida en el extranjero (SAP Barcelona de 13 de septiembre de 1983), exige inequívocamente el cumplimiento de la publicidad registral prevista en la Ley española, aplicada en cuanto *lex rei sitae* actual.

¹²⁵ SSTS 26 febrero 1971 (*RAJ*, 1971, núm. 78, 14 marzo 1974 (*RAJ*, 1974, núm. 2.065), 26 marzo 1984 (*RAJ*, 1984, núm. 1.434).

¹²⁶ Vid. V. BALDO DEL CASTAÑO, *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 244 y 250-251, y E. GUARDIOLA SACARRERA, «La cláusula de reserva de dominio en los contratos de compraventa internacional de mercancías», *RJC*, 1984-3, p. 687.

¹²⁷ *Cf.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario...», *loc. cit.*, p. 1147.

¹²⁸ *Cf.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 277.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 279.

¹³⁰ *Cf.* SSTS 24 noviembre 1970 (*RGLJ*, 1970 núm. 543), 19 abril 1975 (*RAJ*, 1975, núm. 1.723), 28 marzo de 1978 (*RAJ*, 1978, núm. 852), 22 junio 1982 (*RAJ*, 1982, núm. 3.436), 20 junio 1983 (*RAJ*, 1983, núm. 3.635).

B) APLICACIÓN DE LA *LEX REI SITAE*/ *LEX FORI*

84. La oponibilidad de los derechos de propiedad-garantía frente a terceros acreedores individuales se rige por la *lex rei sitae*. En caso de conflicto móvil, la precisión se realiza en el momento en que se traba el embargo. Es el mercado del país donde se ha trabado el embargo el afectado por la circulación del bien, y conforme a cuya ley han de dilucidarse los respectivos derechos de los acreedores del deudor. Esta solución, que no es cuestionada en el Derecho comparado, hace que sea difícil separar en qué medida se aplica, efectivamente, la *lex rei sitae* o se está aplicando la *lex fori*, dado que ambas tienden a coincidir si se trata de un procedimiento de ejecución individual que, por su propia naturaleza, exige la detención y secuestro del bien. Por tanto, la distinción del ámbito de aplicación de la *lex rei sitae* y de la *lex fori* es puramente teórica. No obstante, puede admitirse que se aplicará la ley del embargo en cuanto *lex fori*, y a través de una calificación procesal (art. 8.1 Cc), a la determinación del tipo de acción que habrá de interponer el titular de la garantía¹³¹, a los efectos de la tercería sobre el proceso de ejecución y a los medios de prueba o acreditación del título presentado por el titular de la garantía. De igual modo, se ha defendido la aplicación de la ley del embargo como *lex fori* para resolver el rango de los privilegios derivados de una pluralidad de garantías reales constituidas sobre un mismo bien, o el *pool* de garantías¹³². En todo caso, *lex*

¹³¹ En España existe una cierta polémica en torno a la conveniencia de que, el titular de una reserva de dominio plantee una tercería de dominio o, en contrapartida, deba utilizar la tercería de mejor derecho. Lo que parece desprenderse con cierta claridad es que la fórmula procesal no tiene por qué guardar una relación directa con el contenido real de la garantía (conservación de la propiedad, derecho de prenda, etc.), y que, en consecuencia, al menos en nuestro sistema, debe regularse por la ley del embargo como *lex fori*. A nuestro juicio, la conveniencia de interponer una tercería de dominio por el titular de un derecho de propiedad-garantía no prejuzga, en efecto, la existencia de un derecho del acreedor a recuperar la cosa; si prospera la tercería de dominio, cuyo efecto es suspender la ejecución sobre el bien hasta que se decida sobre su titularidad, el acreedor recupera la función de seguridad de su garantía, y el deudor la posesión del bien y su expectativa real para adquirirlo (*vid.* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 113 y ss.). Así, además, lo entiende la reciente STS de 18 de diciembre de 1990 (AC, núm. 249, vol. 16, 1991, p. 741).

¹³² *Vid.* como paradigma de esta solución la Sentencia del Tribunal de Distrito de Rotterdam de 7 de marzo de 1980 (*Orbic International Ltd. c. N.V. Slavenburg Bank*), NILR, 1981, p. 200, y nota de M. SUMMAPOW, pp. 201-203, esp. 202).

rei sitae y *lex fori* van a coincidir y confundirse como una sola ley del embargo¹³³.

85. Si se defiende, siempre de *lege ferenda*, la tesis que mantiene la aplicación de principio de la *lex contractus* o, incluso, de la *lex rei sitae* en el momento de constituirse la garantía como conexión objetiva, la ley del embargo tendría simplemente una aplicación residual, como ley de policía. Sin embargo, su competencia obedece a imperativos lógicos, y no sólo teleológicos, cuando el tercero embargante ostenta asimismo un privilegio real, en cuyo caso el conflicto de títulos que se genera entre el embargante y el titular de un derecho de propiedad en garantía sólo puede ser resuelto por la ley del embargo.

4. En los procedimientos concursales

A) DIVERSIDAD DE SOLUCIONES MATERIALES

a) Derecho comparado

86. El estudio comparado de la oponibilidad de los derechos de propiedad-garantía en los procedimientos concursales arroja un mayor grado de diversidad que el expuesto en los casos de oponibilidad frente a terceros subadquirentes. De un lado, existen algunos sistemas que no reconocen efecto alguno a los derechos de propiedad-garantía en los procedimientos concursales (Bélgica, Luxemburgo, y de forma más dudosa Grecia e Irlanda), frente a una gran mayoría que sí lo hace. Sin embargo, estos últimos oscilan entre el modelo que reconoce al titular de un derecho de propiedad-garantía un derecho de separación frente a la masa (RFA, Austria, Países Bajos, Francia, Italia y, de forma vacilante, la jurisprudencia británica), y aquellos otros que confieren al titular de tales derechos un crédito privilegiado o incluso ordinario, a satisfacer, en todo caso, dentro de la masa y conforme a las reglas de prelaciones de créditos establecidas (Sudáfrica, Estados Unidos). Pero aun dentro de los sistemas que reconocen efectos a las garantías sobre la propiedad, dentro o fuera de la masa de la quiebra, se producen notables diferencias en cuanto a las condiciones de oponibilidad,

¹³³ *Vid.* sobre el contenido de la ley del embargo N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 224.

en particular las condiciones de publicidad requeridas. Mientras algunos sistemas no requieren ninguna condición de publicidad, otros exigen una publicidad no registral (escrito con fecha anterior a la apertura del concurso) o, incluso, registral¹³⁴.

b) Derecho español

87. En el Derecho español, con anterioridad a la Ley 50/1965, de 17 de julio, se optaba por conceder al titular de una reserva de dominio un derecho de separación *ex iure dominii*, con base en los artículos 908 y 909.8 Ccom., con tal de que constase por escrito y tuviese fecha cierta anterior al concurso, permaneciendo los bienes identificables¹³⁵. La aparición del artículo 19.2 de la Ley de Venta a Plazos, coincidente con el artículo 10 LHMPD, llevó a cierto sector doctrinal a propugnar la inaplicabilidad del artículo 908 Ccom., y la inexistencia de un derecho de separación para el titular de una reserva de dominio. Sin embargo, el tenor literal del artículo 908 Ccom., el carácter indicativo de la relación de supuestos previstos en el artículo 909 Ccom., y la referencia genérica del artículo 19 a los contratos de venta a plazos, sin mención de la cláusula de reserva de dominio, parece dar la razón a quienes defienden actualmente el derecho de separación del acreedor con reserva de dominio¹³⁶. La única dificultad estriba, como vimos anteriormente, en determinar si es necesaria la publicidad registral como condición de oponibilidad también frente a la masa del concurso, y no únicamente frente a terceros subadquirentes de buena fe¹³⁷.

88. Esta situación variaría radicalmente si prosperase el espíritu del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983¹³⁸. Su artículo 287 integra en el sexto lugar de prelación los «créditos nacidos de ventas a plazos, con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles en favor de los vendedores, y en su caso financiadores, sobre bienes vendidos sujetos a condición resolutoria en caso de falta de pago,

¹³⁴ Para un estudio detallado de Derecho comparado, *vid.* T. M. MARGELLOS, *op. cit.*, pp. 257-424, y J.-P. SCARANO, «Opossabilité ou inopossabilité de la clause de réserve de propriété (observations de droit comparé et de droit international privé)», *Rev.trim.dr.comm.dr.ec.*, 1990-4, pp. 536-550 (*id.* en *DPCE*, vol. 17, 1991-1, pp. 123-150).

¹³⁵ STS 11 marzo 1929, *RGLJ*, *Jurisp. civ.*, t. 188, 1929, núm. 56.

¹³⁶ *Vid.* A. BOTANA AGRA, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 68.

¹³⁷ *Vid. supra*, p. 135.

¹³⁸ *Vid.* el texto en *RFDUC*, monográfico núm. 8, pp. 279-362.

reserva de dominio o prohibición de disponer», como privilegios especiales, cuya principal característica es que los bienes afectados integran la masa activa del concurso, realizándose dentro del procedimiento (art. 289). De esta forma, la reserva de dominio, al margen de su contenido entre las partes, sufriría en nuestro nuevo sistema jurídico un margen de oscilación conforme al principio de elasticidad de las garantías: en los procedimientos concursales, se convertiría en un privilegio sobre el valor de realización del bien, a expensas de la satisfacción de créditos preeducibles (arts. 283 y 286) y de otros créditos más privilegiados, tales como la hipoteca o prenda sin desplazamiento (art. 287.1). Además, el requisito de publicidad registral permanecería intacto (art. 287). En esta cuestión, el ALC denota, salvando alguna que otra diferencia importante, la impronta del UCC y del *British Crowther Report*.

B) LA OPCIÓN POR LA *LEX REI SITAE*

a) *Fundamento y límites*

89. Históricamente, en el D.I.Pr. se ha asimilado el régimen de las garantías mobiliarias a los privilegios mobiliarios en las situaciones concursales, dando como resultado la aplicación de la *lex rei sitae*¹³⁹. Se alude, asimismo, a la necesidad lógica de aplicar una sola ley cuando se trata de determinar el rango de distintos privilegios que recaen sobre un mismo bien o regular el *pool* de garantías, y la justificación funcional de aplicar la *lex rei sitae* para determinar los derechos reales que, por su contenido, justifican un derecho de separación¹⁴⁰. La opción por la *lex rei sitae* para dar respuesta a ambas necesidades se encuentra en algunos textos convencionales bilaterales¹⁴¹ y ha sido recogida en parte de la jurisprudencia europea, cuyo

¹³⁹ *Vid.* A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. III, Grenoble-París, 1923, núm. 793; F. DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, 5.ª ed., París, 1909, p. 1224; Ch. DE BOECK, «Les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite», *Rev.dr.int.pr.*, 1913, p. 304; A. ROLIN, «Des conflits de lois en matière de faillite», *R. des C.*, t. 14 (1926-IV), p. 95.

¹⁴⁰ *Vid.* en este sentido K. SOVILLA, *op. cit.*, p. 57, y M. TROCHU, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, París, 1967, pp. 185-186.

¹⁴¹ *Cf.* artículo 24.2 y 3 del Convenio franco-italiano de 3 de junio de 1930 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia concursal (*vid.* A. PONSARD, «Faillites, règlements judiciaires et procédures analogues», *J.-Cl.dr.int.*, 1959, fasc. 568, p. 16, núm. 120), y artículo 15 del Convenio entre Francia y Austria de 27 de febrero de 1979 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de quiebra (*Rev.crit.dr.int.pr.*, 1980, p. 856).

espíritu puede resumirse en el siguiente pronunciamiento de la ST Distrito de Oslo de 27 de marzo de 1957 (*Hans F. Guster c. Hans Hügel & Cie*): «las normas de protección de la propiedad deben regirse por la ley del lugar donde la propiedad se halla»¹⁴².

90. La opción por la *lex rei sitae* presenta, sin embargo, ciertos límites. Sólo es operativa ante garantías sobre la propiedad simples, es decir, que recaigan sobre bienes identificables y puedan constituir privilegios singulares en la quiebra¹⁴³. Si se discute la oponibilidad de derechos de propiedad-garantía extensos (reserva de dominio o venta en garantía prolongada o extensa, *floating charges*, etc.), la aplicación de la *lex rei sitae* no sólo puede verse contrariada por una *lex fori concursus* tributaria de un principio de identificabilidad de los bienes¹⁴⁴, sino que, en ciertos casos, su configuración como privilegios generales hace imposible o poco relevante la ubicación del bien.

Se ha argumentado asimismo que, dado el origen convencional de los privilegios basados en un derecho de propiedad-garantía, habría que atenerse más a la ley rectora del crédito que a la *lex rei sitae*. De esta forma, es en este sector de problemas donde más ha prosperado en la jurisprudencia europea la aplicación de la *lex contractus* o ley de la operación, como ley rectora de la oponibilidad de los derechos de propiedad-garantía; ello ha ocurrido, de forma particular, cuando de lo que se trataba era de determinar la existencia de un derecho de separación frente a la masa; la dependencia de semejante efecto respecto del contenido del derecho creado, facilitaba semejante recurso a la *lex contractus*¹⁴⁵. Se trata de una solución poco adaptada al Derecho español, en el que,

¹⁴² *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 805-806.

¹⁴³ Este planteamiento se encuentra ya en G. DIENA, *Tratato di diritto commerciale internazionale*, vol. 3, Florencia, 1905, p. 571.

¹⁴⁴ *Vid. supra*, pp. 47-49.

¹⁴⁵ *Vid.* como muestra relevante los siguientes precedentes europeos: ST Dinamarca Occidental 23 junio 1982 (*Chamber International USA Ltd. England c. Peter Nellemann*), extractada por A. PHILLIP en *Journ. dr. int.*, 1984, p. 634; ST Casación francés 8 julio 1981 (*Soc. L'Abeille c. Soc. de Transports terrestres, maritimes et fluviaux*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 267-269, y nota de M. SANTA-CROCE, pp. 269-274; ST Casación francés 11 mayo 1982 (*Soc. Localease c. Singer*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 450-451, y nota de G. KHAIRALLAH, pp. 451-461. Existen otros precedentes en que la aplicación de la *lex rei sitae*, por coincidir con la *lex concursus*, no presenta una significación suficientemente relevante o no viene así puesta de manifiesto en los propios fundamentos de las decisiones.

como se ha visto, el contenido real de tales derechos se rige por la *lex rei sitae*¹⁴⁶.

Sin embargo, más que sus propios méritos o deméritos, la verdadera razón de que la *lex rei sitae* pueda no ser una opción válida radica en la función social y económica que, en este punto, puede cumplir la *lex concursus*, como luego veremos.

b) Precisión de la conexión

91. Las posturas defensoras de la sumisión de la oponibilidad de los derechos de propiedad-garantía en los procedimientos concursales a la *lex rei sitae* en cuanto tal, esto es, no como conexión casualmente coincidente con la *lex contractus* o ley de la operación, se enfrentan de nuevo a la necesidad de precisar el tiempo en que dicha conexión debe ser observada, dada su mutabilidad. Existe cierta unanimidad doctrinal¹⁴⁷ y jurisprudencial¹⁴⁸ en torno a la aplicación de la *lex rei sitae* en el momento de apertura del concurso, si bien es cierto que, en los casos en que los Tribunales han procedido a semejante precisión, se trataba en todo caso de respetar la *lex fori*, por hallarse los bienes en territorio del foro en el momento de declararse el concurso.

La aplicación de la *lex rei sitae* en el momento de la apertura del concurso se justifica, no obstante, plenamente, por tratarse de la ley en que, efectivamente, se sitúan los derechos de las partes, sus expectativas económicas, y que, además, evita ulteriores traslados con intención fraudulenta, bien de aproximar el bien a la masa activa, bien de eludir la aplicación de la ley del lugar en que se declara el concurso. Dicha ley sólo habrá de decaer cuando no presente una conexión mínimamente significativa, como ocurre en los supuestos en que el bien gravado se halla en tránsito o en alta mar al momento de declararse el concurso. En estos casos que, como sabemos, escapan del ámbito de aplicación del

¹⁴⁶ *Vid. supra*, pp. 98-100.

¹⁴⁷ *Vid.* A. ROLIN, *loc. cit.*, p. 113; G. DIENA, *Tratato...*, *op. cit.*, t. III, p. 574, y R. VANDER ELST, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 421.

¹⁴⁸ Así se precisa la conexión en el asunto *Inglis c. Usherwood* en 1801, tratándose de un derecho de *stoppage in transitu* (*cit.* por M. R. CHESTERMAN, p. 245). Por su parte, N. BOUZA VIDAL anota el mismo criterio en la ST Apelación de Bruselas de 15 de junio de 1932 y en la Sentencia *Hoag Raad* de los Países Bajos de 12 de junio de 1970 (*cf. op. cit.*, pp. 242-243).

art. 10.1.III Cc, lo más probable será la aplicación atractiva de la *lex concursus* ¹⁴⁹.

c) *La tendencia a su adopción en el Derecho español*

92. El ALC de 1983 opta por la aplicación de la *lex rei sitae* al régimen de calificación y clasificación de los créditos, aunque sin determinar qué ley ha de determinar el tipo de garantías que pueden dar lugar a un derecho de separación (art. 388.1). El artículo 388.2 introduce una excepción para los buques, aeronaves y otros medios de transporte por ferrocarril, sometiéndolos a la ley de su abanderamiento, matrícula o registro. En cualquier caso, la *lex rei sitae* se precisa «al momento de la declaración del concurso».

Por otra parte, destaca el sencillo reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras que declaren el concurso (art. 393), que producirán los mismos efectos que las declaraciones efectuadas por los Tribunales españoles conforme a la regulación del ALC (art. 396.1), si bien limitados a partir de la fecha de admisión a trámite de la solicitud de reconocimiento si ésta se ha presentado dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que se dictó la resolución extranjera o desde la fecha del auto de *exequatur* en otro caso (art. 396.2).

En el sistema actual, a falta de regulación específica, la aplicación de principio de la *lex rei sitae* conforme al artículo 10 Cc, así como su precisión en los casos especiales del artículo 10.1 y 2 Cc, sólo puede venir limitada por una eventual aplicación de la *lex concursus*.

C) LA OPCIÓN POR LA *LEX CONCURSUS*

a) *Aplicación de la lex fori concursus*

93. La *lex rei sitae* cede, en primer término, ante la aplicación de la ley del Tribunal ante el que se declara el concurso, reclamada

¹⁴⁹ En tal sentido *vid.* M. R. CHESTERMAN, *loc. cit.*, p. 248. La ponderación de la *lex concursus*, junto a la *lex contractus* y la ley de expedición o destino fue puesta de manifiesto por los Tribunales de Quebec en el caso *Rogers c. Mississippi and Dominion Steamship Co* (1888), donde se tuvo en cuenta tanto la ley de destino (Quebec) como una aplicación cumulativa de la ley del contrato (inglesa) y del foro concursal (Quebec), para reconocer la oponibilidad de un derecho de garantía pactado en Inglaterra sobre bienes en alta mar, con destino a Quebec, lugar en que se declaró el concurso (*ibíd.*, pp. 248-249).

como ley procesal o instrumento técnico para proceder a la ejecución de los bienes del deudor ¹⁵⁰, esto es, como *lex fori concursus*, en el sentido del artículo 8.2 Cc. Sin embargo, este título de aplicación de la *lex fori* no justifica la inclusión dentro de su ámbito de aplicación de la oponibilidad de derechos de propiedad-garantía dentro o fuera de la masa, si bien en Europa existen precedentes jurisprudenciales partidarios de dicha calificación procesal ¹⁵¹.

94. La importancia de la *lex concursus* en cuanto *lex fori* radica más bien en la posible existencia de normas de extranjería que limiten los derechos de los acreedores extranjeros frente a los acreedores nacionales. En estos casos, los titulares de derechos de propiedad-garantía extranjeros pueden padecer una discriminación previa que limite sus expectativas o derechos legítimos, independiente y previamente a la solución del problema de la ley aplicable, en particular cuando no se les reconoce un derecho de propiedad capaz de separar el bien de la masa activa del concurso. Estas discriminaciones se suelen actuar o condicionar a un principio de reciprocidad. En este sentido, el artículo 392 ALC prevé que «cuando se acredite que en el Estado de su domicilio los acreedores extranjeros no son admitidos en igualdad de condiciones con los nacionales al reconocimiento o clasificación de los créditos en un concurso abierto en aquel Estado, se estará al principio de reciprocidad». Por su espíritu y función, estas normas de extranjería son más características de los sistemas tributarios de un principio de territorialidad de la quiebra ¹⁵².

b) *Aplicación de la lex concursus como lex causae*

95. Mayor importancia tiene el desplazamiento de la *lex rei sitae* por la *lex concursus*, al estimar que esta última es la única capaz

¹⁵⁰ *Vid.* J. PASTOR RIDRUEJO, «La faillite en droit international privé», *R. des C.*, t. 133 (1971-II), p. 189; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Aspectos internacionales de la situación concursal», *La reforma del Derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1982, p. 361.

¹⁵¹ *Vid.* a título de ejemplo, ST Apelación de Rennes de 21 de mayo de 1963 (*Soc. Algérienne des pétroles Mory et autres c. Emerson Steamship*), *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1965, p. 487, y nota de G. DAVID, p. 499, y ST marítimo y comercial de Copenhague de 27 de abril de 1973 (*Edvard Scheider c. A. Feddersen*), extractada por A. PHILIP en *Journ.dr.int.*, 1978, p. 109.

¹⁵² *Cf.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Aspectos internacionales...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 351.

de garantizar los fines inherentes a la situación concursal (igualdad de acreedores, respeto al principio de solvencia aparente, rehabilitación del quebrado, protección de los créditos públicos y sociales...) ¹⁵³. La admisión de este postulado, significa la aplicación directa de la *lex concursus* a la determinación, condiciones y efectos de los derechos oponibles dentro o fuera de la masa y del rango de los privilegios ¹⁵⁴.

Ahora bien, la defensa de esta aplicación atractiva de la *lex concursus* depende de forma directa del fundamento de la competencia judicial internacional del Tribunal en cuestión, produciéndose en este ámbito una fuerte implicación entre *forum* y *ius*. De esta forma, la evicción de la atomización de la quiebra, la rehabilitación del quebrado, o la búsqueda de una igualdad de trato formal entre los distintos acreedores como fundamento de la aplicación de la *lex concursus*, se convierten en un simple trasunto del principio de unidad y universalidad de la quiebra en el ámbito de la competencia judicial internacional, pero pierde su sentido en el caso de concursos locales ¹⁵⁵. Estos, por su naturaleza, sólo abarcan los bienes existentes en su territorio, con lo cual identifican *lex rei sitae* y *lex fori concursus*. Por su espíritu, sólo pueden justificar la aplicación de la *lex fori* en criterios menos neutrales: la protección de los acreedores locales, de los créditos sociales o públicos o, incluso, en el maltrecho principio de solvencia aparente.

A nuestro juicio, el papel que juega la solución de las situaciones concursales en la organización general del sistema de crédito y sus garantías y, en consecuencia, en la economía de un Estado, basta para revelar el carácter de orden público económico que impregna toda regulación concursal, y, en definitiva, la vocación de la *lex concursus*. Acaso el fracaso de la armonización en el ámbito de la Comunidad Europea sea el mejor ejemplo de esta trascendencia económica de las normas sobre quiebras.

¹⁵³ Vid. *supra*, pp. 56-63.

¹⁵⁴ Cf. la rotundidad de esta postura en la ST Casación francés de 8 de enero de 1991 (*Soc. Heinrich Otto c. M.M.C. Guyón et autres*), *La Semaine Juridique (JCP)*, núm. 9, 1991, p. 82.

¹⁵⁵ El principio de igualdad de acreedores unido al de unidad y universalidad de la quiebra constituye el fundamento expreso de la aplicación de la *lex concursus* como *lex causae* en la ST Commerce de Bruselas de 22 de marzo de 1988 (*Rev. dr. comm.*, 1989, pp. 631-635, esp. 634, y nota de J. F. GÉRARD, «L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de faillite internationale», pp. 635-644, esp. 639).

D) LA OPCIÓN MIXTA: EL CÚMULO LIMITATIVO

96. Resulta difícil hallar, en realidad, una postura doctrinal o un precedente jurisprudencial que se incline única e inequívocamente bien por la *lex rei sitae*, bien por la *lex concursus*. En el sector de la oponibilidad de las garantías mobiliarias de origen convencional, existe más bien el convencimiento acerca de un papel conjunto de ambas conexiones. Este juego conjunto conduce a la teoría del cúmulo limitativo o, lo que es lo mismo, a la elección, entre ambas conexiones, de aquellas que establece mayores límites o restricciones a la oponibilidad de la garantía: en principio, corresponde a la *lex rei sitae* determinar la existencia y oponibilidad de la garantía-privilegio, o su rango como crédito privilegiado; la *lex concursus* sólo sería de aplicación en caso de prever condiciones de oponibilidad más restrictivas o, incluso, la inoponibilidad o carácter no privilegiado de la garantía. Al contrario, no será de aplicación si prevé mayores efectos frente o en la masa que la *lex rei sitae*.

La aplicación de la *lex concursus* como ley más restrictiva viene a reflejar una aplicación de dicha ley como ley de policía, esto es, con base en los fines inherentes al concurso y en el carácter de normas de orden público económico que presentan las leyes concursales ¹⁵⁶. El ejemplo vendría dado por la ST Federal suizo de 6 de julio de 1967 (*Meier c. Peters*) ¹⁵⁷.

Sin embargo, resulta preciso justificar aquellas decisiones que, como la ST Supremo RFA de 2 de febrero de 1966 ¹⁵⁸, aplican la *lex concursus* incluso cuando es más favorable, y amplían los efectos inicialmente previstos conforme a la *lex rei sitae* de constitución de la garantía. La razón de ser de esta diversidad de criterios es, por un lado, que en el caso citado la ley alemana fue aplicada más como *lex rei sitae* determinada por la voluntad presunta de las partes que como *lex fori concursus*; de otro, que la oponibilidad frente

¹⁵⁶ Resulta ingenuo pensar, a nuestro juicio, que la aplicación restrictiva de la *lex concursus* obedece a un puro y simple «chauvinismo» jurídico situado en las antípodas del principio de bilateralidad que debería sustentar el Derecho internacional privado en su conjunto», o a una preferencia formal y nacionalista de la ley del foro sobre la ley extranjera (cf. en este sentido J. F. GÉRARD, *loc. cit.*, pp. 641-642). Las razones de semejante preferencia son de índole más económica que patriotería, y, por consiguiente, resultan más comprensibles.

¹⁵⁷ *Journ.dr.int.*, 1976, p. 469.

¹⁵⁸ *Journ.dr.int.*, 1971, p. 610.

a la quiebra de los derechos de propiedad-garantía no está condicionada únicamente por los principios y fines propios del Derecho concursal, sino, *in fine*, por las *policies* más globales de la organización del crédito y su sistema de garantías.

97. La teoría del cúmulo limitativo parece una solución de compromiso perfectamente realista y válida, capaz, además, de resolver los problemas de inadaptación que pueden derivar de una aplicación distributiva entre la *lex rei sitae* y la *lex concursus*. Así, conforme a las normas de D.I.Pr. previstas en el ALC, la *lex rei sitae* limita su competencia a la calificación y clasificación de los créditos privilegiados, permaneciendo en la órbita de la *lex concursus* la regulación general de los efectos del concurso; puede ocurrir que, conforme a esta última, al vendedor con reserva de dominio no se le reconozca el derecho de separación *ex iure dominii* que le atribuye la *lex rei sitae*. Como quiera que ésta sólo será consultada en lo que atañe al orden de los créditos privilegiados, la reserva de dominio no aparecerá previsiblemente en el orden de prelación. La consecuencia de esta aplicación, perfectamente distributiva, entre la *lex rei sitae* y la *lex concursus* es, desde luego, menos deseable que la resultante del cúmulo limitativo: no sólo no se le reconocerá al titular de la garantía un derecho de separación, sino que tampoco disfrutará de un crédito privilegiado. La aplicación integral de la *lex concursus*, en lugar de la *lex rei sitae*, cuando es más restrictiva, evita los inconvenientes de semejante aplicación distributiva.

5. Condiciones de publicidad y eficacia frente a terceros

A) LAS SOLUCIONES MATERIALES

a) *Planteamiento general*

98. La acción del principio de publicidad de los derechos reales como condición de oponibilidad frente a terceros merece un estudio aparte. La territorialidad consustancial a los medios de publicidad registrales provoca, a menudo, la inutilidad de las soluciones conflictuales, y la desviación hacia técnicas de reglamentación materiales. No debe extrañar que sea en países que exigen la publicidad registral como condición de oponibilidad donde tales soluciones materiales hayan aparecido y donde se estén decantando y depurando originales técnicas normativas para superar dicho problema, protegiendo los intercambios comerciales (Suiza, Estados

Unidos). Desafortunadamente, España se encuentra entre esos países sin que nuestro legislador haya, ni por asomo, atisbado la envergadura del problema o propuesto alguna de estas técnicas de corrección. Ello ha llevado, en nuestro país, a una solución más drástica y menos eficiente en términos de mercado: la desinternacionalización pura y simple de las operaciones comerciales gravadas con derechos de propiedad-garantía.

99. En términos puros de análisis económico, el problema se plantea de la siguiente forma: la publicidad, y en particular la publicidad registral, puede ser una de las condiciones exigidas por la *lex rei sitae* o por la *lex concursus* para la oponibilidad de un derecho de propiedad-garantía frente a terceros. En las situaciones internas, el titular de la garantía puede asumir el coste de transacción que implica dicha publicidad, sin que se resienta la eficiencia del mercado. Puede discutirse si, hoy en día, el principio de publicidad mantiene su justificación económica de antaño, pero, de hecho, su coste es relativamente despreciable en las situaciones internas. En las situaciones de tráfico externo, dicho coste, como ya hemos visto, se dispara¹⁵⁹. En muchos casos, el titular de la garantía no puede prever cuál va a ser el destino final del bien, ni, por tanto, adoptar las medidas necesarias para acondicionar su garantía a los requisitos de publicidad exigidos por tal o cual Estado, donde un tercero puede adquirir la posesión del bien, trabarse su embargo o declararse el concurso. Este elevado coste de transacción en las operaciones internacionales, originado por la eficacia territorial de los instrumentos de publicidad, es, sin embargo, graduable. En las operaciones de exportación a un determinado país, el conocimiento por el exportador del lugar de destino hace más exigible la asunción del coste que implica adaptar su garantía a las condiciones de oponibilidad de la ley de destino. En todo caso, la mutabilidad de los bienes genera una situación de inseguridad nociva para la seguridad del tráfico internacional. En este punto, la intervención de normas materiales se sitúa, en un segundo escalón o momento, como correctivo o factor de internalización de dichos costes de transacción, en aras a la eficiencia, y por tanto, al dinamismo de los intercambios transfronterizos¹⁶⁰.

¹⁵⁹ *Vid. supra*, pp. 54-56.

¹⁶⁰ Un ejemplo característico de este tipo de correctivos en otro sector del DIPr., es la regla de previsibilidad que contempla el artículo 7 del Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya, el 2 de octubre de 1973 (BOE 25-1-89).

b) *Normas materiales especiales que incorporan plazos de gracia*

100. En el Derecho comparado, existen textos normativos y precedentes jurisprudenciales que han acoplado a la solución conflictual una normativa material tendente a reconocer temporalmente la oponibilidad de las garantías pactadas en el extranjero y que cumplen las condiciones de oponibilidad allí requeridas. Durante un plazo establecido, el interesado puede registrar o convalidar la garantía en el segundo Estado, deviniendo definitivamente oponible; durante el plazo de gracia, la garantía conservará su oponibilidad.

Esta suerte de «transposición por voluntad de las partes»¹⁶¹, nació como un «favor americano excepcional a las cláusulas de reserva de dominio pactadas en el extranjero»¹⁶². El primer texto positivo que ha recogido expresamente una norma material de contenido semejante es el artículo 9.103.1.d) e i) UCC, en su versión de 1972, que, siguiendo la pauta del texto original de 1962, concede un plazo de cuatro meses siguientes al desplazamiento, durante los cuales la reserva de dominio continúa siendo oponible. Si el acreedor «perfecciona» su garantía en esos cuatro meses, cumplimentando las condiciones requeridas, la reserva de dominio será oponible como una *purchase-money security interest*, que es la institución equivalente del Derecho americano.

Existen proyectos legislativos y disposiciones en el mismo sentido en algunos Estados canadienses¹⁶³, pero la traducción fundamental de esta solución material de origen norteamericano se ha producido en Europa, concretamente en el artículo 102.2 LFSDIP, que establece un plazo de gracia de tres meses para las reservas de dominio válidamente constituidas fuera de Suiza¹⁶⁴.

101. La primera crítica vertida a las soluciones positivas mencionadas, hacen referencia a la insuficiente especialización de la solución material¹⁶⁵. En efecto, no parece adecuado otorgar idéntico

¹⁶¹ Cf. U. DROBNIG, «The Recognition...», *loc. cit.*, p. 307.

¹⁶² Vid. F. K. JUENGER, *loc. cit.*, p. 150. El mismo trato de favor se encuentra en determinadas decisiones jurisprudenciales canadienses: *Bonin c. Robertson* (1893), *Mc. Aloney c. Mc. Iness* (1955) e *In Re Union Acceptance Corp. Reunies Car Sales c. Union Acceptance Corp.* (1955) (cf. J. L. R. DAVIS, *loc. cit.*, pp. 65-66).

¹⁶³ Vid. en especial, I. DAVIES, «The Reform...», *loc. cit.*, p. 486.

¹⁶⁴ Sobre los problemas de interpretación de este precepto de la LFSDIP, *vid.* el detallado y original análisis de J. A. VOUILLOZ, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 60-65.

¹⁶⁵ Vid. A. BONIFAZI, *loc. cit.*, p. 67.

plazo de gracia en caso de operaciones inicialmente internas o en las que el titular desconoce o no puede prever el desplazamiento del bien, y en caso contrario. Incluso, sería deseable reducir sensiblemente dichos plazos en caso de bienes destinados a ser exportados, supuesto en el que al titular de la garantía se le puede exigir una mayor diligencia. Un modelo de esta tendencia a la especialización ajustada a tales factores lo constituye el artículo 7.3 del Proyecto de Ley de Alberta, que sólo concede un plazo de gracia de sesenta días si el desplazamiento es efectuado por el deudor, reduciéndolo a quince a partir de la fecha en que el acreedor tuvo conocimiento de dicho desplazamiento.

En segundo lugar, el plazo de gracia implica, indefectiblemente, una situación de inseguridad absoluta para los terceros, aunque sea en un corto espacio de tiempo, con el consiguiente coste en inseguridad y encarecimiento de las transacciones. Esta situación es mantenible frente a terceros acreedores individuales o colectivos, pero resulta escasamente eficiente, en términos económicos, frente a terceros subadquirentes de buena fe. Esta es la razón por la que el artículo 102.3 LFSDIP exceptúa del ámbito de oponibilidad en el plazo de gracia a dichos terceros; se ha interpretado que la misma excepción se encuentra en la jurisprudencia norteamericana tras la implantación del UCC¹⁶⁶.

En todo caso, como hace ver K. F. KREUZER, nos encontramos ante una solución marcadamente unilateral. La técnica puede ser utilizada por distintos Estados para garantizar la seguridad de las operaciones de importación, pero, evidentemente, no oculta el hecho de que una solución más consistente sólo puede venir dada por la coordinación internacional de tales medidas, la armonización legislativa, o el establecimiento de un sistema internacional de publicidad¹⁶⁷.

c) *Normas materiales especiales que exigen de publicidad*

102. Una solución más drástica que la anterior consiste en introducir un régimen diferencial para los derechos de propiedad-garantía constituidos en el extranjero, de forma que éstos resulten eximidos del requisito de publicidad que deben cumplir las garan-

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 67-68.

¹⁶⁷ Cf. K. F. KREUZER, «Europäisches...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 625-626.

tías nacionales. La desigualdad de trato respecto de los acreedores locales tendría como una justificación, precisamente, la soportabilidad del coste de transacción para estos últimos en comparación con los titulares de garantías creadas en el extranjero. Como límite, esta exención no beneficiaría a las garantías constituidas en el extranjero sobre bienes destinados a ser importados en el foro.

Semejante propuesta peca, obviamente, de ingenua. Pocos sistemas estarán dispuestos a privilegiar a los acreedores extranjeros frente a los locales. Pero, además, se presta al fraude de buscar, indirectamente, el blanqueo de garantías ocultas en contra de lo dispuesto por la *lex rei sitae* o la *lex concursus*. Existen, sin embargo, precedentes de una interpretación de este talante ¹⁶⁸.

A nuestro modo de ver, la alternativa no sólo no se justifica por razones de conveniencia, sino por una contradicción intrínseca: la adopción significaría una desprotección absoluta de los terceros ante los intercambios comerciales internacionales; si se tiene en cuenta que la protección de los terceros es sólo un medio para alcanzar la seguridad del tráfico, optimizando los costes de transacción, estaríamos intentando reducir los riesgos y costes asumidos por el titular de la garantía, a través de una elevación mucho mayor de los riesgos y costes asumidos por los terceros. Si recordamos que, *in fine*, la protección del tercero es un medio indirecto de proteger al titular a través del aseguramiento del tráfico ¹⁶⁹, concluiremos en lo poco fundado de esta propuesta, cuyo interés se circunscribe a los casos de imposibilidad material de acceso a la publicidad registral que a continuación analizaremos.

B) EL PROBLEMA DE LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL DEL ACCESO A LA PUBLICIDAD REGISTRAL

a) *El caso suizo*

103. Como se vio, la legislación suiza establece una reglamentación material para permitir a las reservas de dominio constituidas en el extranjero, su adaptación al Derecho suizo, durante un plazo

de gracia de tres meses. Independientemente de la interpretación que merezca la exigencia de registro prevista en el artículo 715 del Cc suizo, como constitutiva de la garantía o mera condición de oponibilidad, lo cierto es que ninguna reserva de dominio no registrada en Suiza puede ser oponible sin hallarse registrada, fuera del beneficio que concede el plazo de gracia. Sin embargo, dicha inscripción registral sólo es posible, materialmente, en un caso: cuando el comprador se halla domiciliado en Suiza; y en un lugar: en el registro del domicilio del comprador.

Esta es la conclusión que arroja el Derecho material y la práctica suiza ¹⁷⁰. Las garantías sobre la propiedad constituidas en operaciones de exportación hacia Suiza, en que el comprador tenga su domicilio en Suiza, podrán ser oponibles y se beneficiarán del plazo de gracia. En otros casos, en particular cuando el desplazamiento a territorio Suizo sea inopinado y en supuestos de operaciones inicialmente internas, y, en general, siempre que el domicilio del comprador no esté en Suiza, la garantía sólo será oponible, paradójicamente, durante el plazo de gracia. Transcurrido éste, la garantía será inoponible, ya que el titular no habrá podido hallar un registro donde inscribirla.

La doctrina suiza ha puesto de manifiesto este contrasentido, y la irracionalidad de dicha solución, proponiendo que se proceda a la inscripción en el lugar de situación del bien o creando un registro especial para este tipo de garantías ¹⁷¹. Conviniendo en lo acertado de esta proposición, es preciso señalar, sin embargo, que la propia doctrina suiza coincide en prevenir a los operadores acerca de la situación real: la negativa de las autoridades registrales a efectuar la inscripción si no se demuestra el domicilio del comprador en su circunscripción.

b) *El caso español*

104. En nuestro ordenamiento, se llega al mismo resultado que en el Derecho suizo, si bien la reforma del artículo 4.5 de la Ley de Venta a Plazos ha pretendido limitar la imposibilidad material de acceso a la publicidad registral a las reservas de dominio constitui-

¹⁶⁸ P. LALIVE ve una muestra de este planteamiento en la jurisprudencia norteamericana y canadiense (asuntos *Bonin c. Robertsons* en 1893 y *Greenville National Bank c. Evans* en 1900) (cf. *op. cit.*, pp. 169-170).

¹⁶⁹ *Vid. supra*, pp. 52-54.

¹⁷⁰ *Vid.* ST Federal de 19 de agosto de 1980 (*A. GmbH c. R.*), *Ann. suisse dr.int.*, 1981, pp. 432-434, y nota crítica de P. LALIVE, pp. 434-437.

¹⁷¹ *Vid.* Ph. REYMOND, *op. cit.*, p. 174.

das en el extranjero sobre bienes o mercancías no comunitarias. Sólo son oponibles frente a terceros las reservas de dominio inscritas; sólo son inscribibles las reservas de dominio insertas en contratos sujetos a la Ley especial; entre esos contratos se excluyen todas las operaciones de comercio exterior, excepto las que afecten a mercancías no consumibles originarias de los Estados miembros de la Comunidad Europea, o que se hallen en libre práctica; en suma, los derechos de propiedad-garantía constituidos en tales operaciones de comercio exterior no pueden, materialmente, acceder a la publicidad requerida por la Ley española.

La situación, sin embargo, tampoco es muy distinta para las operaciones que afectan a mercancías comunitarias. La nueva redacción del artículo 4.5 de la Ley de Venta a Plazos consigue una equiparación meramente formal, que no evita que se produzcan discriminaciones encubiertas. El hecho de que las reservas de dominio que acompañan a las ventas a plazos constituidas en el extranjero deban constar en los impresos reglamentarios previstos por la Ley española, hace que la publicidad sólo sea asequible, de hecho, a las reservas de dominio incluidas en operaciones de importación en que el comprador está domiciliado en España. Además, aun en este caso, la necesidad de que el importe de la operación conste en pesetas ordinarias implica una desincentivación obvia para la realización de este tipo de operaciones. En suma, tampoco para las garantías que afectan a mercancías comunitarias se facilita el acceso a la publicidad y su oponibilidad frente a terceros, pudiendo hablarse sin exagerar de una reforma legislativa que contiene una restricción encubierta a la importación que conculca la libre circulación de mercancías comunitarias¹⁷².

c) Soluciones propuestas

105. Frente a la imposibilidad material de acceder a la publicidad registral, difícilmente puede hablarse como solución de la tendencia a la desinternacionalización del supuesto. E. SCHULZE, en los tiempos en que la jurisprudencia francesa denegaba sistemáticamente efectos a las reservas de dominio pactadas en el extranjero, ya había puesto de manifiesto que el recurso al *factoring* parecía la

¹⁷² Sobre el alcance de la reforma del artículo 4.5 de la Ley de venta a plazos en relación con la situación anterior y las actuales exigencias del Derecho comunitario, vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, «Alcance...», *loc. cit., passim*.

única vía de escape: escindiendo el contrato en dos, esto es, intercalando entre el comprador y el vendedor, en las operaciones internacionales, una tercera persona domiciliada en el Estado del comprador, se aseguraban los derechos atribuidos a una garantía del foro, por una vía desde luego más drástica: la desinternacionalización del supuesto¹⁷³.

En España, la desinternacionalización es una medida casi inevitable, dada la dependencia de la publicidad registral del hecho de que el comprador se halle domiciliado en España y de que el contrato conste en los impresos reglamentarios españoles. Obviamente, es una solución mal vista por los exportadores extranjeros¹⁷⁴, aunque aconsejada por las autoridades registrales españolas¹⁷⁵ y avalada por la STS de 20 de junio de 1983¹⁷⁶. Ello supone, en definitiva, una constatación de la ausencia de una solución verdaderamente válida y eficiente en el ámbito de los intercambios internacionales.

106. Como se apuntó con anterioridad, en caso de imposibilidad material de acceso a la publicidad registral de las garantías constituidas en el extranjero, se ha defendido la exención de dicha condición de publicidad¹⁷⁷.

¹⁷³ Vid. E. SCHULZE, *La clause de réserve de propriété en droit civil et international privé franco-allemand comparé*, tesis, policop., París, 1958, p. 279; *id.*, «Nota a la ST civil de Estrasburgo de 19 de junio de 1957 (Jaeger & Becker c. Caisse d'allocation familiales de Strasbourg)», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 108. No es de extrañar, por tanto, la constatación que hacen U. DROBNIG y R. M. GOODE en relación con entidades como el *Amstel Club Arrangements* en el Reino Unido, que se constituyen en operadores profesionales dedicados a semejantes operaciones de *factoring* con el objeto de «nacionalizar» las garantías inicialmente constituidas en el extranjero (*cf. loc. cit., op. cit.*, pp. 340-341).

¹⁷⁴ Vid. una crítica de la necesaria vía de la desinternacionalización en J. STEADMAN, «Buying Time in Spain: The Spanish Law of Installment Sales», *GJICL*, vol. 15, 1985, pp. 177-179.

¹⁷⁵ Este consejo de que «una vez importado el bien pueda ser objeto de un contrato otorgado por una persona con delegación del vendedor», es, literalmente, el que da la Res. DGRN de 30 de noviembre de 1972.

¹⁷⁶ *RAJ*, núm. 3.635, 1983.

¹⁷⁷ En el Derecho anglosajón, se mantiene que, en estos casos, puede interpretarse que la exigencia de publicidad no opera para las situaciones de tráfico externo (*cf. A. V. DICEY y J. H. C. MORRIS, The Conflict of Laws*, vol. 2, 11.ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1987, pp. 951-952). Igualmente, entiendo P. MAYER que si la condición de publicidad es impracticable en el país de la situación actual, el derecho de garantía será oponible si la ley de la operación no exige tales condiciones de publicidad (*cf. Droit international privé*, 4.ª ed., París, Montchrestien, 1991, p. 408. En el mismo sentido, *cf. U. DROBNIG y R. M. GOODE, loc. cit., op. cit.*, p. 339).

En el Derecho español, esta tesis se ha sustentado jurisprudencial y doctrinalmente, aunque, en el primer caso, no expresamente para las situaciones de D.I.Pr. Con base en el artículo 23 de la Ley de Venta a Plazos, se ha mantenido que la necesidad de publicidad registral sólo ocupaba a «los contratos sujetos a la presente ley», que excluía en principio toda operación de comercio exterior. Así, se admitió la posibilidad de oponer las cláusulas de reserva de dominio no inscritas ni sujetas a la Ley, frente al tercero acreedor, siempre que constasen por escrito y tuviesen fecha cierta anterior al embargo¹⁷⁸; así se evitaba un resultado que el propio R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO calificaba de «un tanto exagerado y de algún modo discriminatorio»¹⁷⁹. Tal es la interpretación llevada a cabo por la STS de 26 de marzo de 1984, ya avalada por anterior jurisprudencia menor¹⁸⁰.

Muchos argumentos en contra de esta interpretación son fácilmente desechables: no cabe oponer, en primer lugar, el eventual carácter constitutivo de la reserva de dominio que pudiera tener, en nuestro ordenamiento, la inscripción registral¹⁸¹, toda vez que los requisitos de constitución se regirían por la *lex rei sitae* inicial. Tampoco se infringe, en segundo lugar, el principio de publicidad de los derechos reales de garantía, dado que la existencia de escrito con fecha cierta cumple formalmente con dicho requisito.

Sin embargo, otras críticas son insalvables. En primer término, no sólo hay precedentes jurisprudenciales contradictorios¹⁸², sino que, hoy por hoy, la única decisión que trata específicamente de la oponibilidad de una cláusula de reserva de dominio constituida en el extranjero, exige inequívocamente su inscripción registral en España¹⁸³. Pero, sobre todo, la reciente reforma del artículo 4.5 de la Ley de Venta a Plazos no deja lugar a la duda, en el sentido de que sólo son oponibles frente a tercero las reservas de dominio pacta-

das en contratos de venta a plazos sujetos a la Ley especial y debidamente inscritas. En efecto, la reforma incluye en su ámbito de aplicación las operaciones de comercio exterior derivadas de bienes muebles corporales no consumibles originarios de los Estados miembros de la Comunidad Europea y de terceros Estados, que se encuentren en libre práctica en dichos Estados. La finalidad de dicha reforma es atribuir a las mercancías comunitarias los mismos beneficios de que gozan las mercancías internas, equiparando su tratamiento y facilidades de circulación. Consecuentemente, las garantías constituidas sobre mercancías comunitarias no sólo pueden, sino que deben, ser inscritas para poder oponerse frente a terceros. En definitiva, es absurdo que las reservas de dominio constituidas sobre mercancías de circulación interna o comunitaria deban ser inscritas, en tanto que las insertas en operaciones de comercio exterior puedan oponerse frente a tercero sin necesidad de cumplimentar las exigencias de publicidad previstas por la legislación especial española.

107. La única vía razonable parece, pues, una alteración sustancial de la legislación, que permita el acceso al registro de las reservas de dominio constituidas en el extranjero, se hallen o no sujetas al ámbito de aplicación de la Ley, y, en el primer caso, aunque no consten en el impreso reglamentario, siempre que se ofrezcan las debidas garantías.

¹⁷⁸ Cf. esta postura en caso de oponibilidad frente a la masa de la quiebra en M. BOTANA AGRA, *loc. cit., op. cit.*, p. 66.

¹⁷⁹ Cf. *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 279.

¹⁸⁰ SAT Granada de 21 de febrero de 1973, SAT de Palma de Mallorca de 14 de julio de 1972, SAT de Valladolid de 9 de abril de 1970 (*ibid.*, pp. 411-415, 422-423 y 428-430, respectivamente).

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 278-281.

¹⁸² STS de 28 de marzo de 1970 (*RAJ*, núm. 852) y STS 22 de junio de 1982 (*RAJ*, núm. 3.436).

¹⁸³ SAP Barcelona 13 de septiembre de 1989 (*REDI*, 1990-98-Pr). Confirmada por STS de 22 de junio de 1992.

CAPITULO III
**DERECHOS DE PROPIEDAD-GARANTIA
IMPERFECTOS**

I. La venta en garantía

1. Introducción

108. Dentro de los derechos de propiedad-garantía imperfectos, la transmisión fiduciaria de la propiedad con fines de garantía y *constitutum possessorium* o, más sucintamente, la venta en garantía, constituye el exponente más característico. Se trata de la enajenación por el deudor al acreedor de un bien de su patrimonio, con la finalidad de garantizar un crédito preexistente, por el valor del pago de dicho crédito y sus intereses; el deudor permanece en posesión del bien y pacta con el acreedor la obligación de retransmitírselo, en caso de que satisfaga su débito.

La finalidad de la institución es, inequívocamente, servir de garantía del crédito, al igual que la reserva de dominio inserta en una venta a plazos; sin embargo, frente a esta fórmula de propiedad-garantía que hemos calificado de «perfecta», la venta en garantía presenta una serie de rasgos que la diferencian o hacen impura o imperfecta dentro de un sistema de garantías: en primer lugar, si bien nos encontramos aquí también con un contrato de compraventa, éste cumple una función accesorio respecto de la operación de crédito principal (habitualmente un préstamo); en la venta a plazos con reserva de dominio la operación de crédito es la propia compraventa. En segundo lugar, y como consecuencia de lo antedicho, los bienes gravados en la venta en garantía no son el objeto de la operación de crédito (normalmente un préstamo dinerario); en la venta a plazos con reserva de dominio, se gravan los bienes vendidos para garantizar, precisamente, el pago de su precio. Finalmente, en la venta a plazos con reserva de dominio, el titular de la garantía conserva la plena propiedad del bien, lo que le permite oponer su garantía no sólo frente a su deudor, sino *erga omnes*; en cambio, en la venta en garantía, se suele admitir que el titular de la garantía no ostenta la nuda propiedad, sino simplemente una *pro-*

piEDAD fiduciaria que comparte con la auténtica titularidad dominical del deudor. Este último dato, sobre el que nos extenderemos más adelante, hace que sólo quepa hablar de la reserva de dominio como auténtico y genuino derecho de propiedad en garantía, en tanto que la venta en garantía se aproxima más por su naturaleza y efectos a un derecho pignoraticio de corte más clásico o, en todo caso, sólo se podría hablar de un seudoderecho de propiedad en garantía.

Naturalmente, esta diferenciación sólo tiene sentido desde un punto de vista de análisis global del Derecho comparado, y admite reparos y matizaciones muy variadas desde la perspectiva de cada sistema concreto. Sin embargo, es una guía muy útil para explicar y conocer las diferencias de régimen entre los distintos tipos de propiedad en garantía, tanto en el Derecho material como en el D.I.Pr.¹

109. La impureza o imperfección de la venta en garantía dentro de un sistema de garantías reales no empece la trascendencia económica de la institución². La venta en garantía aparece en el sistema de garantías como una vía de salida a la impracticabilidad económica del derecho de prenda tradicional³. Pero, aparte de su función de garantía, la institución tratada confiere al acreedor otras ventajas en la economía moderna: un margen de interés más elevado del que se obtiene en el mercado inversor, al tiempo que permite su utilización como mecanismo de blanqueo de dinero negro⁴. Ambos motivos justifican su interés creciente, al tiempo que cierta desconfianza hacia esta institución, siempre más cercana que la reserva de dominio a un eventual conflicto con el concepto de «orden público económico».

¹ Acerca de las diferencias entre la venta en garantía y la reserva de dominio simple, *vid.* I. MOREAU-MARGRÈVE, «Evolution du droit et des pratiques en matière de sûretés», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruselas, Larcier, 1983, p. 179; K. NEUMAYER, *loc. cit.*, p. 605.

² Algunos autores han llamado la atención acerca de la utilidad de la venta en garantía como elemento dinamizador del crédito, a la vez que instrumento peligroso para su salud, cuando acaba extendiéndose de forma poco controlada a complejos de bienes, empresas, explotaciones y créditos futuros (*vid.* F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 429).

³ *Cf.* en este sentido R. SERICK, *op. cit.*, pp. 84-85.

⁴ *Cf.* esta apreciación en E. ROCA TRÍAS, «Compraventa a carta de gracia, usura y criterio *ad valorem* (Comentario a la STS de 7 de febrero de 1989)», *PJ*, núm. 15, 1989, p. 152.

2. Validez

A) LA FIGURA EN EL DERECHO COMPARADO

110. La venta en garantía es una institución menos conocida en el Derecho comparado que la reserva de dominio simple, lo cual multiplica en el comercio internacional los problemas de reconocimiento de las ventas en garantía pactadas en el extranjero por parte de aquellos sistemas que desconocen o incluso prohíben semejante fórmula de garantía. Sería erróneo intentar realizar un estudio de Derecho comparado acerca de la admisión de la venta en garantía utilizando como criterio los clásicos círculos jurídicos. Así, podemos encontrarnos cómo en el mismo círculo jurídico escandinavo existen países que prohíben la venta en garantía (Finlandia), frente a otros (Suecia) que la admiten abiertamente⁵. El estudio debe realizarse, por tanto, sistema por sistema, sin que exista razón poderosa alguna que permita prever su admisibilidad en uno y otro, si no es tras un análisis detenido de su jurisprudencia. Tal vez el caso de Alemania y los Países Bajos sea el más lógico: tratándose de los dos sistemas que presentan una mayor complejidad y cantidad de garantías reales, son también los más tradicionales en la admisión de la venta en garantía, si bien el nuevo Cc holandés ha privado a la venta en garantía de todo efecto útil⁶.

Sin embargo, pese a una primera imprecisión de gran diversidad, pueden extraerse dos notas comunes del estudio de Derecho comparado: en todos los sistemas, salvo la dudosa excepción de Luxemburgo y la notable e indubitada de la Compilación Foral Navarra, la venta en garantía es una institución creada por la práctica, de origen consuetudinario y que no se halla plasmada en textos escritos. Pero, sobre todo, tanto los sistemas que niegan su validez como aquéllos que la admiten parten, en aparente paradoja, del mismo criterio de política legislativa: los primeros niegan su validez por considerar que se trata de una fórmula simulada y fraudulenta cuyo único fin es quebrar un sistema de garantías de base pig-

⁵ *Vid.* M. BOGDAN, *loc. cit.*, pp. 14-16, y K. BUURE-HÄGGLUND, *loc. cit.*, pp. 30-31.

⁶ *Vid.* respecto al Derecho holandés y sus, entonces, tentativas de tratamiento legislativo, A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, «Les opérations fiduciaires en droit néerlandais», *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européennes et dans le commerce international)*, Colloque de Louxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 394 y 401-402.

noraticia, basado en la prohibición del pacto comisorio. En contrapartida, los sistemas que admiten la fórmula evitan ese mismo fin fraudulento al atribuirle a la venta en garantía el carácter de un privilegio pignoraticio, no reconociendo, *de iure*, una auténtica transferencia de la propiedad, exceptuando, de nuevo, al Derecho foral navarro, que deja esta cuestión a la autonomía de los contratantes⁷. Como veremos, esta identidad de base entre ambos tipos de sistemas facilitará en cierto modo la circulación internacional de la venta en garantía.

111. La validez de la venta en garantía en el Derecho español ha quedado palmariamente sentenciada por nuestra jurisprudencia. La duda en nuestro ordenamiento jurídico gira más en torno a sus eventuales efectos, tanto *inter partes* como frente a terceros, y su contenido concreto, pero se puede afirmar con rotundidad que, frente a las sospechas de nulidad por simulación o fraude, nuestra jurisprudencia mantiene firmemente, en la actualidad, la validez de la venta en garantía, incluso distinguiéndola claramente de figuras más trémulas como la compraventa con pacto de retro. Dicha validez, por otra parte, se establece en la Ley 466 de la Compilación foral navarra⁸.

B) PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN

112. El hecho de que la venta con reserva de dominio simple sea un derecho de propiedad-garantía casi universalmente admitido, y la venta en garantía se halle prohibida, en contrapartida, en otros sistemas, provoca la importancia, ya analizada, de la calificación del contrato como *prius* lógico a la determinación de la validez del derecho real creado, en el D.I.Pr.⁹.

⁷ Sobre la espacialidad del Derecho navarro, *vid.* L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones», *ADC*, vol. XXXI, 1978, pp. 449-451.

⁸ Sobre la validez de la venta en garantía en el Derecho español, *vid.* F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pp. 431-434; F. J. GÓMEZ GALLEGU, «Titularidades fiduciarias», *AC*, núm. 33, 1992, pp. 539-546, y la selección de jurisprudencia de J. VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía en el Derecho civil común español (estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal)*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 25-138. En la jurisprudencia señalada es una pieza clave la STS 2 junio 1982 (*ibid.*, p. 99).

⁹ *Vid. supra*, pp. 83-88.

Sin embargo, al margen de este problema de delimitación entre reserva de dominio y venta en garantía, en ocasiones se plantea un problema de delimitación, a tenor de la propia *lex contractus*, entre la venta en garantía válida y admitida, y otras fórmulas de contratación que pueden ser consideradas nulas y, por tanto, incapaces de generar título válido alguno para adquirir o constituir un derecho real de garantía, o bien meras fórmulas de transmisión del dominio de forma ilimitada. Las figuras susceptibles de confundirse con una operación de venta en garantía pueden ser, como se deduce de la propia jurisprudencia española, la novación, la dación en pago, el préstamo, el mandato, el arrendamiento, la sociedad civil o irregular, y, sobre todo, la compraventa con pacto de retro.

En el Derecho español, la diferencia entre la venta en garantía como negocio fiduciario y la compraventa con pacto de retro se sitúa en la voluntad de vender que es característica de esta segunda operación por oposición o contraste con la voluntad de no vender de la venta en garantía. Ahora bien, semejante elemento subjetivo plantea un problema de prueba que obliga a una fina interpretación que tenga en cuenta la relación cronológica entre el nacimiento del crédito y la transmisión, la proporción entre el precio y el valor real de la cosa vendida, la existencia de pactos de pago de intereses o de *constitutum possessorium*, etc.¹⁰. Semejante proceso de calificación conforme a la *lex contractus* será siempre necesario para determinar la existencia y validez de una auténtica venta en garantía, susceptible de generar un derecho real, o, en contrapartida, mantener la nulidad de otras figuras fraudulentas, simuladas o con otros efectos, como la compraventa con pacto de retro.

¹⁰ *Vid.* sobre la distinción entre venta en garantía y compraventa con pacto de retro, R. DE ANGEL YÁGUEZ, «Problemas que suscita la "venta en garantía" en relación con los procedimientos de ejecución del deudor», *RCDInm*, 1973, p. 51, núm. 7; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (reed. Madrid, Civitas, 1985), pp. 433 y 440; R. GAYA SICILIA, «Nota a la STS de 11 de febrero de 1989», *CCJC*, núm. 19, ene.-mar. 1989, pp. 213 y ss., y J. VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 187 y ss. En concreto, sobre la distinción entre contratos simulados y fiduciarios, *vid.* la STS de 28 de enero de 1946 y STS de 3 de mayo de 1955 (*cf.* J. VIDAL MARTÍNEZ, *ibid.*, pp. 47 y 50) y, más recientemente, la STS de 2 de diciembre de 1983 anotada por J. DELGADO ECHEVARRÍA, *CCJC*, núm. 4, ene.-mar. 1984, pp. 1155-1178 (1178-1185).

C) LÍMITES AL RECONOCIMIENTO DE LA GARANTÍA

a) *Principio de causalidad*

113. La aparición de la venta en garantía en sistemas como el alemán o el holandés, tributarios de un principio de abstracción, no planteaba mayores problemas. El acuerdo de transferencia en garantía es válido en sí mismo y de forma abstracta, simplemente con que exista la voluntad de transferir un bien mueble corporal en garantía¹¹. Lo verdaderamente llamativo es el auge con que la venta en garantía ha penetrado en sistemas causalistas como el español o el italiano. En un principio, se mantuvo por parte de la doctrina la ilicitud de la venta en garantía, toda vez que su propia finalidad conculcaba la causa propia del contrato de compraventa, que no es otra que la transmisión plena de la propiedad¹². Se decía, no sin cierta razón, que no cabía utilizar la figura contractual de la compraventa, so pena de nulidad de la misma, para una causa distinta a la que es propia de dicha figura contractual: garantizar un crédito. Lo cierto es que en la crítica se halla la propia respuesta: la venta en garantía no es una compraventa, sino una *venta en garantía*, contrato atípico, accesorio a otro principal de préstamo, cuya finalidad o causa es, precisamente, garantizar el pago de la obligación contraída en el contrato principal¹³. La compatibilidad de la venta en garantía con el principio causalista hace necesario admitir la accesoriidad de la venta en garantía respecto al contrato principal¹⁴. Este aspecto del Derecho material condiciona, como veremos, la validez de la venta en garantía como tí-

¹¹ De ahí que lo propio sea, en el Derecho alemán, hablar de convenio de garantía, más que de venta en garantía. La existencia de dicho convenio es la única condición para la validez de una *Sicherungsübereignung* (cf. R. SERICK, *op. cit.*, p. 86; U. BLAUROCK y C. WITZ, «Les opérations fiduciaires en droit allemand», *Les opérations fiduciaires...*, *op. cit.*, pp. 233-234; C. WITZ, «Les transferts fiduciaires à titre de garantie», *ibid.*, p. 79; R. WELTER, «Les sûretés réelles dans les relations juridiques entre l'Allemagne et la Belgique du point de vue du droit allemand», *Rev.dr.int.dr.comp.*, núms. 2-3, 1990, p. 164).

¹² Vid. A. MAZZONI, «Les opérations fiduciaires en droit italien», *Les opérations fiduciaires...*, *op. cit.*, pp. 335-336; J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1991, p. 36.

¹³ Sobre la causa en los contratos de garantía, vid. J.-L. LACRUZ BERDEJO, «La causa en los contratos de garantía», *RCDInm*, 1981, pp. 709-755.

¹⁴ Sobre la interrelación causal de la venta en garantía con el contrato de préstamo principal, vid. J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *op. cit.*, p. 36; R. SERICK, *op. cit.*, p. 32.

tulo de adquisición de un derecho de propiedad-garantía, en el comercio internacional¹⁵.

114. Efectivamente, la venta en garantía, como contrato de garantía, presenta una relación de accesoriidad respecto a un contrato de préstamo. La relación es distinta a la existente entre un contrato de venta a plazos y una reserva de dominio. Como vimos, la inserción de una reserva de dominio en un contrato de venta a plazos convierte a esta compraventa en un contrato *sui generis* y hace obligado aplicar la misma *lex contractus* a la validez de la venta y a la validez de la cláusula¹⁶. En el caso de la venta en garantía, el problema es diferente. El contrato de préstamo es un contrato independiente, aunque coligado, al de garantía. Ambos pueden quedar regidos por una *lex contractus* distinta. Sin embargo, el principio de causalidad añadirá un límite a la validez de la venta en garantía en el ámbito de las relaciones entre ambos contratos en caso de nulidad.

En D.I.Pr., los efectos de la nulidad de un contrato sobre la validez de otro accesorio o coligado, se rigen por la *lex contractus* del negocio jurídico afectado¹⁷. Si la venta en garantía como contrato se rige por un Derecho como el alemán, tributario del principio de abstracción, la eventual nulidad del contrato de préstamo principal no afectará a la validez de la venta en garantía, ni repercutirá, por tanto, en la adquisición del derecho real. Al contrario, si la *lex contractus* rectora de la venta en garantía pertenece a un sistema causalista como el español, la nulidad del contrato de préstamo del que trae causa la venta en garantía, decretada conforme a su propia *lex contractus*, determinará inmediatamente la nulidad de la venta en garantía, y, consecuentemente, la inexistencia de derecho real alguno, por así exigirlo

¹⁵ La segunda implicación para los sistemas causalistas, sobre la que volveremos más adelante, es que resulta incompatible con dichos sistemas que el deudor pueda transferir al acreedor la propiedad plena, sino, simplemente, una propiedad fiduciaria, acorde con la causa de la operación [STS 8 de marzo de 1988, analizada por L. ROJO AJURIA (*loc. cit.*, pp. 745)]. Ello ha sido puesto de relieve por F. DE CASTRO Y BRAVO que, a nuestro juicio, es quien mejor ha expuesto el régimen y naturaleza de la venta en garantía en el Derecho español (cf. *op. cit.*, p. 400; vid. asimismo, respecto de la cesión de créditos en garantía, F. PANTALEÓN PRIETO, *loc. cit.*, pp. 1039-1051).

¹⁶ Vid. *supra*, pp. 73-75.

¹⁷ Cf. M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *Derecho internacional privado. Parte Especial*, Madrid, Ramón Carande, 1991, p. 239.

la ley española que actúa como propia *lex contractus* del contrato accesorio de garantía¹⁸.

b) *Principio de numerus clausus*

115. Se trate de un sistema abstracto o de un ordenamiento causalista, la venta en garantía merece en cualquier caso la calificación de un derecho real de garantía. Su desarrollo moderno en el ordenamiento alemán obedece a la fuerza del principio de autonomía de la voluntad y a la legitimidad de la costumbre como fuente de instituciones jurídico-reales. Sin embargo, en otros muchos sistemas, la eficacia de la venta en garantía se resiente al enfrentarse a los principios opuestos de *numerus clausus* de derechos reales y de inexistencia de privilegios *sine lege*. Ambos principios pueden obstruir, en el comercio internacional, el reconocimiento de las ventas en garantía pactadas en el extranjero.

Es cierto que una interpretación funcional del límite de *numerus clausus*, basada en la distinción inglesa entre *property* y *priority rights*, posibilita en todo caso el reconocimiento internacional de los efectos entre las partes de la venta en garantía; y no hay que olvidar que, frente a lo que ocurre con la reserva de dominio simple, los litigios que afectan a la institución que nos ocupa involucran en un buen número sólo a las partes contratantes. Sin embargo, en aquellos Estados que participan del principio de *numerus clausus* y del correlativo de inexistencia de privilegios sin ley, se debería mantener, teóricamente, el bloqueo del reconocimiento de efectos *erga omnes*.

Si esto no es así, se debe a que, de hecho, el principio de *numerus clausus* ha sido un obstáculo fácil de sortear en la mayoría de los sistemas que, igualmente, conocen y admiten la venta en garantía como producto de la práctica, caso de España. En ello influye, seguramente, la coexistencia en tales sistemas de otros derechos de propiedad-garantía que cumplen una función muy semejante a la venta en garantía (*leasing*, reserva de dominio...), al margen de la figura clásica del derecho de prenda sin desplaza-

¹⁸ Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 431, y la STS de 15 de octubre de 1964 (*ibid.*, p. 436, y *RAJ*, núm. 4.448).

miento¹⁹. Pero, sobre todo, la convivencia del principio de *numerus clausus* con la creación de nuevos derechos reales de garantía, en particular de la venta en garantía, se ha conseguido a través de una interpretación funcional del principio en equilibrio con las necesidades de evolución de los derechos reales de garantía. La esencia del principio (la protección de los operadores económicos frente a derechos absolutos desconocidos o inhabituales), no impide que, por vía doctrinal y jurisprudencial, pueda ir decantándose y consolidándose nuevos derechos reales como la venta en garantía²⁰. En resumidas cuentas, el principio de *numerus clausus* como límite a la validez de las ventas en garantía pactadas en el extranjero tiene una eficacia muy limitada²¹, que se convierte en nula desde el momento en que, como veremos, la venta en garantía puede ser transpuesta, por su singular contenido real, a fórmulas tan típicas y conocidas como la prenda sin desplazamiento.

c) *Prohibición del pacto comisorio*

116. La prohibición del pacto comisorio se erige como un obstáculo para la validez de la venta en garantía en el plano interno, y para el reconocimiento de las ventas en garantía pactadas en el ex-

¹⁹ Cf. P. VAN OMMESLAGHE, «Rapport de synthèse», *Les opérations fiduciaires*, *op. cit.*, pp. 480-481.

²⁰ Vid. en este sentido, U. BLAUROCK y C. WITZ, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 234. El auge internacional de la multipropiedad inmobiliaria es el afortunado ejemplo que utiliza A. MAZZONI para poner de relieve la necesaria compatibilidad del principio de *numerus clausus* con la aparición y consolidación, en la práctica, de nuevos derechos reales (*ibid.*, p. 341). Esta explicación es mucho más convincente que la artificiosa y formalista tesis que mantiene que la venta en garantía no atenta contra el principio de *numerus clausus*, toda vez que utiliza un derecho real tan conocido como la propiedad, aunque con unos fines distintos a los que le son propios: como garantía (cf. D. SCHMIDT y C. WITZ, «Les opérations fiduciaires en droit français», *Les opérations fiduciaires...*, *op. cit.*, pp. 310-311).

²¹ Ello no quiere decir que no quepan excepciones. La jurisprudencia belga ha aludido, en ocasiones, a la contrariedad de la venta en garantía con su orden público, precisamente por razón del principio de *numerus clausus* (cf. L. SIMON, «Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent», *Les sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles en droit français et en droit belge; sûretés issues de la pratique; droit international privé)*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, pp. 290-291).

tranjero, desde el punto de vista internacional. En ambos casos, el obstáculo se mitiga en aquellos sistemas que admiten excepciones a dicho pacto del calibre de la reserva de dominio o lo circunscriben a su expreso campo de acción respecto del derecho de prenda o hipoteca²².

Sin embargo, estos contraargumentos no son, ni mucho menos, convincentes. Que exista la reserva de dominio con un contenido real legalmente establecido y favorable a la conservación de la plena propiedad por el titular de la garantía, no significa que tal excepción deba ser extendida automáticamente a una institución distinta cual es la venta en garantía; si de hecho la reserva de dominio consiste en una excepción legal a la prohibición del pacto comisorio, es de suponer que, en cuanto excepción, no puede disfrutar de una interpretación extensiva fuera de los supuestos y de las condiciones previstas en la Ley. En segundo lugar, limitar la prohibición del pacto comisorio en caso de prenda, hipoteca o anticresis, por ser los supuestos legales en que tal prohibición se halla prevista (sería el caso del sistema español), parece un simplismo: es obvio que sólo puede *tipificarse* la prohibición en los casos de derechos reales de garantía *típicos*; además, carecería de sentido la existencia de prohibición semejante, si se dejase a la voluntad de las partes la creación de otros derechos de garantía que pudiesen eludir la prohibición.

Aun así, lo cierto es que la prohibición del pacto comisorio parece una cuestión de orden público más endeble frente a la venta en garantía que frente a la reserva de dominio. De hecho, es posible señalar que se trata de un límite que sólo en una interpretación excesivamente rígida y *legeforista* puede impedir el reconocimiento de la venta en garantía pactada en el extranjero. La razón de ello obliga a anticipar algunas consideraciones en torno al contenido real de la venta en garantía: como tendremos ocasión de ver, en la mayoría de los sistemas de Derecho comparado, la venta en garantía no implica una transferencia de la plena propiedad al acreedor ni le concede un derecho de apropiación como medio de satisfacer su crédito; al contrario, el acreedor sólo adquiere una propiedad fiduciaria y un privilegio frente a terceros

²² En favor de la circunscripción de la prohibición del pacto comisorio al derecho de prenda y anticresis en el Derecho francés, como justificación de la validez de la venta en garantía, *vid.* D. SCHMIDT y C. WITZ, *loc. cit., op. cit.*, p. 313.

de corte pignoraticio, con lo cual se respeta la prohibición del pacto comisorio²³. Si no fuera así, esto es, aunque conforme a la *lex rei sitae* inicial, se admitiese una auténtica transmisión del dominio al acreedor o un derecho de apropiación del bien gravado, la venta en garantía podría ser reconocida en un Estado distinto tributario de la prohibición del pacto comisorio, simplemente transponiendo la institución hacia una fórmula similar al derecho de prenda y respetuosa con dicha prohibición.

d) Orden público y delito de usura

117. Un factor diferencial de la venta en garantía que sí introduce límites originales se cifra en la naturaleza de la operación y de los sujetos intervinientes. De un lado, la venta en garantía pretende garantizar el pago de un préstamo, no de la adquisición de un bien, como en el caso de la reserva de dominio; por ello, pone al deudor en relación con un prestamista/entidad de crédito y no con un vendedor/comerciante. En segundo término, como negocio fiduciario, utiliza como objeto gravado un bien que puede tener un valor muy superior al del crédito garantizado, cosa que no ocurre con la reserva de dominio, toda vez que el bien gravado se corresponde con el mismo bien cuya adquisición se financia y garantiza. Ambas circunstancias provocan que la venta en garantía sea una operación susceptible de vulnerar las disposiciones de orden público de un determinado ordenamiento previstas para combatir el delito de usura. Si la venta en garantía, analizada caso por caso, conlleva, por la falta de equidad o proporcionalidad, un abuso o incumplimiento de las normas del foro tendentes a combatir la usura, podrá ser declarada

²³ Esta interpretación se ha mantenido en la jurisprudencia y doctrina alemanas (*cf.* U. BLAUROCK y C. WITZ, *loc. cit., op. cit.*, pp. 239-240), y es la razón de que, en España, la jurisprudencia registral y, con más tibieza, la jurisprudencia del TS se haya decantado por una interpretación restrictiva del contenido de la venta en garantía, compatible con la prohibición del pacto comisorio, atribuyéndole al acreedor derechos muy semejantes a los del acreedor pignoraticio [*vid.* especialmente Res. DGRN 10 de junio de 1986 (*RAJ*, núm. 3.840), 30 de junio de 1987 (*RAJ*, núm. 4.843) y 29 de septiembre de 1987 (*RAJ*, núm. 7.646), comentadas por N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 74-75, y transcritas por J. VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 105, 112 y 113; asimismo, idéntica doctrina se encuentra en STS de 22 de diciembre de 1988 (*RAJ*, núm. 9.748)].

nula por razones de orden público, cualquiera que sea la ley que rijan la operación ²⁴.

3. Contenido

A) PROPIEDAD PLENA *VERSUS* PROPIEDAD FIDUCIARIA

118. El contenido obligacional de la venta en garantía (en particular la obligación de retransmisión del bien por el acreedor una vez satisfecho el crédito o *Rückübertragungspflicht*, su responsabilidad en caso de abuso de su propiedad fiduciaria ²⁵ y el deber de conservación de la cosa por el deudor, así como su responsabilidad por pérdida o deterioro), queda regido, conforme a la regla general, por la *lex contractus*.

119. El contenido real de la garantía, en cambio, queda determinado por la ley del lugar de situación del bien en el momento de perfeccionarse la venta o contrato de garantía. La diversidad de los Derechos materiales plantea en este punto una disyuntiva que va a condicionar la eficacia extraterritorial de la venta en garantía: ¿el deudor transfiere al acreedor la propiedad plena del bien, o simplemente una propiedad fiduciaria? Un estudio de Derecho comparado lleva a la conclusión de que, en la venta en garantía, el deudor no transfiere al acreedor la plena propiedad del bien; ni siquiera dicha propiedad se consolida una vez que se consuma el impago del crédito. En la mayoría de los sistemas, el deudor transfiere al acreedor una propiedad fiduciaria, a los solos fines de garantía, o, lo que es lo mismo, aquella parte de su derecho de propiedad que sirve para ser utilizada con fines de seguridad o garantía, siguiendo la concepción angloamericana de la propiedad como *bundle-of-rights* ²⁶. En su fase de seguridad, la propiedad fi-

²⁴ Vid. E. ROCA TRÍAS, *loc. cit.*, p. 150, y J. VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 213-216.

²⁵ Formalmente, el acreedor puede aparecer como propietario de la cosa entregada en garantía, e incluso detentarla si no se ha procedido al *constitutum possessorium*, lo que produce, en palabras de C. WITZ, una gran facilidad de desfase entre el *können*, o lo que el acreedor puede, materialmente, hacer como propietario fiduciario, y el *dürfen*, o lo que debe, realmente, hacer como tal; se trata de un desfase que constituye la esencia y el riesgo, a la vez, de la figura del negocio fiduciario (cf. «Rapport introductif», *Les opérations fiduciaires...*, *op. cit.*, p. 4).

²⁶ Vid. en particular L. ROJO AJURÍA, *loc. cit.*, pp. 761-764.

ducitaria concede al acreedor, frente al deudor, un *ius retinendi*, que impide al deudor ejercitar el valor de disposición de su propiedad; en su fase de satisfacción, la garantía concede al acreedor un *ius distrahendi* o valor de realización del bien para satisfacer su crédito frente al deudor y con preferencia frente a terceros acreedores. Por su parte, el deudor, que sigue siendo el pleno propietario del bien, puede hacer valer su derecho frente a terceros acreedores del prestamista-fiduciario, aunque no frente a terceros adquirentes de buena fe. Este es el esquema del contenido real de la venta en garantía más extendido; si bien nada obsta a que, en ciertos sistemas, como ocurre en España con la Compilación navarra, se pueda hablar de auténtica transmisión de la propiedad plena. Ahora bien, como se puso de relieve más arriba, aquellos sistemas que utilizan el principio causalista, el principio de tipicidad o la prohibición del pacto comisorio como pilares básicos de su sistema de garantías no tienen más opción que configurar el contenido real de la venta en garantía en torno al concepto de propiedad fiduciaria, no de propiedad plena. La opción por la primera en el sistema alemán consiste, sin embargo, precisamente por la ausencia de tales condicionamientos, en eso: una auténtica opción ²⁷.

120. En el Derecho español, al igual que en el sistema italiano, la existencia de un sistema de garantías sujeto en mayor o menor medida a los principios aludidos, ha dado lugar a una fecunda discusión doctrinal que ha ido discurriendo paralelamente al desarrollo jurisprudencial de la venta en garantía. Este debate ha puesto de relieve una inequívoca tendencia de nuestro sistema hacia la propiedad fiduciaria como contenido real de la venta en garantía, partiendo inicialmente de la creencia en una auténtica transmisión de la propiedad plena; pero ha servido asimismo para poner de relieve los estadios o pasos intermedios que hay entre una y otra alternativa.

R. DE ANGEL YAGÜEZ ²⁸ ha resumido esquemáticamente las distintas fases de esta evolución: conforme a la «teoría del doble efecto», originariamente seguida en la doctrina y jurisprudencia españolas, existe una separación absoluta entre los dos actos que componen, como negocio fiduciario, la venta en garantía: uno, de plena eficacia traslativa de la propiedad, que pasa de forma plena al acree-

²⁷ Sobre la venta en garantía como generadora de una propiedad fiduciaria en el Derecho alemán, vid. R. SERICK, *op. cit.*, pp. 33-34 y 87-88.

²⁸ Cf. «Problemas...», *loc. cit.*, pp. 50-54. La STS de 6 de julio de 1992 contiene, a su vez, un buen resumen de la evolución jurisprudencial.

dor; otro, de alcance obligacional, que consiste en el compromiso del acreedor de retransmitir la propiedad al deudor en caso de que éste satisfaga el crédito del que trae causa la venta en garantía. Consecuencia de este contenido real de la venta en garantía, es la propiedad plena del acreedor que hace oponible su derecho tanto frente al deudor como frente a cualesquiera terceros, de buena o mala fe ²⁹.

El difícil encuadre de la teoría del doble efecto y la duplicidad de actos que conlleva, respecto del principio causal, permitió el desarrollo de una variante de esta teoría que mantiene la existencia de un único negocio, aunque complejo en sus efectos: de la venta en garantía se derivaría un efecto real (*erga omnes*) y otro personal (*inter partes*). La originalidad y debilidad de esta tesis estriba en explicar el carácter unitario de la venta en garantía en relación a una forma especial de causa: la *causa fiduciae* ³⁰.

El formalismo que subyace a la teoría del doble efecto, y la desorbitada posición jurídica que confería al acreedor-fiduciario, justifican su crisis y su sustitución por concepciones más cercanas a la auténtica función de garantía de la institución y respetuosas con los principios básicos de nuestro sistema de garantías. De ahí nace la distinción, adoptada con cierto éxito por nuestra jurisprudencia, entre *propiedad formal* y *propiedad material*. El deudor conserva la propiedad material, que nunca tuvo intención de transferir, y puede hacerla valer frente al acreedor-fiduciario y los terceros acreedores de aquél; no obstante, el acreedor fiduciario, al aparecer como propietario formal, hace que el deudor no pueda oponer su propiedad frente a terceros subadquirentes de buena fe que creyeron en la propiedad del acreedor-fiduciario. Los resultados de este planteamiento son loables, pero su construcción resulta forzada y sigue sin encajar con el principio causalista ³¹. De ahí que

²⁹ Sobre la teoría del doble efecto y su admisión por la doctrina y jurisprudencia españolas, *vid.* F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pp. 380-390 y 403-405, y J.-L. DE LOS MOZOS, «Negocio fiduciario», *La Ley*, 1986-4, p. 1028. Merece la pena, asimismo, confrontar la admisión de la teoría del doble efecto en los considerandos de la STS de 8 de marzo de 1963 y STS de 3 de mayo de 1976, ambas recogidas por J. VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 64-68 y 87-90.

³⁰ *Vid.* en torno a este planteamiento y a la naturaleza y alcance de la *causa fiduciae*, F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pp. 407-409, y J.-L. DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 1029. J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE (*passim*) es uno de sus principales valedores.

³¹ *Cf.* en este sentido F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 409. Recientemente, la STS de 7 de marzo de 1990 parece seguir esta distinción entre propiedad formal y material en la venta en garantía (*PJ*, núm. 19, 1990, pp. 443-447).

sea más acertada y consiga idénticos resultados la tesis que mantiene la titularidad o propiedad fiduciaria que ostenta el acreedor y que, en esencia, hemos analizado más arriba, habiendo sido expuesta y defendida entre nosotros, magistralmente, por F. DE CASTRO Y BRAVO ³². Cabe decir, además, que se trata de la tesis mantenida preferentemente por el TS, y de forma prácticamente exclusiva en las decisiones más actuales ³³.

B) BÚSQUEDA DE EQUIVALENCIA EN EL SISTEMA DE GARANTÍAS DEL FORO

121. El análisis de Derecho material que hemos realizado hasta aquí es un instrumento necesario e insustituible para comprender la eficacia internacional de la venta en garantía. En principio, y al margen de los concretos efectos que pueda desplegar frente a terceros, no existen especiales inconvenientes para reconocer las ventas en garantía válidamente constituidas en el extranjero. En su configuración habitual, la venta en garantía se asimila, en su contenido real, a un derecho real de prenda clásico, por lo que su reconocimiento no plantea especiales problemas. Ello quiere decir que, en aquellos sistemas en que la venta en garantía sea desconocida o nula, cabe transponer la institución hacia la figura del derecho de prenda sin desplazamiento clásico ³⁴.

122. La equivalencia es más difícil si la venta en garantía se ha perfeccionado conforme a una ley (*lex rei sitae* al momento de perfeccionarse), que admite una auténtica transferencia de la plena propiedad en manos del acreedor. El estudio de Derecho compa-

³² *Vid. op. cit.*, pp. 379-442.

³³ *Vid.* el estudio de dicha jurisprudencia por F. DE CASTRO Y BRAVO, *ibid.*, pp. 435-439, y J. VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, esp. pp. 60, 83, 121 y 133. Entre las decisiones más recientes, la tesis de la titularidad fiduciaria es mantenida en toda su extensión por las STS de 30 de enero de 1991 (*RAJ*, núm. 349) y 7 de mayo de 1991 (*RAJ*, núm. 3.583).

³⁴ Esta es, precisamente, el análisis del Derecho belga de A. FORIERS («La fiducia en droit belge», *Les opérations fiduciaires...*, *op. cit.*, pp. 275 y ss.) y los resultados que muestra la jurisprudencia francesa (*cf.* D. SCHMIDT y C. WITZ, *op. cit.*, p. 308). No obstante, es obvio que la transposición y reconocimiento de efectos es mucho más sencilla cuando el país de importación es Alemania o los Países Bajos, que no a la inversa, cuando éstos son países exportadores y el bien se introduce en Austria, Suiza o Francia. Dicha asimetría es reiteradamente puesta de manifiesto por los autores alemanes (*vid.* H. STOLL, *op. cit.*, p. 147, y K. F. KREUZER, *loc. cit.*, en *Münchener...*, *op. cit.*, p. 2047).

rado permite afirmar que existen muchas probabilidades de que este criterio no sea compartido por la nueva *lex rei sitae* (por ejemplo, si ésta es la ley española), en cuyo caso la transposición sólo ofrece la opción de recalificar o reconvertir semejante derecho de propiedad-garantía en una venta en garantía de contenido semejante al previsto en el país de importación o, en su caso, en un derecho real de prenda sin desplazamiento clásico. Como mínimo correctivo, una solución teleológica y elástica del conflicto móvil, podría permitir reconocer semejante contenido de la venta en garantía en las relaciones *inter partes*, que deben ubicarse, por su naturaleza, en el ámbito de aplicación de la *lex rei sitae* inicial³⁵.

123. En este caso, sin embargo, existe una contradicción latente en el mecanismo de transposición de la venta en garantía que no es sino un reflejo de la contradicción de los propios sistemas de garantías, tal y como se configuran en algunos Derechos materiales (tal vez, la mayoría). Dichos sistemas admiten la validez de la reserva de dominio, atribuyéndole al titular de la garantía la propiedad plena del bien vendido en garantía del pago íntegro del precio aplazado. El titular puede, sin embargo, ceder su crédito *junto a la garantía* a una entidad crediticia, que, obviamente, se subrogará en el lugar del vendedor con idénticas prerrogativas. En suma, los préstamos de financiación al vendedor permiten que una entidad crediticia adquiera una propiedad plena en garantía frente al deudor. El supuesto no es muy diferente o puede encubrir una adquisición al contado por el deudor de un determinado bien y la inmediata venta en garantía del mismo a una entidad crediticia; sin embargo, en este caso, la entidad crediticia sólo ostentará una propiedad fiduciaria. En términos económicos la situación es la misma. A partir de aquí, cabe especular acerca de la posibilidad de buscar una equivalencia más favorable para las ventas en garantía perfeccionadas conforme a sistemas jurídicos que admiten la teoría del doble efecto o traspaso al acreedor de la plena propiedad: identificarlas funcionalmente con cesiones de reserva de dominio en virtud de préstamos de financiación al vendedor, al menos en aquellos casos en que el préstamo obedece de forma directa o indirecta a la financiación de la adquisición del bien entregado en garantía, y no oculta una finalidad fraudulenta³⁶. En nuestro ordenamiento,

³⁵ Vid. *supra*, p. 96.

³⁶ Se trataría del supuesto resuelto por la ST Apelación de Dinamarca-Oeste de 4 de marzo de 1966 (*Martin Hausen c. Svend Age Schröder*), *Journ.dr.int.*, 1968, pp. 975-977. Vid. *supra*, p. 85.

esta transposición está servida en el marco de la Ley de Venta a Plazos, dado que la figura de los préstamos de financiación al comprador, que atribuyen a la entidad financiera una reserva de dominio, no es más que la consagración de una venta en garantía con transmisión de la plena propiedad, en un supuesto muy especial: cuando la operación de préstamo está destinada a financiar la adquisición del propio bien vendido en garantía³⁷.

4. Oponibilidad

A) PLANTEAMIENTO GENERAL

124. La oponibilidad de la venta en garantía constituye una cuestión de menor importancia práctica que en el caso de la reserva de dominio simple. En la venta en garantía, el ámbito de las relaciones entre las partes, y sus derechohabientes, constituye el núcleo esencial de cuestiones litigiosas. Son cuantitativamente menores los casos que enfrentan al acreedor o al deudor frente a terceros. En contrapartida, por su naturaleza, la reserva de dominio busca, fundamentalmente, la oponibilidad del derecho frente a terceros, mientras que el ámbito de relaciones entre las partes se califica como «región desierta».

125. En cualquier caso, la venta en garantía sigue las soluciones generales acerca de la ley aplicable a la oponibilidad del derecho real de garantía que incorpora, expuestas en el capítulo anterior para la reserva de dominio. Las únicas variaciones que se detectan en las operaciones internacionales obedecen a la mayor diversidad material de los ordenamientos jurídicos respecto de esta figura, en comparación con la reserva de dominio simple. De esta forma, el número de Estados que no admiten en su territorio la eficacia frente a terceros de la venta en garantía, o, lo que es lo mismo, decretan *ab initio* su inoponibilidad, aumenta considerablemente frente a los casos epifenoménicos en que se da semejante circunstancia respecto a la reserva de dominio simple³⁸. A me-

³⁷ Vid. en este sentido R. DE ANGEL YÁGÜEZ, *loc. cit.*, pp. 66 y 67, siguiendo a R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, si bien, como es sabido, este autor asimila la reserva de dominio y, por ende, la venta en garantía a un derecho real de garantía similar al de prenda.

³⁸ Un ejemplo en este sentido es la legislación suiza (*cf.* C. REYMOND y J. REVAELIER, «Les opérations fiduciaires en droit suisse», *Les opérations fiduciaires...*, *op. cit.*, p. 440; F.-E. KLEIN, *loc. cit.*, p. 514; I. JUVET, *op. cit.*, p. 20; *id.*, *op. cit.*, p. 37) y la jurisprudencia austriaca (*cf.* N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 204 y 205).

nudo, la consecución de este resultado refleja una falta de voluntad de transponer la venta en garantía a fórmulas semejantes conocidas en el foro y perfectamente oponibles.

B) ADQUISICIÓN POR TERCEROS

126. En este punto, los problemas se suscitan, al revés que en el supuesto de reserva de dominio, entre el tercero y el deudor, por una indebida disposición del bien por parte del titular de la garantía. La oponibilidad de la venta en garantía frente a terceros de buena fe, regida por la ley del lugar de situación del bien en el momento de la adquisición de la posesión por el tercero, depende estrechamente de cómo se resuelva la cuestión del contenido real de la venta en garantía, analizado más arriba. Se trata de una cuestión de necesaria resolución previa, toda vez que sólo cabe plantear la cuestión de la oponibilidad frente a terceros adquirentes *a non domino* de buena fe, si se entiende que la venta en garantía no traslada la plena propiedad al acreedor, sino solamente una propiedad fiduciaria. En caso contrario, nos encontraríamos ante una adquisición *a domino*, que justificaría, cualquiera que fuera el sistema jurídico reclamado, la adquisición del derecho real de propiedad por cualquier tercero, actuase de buena o mala fe ³⁹.

C) SITUACIONES CONCURSALES

127. La oponibilidad de la venta en garantía frente a la masa exige estudiar, previamente, el supuesto de quiebra del fiduciario-creedor, titular de la garantía. En este caso, consecuentemente con el carácter fiduciario de la propiedad en garantía, se suele conceder al fiduciante-deudor, en el Derecho comparado, un derecho de separación frente a la masa del concurso. Así ocurre, particularmente, en el Derecho español ⁴⁰. En todo caso, conforme al juego cumula-

³⁹ Cf. este razonamiento en F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 435.

⁴⁰ Cf. R. DE ANGEL YAGÜEZ, *loc. cit.*, p. 56; F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pp. 411-412. En el mismo sentido, para el sistema alemán, *vid.* R. SERICK, *op. cit.*, p. 36. El derecho de separación del fiduciante, defendido por nuestra doctrina y jurisprudencia al amparo del artículo 908 del Ccom., se mantendría tal cual en el ALC, inscrito en el supuesto del artículo 267, que obligaría al fiduciante a satisfacer el crédito pendiente en favor de la masa, como condición para separar su propiedad. En contra de esta posición y de conceder al fiduciante un derecho de separación, *vid.* la tesis mantenida por J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, consecuente con su postura cercana a la validez de la «teoría del doble efecto» y del traspaso al fiduciario de la plena propiedad, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

tivo de la *lex concursus* y de la *lex rei sitae*, es posible que se decrete la inoponibilidad si, especialmente, la *lex rei sitae* en el momento de perfeccionarse la venta en garantía admite que se ha producido una transmisión de la plena propiedad al fiduciario-creedor.

128. En caso de quiebra del fiduciante-deudor, la oponibilidad del derecho de garantía por el fiduciario-creedor seguirá las reglas generales ya analizadas en el capítulo anterior, e inspiradas en una interpretación cumulativa y restrictiva de la *lex rei sitae* y de la *lex concursus*. El estudio del Derecho material comparado permite aventurar que, en la gran mayoría de supuestos, sólo se concederá al fiduciario un privilegio especial para satisfacer su crédito dentro de la masa, sin derecho de separación alguno, lo que es plenamente consecuente con la atribución al auténtico propietario (el fiduciante) de ese derecho de separación. El conjunto de facultades que atribuye la propiedad en garantía a su titular, cuando se trata de un venta en garantía, no pasa de conferirle una situación jurídica muy semejante o asimilada al titular de un derecho de prenda, tanto en los procedimientos de ejecución colectiva como de ejecución individual ⁴¹. El problema es que semejante privilegio no se halla tipificado en muchos sistemas; así, en el Derecho español, tal privilegio no aparece ni en la legislación vigente, ni en el ALC (art. 287), con lo cual sólo generará un privilegio especial si se asimila o identifica con un derecho de prenda sin desplazamiento, al menos a los efectos de la aplicación de la legislación concursal.

D) LÍMITES IMPUESTOS POR EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

129. Pero aun cuando se reconozca al acreedor-fiduciario un privilegio similar al que confiere un derecho de prenda, la oponibilidad del mismo en los procedimientos concursales es susceptible de estrellarse contra el principio de publicidad requerido por la *lex concursus*. En efecto, no existe, como ocurre con la prenda sin desplazamiento, un registro *ad hoc* que permita el acceso al registro de la venta en garantía, con lo cual nos encontraríamos con una garantía oculta, cuya eficacia frente a terceros acreedores sería ne-

⁴¹ Este es el efecto frente a terceros acreedores admitido por el Derecho español (*cf.* R. DE ANGEL, *loc. cit.*, p. 59), al igual que en el sistema alemán (*cf.* C. WITZ, «*Les transferts...*», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 82; R. WELTER, «*Les sûretés réelles...*», *loc. cit.*, pp. 166-167, y doctrina citada en nota 46; y R. SERICK, *op. cit.*, p. 36).

gada en sistemas que, como el español, rinden tributo al principio de publicidad de las garantías ⁴².

Para evitar esta situación, pueden proponerse dos soluciones dentro del sistema español: una primera consistiría en permitir, con carácter general, el acceso de la venta en garantía al Registro de prenda sin desplazamiento; su inconveniente es que, como ha demostrado la práctica registral, la rigidez del registro hace impensable que pueda acceder al registro de prenda sin desplazamiento, y a los beneficios que ello conlleva, una figura como la venta en garantía, basada en la mera voluntad de las partes, máxime cuando la venta en garantía no logra siquiera, en la práctica, acceder al Registro de la Propiedad de bienes inmuebles.

En segundo lugar, cuando el objeto de la venta en garantía sea precisamente el bien para cuya adquisición se contrató el préstamo o crédito principal, puede pensarse en la posibilidad de acceso al registro, como préstamo de financiación al comprador en una venta a plazos. Aunque se trata de una alternativa coherente en el plano interno, si bien expuesta a los rigores de la calificación registral, ofrece pocas posibilidades cuando la venta en garantía se ha perfeccionado en el extranjero, dados los límites al acceso material al registro de tales operaciones que impone la Ley de Venta a Plazos, y que ya han sido analizados ⁴³.

II. Fórmulas complejas de reserva de dominio y de venta en garantía

1. Extensión horizontal y vertical de la propiedad en garantía

130. Si bien puede hablarse de una consolidación relativamente reciente de la reserva de dominio y de la venta en garantía simples ⁴⁴, en ciertos sistemas jurídicos se ha desatado una auténtica

⁴² Vid. en este sentido N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 76, y R. DE ANGEL YAGÜEZ, *loc. cit.*, p. 60; F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 432. Para su aplicación en Suecia, cf. M. BOGDAN, *loc. cit.*, p. 16. En el sistema alemán, en contrapartida, la venta en garantía supone una quiebra del principio de publicidad característico del derecho de prenda, justificando lo que se ha dado en llamar la impracticabilidad económica de este último derecho (cf. R. SERICK, *op. cit.*, pp. 77-79).

⁴³ Vid. *supra*, pp. 151-152.

⁴⁴ Vid. H. STUMPF, «L'expérience allemande de la réserve de propriété dans la vente», *IVème Journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruselas, 1969, p. 291, y U. DROBNIG, «Sicherungsrechte im deutschen Konkursfahren», *Rebels Z.*, 1980, pp. 788-789.

lucha por parte de instituciones financieras y asociaciones profesionales de comerciantes por extender estas fórmulas de propiedad en garantía ⁴⁵. Esta extensión ha seguido una proyección vertical, y otra horizontal. En la primera dirección, se trata de que la garantía afecte no sólo a un bien identificado, sino también al mismo bien tras su transformación o reventa, con lo cual se hacen susceptibles de tales garantías los bienes dinámicos ⁴⁶. En su proyección horizontal, se pretende que el gravamen no sólo garantice la deuda resultante de una relación jurídica concreta entre acreedor y deudor, sino todas las deudas que puedan existir en su relación de negocios e, incluso, las que puedan derivarse entre las empresas del grupo del acreedor y las del deudor.

131. Estas fórmulas de extensión, que encuentran su clima preferido en el Derecho alemán, afectan en todas sus variantes tanto a la venta en garantía como a la reserva de dominio, planteando similares problemas de reconocimiento o transposición en el ámbito del D.I.Pr. Por sí sola, esta identidad no justificaría un tratamiento conjunto de las fórmulas extensas de reserva de dominio y de venta en garantía, dado que, en su vertiente simple, ambas figuras difieren en su contenido y caracterización. Sin embargo, el tratamiento conjunto está justificado por otro motivo: en aquellos sistemas que conocen las fórmulas extensas de venta en garantía y reserva de dominio, éstas tienen el mismo contenido real. Así, si en el Derecho alemán la venta en garantía simple (propiedad fiduciaria con derecho al valor de realización) otorga al titular de la garantía una posición real distinta a la que confiere la reserva de dominio simple (nuda propiedad con derecho a la restitución del bien), las fórmulas complejas, aunque conservan la nominación de la figura de la que traen causa, conceden al titular la misma posición real: propiedad fiduciaria con derecho, únicamente, al valor de realización del bien, sea una fórmula compleja de venta en garantía o de reserva de dominio ⁴⁷. Este es el motivo que nos lleva, por razones de econo-

⁴⁵ Cf. J. SERVOS, «La vente sous réserve de propriété en droit allemand», *Rev.int.dr.comp.*, 1965, pp. 395-416.

⁴⁶ Vid. *supra*, pp. 33-34.

⁴⁷ Este hecho es el que ha permitido a R. SERICK hablar del margen de oscilación de la reserva de dominio. En su extensión vertical, la propiedad plena propia de la fórmula simple de la reserva de dominio pasa a ser una mera propiedad fiduciaria con base en la regla de permeabilidad (*Durchlässigkeitsgebot*). Lo mismo ocurre con las fórmulas de extensión horizontal, debido a un principio o regla de elasticidad (*Umwandlungsprinzip*). De ahí deduce el autor alemán que lo que es

mía, a referirnos exclusivamente a las fórmulas complejas de reserva de dominio, si bien debe entenderse que toda referencia abarca, asimismo, a las fórmulas complejas de venta en garantía ⁴⁸.

132. Esta simplificación formal no obsta, sin embargo, la complejidad del análisis de las fórmulas extensas. De un lado, pese a que resulta necesaria una exposición diferenciada de cada tipo de fórmula compleja, es preciso no perder de vista que un mismo bien puede hallarse sujeto a distintas formas extensas de reserva de dominio o venta en garantía. La combinación de estas cláusulas es muy habitual en las condiciones generales de la contratación mercantil y provoca, de hecho, una mayor complicación del análisis que es preciso no olvidar, pese a que lo hayamos simplificado a efectos expositivos ⁴⁹. Piénsese, por ejemplo, que no sólo es factible acumular cláusulas complejas (cláusula de transformación unida a cláusula de relación de negocios), sino que es posible combinarlas mediante prolongaciones encadenadas (*hintereinandergeschaltete Verlängerungen*): así, puede pactarse una cláusula de transformación hasta que se revenda el bien, momento en el cual se convierte en una cláusula prolongada ⁵⁰.

De otro lado, es preciso señalar que toda fórmula compleja es susceptible de un tratamiento similar a la forma simple, antes de su cristalización. Las fórmulas de extensión vertical cristalizan cuando el bien objeto de reserva de dominio o venta en garantía se revende o transforma. Hasta ese momento, la reserva de dominio o venta en garantía será tratada como una fórmula simple. De igual modo, las fórmulas de extensión horizontal no impiden que la venta en garantía o reserva de dominio sigan siendo simples respecto de la deuda concreta por la que se transmitió el bien en ga-

separación entre venta en garantía simple y reserva de dominio simple se convierte en conexión entre las fórmulas complejas de venta en garantía y reserva de dominio (cf. *op. cit.*, pp. 71-72 y 127-134, y, en el mismo sentido, T. MARGELLOS, *op. cit.*, pp. 346 y ss.).

⁴⁸ *Vid.*, no obstante, para un análisis específico de las fórmulas complejas de venta en garantía, R. SERICK, *ibid.*, pp. 49-59; F. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 430; U. BLAUROCK y C. WITZ, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 230-231.

⁴⁹ La complejidad de las fórmulas extensas de venta en garantía en el sistema alemán, ha llevado a algún autor a calificarlas como un pésimo ejemplo para los sistemas latinos, por el buen número de problemas que crean [cf. en este sentido, U. BLAUROCK, «L'avenir de la fiducie-sûreté en droit allemand (perspectives de réforme du droit des procédures collectives)», *Les opérations fiduciaires...*, *op. cit.*, pp. 111].

⁵⁰ Cf. R. SERICK, *op. cit.*, pp. 113-114.

rantía o se adquirió el bien bajo reserva de dominio, aunque sean fórmulas extensas para otras deudas ajenas a dicha relación original. En los casos en que la extensión no cristalice, el carácter simple de la garantía provocará, entre otros efectos, un tratamiento de D.I.Pr. mucho más favorable al reconocimiento: el ya expuesto para dichas fórmulas simples ⁵¹.

133. Las reglas generales de Derecho aplicable a las fórmulas simples son extensibles a las fórmulas complejas. Su validez y contenido real como garantía van a depender, básicamente, de la *lex rei sitae* en el momento de la constitución, con las excepciones consabidas en caso de medios de transporte, bienes en tránsito o destinados a ser exportados o a ser explotados en varios Estados, etc. La oponibilidad frente a terceros de tales garantías se regirán asimismo por la *lex concursus* o *lex rei sitae* actual, según los casos.

La especialidad que entrañan estas figuras provoca, sin embargo, que actúen como instituciones desconocidas, con lo cual el problema particular que justifica su tratamiento separado radica en las dificultades específicas de transposición, problema en el que vamos a centrar nuestro análisis.

134. Sin embargo, conviene señalar previamente que, al margen del problema de transposición, la rica complejidad de las fórmulas extensas y prolongadas de reserva de dominio y venta en garantía puede llevar, en ocasiones, a matizaciones e incluso excepciones de las soluciones generales de Derecho aplicable expuestas para las fórmulas simples. El tratamiento de todas estas variables, caso por caso, merecería un estudio monográfico y sería vano intentar agotarlo en un estudio como el presente ⁵². En cualquier caso, siquiera a modo de ejemplo, resulta procedente señalar algunas de las correcciones más significativas.

135. Las primeras se producen en la misma determinación de la *lex contractus* y en su ámbito de aplicación. Por definición, algunas fórmulas complejas involucran la garantía con deudas derivadas de distintos contratos, con la consiguiente interrelación. A título de ejemplo, la reserva de dominio prolongada permite la reventa del

⁵¹ Cf. en este sentido R. R. PENNINGTON, *loc. cit.*, p. 282.

⁵² A nuestro conocimiento, el único estudio monográfico sobre la materia corresponde a E. KAISER, *Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession im Internationalen Privatrecht*, Pfaffenweiler, 1986, 255 pp. Se trata de un estudio de Derecho comparado, que abarca los sistemas alemán, austriaco, suizo, francés, inglés y norteamericano.

bien por el deudor a un tercero, gravando el producto obtenido en este segundo contrato de reventa. Se produce entonces la duda de qué *lex contractus* rige los aspectos contractuales relacionados con el derecho del acreedor original sobre el producto obtenido en la segunda reventa. La solución ha de venir dada, a nuestro juicio, por la aplicación de la ley rectora del primer contrato; así lo entiende la jurisprudencia irlandesa en el caso *Kruppstaal c. Quitmann* (1982)⁵³.

En este ámbito, la cesión de las garantías complejas plantea, asimismo, difícilísimas correcciones de las reglas generales de D.I.Pr. sobre cesión de derechos contractuales. Tal vez el mejor ejemplo de complejidad lo ofrece la cesión del crédito en caso de cláusulas de reserva de dominio prolongadas con cesión de créditos futuros. En su virtud, se faculta al deudor a revender el bien, previa cesión al acreedor de los créditos futuros resultantes de dicha reventa. En este contexto, si el acreedor cede sus derechos de crédito, nos encontramos con que pueden confluír tres leyes contractuales distintas: la que rige la venta inicial entre vendedor y comprador y la validez de la cláusula de reserva de dominio; la que rige la reventa del comprador a un tercero; eventualmente, también la que determina el régimen de la cesión de créditos al vendedor, cuando tal prolongación de la cláusula es posterior en el tiempo, o se rige por otra ley conforme a la voluntad de las partes. Si, entonces, la ley que rige la cesión de crédito difiere de la ley que gobierna el primer contrato de venta, en el que se incluye la reserva de dominio, no hay que perder de vista que esta última rige la validez de la cláusula. De esta forma, si la cesión del crédito es válida conforme a la ley del contrato de cesión, no va a depender del hecho de que la ley rectora de la reventa, cuyo crédito se cede, considere válida la cláusula, dado que esta cuestión compete a la ley que rige la venta original. En definitiva, la cesión del crédito derivada de una cláusula de reserva de dominio con cesión de créditos futuros se opera en sentido inverso que en el caso de reserva de dominio simple, por mor del contenido de la propia cláusula. Pero en cualquier caso, el grado de abstracción y complejidad de esta solución, difícilmente explicable con alguna claridad si se quiere mantener el rigor conceptual o terminológico, aboca a soluciones más propias de un guión cinematográfico de

⁵³ Cit. por A. V. DICEY y J. H. C. MORRIS, *op. cit.*, p. 1266, quienes defienden tal interpretación.

los hermanos Marx, que de un sistema de Derecho internacional privado cabal.

136. La segunda serie de correcciones afecta a los aspectos reales. Una de ellas proviene de la posibilidad de combinación de cláusulas de reserva de dominio prolongadas, que extiendan la garantía al producto transformado. Esta transformación puede operarse a partir de distintas materias primas, suministradas por distintos acreedores con reserva de dominio prolongada. La quiebra del principio de identificabilidad del bien, con la consiguiente confusión de bienes gravados, provoca la confluencia de distintas garantías, que pueden haber sido pactadas en distintos Estados, y una multiplicidad de relaciones jurídicas interesadas tanto en el contenido de la garantía como en los efectos *inter partes* y frente a terceros. La multiplicación de acreedores es asimismo factible cuando esta situación se combina con sendas cláusulas de prolongación que gravan el producto obtenido con la reventa de un producto transformado a partir de materias primas provinientes de distintos acreedores, titulares de una garantía compleja, o provoca una cesión múltiple de créditos futuros. La unidad de tratamiento resulta, entonces, una exigencia insoslayable que parece aconsejar la aplicación de una ley distinta a la de los lugares de situación de los bienes suministrados; en tal sentido se ha propuesto, para estos casos, la aplicación de la ley del lugar de establecimiento del deudor o comprador, solución asimismo extensible a los supuestos de concurrencia de cláusulas extensas⁵⁴.

En segundo lugar, se ha señalado que muchos sistemas atribuyen expresamente a la reserva de dominio un plazo de gracia para completar los requisitos exigidos por su legislación interna para su eficacia real⁵⁵. En tales casos, se plantea la duda de si ese beneficio se extiende tanto a las fórmulas simples o a las fórmulas complejas de reserva de dominio. Piénsese que difícilmente la norma puede distinguir entre ambos casos (*ubi lex...*), cuando las fórmulas complejas son desconocidas en el foro; incluso aunque se trate de una norma de tráfico externo. No debe extrañar, por tanto, la perplejidad evidente de aquellos autores que, perspicazmente, han repa-

⁵⁴ Cf. en este sentido K. KREUZER, «Internationales Sachenrecht», *Münchener...*, *op. cit.*, pp. 2046-2047; E. KAISER, *op. cit.*, p. 203, y H. STOLL, *op. cit.*, pp. 148-149.

⁵⁵ *Vid. supra*, pp. 148-149.

rado en este dilema, sin atreverse a resolverlo⁵⁶; solución que, por ende, tampoco nos atrevemos a dar, tal vez escudados en la excusa de que semejante plazo de gracia no está previsto en nuestro sistema de Derecho internacional privado.

Finalmente, una corrección final se impone en relación con la eficacia real de las fórmulas complejas en los procedimientos concursales. Tanto la reserva de dominio como la venta en garantía simples gravan bienes precisos y determinados. Ello implica que, llegado el caso, pueden ser considerados como privilegios singulares, susceptibles de la sujeción a la *lex rei sitae*. Sin embargo, esa consideración no es posible al menos en las fórmulas de extensión vertical u otras fórmulas complejas como la *floating charge*, que, en último caso, sólo pueden merecer la calificación de privilegios generales, atraídos indefectiblemente por la aplicación de la *lex concursus*⁵⁷.

137. Como puede observarse, la complejidad intrínseca a estas instituciones aconseja, ya a primera vista, importantes correcciones de las soluciones tradicionales, de las cuales hemos señalado simplemente algunos ejemplos, quizá los más significativos. En cualquier caso, en supuestos «normales», donde no se da una combinación de cláusulas y acreedores, ni cesiones de créditos, ni normas de D.I.Pr. especiales, el verdadero problema que crean estas figuras en el comercio internacional es su transposición a un sistema jurídico que, en principio, las desconoce en su sistema de garantías. Para resolver este problema, de nuevo resulta obligado un buceo en los distintos Derechos materiales que permita una clasificación o tipología inicial y la inducción de los principios que animan su existencia.

2. Fórmulas de extensión vertical

A) TIPOLOGÍA Y ADMISIBILIDAD

138. La extensión vertical de la venta en garantía y de la reserva de dominio se conoce genéricamente bajo la rúbrica de «for-

⁵⁶ Así, en relación con el artículo 102.2 LFS DIPR, H. HANISCH, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 159.

⁵⁷ La utilidad de esta distinción ya fue puesta de manifiesto por G. DIENA (cf. *Trattato...*, *op. cit.*, p. 571. *Vid.* asimismo M. TROCHU, *op. cit.*, p. 186).

mulas prolongadas» (*Verlängerter Eigentumsvorbehalt/Sicherung-sübereignung*)⁵⁸. Las fórmulas simples llevan aparejadas dos consecuencias: indisponibilidad e identificabilidad del bien. Ello ciñe su utilidad económica a los bienes estáticos, fundamentalmente bienes de equipo. Impide la obtención de dichas garantías mediante bienes dinámicos (materias primas y productos comerciales o industriales destinados a la venta). La extensión vertical de las fórmulas simples pretende hacer de los bienes dinámicos instrumentos de crédito y, consecuentemente, de garantías sobre la propiedad. Para ello, es preciso transformar las materias primas y disponer de los bienes destinados a la comercialización, obteniendo, a cambio, la debida contraprestación en términos de seguridad. A tal fin, la práctica comercial ha dado a luz las fórmulas de extensión vertical de los derechos de propiedad-garantía que estudiamos a continuación.

a) Cláusula continua

139. Mediante este pacto, el comprador, en caso de reventa a un tercero, se compromete a estipular en la misma una reserva de

⁵⁸ Para una observación de la diferente terminología utilizada en el Derecho comparado acerca de las distintas fórmulas complejas, así como para una aproximación general a su tipología, *vid.* U. DROBNIG, «Sicherungsrechte...», *loc. cit.*, pp. 789 y ss.; U. DROBNIG y R. M. GOODE, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 358; G. MEISSNER, «L'opossabilité de la propriété mobilière aux tiers en droit allemand et spécialement de la réserve de propriété», *Gaz. Pal.*, 1972-I, pp. 372 y ss.; E. SCHULZE, *op. cit.*, pp. 156 y ss. y 184 y ss.; R. SERICK, *op. cit.*, pp. 49-76, 105-135; J. SERVOS, *loc. cit.*, p. 397; H. STUMPF, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 291 y ss.; D. WEBER y W. LEIP, «Securing Purchase Price and Bank Financing in Transnational Law under German Law», *Survey of International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 210-214; D. BEN ABDERRAHMANE, «Les contrats d'exportation de l'entreprise française et le droit allemand des sûretés», *DPCI*, 1987-1, pp. 136-139; A. BROCCA, *Manuel de la clause de réserve de propriété*, Lyon, Dunod, 1982, pp. 151 y ss.; I. JUVET, *op. cit.*, pp. 18-19; Y. LOUSSOUARN, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 283; P. MAYER, *loc. cit.*, III.B; T. MARGELLOS, *op. cit.*, pp. 161 y ss., 424 y ss.; E. MEZGER, «La protection...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 242 y ss.; M. PÉDAMON, «La réserve de propriété en droit allemand», *Gaz. Pal.*, 1985-I, p. 5; D. TALLON, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 921; R. WELTER, *loc. cit.*, pp. 168-170 y 173-175; C. WITZ, «Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne», *Rev.dr.int.dr.comp.*, 1985, pp. 27 y ss.; G. MCCORMACK, *Reservation of Title*, Londres, Sweet & Maxwell, 1990, pp. 104 y ss.; J. PARRIS, *op. cit.*, pp. 46-52, 87-101 y 113; R. R. PENNINGTON, *loc. cit.*, pp. 280 y ss.; BGP. ROGMANS, «Retention of Title in the Sale of Goods», *Hague-Zagreb Essays*, 5, 1985, p. 23; R. DE ANGEL YÁGÜEZ, «El Proyecto de Convención europea sobre la cláusula de reserva de dominio simple», *R.C.D. Inm.*, núm. 556, 1983, p. 563; E. GUARDIOLA SACARRERA, *loc. cit.*, p. 672.

dominio por su propia cuenta, bien simple, o bien, si se estima conveniente, también continua, de forma que el tercero deba proceder asimismo, si revende el bien, a exigir la reserva de dominio, y así sucesivamente (*nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt/ Sicherungsübereignung*). Una variante de esta cláusula consiste no en pactar una nueva reserva de dominio simple, sino en retransmitir al tercero, simplemente, la cláusula de reserva de dominio pactada con el vendedor original, y en su favor (*weitergeleiteter o weitergegebener Eigentumsvorbehalt/Sicherungsübereignung*)⁵⁹. La extinción de la garantía tiene lugar cuando el vendedor percibe el pago íntegro del precio de manos del comprador o de uno de los subadquirentes⁶⁰.

140. Esta cláusula funciona normalmente en el Derecho alemán, mientras que su validez parece que es incompatible con la legislación holandesa, a la sazón un sistema que mantiene una cierta apertura hacia las fórmulas complejas de propiedad en garantía⁶¹. Por lo demás, es prácticamente desconocida en otros sistemas, incluido el español. En nuestro Derecho, es importante señalar que el artículo 4.1 de la Ley de Ventas a Plazos excluye de su ámbito de aplicación las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destinen a la reventa al público. Esta limitación, sin embargo, no afecta necesariamente a las cláusulas continuadas, toda vez que sólo excluye las compraventas entre mayoristas y minoristas o, en otros términos, las que culminan el ciclo final del producto antes de su reventa al público. Es posible, por tanto, la inclusión en su ámbito de aplicación del resto de compraventas entre industriales, mayoristas e intermediarios, que serán válidas siempre que concorra autorización escrita del vendedor (art. 6.13 de la Ley de Venta a Plazos); con ello, la técnica de las cláusulas continuas es factible, salvo en el último eslabón, si bien con las limitaciones que en las operaciones de tráfico externo impone el artículo 4.5⁶².

La cláusula continua no goza, en cualquier caso, de un desarrollo comercial significativo. Su escaso éxito frente a otras opciones se debe a sus limitaciones prácticas: su operatividad real no sólo depende de la lealtad del cliente, sino también, y sobre todo, de la posibilidad más o menos remota de lograr la aceptación de los ter-

⁵⁹ Sobre esta diferenciación, *vid.* T. MARGELLOS, *op. cit.*, pp. 161-164.

⁶⁰ *Vid.* en este sentido R. R. PENNINGTON, *loc. cit.*, p. 281.

⁶¹ *Vid.* B. G. P. ROGMANS, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 23.

⁶² *Vid.* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 54-56.

ceros, que suelen retraerse al conocer que quien les vende la mercancía no es, realmente, su propietario⁶³.

b) Cláusula prolongada stricto sensu

141. Esta cláusula (*Verlängerter Eigentumsvorbehalt o Sicherungsübereignung*) permite asimismo la reventa del bien por el deudor, e intenta paliar sus efectos gravando el producto obtenido en su reventa, que pertenece al vendedor inicial desde su realización, aunque el comprador original lo conserve como mero depositario o comisionista del vendedor inicial, hasta que el precio total sea satisfecho.

142. Dicho pacto es admitido expresamente por el § 407.1 BGB, y su validez y efectos han sido pronunciados por la jurisprudencia británica en el caso *Romalpa*⁶⁴, que trataba, precisamente, de un supuesto de tráfico externo, y es considerado por la doctrina de ese país como el precedente más importante del presente siglo en materia comercial. En el supuesto litigioso, una empresa holandesa aparecía como vendedora a una empresa británica de un cierto contingente de láminas de aluminio, bajo reserva de dominio prolongada y de transformación; el juez británico concedió al vendedor la propiedad de las láminas de aluminio que aún permanecían en manos de la compradora, así como el precio de las ya revendidas y el producto transformado a partir del bien vendido. La afinidad de las fórmulas complejas con otras figuras del Derecho inglés (*floating charge*), permitió dicha transposición⁶⁵, si bien atri-

⁶³ *Cf.* esta cautela en E. MEZGER, «La protection...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 243; T. MARGELLOS, *op. cit.*, p. 162, y H. STUMPF, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 292. Señala F. KAHN que «el segundo comprador, si es prudente, no pagará el precio a su vendedor, a fin de no verse obligado a pagar dos veces en caso de impago por su vendedor, o bien para no arriesgarse a ser compelido a la devolución de la mercancía en dicha hipótesis. Se trata de un obstáculo suplementario, máxime cuando son posibles numerosas reventas sucesivas. Tales trabas encuentran difícil acomodo en el comercio internacional, donde las transacciones deben efectuarse con rapidez. Cada comprador no puede verse obligado a seguir el destino de la mercancía adquirida que, en ocasiones, a medida que se aleja del comprador primitivo va haciéndose paulatinamente menos reconocible» (*cf. La vente commerciale internationale*, París, Sirey, 1961, p. 204).

⁶⁴ *Aluminium Industrie Vaasen BV c. Romalpa Aluminium Ltd.* (1976), *WLR*, 1976-1, 676; *All ER*, 1976-2, 552.

⁶⁵ En este sentido, *cf.* C. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff Export Trade*, Londres, 1980, p. 80, y J.-P. VERHEUL, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 69-70.

buyendo a las fórmulas complejas de reserva de dominio un contenido real (nuda propiedad) mucho más generoso que el previsto en el propio lugar de constitución (propiedad fiduciaria). Los efectos de la sentencia *Romalpa* se fueron recortando poco a poco en decisiones posteriores, tras un momento inicial de aceptación⁶⁶. Sin embargo, como veremos, la reciente decisión de la House of Lords en el asunto *Armour*⁶⁷, ha vuelto a resucitar, de forma contundente, la eficacia casi ilimitada de las fórmulas complejas de reserva de dominio en el Reino Unido. La sentencia en el asunto *Romalpa* produjo un efecto reflejo en el Derecho irlandés, admitiéndose dichas cláusulas⁶⁸.

En contrapartida, la solución es muy distinta en el Derecho francés. Los principios generales que rigen la compraventa en dicho ordenamiento prohíben atribuir efectos a cualquier autoriza-

⁶⁶ El asunto *Romalpa* sólo recibió una confirmación suficiente en el asunto *Clough Mill Ltd. c. Martin* (1985), si bien en otros casos de apelación, la jurisprudencia inglesa utilizó criterios mucho más restrictivos: *Borden* (1979), *Bond-Worth* (1979), *In Re Peachdart* (1983), *In Re Lennox (Industrial Engineers Ltd. c. Graham Patrick Ltd.* (1984), etc. Para un análisis generalmente crítico del caso *Romalpa* y de la orientación de la jurisprudencia posterior, *vid.* R. BRADGATE, «Retention of Title in the House of Lords: Unanswered Questions», *Modern L. Rev.*, vol. 54, 1991, *passim*; I. DAVIES, «Reservation of Title clauses: a legal quagmire?», *Lloyd's MCLQ*, feb. 1990, pp. 52 y ss.; J. DE LACY, «Reservation of Title and Charges on Company Book Debts: The Death of Romalpa?», *Modern L. Rev.*, vol. 54, 1991; A. HICKS, «Retention of Title. Latest Developments», *JBL*, jul. 1992, pp. 398-415; G. MCCORMACK, *op. cit.*, pp. 70-87; W. M. HAUSCHILD, «Creditor Protection in the European Community», *ICLQ*, 1982, p. 31; P. MUCHLINSKY, «Reservation of Title - The House of Lords speaks with a Scottish Accent», *Lloyd's MCLQ*, 1991-5, pp. 154-165; R.H. TUDWAY, «Developments in English Law Affecting Contracts for the International Sale of Goods», *Survey of International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 76-80; S. JONES, «Retention of Title Clauses: Ten Years of Romalpa», *TCL*, vol. 7, núm. 6, 1980, pp. 233-238; Ch. WILLIAMS, *loc. cit.*, pp. 54 y ss.; J. SPENCER, «The Commercial Realities of Reservation of Title Clauses», *JBL*, 1989, pp. 220 y ss.; C. MCLEOD, «Retention of Title», *IFLR*, 1991, pp. 40-42; R. M. GOODE, «The Right to Trace and its impact in Commercial Transactions», *LQR*, 1976, vol. 92, pp. 360 y ss.; *id.*, «The Secured Creditor and Insolvency under English Law», *Rabels Z.*, 1980, pp. 678 y ss.; C. SCHMITTHOFF, «The reservation...», *loc. cit.*, pp. 209-213; F. MİGGEMAN, «Security for payment in movable Property. The international position», *TIC*, núm. 10, 1980-I, p. 588; E. D. GRAUE, «Recognition and Enforcement of Foreign Security Interest under Domestic Conflicts Rules», *GYIL*, vol. 26, 1983, p. 151; F. A. MANN, «Zur Wirkung as Eigentumsvorbehalts in England», *NJW*, 1976, vol. 29, pp. 1013-1014; U. DROBNIG y R. M. GOODE, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 342; T. MARGELLOS, *op. cit.*, pp. 318-323.

⁶⁷ *Armour and another c. Thyssen Edelstahlwerke AG* (1990), 3 *WLR*, 810.

⁶⁸ *Cf.* J. P. T. BROOKS, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 104-106.

ción de reventa dada por el vendedor a su comprador, *pendente conditione*. La diferencia con el sistema alemán estriba en que, en este último, la obligación de pagar el precio por el comprador (§ 433.2 BGB) implica un crédito correspondiente al vendedor que puede ser perfectamente cedido de manera independiente a la transferencia de la propiedad⁶⁹. La solución, sin embargo, no creemos que sea automáticamente exportable al Derecho español. En nuestro sistema, la venta a plazos introduce principios propios de regulación, que pueden hacer factible la validez de la reserva de dominio prolongada. No obstante, dicha cláusula hace que la venta no pueda beneficiarse de la aplicación de la legislación especial, ni de los beneficios de su inscripción registral, aunque se trate de una venta interna. El principio de perfecta identificabilidad del bien, expreso en el artículo 2.a) de la Orden de 15 de noviembre de 1982, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, lo impide categóricamente.

c) Cláusula de cesión de créditos futuros

143. Esta cláusula constituye un simple añadido a la cláusula prolongada sobre el producto de la reventa. A su través, hasta que el comprador no entregue al vendedor el producto obtenido con la reventa, le cederá cualquier derecho presente o futuro que ostente para obtener el precio del bien revendido, o bien conservará tales derechos ejercitándolos como agente o mandatario del vendedor o, finalmente, los transferirá al vendedor tras la demanda (*Vorausabtretungsklausel*). La función de esta cláusula, que explica su gran éxito comercial, es evitar los problemas que plantea la imposición de una cláusula continua al subadquirente. Para ello, se pacta una cesión anticipada de los créditos futuros del comprador frente al subadquirente, que no exige su notificación a éste, evitando los riesgos de su desincentivación.

144. La admisibilidad de esta cláusula depende de que se admita, a su vez, la posibilidad de una cesión atípica de créditos futuros e indeterminados; ésta puede considerarse ilícita, dado que, al concluirse el primer contrato, el comprador original no conoce ni al tercero subadquirente ni el importe de la venta. Este primer inconveniente puede salvarse, no obstante, en la mayoría de los siste-

⁶⁹ *Vid.* D. OHL, *loc. cit.*, p. 599.

mas, si se admite que la necesidad de determinación se produce en el momento de nacimiento del crédito, único en que puede operar la cesión, con una excepción notable, que afecta al propio Derecho alemán: si esta cláusula se combina con una cláusula de transformación, la determinabilidad del crédito cedido resulta, en todo caso, muy remota ⁷⁰.

El segundo obstáculo consiste en la imposibilidad, en determinados sistemas, de que se puedan ceder válidamente créditos sin notificación al deudor, notificación que es imposible al ser este último desconocido. Esta última razón justifica la nulidad de la cláusula a tenor de los Derechos francés, italiano, inglés, sueco y danés, entre otros ⁷¹. Sin embargo, no es un obstáculo para el Derecho español, toda vez que la notificación al deudor cedido no es requisito de validez de la cesión del crédito, ni siquiera para su oponibilidad ⁷². Este es el sentido, además, con que el artículo 10.1 del Anteproyecto de Propuesta Directiva comunitaria sobre los efectos jurídicos de la reserva de dominio de 1980, ha admitido la validez de la cláusula de reserva de dominio con cesión de créditos futuros ⁷³.

A pesar de estos obstáculos ⁷⁴, la cláusula de reserva de dominio con cesión de créditos futuros ha prosperado en Alemania desde los años cincuenta ⁷⁵. La única duda que se plantea en el sistema alemán es si el cesionario (vendedor con reserva de dominio) adquiere de modo directo el crédito que le fue cedido, una vez que éste nace, o si tiene lugar, en el llamado «segundo lógico», una previa adquisición en tránsito (*Durchgängerwerb*) por la persona del cedente (comprador) ⁷⁶.

⁷⁰ Cf. T. MARGELLOS, *op. cit.*, p. 166, y doctrina *cit.* en nota. 62.

⁷¹ Cf. en este sentido N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 156-157; G. MCCORMACK, «Effective Reservation of Title and Priorities», *JBL*, 1989, pp. 314 y ss., y E. D. GRAUE, *loc. cit.*, p. 143.

⁷² Cf. F. PANTALEÓN PRIETO, *loc. cit.*, pp. 1059-1070, y N. BOUZA VIDAL, *ibid.*, p. 157.

⁷³ Ref. III/D/278/80-FR.

⁷⁴ Que se reproducen en caso de venta en garantía prolongada con cesión de créditos futuros (cf. A. MEINERTZHAGEN, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 403).

⁷⁵ En el Derecho alemán, el punto de inflexión en favor de la validez de las cláusulas con cesión de créditos futuros se produjo, como señalan U. DROBNIG y R. M. GOODE, con la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 25 de octubre de 1952 (cf. *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 376, nota 102). Para la situación anterior a los años cincuenta, cf. E. SCHULZE, *op. cit.*, pp. 186-192.

⁷⁶ *Vid.* R. SERICK, *op. cit.*, pp. 53-54.

En otros ordenamientos, se ha propuesto identificar la cláusula con una transmisión del crédito en garantía ⁷⁷, artificio que difícilmente puede ocultar la relación del bien transferido con la deuda que se pretende garantizar, ni explicar el cumplimiento del principio de inmediatividad que caracteriza la transmisión fiduciaria de un bien.

145. En cualquier caso, al margen del análisis general efectuado, la cláusula de cesión de créditos futuros puede ser ineficaz o nula, incluso en los sistemas que la admiten, en determinadas circunstancias colaterales. Entre ellas, cabe destacar la posibilidad de un pacto impuesto por el subadquirente de prohibición de cesión del crédito (*Abtretungsverbot*), la contrariedad con el orden público y buenas costumbres en caso de evidente desproporción entre el valor del crédito cedido y el valor real de la deuda garantizada (salvo que se establezcan cláusulas suplementarias liberatorias que equilibren dicha relación: *Freigabeklauseln*), y, finalmente, la presencia de una cesión anterior del mismo crédito en favor de un tercero ⁷⁸.

d) Cláusula de transformación

146. Junto a la reventa del bien, la segunda circunstancia que pretende propiciar y controlar la extensión vertical de los derechos de propiedad en garantía es la transformación del mismo. A tal fin, la cláusula de transformación (*Verarbeitungsklausel*) suele combinarse con la cláusula prolongada, como ocurría en el caso *Romalpa*. Efectivamente, las necesidades del ciclo productivo invitan al comprador a utilizar los bienes adquiridos con reserva de dominio o vendidos en garantía, para transformarlos en otros productos, o incorporarlos a otros bienes, dando lugar a supuestos de accesión (adjunción, confusión o especificación). Para mantener su garantía, el vendedor propone que el producto resultante permanezca gravado con la garantía, hasta que los objetos por él suministrados

⁷⁷ Cf. E. MEZGER, «La protection...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 243, e I. JUVET, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 41, respecto de los sistemas francés y suizo, respectivamente.

⁷⁸ Esta última circunstancia ha provocado una viva polémica doctrinal y jurisprudencia en Alemania en los supuestos de confrontación entre una cláusula de reserva de dominio prolongada con cesión de créditos futuros con una *Globalzession* a título de garantía en favor del banco del deudor con el fin de obtener una apertura de crédito (*vid.* por todos T. MARGELLOS, *op. cit.*, pp. 169-171).

sean pagados íntegramente. En estos casos, es posible que en la transformación del producto se utilicen diversos bienes, provenientes de distintos vendedores con reserva de dominio, en cuyo caso se produce un *pool*, o copropiedad en sentido figurado, que atribuye a cada uno de los acreedores un derecho de garantía proporcional al valor del bien suministrado (§§ 947 y 948 BGB).

147. La validez de esta cláusula en Alemania se justifica por el carácter dispositivo del § 950 BGB⁷⁹, si se exceptúa un sector minoritario de la doctrina y una jurisprudencia del TS bastante reservada si no opuesta a su validez, en particular en aquellos casos de manifiesta desproporcionalidad entre el valor del bien transformado y el valor de la deuda garantizada⁸⁰; en Inglaterra la admisibilidad de estas cláusulas es una posibilidad que se abrió a partir del caso *Romalpa*⁸¹.

Su nulidad en el Derecho francés ha venido dada por la concreción a la fórmula simple de reserva de dominio de la *Ley Duban-chet* de 1980⁸². En el Derecho italiano y español no parece haber

⁷⁹ Técnicamente, la garantía se articula mediante una cesión anticipada del objeto transformado al vendedor, atribución que plantea la misma cuestión que la cláusula prolongada en torno a su eventual calificación como transmisión fiduciaria de la propiedad transformada con fines de garantía (cf. R. R. PENNINGTON, *loc. cit.*, p. 281, y B. G. P. ROGMANS, *loc. cit., op. cit.*, p. 26). Para un análisis global de todas las particularidades que ofrece la cláusula de transformación en el Derecho alemán a partir de las disposiciones del BGB, vid. E. SCHULZE, *op. cit.*, pp. 169-182. El § 950 BGB prevé que en caso de incorporación o transformación de uno o más bienes, la propiedad del producto resultante la adquiere el constructor, a menos que el valor de la incorporación o transformación no sea considerablemente menor que la materia prima. Tal adquisición extingue todos los derechos existentes sobre el bien, comprendida la reserva de dominio. Interpretando esta disposición, «salvo pacto en contrario», se abren las puertas a la eficacia de las cláusulas de transformación (cf. H. STUMPF, *loc. cit., op. cit.*, p. 292).

⁸⁰ Sobre la polémica y diversidad de tesis existentes en Alemania sobre la im- peratividad del § 950 BGB, vid. por todos R. SERICK, *op. cit.*, pp. 62-66.

⁸¹ No sin estupor, toda vez que dicha jurisprudencia rompía con el principio básico de identificabilidad de los bienes, sin garantizar soluciones válidas en términos de equidad (cf. I. DAVIES, «Reservation...», *loc. cit.*, pp. 52 y ss. y 69, y su análisis de las correcciones y contradicciones apreciables en la jurisprudencia posterior). Una excepción relevante a la admisibilidad de las cláusulas de transformación propiciada por el caso *Romalpa*, hace referencia a los casos en que el producto haya sido transformado a partir de la accesión de otros bienes suministrados por terceros (*Clugh Mill Ltd c. Martin*, 1984, 3 *All ER*, 982). Vid. al respecto, R. M. GOODE, *Proprietary Rights and Insolvency in Sales Transactions*, 2.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1989, p. 98, y Ch. WILLIAMS, *loc. cit.*, p. 55 y 58-59.

⁸² Cf. esta opinión en D. OHL, *loc. cit.*, p. 603, y F. DERRIDA, *loc. cit.*, p. 300.

mayores inconvenientes para su validez y efectos *inter partes*. Por lo que atañe a nuestro sistema jurídico, la reglamentación sobre accesión de bienes (arts. 375 a 383 Cc), se asemeja a las circunstancias de la reglamentación alemana, y parece posible afirmar su carácter dispositivo. Además, la presencia de la cláusula de reserva de dominio puede actuar como un indicio de mala fe del comprador, que otorgue al vendedor los beneficios previstos en dicha reglamentación⁸³. El problema, tanto en el sistema español como en el italiano, radica en la ineficacia de dicha cláusula frente a terceros, particularmente en caso de concurso, dado que quiebra el principio de identificabilidad del bien o existencia *in natura*, previsto tanto en el Derecho concursal como en la legislación especial sobre la registrabilidad de la reserva de dominio⁸⁴. Tales cláusulas impiden, en el sistema español, su sujeción a las ventajas de la Ley especial, incluso cuando se trate de operaciones internas o de comercio exterior incluidas en su ámbito de aplicación⁸⁵.

e) Otras fórmulas afines

148. Junto a las cláusulas prolongadas analizadas, existen otra serie de cláusulas accesorias o afines que es preciso siquiera mencionar, al menos en los casos más significativos. Una cláusula accesoria a la reserva de dominio simple es la denominada «cláusula de aseguramiento»⁸⁶. No se trata, sin embargo, de una fórmula compleja de reserva de dominio, sino una simple derogación de la regla general de transmisión de los riesgos, en favor de que ésta opere en el momento de la entrega. Su finalidad es descartar las negativas consecuencias que implicaría para el vendedor aplicar el principio general *res perit domino* de determinados

⁸³ En favor de la validez de estas cláusulas, vid. R. DE ANGEL YÁGÜEZ, *loc. cit.*, pp. 563-565.

⁸⁴ Parece correcta la interpretación de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en el sentido de que la ausencia de identificabilidad del bien convierte asimismo la venta a plazos en cuestión en una operación excluida del ámbito de aplicación de la Ley especial (cf. *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 78). Vid. asimismo C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 50-52, y M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, *loc. cit.*, p. 33.

⁸⁵ Sobre este planteamiento en el Derecho italiano, vid. I. SCHETTINI, «Sull'opponibilità, al fallimento, del patto di riserva della proprietà nella vendita a rate» (Comentario a la STS italiano de 15 de marzo de 1964: *Pesci c. Lelli*), *Il diritto fallimentare*, 1965, p. 242. Sobre la invalidez de la cláusula en el Derecho suizo, cf. I. JUVET, *loc. cit., op. cit.*, p. 41.

⁸⁶ Cf. S. JONES, *loc. cit.*, p. 237.

sistemas. Esta derogación o excepción opera, además, en ciertos sistemas, *ex lege*.

149. Junto a la combinación de cláusulas prolongas y extensas, u otros derechos concurrentes (*ad. ex. la Globalzession*), sí tiene más sentido la inclusión en este apartado de una figura emblemática del Derecho inglés: la *floating charge*⁸⁷, tanto como figura aislada como por su posible concurrencia con fórmulas complejas de propiedad en garantía, y siquiera sea porque, en ocasiones, la propia jurisprudencia inglesa e irlandesa ha asimilado esta figura con fórmulas extensas de reserva de dominio⁸⁸. Y, en cierto modo, la *floating charge*, responde por mitad tanto a la lógica de las cláusulas prolongadas como de las extensas.

La *floating charge* nace en el Derecho inglés y consiste, en esencia, en sujetar al pago aplazado del producto vendido o del crédito obtenido no sólo la propiedad del bien concreto, sino la de cualesquiera bienes pertenecientes al comprador. Frente a las fórmulas extensas que luego analizaremos, la *floating charge* no garantiza todas las deudas al pago por la adquisición de un bien, sino todos los bienes al pago de una sola deuda. Frente a las cláusulas prolongadas ya analizadas, no sólo se extiende al producto obtenido por el bien vendido o al resultado de su transformación, sino a todos los demás bienes del deudor que no guardan relación con la adquisición causal. Su contenido real es, sin embargo, menos poderoso en caso de insolvencia del deudor, pues la garantía cede ante el pago de las deudas clasificadas como privilegiadas o preferentes. Su regulación actual se contiene en la *Companies Act 1985/1989* y en la *Insolvency Act 1986*.

A partir de Inglaterra se introdujo en Escocia a través de la *Companies Act* de 1961. De la misma forma que en el Derecho inglés, la garantía puede extenderse sobre toda la propiedad contenida en el activo de la compañía deudora, sin afectar a la propiedad que se extingue antes del inicio de la liquidación de la socie-

⁸⁷ Para un estudio de la *floating charge* en el Derecho británico, *vid.* por todos R. M. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, Londres, Sweet & Maxwell, 1988, pp. 46-105.

⁸⁸ Así en el caso *Bond-Worth* (1979), a juicio de C. SCHMITTHOFF (*cf. Schmitthoff's Export Trade*, 8.ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1980, p. 80). Asimismo, en sentido inverso, la transposición de una doble cláusula de transformación y de cesión de créditos futuros extranjera a la figura de la *floating charge* irlandesa fue la técnica utilizada por el TS irlandés en el asunto *Kuppstalt c. Quitmann* en 1982 (*cf.* nota de D. COESTER-WALITEN en *IPRax*, 1982-3, pp. 315-317).

dad, y subsiste al margen de ella. Pero en el Derecho escocés —no así en el Derecho inglés—, la garantía cristaliza únicamente en caso de quiebra del deudor⁸⁹. En Irlanda la figura es también conocida, y se mantendrá su consagración legal tras la modificación del Derecho concursal⁹⁰. Finalmente, la garantía alcanza asimismo al Derecho australiano y canadiense⁹¹.

La alta probabilidad de que los bienes gravados se sitúen en distintos Estados, no sólo provoca serios problemas para acotar la validez de la garantía respecto de cada bien, sino sobre todo para determinar su oponibilidad⁹². Como veremos, la singularidad anglosajona de la *floating charge* causará serios problemas de transposición, por su absoluto desconocimiento en los sistemas continentales.

B) PROBLEMAS DE TRANSPOSICIÓN

150. El estudio de la admisibilidad de las fórmulas prolongadas de reserva de dominio en el Derecho comparado nos facilita las pistas para conocer en qué casos la ley rectora de la validez contractual y real de la cláusula declarará su validez o nulidad. Partiendo de la realidad existente, lo cierto es que las cláusulas complejas sólo van a constituirse válidamente conforme a muy pocos Derechos materiales. Con garantías, tan sólo en el alemán y los sistemas afines al mismo (austríaco y suizo) y, parcialmente, en el sis-

⁸⁹ *Vid.* A. W. WILSON, «Security over Corporeal Movables. Scotland», *Security over Corporeal Movables*, Leiden, Sijthoff, 1974, pp. 43-48.

⁹⁰ *Vid.* J. A. GLAKIN y otros, «Recent Developments in Insolvency Law and Creditors Rights in the Republic of Ireland», *IBL*, 1985, núm. 12, pp. 492-493.

⁹¹ *Vid.* D. E. ALLAN y M. E. HISCOK, «The Position of Secured Creditors in Commercial Insolvencies-Australia», *Rebels Z.*, 1980, pp. 721-722.

⁹² E. I. SYKES y M. C. PRYLES se centran únicamente en el primero de los aspectos, señalando la aplicabilidad, no exenta de problemas, de la *lex rei sitae* de cada bien en el momento de constitución de la *floating charge* (*cf. Australian private International Law*, 2.ª ed., Sidney, The Law Book Company Ltd, 1987, p. 653). Más acertadamente, L. COLLINS plantea los problemas de Derecho internacional privado que suscita la *floating charge* desde el ángulo del reconocimiento o transposición de la institución a otros sistemas, aunque preferentemente del círculo del *common Law* (*vid.* «Floating Charges. Receivers and Managers and the Conflict of Laws», *ICLQ*, vol. 27, 1978, pp. 691-710). Su transposición en Alemania ha sido estudiada con todo detalle recientemente por M. WENCKSTERN, «Die englische Floating Charge im deutschen Internationalen Privatrecht», *Rebels Z.*, 1992-4, pp. 624-695, esp. pp. 660-667 y 671-687.

tema irlandés e inglés. En España, tales cláusulas son desconocidas por la práctica comercial, pero, como hemos visto, puede aceptarse su validez conforme a la ley española.

Cuando la cláusula se haya constituido en uno de estos sistemas, a los demás les compete establecer en qué casos y condiciones están dispuestos a transponer una institución que desconocen, e incluso cuya validez no admiten, y, en el mejor de los casos, qué tipos de efectos pueden producir conforme a la nueva *lex rei sitae/lex concursus/lex fori* ⁹³.

151. Una primera regla de elasticidad en la transposición debe partir de la distinción entre efectos *inter partes* y efectos frente a terceros. Como ya se señaló ⁹⁴, la distinción del Derecho inglés entre *property* y *priority rights* es útil a los efectos de admitir, salvo intervención muy limitada del correctivo de orden público, la validez de las cláusulas prolongadas y sus efectos *inter partes*. El carácter oculto y abstracto y la atipicidad de las fórmulas complejas constituyen principios que pretenden salvaguardar, únicamente, la coherencia real de un sistema de garantías o, en otros términos, garantizar la seguridad del tráfico y los derechos de terceros. Tal objetivo no se ve impedido por la admisión de la validez de las cláusulas prolongadas *inter partes*, sino sólo por su oponibilidad ⁹⁵. De esta forma, la condición de equivalencia de la cláusula prolongada con una institución del foro sólo debe ser exigida a los efectos de oponibilidad de la garantía. Lamentablemente, este suele ser el efecto pretendido por el titular.

152. Una segunda regla de elasticidad en la transposición debe tener en cuenta que las cláusulas prolongadas actúan como cláusulas simples hasta el momento de la cristalización de la garantía. Quiere ello decir que si tal cristalización no ha sobrevenido (el bien no ha sido revendido o transformado), procede considerar dicha garantía como una fórmula simple con las ventajas que conlleva de cara a su transposición.

⁹³ Cf. esta apreciación respecto de los efectos en Escocia de las cláusulas de reserva de dominio prolongadas constituidas en Alemania, a tenor del caso *Zahnrad Fabrik Passau GmbH c. Terex Ltd*, en P. M. NORTH, *loc. cit.*, p. 269.

⁹⁴ *Vid. supra*, pp. 106-107.

⁹⁵ Esta interpretación, basada en el artículo 1.134 Cc francés, ha permitido en dicho sistema mantener la validez de los efectos *inter partes* de las cláusulas de reserva de dominio prolongadas (cf. J.-P. SCARANO, *loc. cit.*, p. 543).

153. Con carácter general, los sistemas que admiten la validez y eficacia de las cláusulas prolongadas, conceden a aquellas que se han constituido en el extranjero el grado de oponibilidad previsto por la legislación del foro para dichas figuras, siempre que cumplan las condiciones de oponibilidad previstas ⁹⁶. Así, se ha defendido en Suiza un privilegio pignoraticio dentro de la masa en favor del titular de semejantes garantías, contenido y efectos que, por otra parte, son los que caracterizan de suyo la figura en los sistemas que la utilizan, como el alemán ⁹⁷. Más sorprendente es el caso de la jurisprudencia inglesa que sigue la solución del asunto *Romalpa*. Una interpretación formalista de la institución, lleva en estos casos a atribuir al titular de la garantía un auténtico derecho de propiedad, que faculta un derecho de separación de la masa, cuando el contenido de la garantía, conforme a la ley bajo la cual se constituyó, implicaba, únicamente, un privilegio de corte pignoraticio. Consecuentemente, el principio de elasticidad que justifica ese contenido real menguado en sistemas como el alemán, no se aprecia en el pensamiento de los jueces ingleses, que operan con criterios de rigidez ciertamente poco justificables, máxime cuando tal principio de elasticidad es la regla básica en la transposición de los derechos de propiedad-garantía, en situaciones de tráfico externo. De todas formas, la justificación de la aplicación de la ley inglesa como *lex rei sitae* prospectiva en operaciones de importación, puede justificar semejante extensión de efectos.

154. En el Derecho español, como hemos visto, las cláusulas prolongadas, en sus distintas variantes, no encuentran especiales obstáculos para su admisibilidad. Pero al igual que ocurre en muchos otros sistemas que desconocen legalmente tales figuras, el problema radica en su desprotección registral, que redundará en su inoponibilidad material ⁹⁸. Ello sucede en España no sólo por la imposibilidad material de que accedan a la publicidad registral las cláusulas complejas, sino también las simples, cuando han sido constituidas en el extranjero. Y aunque esta cuestión se solventase, admitiendo la oponibilidad de las cláusulas pactadas en el extranjero, no inscritas (posibilidad remota y contradictoria con el actual 4.5 de la Ley de Venta a Plazos), es de señalar que, salvo la cláu-

⁹⁶ Pueden incluirse aquí a los sistemas suizo, austriaco, irlandés, británico y alemán (cf. J.-P. SCARANO, *ibíd.*, pp. 544 y ss.).

⁹⁷ *Vid.* I. JUVET, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁹⁸ *Vid.* en este sentido N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 206-207 y nota 84.

sula continua, el resto pugna con un principio básico de nuestro sistema real y concursal: el principio de identificabilidad del bien, como condición ineludible (arts. 908.8 Ccom. y 2 de la Ordenanza del Registro de Ventas a Plazos)⁹⁹. Al margen de ello, la inoponibilidad frente al tercer subadquirente sería, en todo caso, imposible. En suma, la eficacia en España de las cláusulas prolongadas se reduce a sus efectos *inter partes*, con la excepción de la cláusula continua, que se enmarca en el régimen general de la cesión de la reserva de dominio simple y es admitida por nuestra Ley de Venta a Plazos, con lo cual su régimen de reconocimiento viene a ser el mismo que el de la citada cesión de la reserva de dominio simple.

El principio de identificabilidad del bien unido a la desprotección registral es, asimismo, el obstáculo principal para el reconocimiento de la oponibilidad de las cláusulas prolongadas, particularmente en las situaciones concursales, en sistemas como el francés¹⁰⁰, el italiano¹⁰¹, el finlandés¹⁰², y, según una postura doctrinal y jurisprudencial, también en el Derecho inglés¹⁰³.

155. Podemos afirmar que el Derecho español se haya en una situación intermedia, en cierto sentido semejante al Derecho inglés, si no fuera por algunos desafueros de la jurisprudencia de este último. Otros ordenamientos, sin embargo, imponen mayores límites a la transposición. Ni que decir tiene que en aquellos sistemas, como el belga, en que no es oponible la reserva de dominio simple, con menos razón lo serán las cláusulas prolongadas, adquiriendo la negativa de transposición tintes de orden público internacional. Esta excepción de orden público puede operar asimismo en determinados sistemas (como el francés, el italiano, el holandés o el belga), para no reconocer eficacia alguna frente a terceros, e incluso *inter partes*, de las cláusulas de cesión de créditos futuros, por no concurrir la notificación de la cesión del crédito, o la determina-

⁹⁹ El problema de la identificación (*Nämlichkeitsproblem*) se agudiza en el caso de concurso de titulares de derechos de propiedad en garantía sobre un bien transformado. En tal caso, el sistema alemán tiende a la solución del problema mediante la figura del *pool* de garantías (cf. R. SERICK, *op. cit.*, pp. 136 y ss.).

¹⁰⁰ Vid. T. MARGELLOS, *op. cit.*, p. 424, y, especialmente, E. ROBINE, *La clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980*, Paris, Litec, 1990, pp. 46-53.

¹⁰¹ Vid. *supra*, nota 84.

¹⁰² Vid. K. BUURE HÄGGLUND, *loc. cit.*, p. 33.

¹⁰³ Cf. J.-P. SCARANO, *loc. cit.*, p. 548, e I. DAVIES, *loc. cit.*, p. 69. Sobre la registrabilidad o irregistrabilidad de las cláusulas prolongadas en el Derecho inglés, cf. G. MCCORMACK, *op. cit.*, pp. 109-115.

ción de éste¹⁰⁴, aunque, como vimos, no es el caso español. Y, en todo caso, no puede descartarse con carácter general esta excepción, incluso en las relaciones entre las partes, cuando exista una manifiesta desproporción económica de la cláusula prolongada, del tipo que sea.

156. Mención aparte merece la posibilidad de transponer a los sistemas continentales la figura y los efectos de la *floating charge* del Derecho inglés. Su suerte es similar a la de las cláusulas extensas, que luego se analizarán. La posibilidad de gravar con dicha garantía no sólo los créditos futuros, sino todos los bienes existentes en el patrimonio de la empresa en el momento de su liquidación, no se compadece con los principios básicos que animan ciertos sistemas de garantía, entre ellos el principio de tipicidad, causalidad y publicidad. Con estos antecedentes se explica la actuación más que segura del correctivo de orden público, como demuestra el tenor de la ST Apelación de París de 19 de enero de 1976 (*Davis es qualité c. Soc. Interciné*)¹⁰⁵. En Alemania, aunque no concurren los mismos principios, el desconocimiento de la *floating charge* provoca, asimismo, difíciles problemas de transposición que, en la práctica, conducirán en la mayoría de los casos a otorgar al titular de la garantía un privilegio con un rango inmediatamente superior al de los acreedores ordinarios, e inferior al resto de las garantías mobiliarias características del Derecho alemán¹⁰⁶.

Un valioso estudio de L. COLLINS sobre los efectos extraterritoriales de la *floating charge* pone de relieve la repugnancia que ésta figura en sistemas ajenos al *common Law*, entre ellos España¹⁰⁷. La acción negativa de la nueva *lex rei sitae*, obliga al autor a plantearse casi exclusivamente sus posibilidades de efectividad en otros sistemas anglosajones, incluido el americano, encontrando asimismo, en tales sistemas, no pocos problemas para encontrar una exacta equivalencia y una virtual efectividad¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Vid. E. D. GRAUE, *loc. cit.*, p. 143, N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 157, y T. MARGELLOS, *op. cit.*, pp. 181 y ss.

¹⁰⁵ P. LAGARDE pone de manifiesto la corrección en la actuación de los jueces franceses, negando la posibilidad de transponer una *floating charge* a cualquier institución conocida en Francia, por contrariar los principios de orden público que subyacen en el sistema francés de garantías (vid. nota en *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1977, pp. 130-137).

¹⁰⁶ Cf. M. WENCKSTERN, *loc. cit.*, pp. 671 y ss.

¹⁰⁷ Cf. *loc. cit.*, p. 699.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 701-710.

3. Fórmulas de extensión horizontal

A) TIPOLOGÍA

157. La extensión horizontal de la reserva de dominio y de la venta en garantía constituye una operación ciertamente audaz, y quizá sólo concebible en sistemas tributarios de un principio de abstracción *stricto sensu*. En principio, nos enfrentamos con unas figuras que sólo son admitidas y conocidas en el Derecho alemán ¹⁰⁹, si bien la jurisprudencia de la *House of Lords* en el asunto *Armour* (1990), ha abierto una quiebra importante en este postulado, como veremos al tratar la cuestión de su transposición.

En las fórmulas simples, la garantía real afecta al crédito que resulta de la financiación de la adquisición de un bien o que ha justificado la transmisión en garantía de dicho bien. El acreedor puede, entonces, pretender utilizar la garantía que recae sobre dicho bien no sólo para garantizar los créditos aludidos, que guardan una relación causal con la garantía, sino también cualesquiera otros créditos derivados de anteriores relaciones comerciales entre las partes, incluso entre el comprador y otras personas. Se trata de afectar el bien garantizado a la satisfacción de todas las deudas anteriores y futuras en favor del titular de la garantía, derivadas de las relaciones de negocios que mantiene con el deudor. Esta extensión de la garantía sobre la propiedad (*Erweiterter Eigentumsvorbehalt/ Sicherungsübereignung*) admite diversas modalidades.

La cláusula extensa-tipo sujeta el bien como garantía del pago de todas las deudas anteriores, presentes y futuras del deudor frente al acreedor, en sus relaciones comerciales habituales (*Geschäftsverbindungsklausel*). En el Derecho inglés, este tipo de cláusulas recibe el apelativo muy gráfico de *all sums* o *all moneys clauses*. Tal relación, no obstante, suele tener un reflejo o instrumentalización bancaria (*Saldoklausel*), dando lugar, entonces, a sus dos principales variantes.

a) Cláusula en cuenta corriente

158. La cláusula extensa en cuenta corriente (*Kontokorrentklausel*) extiende la garantía hasta la completa cancelación del saldo de la cuenta corriente que registra las operaciones entre acreedor y

¹⁰⁹ Cf. J.-P. SCARANO, *loc. cit.*, p. 545.

deudor. Es habitual que dos operadores económicos mantengan relaciones de negocios estables y que la compensación de sus créditos tenga lugar periódicamente; cada entrega y cada pago se contabilizan, en tal caso, en una cuenta corriente, cuyo saldo deudor a la fecha de la compensación queda garantizado, de forma que los pagos efectuados en el curso de su relación de negocios no extinguen la cláusula, salvo pacto en contrario.

b) Cláusula colectiva o de grupo

159. La cláusula colectiva o de grupo (*Konzernkausal*) constituye una extensión personal de la anterior. La garantía cubre asimismo los créditos contabilizados, no sólo a favor del vendedor, sino también de las empresas de su grupo, frente a las deudas del acreedor y de las empresas ligadas a él.

B) PROBLEMAS DE VALIDEZ Y TRANSPOSICIÓN

160. Salvo en el Derecho alemán, la nulidad, incluso *inter partes*, de las cláusulas extensas no admite dudas en el Derecho comparado. La nulidad viene determinada en ciertos casos *ex lege* ¹¹⁰, mientras en otros ha sido puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia ¹¹¹. En la mayoría de los casos, sin embargo, el desconocimiento de tales cláusulas es absoluto, pero su nulidad salta a la vista si se profundiza en las consecuencias que estas figuras producen en cualquier sistema de garantías. Las razones fundamentales estriban en su contrariedad con el orden público, particularmente de las cláusulas colectivas, que atentan contra el principio de buena fe e implican condiciones generales de la contratación abiertamente abusivas. Piénsese que, por su naturaleza, estas cláusulas impiden, *de facto*, que el deudor pueda adquirir la propiedad del bien gravado en caso de compraventa con reserva de dominio, o recuperarla con base en la facultad de retransmisión característica de la venta en garantía, con lo que se conculcan los principios elementales de una y otra figura ¹¹².

¹¹⁰ Así ocurre en el Derecho holandés (cf. B. G. P. ROGMANS, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 23).

¹¹¹ Es el caso del Derecho suizo (vid. I. JUVET, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 42; *id. op. cit.*, p. 19, nota 1).

¹¹² De ahí que tampoco resulte convincente el propósito de *convertir* una cláusula extensa en una simple venta en garantía (cf. sin embargo esta pretensión en I. JUVET, *loc. cit.*, p. 43, y N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 207).

La nulidad de estas cláusulas en el Derecho español obedece a los límites que impone el principio de causalidad. La imposibilidad de que el deudor acceda o recupere la propiedad del bien es incompatible con la causa de tales garantías; es más, la condición a que somete la venta en garantía o la reserva de dominio, implícitamente, una cláusula extensa, puede considerarse como una condición imposible en el sentido del artículo 1.116 Cc, que anularía el pacto. Por lo demás, el principio de buena fe, la desprotección jurídica del adherente, y su contrariedad con el orden público económico en materia de contratación y garantías, podrían añadirse para oponer a tales cláusulas el correctivo de orden público internacional. Todo ello sin entrar siquiera en la imposibilidad de que puedan producir efectos frente a terceros.

161. La validez de tales cláusulas es, por demás, dudosa en el propio sistema alemán, al menos por lo que se refiere a la *Konzernklausel*. La jurisprudencia alemana es dubitativa y en absoluto determinante¹¹³, en tanto que la doctrina se halla muy dividida¹¹⁴. En favor de la nulidad de la *Konzernklausel* y, por extensión, de la *Kontokorrentklausel*, aboga, en primer término, la contradicción de la cláusula extensa con el principio de respeto a las buenas costumbres, previsto en el § 138 BGB, consecuencia del evidente desequilibrio contractual y perjuicio económico que supone la cláusula. En segundo lugar, vulnera frontalmente la protección del adherente frente a las cláusulas generales de la contratación (§§ 3 y 9 AGB-Gesetz)¹¹⁵.

¹¹³ Como indica R. R. PENNINGTON, la jurisprudencia alemana ya había declarado en 1935 la validez de la cláusula en cuenta corriente, pese a su eventual contrariedad con las buenas costumbres, si bien su incompatibilidad con el orden público era afirmada si se trataba de bienes consumibles (*cf. loc. cit.*, p. 281). Sin embargo, la ST Apelación de Stuttgart de 22 de mayo de 1958 (*IPRspr*, 1, 113, p. 126) se pronuncia en el sentido de que un acuerdo concluido entre vendedor y comprador que contenga una cláusula de reserva de dominio tendente a garantizar no sólo el pago del precio de la venta de determinado bien, sino también todos los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios, era nulo en cuanto restrictivo de la libertad económica del comprador mínimamente exigible, y, especialmente, por impedirle el recurso a un crédito bancario (*cf. J. SERVOS, loc. cit.*, p. 397).

¹¹⁴ *Vid.* V. MITTMAN, «Zulässigkeit und Rechtswirkung der Konzernklausel», *NJW*, 1973, p. 1108; E. SCHULZE, *op. cit.*, p. 158; J. SERVOS, *loc. cit.*, p. 388; R. SERICK, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

¹¹⁵ *Vid.* en este sentido C. WITZ, *loc. cit.*, pp. 47-48, y H. LAMBSDORFF y U. HUBNER, *Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetz*, Colonia, RWS, 1982, pp. 80 y ss.

162. Como resultado del análisis anterior, parece claro que las posibilidades de transposición de las cláusulas extensas son prácticamente nulas. Habida cuenta de que las razones de su contrariedad con el orden público económico afectan tanto a las fórmulas extensas de reserva de dominio como de venta en garantía, carece de sentido el intento de atribuir efectos a una reserva de dominio extensa por la vía de considerar su equivalencia con una venta en garantía o prenda sin desplazamiento¹¹⁶. Ello llevaría a conceder al titular una propiedad fiduciaria o un privilegio de corte pignoraticio que es, precisamente, el contenido propio de las fórmulas complejas, sin eliminar el atentado que su admisibilidad produce contra los principios fundamentales del sistema de crédito y garantías.

Sin embargo, es posible lograr un efecto atenuado del orden público económico, que permita la transposición en ciertos casos. Hay que partir de la doble función de las cláusulas extensas: actúan como fórmulas simples respecto de la deuda generada por la adquisición del bien, o que constituye la causa de la transmisión fiduciaria en garantía, y como fórmulas extensas respecto de las demás deudas. Ello permite admitir los efectos de la cláusula extensa, como cláusula simple, cuando no haya cristalizado, e incluso transponerla parcialmente, tras su cristalización, como una cláusula simple operativa únicamente respecto al impago de la deuda original.

163. Por todo lo expuesto, resulta sorprendente la liberalidad con que la *House of Lords* ha transpuesto al Derecho inglés la cláusula extensa cuya eficacia se discutía en el asunto *Armour* (1990). Se trataba de determinar la eficacia de una cláusula de reserva de dominio ¡colectiva! impuesta por una empresa alemana, vendedora de un contingente de acero, a una empresa compradora escocesa. En las instancias inferiores, se había estimado la nulidad de la cláusula, por resultar incompatible con los principios del sistema de garantías escocés. La *House of Lords*, sin embargo, decidió la plena eficacia de dicha garantía, utilizando una interpretación absolutamente formalista, abstracta y conceptual¹¹⁷. Entendió que se trataba de una simple compraventa, sujeta a una condición concreta para el traspaso de la propiedad: la extinción de todas las deudas pendientes entre ambas empresas. Hasta que se cumpliera dicha condición, había que interpretar que la nuda propiedad permanecía en manos de la vendedora, conforme a lo dispuesto en el

¹¹⁶ *Vid. supra*, nota 11.

¹¹⁷ *Vid.* A. HICKS, *loc. cit.*, pp. 400-404.

artículo 17 SGA. Como se aprecia, la *House of Lords* no sólo transpuso la cláusula alemana, sino que la dotó de mayor eficacia que la pensable por la propia empresa alemana, conforme a su legislación.

Ni que decir tiene que esta decisión, por la fuerza de quien ha impuesto el precedente, ha causado un estupor considerable en los medios económicos y financieros británicos¹¹⁸, en contraste con la satisfacción que ha producido en esos mismos medios alemanes, y que se ha encargado de loar algún sector doctrinal¹¹⁹. La doctrina inglesa, al contrario, no ha tardado en mostrar su asombro y repulsa, tratando incluso de minimizar su importancia, con la esperanza de una decisión que modifique tal jurisprudencia cuando se plantee la eficacia de tales cláusulas frente a terceros, cuestión que no se suscitó en el caso *Armour*, y que, probablemente, aborte cualquier intento de transposición basado en una mecánica puramente contractual¹²⁰.

¹¹⁸ Cf. C. McLEOD, *loc. cit.*, p. 42.

¹¹⁹ Se nos antoja, en este sentido, erróneo y parcial el planteamiento de S. ROLOFF en su comentario al asunto *Armour*, en que prescinde, de un lado, de los propios problemas que plantean las cláusulas colectivas en el Derecho alemán y, de otro, del funcionamiento normal de las reglas de DIPr., que sólo permiten una transposición conforme a la nueva *lex rei sitae* cuando la institución no conculque su orden público; además, no observa el autor de este comentario que la transposición por la *House of Lords* no respeta siquiera el contenido pignoraticio que el Derecho alemán atribuye a las fórmulas complejas de reserva de dominio, con base en principio de elasticidad, que tan sabiamente han sabido deslindar otros autores alemanes. A juicio de S. ROLOFF, «la decisión de la *House of Lords* ha traído claridad en un importante y complejo problema. Los exportadores alemanes podrán confiar, después de ello, al menos en que una reserva de dominio colectiva será eficaz tanto en Escocia como en Inglaterra. La desafortunada construcción del Tribunal de Instancia, que condujo a una expropiación, se ha convertido ahora en imposible. Queda esperar que también se lleve a cabo una clarificación respecto de las cláusulas de reserva de dominio prolongadas» (cf. «*Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG. - Die Wirksamkeit eines deutschen Eigentumsvorbehalts im Schottland*», *IPRax*, 1991-4, pp. 274-276). Tal vez en las cláusulas prolongadas la clarificación sea posible, pero respecto de las cláusulas extensas, la decisión de la *House of Lords* sólo ha traído oscuridad, perplejidad y contradicciones, mientras que la decisión del Tribunal de Instancia era más coherente, resultando más que capcioso hablar de «expropiación». Por mi parte, no creo que los exportadores alemanes deban confiarse, siquiera ante un precedente de semejante magnitud.

¹²⁰ Vid. R. BRADGATE, *loc. cit.*, *passim*, y G. McCORMACK, *op. cit.*, pp. 104-109. Sobre las diferencias entre el asunto *Armour* y el precedente *Clugh Mill Ltd. c. Martin*, vid. C. MANCE, «The Operation of an «all debts» Reservation of Title Clause», *Lloyd's MCLQ*, 1992-1, pp. 35-39.

164. La decisión comentada constituye, a nuestro juicio, un ejemplo muy desafortunado y peligroso. Lo primero porque obedece a una interpretación conceptualista poco acorde con los verdaderos principios de un sistema de garantías. Lo segundo porque parte de una calificación contractual engañosa, que se erige en un mal ejemplo. La decisión de la *House of Lords* puede ser perfectamente reproducible en España. Si se admite la calificación de la reserva de dominio como un simple pacto que condiciona la transferencia de la propiedad en una compraventa, nada impide la admisión de los efectos *inter partes* de una cláusula colectiva; evidentemente, ello no es posible si se contempla la situación desde los postulados y principios materiales que sustentan no sólo un sistema de garantías, sino también un sistema jurídico como el nuestro. Cada riesgo en esta dirección obliga a defender la postura que en solitario ha mantenido entre nosotros R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, con una visión seguramente mucho más amplia y sólida que la del puro monografista.

III. Leasing internacional

1. Leasing como contrato y leasing como garantía

A) APROXIMACIÓN CONTRACTUAL

165. El *leasing* constituye una operación compleja. Como fenómeno global, se refiere a la actuación de una entidad crediticia (empresa de *leasing*) que, legalmente facultada para ello, actúa a instancias del acreedor y, conforme a sus instrucciones, adquiere de un vendedor o proveedor el bien elegido previamente por el acreedor, a quien cede inmediatamente su uso a cambio de una contraprestación periódica y durante un plazo determinado e irrevocable, transcurrido el cual, el acreedor puede optar entre devolver la cosa, prorrogar su uso a cambio de una contraprestación inferior o adquirir su propiedad a cambio de un valor residual previamente fijado¹²¹. Como fenómeno jurídico, esta operación involucra varias

¹²¹ Sobre el concepto y definición del *leasing*, vid. J. M.^o CUESTA RUTE, «Reflexiones en torno al *leasing*», *RDM*, 1970, p. 533; EL-MOHHTAR BEY, «La Convention d'Ottawa sur le crédit-bail international», *La Semaine Juridique (JCP)*, chr. 15643, 1989, pp. 726-727; A. REAL PÉREZ, «El *leasing*: un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme», *PJ*, núm. 19, 1990, p. 237.

relaciones jurídicas (compraventa entre vendedor y empresa de *leasing*, cesión de uso de la empresa de *leasing* al acreedor, y relaciones entre el acreedor y el vendedor, tanto pre como poscontractuales). En España, se suele entender, estrictamente, como contrato de *leasing*, o *leasing* a secas, la vinculación existente entre la empresa de *leasing* y el acreedor. Sin embargo, este criterio no tiene validez universal ni es extrapolable a otros sistemas jurídicos.

166. El *leasing* como fenómeno global y como contrato particular ha sido abordado desde distintas perspectivas. Fundamentalmente, la doctrina y la jurisprudencia ha enfocado la cuestión del régimen y naturaleza jurídica del *leasing* desde una aproximación contractual, tratando de resolver la atipicidad del *leasing* y su difícil encuadre en el sistema de obligaciones y contratos. Esta aproximación resulta en sí misma válida, pero no es capaz de ofrecer una justificación económica ni jurídica de la presencia del *leasing* en la realidad jurídica¹²². En primer término, su comprensión como contrato debe partir de dos datos que a menudo se olvidan y que han provocado algunas páginas inútiles. De un lado, algunos privatistas no hallan justificación alguna del *leasing* como contrato atípico, al ser perfectamente intercambiable con otras figuras típicas y clásicas de la contratación mercantil. Y es que la utilidad privada del *leasing* no radica en su estructura contractual, sino en sus ventajas fiscales, que constituyen la razón primordial, si no única, del auge del *leasing* en ciertas economías. La prueba de ello es el propio sistema alemán, en el que el *leasing* tiene una importancia económica y jurídica mínima, debida concretamente a una disposición fiscal¹²³.

Pero, de otro lado, el sentido parcial de la legislación sobre el *leasing* ha perturbado dicha aproximación contractual. En casi todos los sistemas, incluido el español, las normas positivas sobre el *leasing* se limitan a regular el régimen de las entidades de *leasing* o, a

¹²² La exclusiva contemplación del *leasing* como contrato resulta aún menos comprensible cuando se aborda dicha institución desde una perspectiva económica (*ad. ex.* en J. L. SEGURADO LLORENTE, *El leasing*, Barcelona, De Vecchi, 1992).

¹²³ En Alemania, el usuario es considerado como propietario de los bienes cedidos en *leasing*, cuyo valor deberá ser incluido en el activo del balance, pudiendo deducir de los beneficios imposables sólo las amortizaciones ordinarias admitidas por la amortización fiscal y los intereses de los alquileres. *Vid.* en este sentido M. GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, París, Litec, 1980, pp. 270-273, y L. ROJO AJURIA, «*Leasing*» mobiliario, Madrid, Tecnos, 1987, p. 118.

lo más, algunas cuestiones fiscales. Salvo contadísimas y poco relevantes excepciones, no existe reglamentación material alguna, en el Derecho comparado, acerca del *leasing* como contrato privado. Sin embargo, es fácil encontrar disposiciones como ocurre en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito¹²⁴, que contienen definiciones en torno al *leasing*, otorgándole una calificación determinada. Pues bien, en muchos casos, se ha recurrido a descontextualizar tales definiciones (emitidas dentro de una reglamentación con aspiraciones muy distintas a la de regular un determinado contrato), para hacer girar sobre ellas, de manera poco sistemática ni teleológica, toda interpretación sobre el contenido y naturaleza jurídica del contrato de *leasing*.

Hechas las apreciaciones anteriores, la aproximación contractual del *leasing* se nos antoja no sólo problemática, sino también inútil, desde un punto de vista funcional. Amparada la singularidad del *leasing* en motivos fiscales, carece de sentido buscar a dicha figura contractual alguna propiedad taumatúrgica dentro de un sistema de obligaciones. Dado el principio de autonomía de la voluntad, la tipicidad o atipicidad del *leasing* como contrato es una cuestión que pierde relevancia desde el momento en que no repercute, de forma decisiva, en el contenido obligacional del *leasing*, sobre el que no existen mayores dudas ni discrepancias.

B) LEASING COMO GARANTÍA

167. La complejidad y eventual atipicidad del *leasing* interesan, no obstante, desde una perspectiva real. Al margen del interés fiscal de la figura, la comprensión del *leasing* como garantía ofrece una perspectiva mucho más acertada de los problemas reales que, como institución jurídica, provoca el *leasing* dentro de un sistema de cré-

¹²⁴ BOE 30-VII-88. Concretamente la Exposición de motivos de esta Ley, en relación con su Disposición Adicional Séptima, retiene la calificación del *leasing* como arrendamiento financiero, que preveía el artículo 19 del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, sobre ordenación económica, medidas fiscales, financieras y de inversión pública —derogado en este punto por la Ley 26/1988—, así como otras disposiciones posteriores. [Cf. J. L. SANCHEZ-PARODI PASCUA, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, Montecorvo, 1989, pp. 36-37, N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 59-60 y A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de julio de 1988 en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional», *ADC*, 1991, pp. 961 y ss.].

dito y de garantías ¹²⁵. Como instrumento de financiación, el *leasing* constituye un ejemplo más de utilización de la propiedad con fines de garantía. Aquélla queda en manos de la empresa de *leasing* y sólo pasará a manos del usuario si éste ejerce la opción de compra y satisface, consecuentemente, el pago de todos los cánones y del importe del valor residual fijado. Siguiendo a M. GIOVANOLI, son tres los elementos que configuran el comportamiento del *leasing* como garantía: en primer lugar, el *leasing* es una operación de crédito o financiación, o, más concretamente, se reconduce a un préstamo dinerario; en segundo lugar, utiliza la conservación de la propiedad a modo de garantía, tanto frente al usuario como frente a terceros; finalmente, constituye una garantía sin desplazamiento, toda vez que el acreedor ostenta en todo momento la posesión del bien ¹²⁶.

Por esta razón, existe una clara tendencia a incluir el *leasing* en el catálogo de garantías reales de los distintos sistemas jurídicos ¹²⁷. Esta tendencia se aprecia, de modo significativo, en la reglamenta-

¹²⁵ Algunos especialistas comparten la idea de que la propiedad, como garantía, es el sustento económico-jurídico del *leasing*, especialmente frente a las eventuales situaciones de insolvencia del usuario o acreedor [vid. D. CRÉMIEUX-ISRAËL, *Leasing et crédit-bail mobiliers (aspects juridiques, comptables et fiscaux)*, París, Dalloz, 1975, pp. 8-9; J. M.^a CUESTA RUTE, *loc. cit.*, p. 604; M. GIOVANOLI, *op. cit.*, p. 4; M. LABIANCA y F. PARENTE, *Garanzie e autonomia privata nel leasing e nel factoring*, Nápoles, Jovene, 1981, pp. 29 y 36; L. RÉCZEI, «Leasing and its unification», *Unification. Liber Amicorum Sauveplanne*, Deventer, Kluwer, 1984, p. 216]; J. STOUFFLET, «L'usage de la propriété à des fins de garantie», *Les Sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles en droit français et en droit belge; sûretés issues de la pratique; droit international privé)* (Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983), París, Feduci, 1984, p. 331). Pero tampoco han faltado opositores recalci-trantes a la consideración del *leasing* como garantía. A. MUNARI niega dicha perspectiva partiendo de una concepción muy formalista, y de dos afirmaciones muy discutibles: en primer término, que la causa del *leasing* no es transferir la propiedad, sino la disponibilidad del bien para la producción; en segundo término, que la garantía económica viene dada por la propia productividad y rentabilidad de la empresa usuaria (cf. *Il leasing finanziario nella teoria di crediti di scopo*, Milán, Giuffrè, 1989, pp. 236-247). Esta última consideración es evidentemente ingenua, mientras que la primera es contradictoria: si se transmite la posibilidad de uso y disposición de una cosa para obtener a su través un beneficio económico, ¿podemos no llamar a dicho acto una transmisión de la propiedad? ¿qué se transmite entonces? ¿qué sentido tiene, pues, actualmente el concepto de propiedad?

¹²⁶ *Ibid.* pp. 369 y ss.

¹²⁷ En el sistema de garantías español, el *leasing* es incluido claramente, entre otros, por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (cf. prólogo a la edición española de R. SERICK, *Garantías mobiliarias...*, *op. cit.*, p. 15.), A. MANZANO SOLANO (vid. su calificación del *leasing* como garantía compleja: «Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero», *RCDInm*, núm. 611, 1992, p. 1812) y L. ROJO

ción norteamericana del UCC (§ 1-201), en la que el *leasing* es tratado, bajo ciertas condiciones, como una garantía mobiliaria más del sistema (*lease intended as Security Interest*). El modelo norteamericano se caracteriza, sin duda, por dos notas bien necesitadas en los sistemas europeos: funcionalidad (el *leasing* es tratado como una garantía porque cumple la misma función) y flexibilidad (siempre que de las circunstancias del caso se infiera dicha intención, y no nos hallemos ante un *true lease*) ¹²⁸.

2. Calificación de la operación y encuadre como garantía mobiliaria

A) CARACTERIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING EN EL DERECHO COMPARADO

168. La configuración del *leasing* como garantía, en el Derecho comparado, se realiza con base en la opción por la tipicidad o atipicidad de la figura. La solución de semejante opción condiciona las respuestas de D.I.Pr., principalmente en orden a su transposición. La complejidad natural de esta operación se acrecienta en este caso, dada la dificultad para precisar con exactitud cuál es la opción real en cada sistema jurídico. En muchos casos, la dificultad nace de identificar dos problemas que pueden ser resueltos separadamente: la tipicidad/atipicidad del *leasing* como contrato y como garantía.

Frente a la opción por la atipicidad, la búsqueda de la tipicidad abre, teóricamente, una triple alternativa: la primera de ellas consiste en asimilar el *leasing* a un arrendamiento financiero con opción de compra o *lease form*; se trataría de la posición inglesa respecto de la figura de la *hire-purchase*. La segunda, consolidada en sistemas como el americano o el alemán, estriba en llevar el régimen jurídico del *leasing* al de una cláusula con reserva de dominio o venta en garantía (*sale form*). Finalmente, queda la hipótesis de identificar el *leasing* con una hipoteca o prenda mobiliaria en el marco de una operación de préstamo (*loan form*); esta última posibilidad, sin embargo, hace referencia, más que a una caracterización específica del

AJURIA (cf. *op. cit.*, p. 176), si bien para otros muchos tratadistas parece no existir como garantía. En otros países, la consideración del *leasing* como un instrumento más del sistema de garantías y, en particular, como derecho de propiedad-garantía, es expresamente tenida en cuenta por el legislador (*ad. ex.* el RD belga de 8 de octubre de 1976, *cit.* por M. GIOVANOLI, *op. cit.*, pp. 303-304).

¹²⁸ Sobre esta distinción, y sobre el *leasing* en general, en el Derecho norteamericano, *vid.* por todos L. ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 73-109.

leasing como garantía, a un intento de reconducción de todas las garantías sin desplazamiento hacia un modelo común ¹²⁹.

a) *El leasing como arrendamiento financiero*

169. La asimilación del *leasing* con contratos típicos no se reduce a la búsqueda de la identidad con el arrendamiento financiero. Se ha intentado asimilar la operación en su conjunto, o bien alguno de sus segmentos, a figuras como el mandato ¹³⁰ o el mutuo o préstamo ¹³¹. Sin embargo, al margen de la asimilación con fórmulas de venta, la calificación más común del *leasing* gira en torno a la figura del arrendamiento, calificado como *financiero* ¹³². En nuestro Derecho, esta calificación arrendaticia está presente en un sector de la doctrina y en algún precedente aislado de la jurisprudencia menor ¹³³.

¹²⁹ Cf. esta clasificación en J. M.^a CUESTA RUTE, *loc. cit.*, p. 617. Para un resumen de la calificación del *leasing* en distintos ordenamientos jurídicos, *vid.* A. FRIGNANI, *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising*, Turín, Giapichelli, 1991, pp. 176-177.

¹³⁰ Esta teoría trata de explicar, como pone de relieve N. BOUZA VIDAL, por qué es el fabricante o suministrador de los bienes de equipo, y no la empresa de *leasing*, el que está obligado a poner los bienes a disposición del usuario y a responder frente a él por los vicios y defectos del material (*cf. op. cit.*, p. 61). Para una exposición de los postulados de esta teoría *vid.* J. L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, pp. 113-116.

¹³¹ Sobre la consideración del *leasing* como contrato de naturaleza crediticia y financiera, *vid.* J. L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *ibíd.*, pp. 119-130, y A. MANZANO SOLANO, *loc. cit.*, pp. 1794-1796.

¹³² Se trata de la opción seguida mayoritariamente en Francia, si bien en la actualidad se detecta una inclinación por la atipicidad de la figura (*vid.* M. GIOVANOLI, *op. cit.*, p. 223). Una vacilación entre la calificación como arrendamiento y como venta se observa en la doctrina alemana (*cf.* L. ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 111-114).

¹³³ En nuestra doctrina, la naturaleza arrendaticia ha sido defendida por R. ILLESCAS ORTIZ («El *leasing*: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato», *RDM*, 1971, *passim.*), y, más recientemente, por R. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y M. T. DE GISPERT PASTOR («La operación de *leasing*, ¿es una operación de crédito?», *RDBB*, 1988, *passim*, esp. pp. 489, 494, 497 y 502), siguiendo al pie de la letra, de forma criticable, la propia calificación dada por el artículo 19 del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, cuya función no era regular los aspectos privados de un nuevo contrato, sino situarlo en el marco de medidas fiscales, financieras y de inversión pública. Este mismo argumento, aunque matizado, está presente en la SAP Barcelona (Sección 4.^a) de 5 de julio de 1986 (*cf.* M. C. SÁNCHEZ-MIGUEL, «Incumplimiento del contrato de *leasing* como causa de oposición al juicio ejecutivo de letra de cambio», *RDBB*, 1989, p. 411, y comentario al respecto de la autora en p. 419). Más desconcertante es la afirmación de J. L. SEGURADO LLORENTE, al calificar al *leasing*, al mismo tiempo, como contrato atípico y de arrendamiento de cosa (*cf. op. cit.*, pp. 69-72).

La especialidad que el calificativo *financiero* introduce en el contenido del contrato, por mor de las condiciones generales que le caracterizan, provocan, de hecho, un sustancial alejamiento de la figura del arrendamiento y, consecuentemente, una inevitable nota de atipicidad o distanciamiento de dicha figura. Así, en el *leasing* es el usuario quien asume la obligación de conservar, reparar y asegurar los bienes, al tiempo que asume la responsabilidad por daño, robo o extravío del bien ¹³⁴. Este factor bastaría, por sí sólo, para demostrar que en el *leasing* no suele existir un elemento que es fundamental a la causa y función del arrendamiento: la intención del propietario del bien de no ceder la propiedad, y de mantener la situación jurídica que caracteriza al propietario. En el *leasing*, al menos en el *leasing* financiero, la empresa de *leasing* carece de interés alguno en el bien; su interés se centra en el pago de la financiación. Su derecho sobre el bien sólo se concibe en garantía de dicho pago ¹³⁵. Lleva razón, en consecuencia, A. VIOLANTE, cuando afirma que en el *leasing*, el pretendido canon es una cuota de amortización del capital más los intereses como reembolso de la financiación y, de ningún modo, una merced a cambio del uso ¹³⁶. De ahí la incorrección económica y jurídica que supone la asimilación del *leasing*, de todo *leasing*, al arrendamiento (*lease form*).

b) *El leasing como venta en garantía*

170. Dentro de los planteamientos que asimilan el *leasing* a fórmulas de venta (*sale form*), tiene una cierta acogida su identificación con una venta en garantía. Esta calificación parece la más acertada en los mecanismos de *lease-back*: el usuario, propietario de un bien industrial o de equipo, va a utilizarlo como medio de financiación o refluotación de la empresa, mediante su venta a una entidad financiera, que a renglón seguido se lo revende a plazos o cede en *leasing*. Detrás de la fachada de esta operación lo que existe, realmente, es una operación de préstamo con cesión de la propiedad del acreedor en garantía del pago; en consecuencia, la

¹³⁴ *Vid.* N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁵ Para una crítica más detallada de la asimilación del *leasing* al arrendamiento financiero, *vid.* M. GIOVANOLI, *op. cit.*, pp. 355-361, y, en nuestra doctrina, J. L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, pp. 148-153.

¹³⁶ *Vid.* La «locazione finanziaria» e la individuazione della disciplina, Nápoles, Ed. Scientifiche Italiane, 1988, pp. 26-33.

entidad financiera ostenta un derecho de propiedad-garantía de carácter fiduciario, y su régimen internacional pasa por las mismas vicisitudes que la venta en garantía, analizadas más arriba ¹³⁷.

171. Mayores problemas implica identificar el *leasing*, en general, y el *leasing* financiero, en particular, con la venta en garantía. Pese a que la jurisprudencia española facilita, en alguno de sus fallos, la comprensión del *leasing* como un negocio fiduciario ¹³⁸, existe una diferencia fundamental de índole económica y jurídica. El usuario no cede en garantía un bien de su propio patrimonio con el fin de obtener una financiación general (préstamo a secas), sino que la propiedad del bien queda en manos de la entidad de *leasing* con el fin de garantizar el pago de la propia adquisición de dicho bien de manos de un tercero proveedor (préstamo para adquirir). La identidad entre venta en garantía y *leasing* no prospera, por tanto, al no respetarse el principio de inmediatividad que caracteriza la primera figura (*Unmittelbarkeitsprinzip*), esto es, la necesidad de que el bien objeto de venta en garantía provenga del patrimonio del deudor ¹³⁹.

Aunque puede ser discutido el principio de inmediatividad como causa final de una diferencia entre la venta en garantía y el *leasing*, sobre todo en el Derecho alemán, lo cierto es que hace pensar en que el *leasing* financiero se acerca más, en todo caso, a otra fórmula de venta: la venta a plazos con reserva de dominio, y al régimen de sus préstamos de financiación.

c) Leasing y venta con a plazos con reserva de dominio

172. Sin duda, la figura económica más próxima al *leasing* es la venta a plazos con reserva de dominio; hasta tal punto, que no han faltado razones en el Derecho español para incluir el *leasing* den-

¹³⁷ Vid. en este sentido G. PARLEANI, «Le contrat de lease-back», *Rev. trim. dr. comm.*, 1973, pp. 700-739, esp. pp. 700, 732 y 735 y ss., y A. MANZANO SOLANO, *loc. cit.*, pp. 1796-1797.

¹³⁸ Vid. J. M. CUESTA RUTE, *loc. cit.*, p. 607 y ss.

¹³⁹ Sobre el principio de inmediatividad, en general vid. G. WALTER, *Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand*, Tubinga, 1974, esp. pp. 10, 50-99 y 113-147. Aunque la mayoría de los autores aducen este principio como impedimento para una pretendida analogía entre *leasing* y venta en garantía, (vid. en esta dirección, M. GIOVANOLI, *op. cit.*, pp. 298-299, 386-390, 429-430 y 439, y en nuestra doctrina J. M. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, pp. 132-133), también existe en Alemania una corriente doctrinal crítica frente a la propia virtualidad del citado principio. En este sentido, estamos de acuerdo con L. ROJO AJURIA en el sentido relativo que tiene dicho principio de inmediatividad con referencia a la distinción entre fiducia y representación indirecta en el Derecho alemán (cf. *op. cit.*, p. 161).

tro de la legislación especial en materia de venta a plazos con reserva de dominio ¹⁴⁰, al igual que ocurre en otros países ¹⁴¹. Nuestra jurisprudencia, partiendo de una identificación inicial del *leasing* y la venta a plazos (STS de 28 de marzo de 1978), ha matizado posteriormente que la aplicación de la legislación sobre venta a plazos al *leasing*, sólo opera si media simulación, esto es, si el *leasing* es simplemente un negocio aparente que persigue la misma finalidad traslativa de la venta a plazos, siendo la regla general la diferenciación del *leasing* de la venta a plazos con reserva de dominio (STS 28 marzo de 1981, 18 de noviembre de 1983, 26 de junio de 1989 y 28 de mayo de 1990) ¹⁴².

Frente a esta asimilación inicial, se suele oponer una diferencia fundamental entre ambas operaciones: en la venta a plazos con reserva de dominio existe una operación bipartita entre el adquirente y el vendedor o proveedor, y las garantías sobre la propiedad retenidas (reserva de dominio) favorecen no a una entidad financiera, sino a un proveedor-comerciante, destinándose a favorecer el intercambio directo de bienes. En contrapartida, en el *leasing* se asiste a una operación tripartita, en la que el beneficiario de la garantía es una entidad financiera intermediaria y la operación promovida una operación de préstamo o financiación para adquirir. El régimen de ambas figuras, por tanto, puede diferir notablemente según cual sea la política económica del legislador y su concepción de la organización del crédito y sus correspondientes garantías. A esta objeción se añaden otras: distinta forma de perfección de ambos contratos (real o consensual), y, sobre todo, presunción indebida de la causa traslativa del *leasing*, dado que la transferencia de

¹⁴⁰ Sobre dicha identidad en España, vid. L. ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 152-155, y A. MANZANO SOLANO, *loc. cit.*, pp. 1800-1801.

¹⁴¹ Sobre la identidad del *leasing* y la reserva de dominio, y la aplicación del mismo régimen legal en Italia, vid. EL-MOKHTAR BEY, «De la location financière ou 'locazione finanziaria' en Italie», *DPCI*, vol. 13, 1987-3, pp. 556-557, y G. MIRABELLI, «Il leasing in diritto italiano», *BBTC*, 1974-I, pp. 228-260. En Bélgica, vid. L. SIMON, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 285. En Francia, vid. M. GIOVANOLI, *op. cit.*, pp. 226-229. En Suiza, vid. M. GIOVANOLI, *op. cit.*, 361-363; F.-E. KLEIN, *loc. cit.*, pp. 521-522, e I. JUVET, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 39. En Alemania, vid. H. HAUSHEER, «Finanzierungs-Leasing beweglicher Investitionsgüter», *ZBJ*, 1970, pp. 209-230, y C. KLASS, «Die Risikoverteilung bei neueren Finanzierungs-methoden», *RIW*, 1968, pp. 1502-1508.

¹⁴² Vid. para un sucinto análisis esquemático de la jurisprudencia inicial C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 24 y 25. La venta a plazos en cubierta en una operación de *leasing* es una situación muy frecuente en el mercado automovilístico (cf. J. SANTOS BRIZ, «La venta a plazos financiada y modalidades actuales del arrendamiento de bienes muebles», *RDCir.*, núm 1/92, p. 5).

la propiedad sólo tendría lugar a voluntad del usuario, si éste ejercita finalmente la opción de compra ¹⁴³.

173. Si las afirmaciones anteriores son inconcusas, no es menos cierto que pierde alguna relevancia en aquellos sistemas que, como el español, someten la venta a plazos con reserva de dominio al mismo régimen que los préstamos de financiación, permitiendo la cesión de la reserva de dominio a la entidad financiera con idénticos derechos. De esta forma, no parece haber diferencia alguna entre el *leasing* financiero, con finalidad traslativa, y una venta a plazos con reserva de dominio en la que, en virtud de un préstamo de financiación al vendedor, la reserva de dominio se traslada a la entidad financiera que ha satisfecho al vendedor el importe íntegro del precio del bien, subrogándose en todos sus derechos frente al acreedor, incluyendo la reserva de dominio ¹⁴⁴. A esta identidad coadyuva el propio tenor del artículo 2.2 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que extiende la aplicación de dicha ley a todo contrato mediante el cual las partes se propongan conseguir los mismos fines que con la venta a plazos. Pero no hay que olvidar que el artículo 21 del Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, excluye expresamente el arrendamiento financiero del propio artículo 2.2 de la Ley de Venta a Plazos, siempre que tales contratos se atengan a lo dispuesto en el mencionado Real Decreto.

Con todo, sin perjuicio de la aplicación al *leasing* de las normas específicas del arrendamiento financiero, no hay que perder de vista que estas normas son fundamentalmente fragmentarias y apenas tocan los aspectos de Derecho privado relativos al *leasing*. Es aquí donde las lagunas justifican una aplicación analógica de los principios y normas de la legislación sobre ventas a plazos con reserva de dominio, especialmente en lo que atañe a los préstamos de financiación al vendedor, donde la identidad de razón es insoslayable en algunos tipos de *leasing*.

174. Cosa distinta es la pretendida falta de analogía entre el *leasing* y los préstamos de financiación al comprador. En este caso, la operación es, técnicamente, una venta al contado entre el vende-

¹⁴³ Para una visión crítica de la identificación entre *leasing* y venta a plazos, en nuestra doctrina, *vid.* J. M. EMBID IRUJO, «Sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* [Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990]», *La Ley*, 1990-4, p. 713; R. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y M. T. DE GISPERT PASTOR, *loc. cit.*, p. 495. En general, *vid.* M. GIOVANOLI, *op. cit.*, pp. 361-363; A. VIOLANTE, *op. cit.*, pp. 34-45, y J.-L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, pp. 143-148.

¹⁴⁴ *Vid.* al respecto J. L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, pp. 119-121.

dor y el comprador, y la presencia de una reserva de dominio en manos de la entidad financiera no difiere de una simple venta en garantía. El comprador adquiere el bien que inmediatamente retransmite en garantía a la entidad financiera. Sin embargo, en términos económicos, puede decirse que el principio de inmediatividad es más aparente que real e, incluso, plantea muchos problemas de acotación temporal. En los préstamos de financiación al comprador, es la entidad financiera quien facilita el pago íntegro del importe del bien, y ello es lo que determina al comprador a ceder la propiedad del mismo en garantía. Cuando la propiedad en garantía del pago de una financiación recae sobre el mismo bien cuya adquisición se financia, no parece exacto hablar de existencia de inmediatividad (¿en qué momento ha ostentado el comprador la propiedad del bien?), y, por ello, tanto el *leasing* financiero como la venta en garantía del propio bien financiado son figuras similares a los préstamos de financiación al comprador en una venta con reserva de dominio. Como sólo esta última operación goza en nuestro país de un régimen legal positivo, semejantes ventas en garantía o *leasings* pueden someterse, por analogía, a dicho régimen, o bien, cuando estamos ante una operación internacional, lograr la equivalencia en el foro a través de dicho mecanismo.

En todo caso, semejante transposición o equivalencia de instituciones sólo se mantiene sobre un postulado que aún no hemos sometido a examen: la causa traslativa de algunos contratos de *leasing*. La consideración relativa a la falta de este presupuesto es la que justifica la doctrina y jurisprudencia que abogan por la atipicidad del *leasing* como contrato y la eventual inexistencia de un derecho de propiedad en garantía.

d) Leasing como institución atípica

175. La insuficiencia de las instituciones preexistentes para dar una explicación completamente satisfactoria del fenómeno del *leasing* justifica la clara tendencia actual a configurarlo como una institución atípica ¹⁴⁵. A nuestro juicio, como modalidad contractual,

¹⁴⁵ Esta tendencia a favor de la atipicidad del *leasing* se refleja tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En el primer ámbito, se debe a la doctrina italiana los mayores esfuerzos por justificar dicha concepción (*cf.* A. VIOLANTE, *op. cit.*, pp. 48-49, y M. GIOVANOLI, *op. cit.*, pp. 317-330), arraigada también en la doctrina española (*vid.*, especialmente, J.-L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, p. 154, y A. MANZANO SOLANO, *loc. cit.*, pp. 1802-1805); en la doctrina internacio-

parece evidente la atipicidad del *leasing*. Ni su causa, ni sus requisitos de validez, ni su contenido son los mismos que en el arrendamiento financiero, la venta en garantía o la venta a plazos.

La afirmación sobre la atipicidad contractual del *leasing* no resuelve, sin embargo, los problemas que derivan de la aproximación real, esto es, de la caracterización de la posición real de la empresa de *leasing* en torno a un derecho de garantía real. Puede decirse que el problema del *leasing* no es admitir la atipicidad de un contrato, sino del derecho real de garantía que genera y de sus relaciones con los principios básicos de un sistema de garantías. Si el contrato de *leasing* se identifica hacia fórmulas arrendaticias, o bien se construye su atipicidad con base en la negación de la causa traslativa del contrato (contrato de cesión de uso de medios de producción), el problema real desaparece, al existir en manos de la empresa de *leasing* un puro y simple derecho de propiedad. Si, al contrario, se admite la identificación del *leasing* con alguna fórmula de venta o se construye como contrato atípico a partir de una causa fundamentalmente traslativa de la propiedad, entonces surge el problema de encuadrar el derecho de propiedad-garantía existente en favor de la empresa de *leasing*. La opción en este caso es doble: o se trata de una garantía atípica, con los consecuentes problemas de admisibilidad en el plano interno y de reconocimiento en el plano internacional, o bien puede reconducirse a otras fórmulas de garantía equivalentes existentes en el foro (reserva de dominio o venta en garantía).

176. Los problemas anteriores no admiten una única respuesta. La misma jurisprudencia española que ha resaltado la atipicidad del *leasing*, ha puesto de manifiesto la falta de uniformidad de esta institución. Y así, aun quienes defienden la atipicidad del *leasing*, no pueden por menos que reconocer su diversidad funcional. En concreto, hay cierta unanimidad al afirmar que, si existe auténtica

nalprivatista española, se muestra partidaria de la atipicidad N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 62-63; (en la extranjera *vid.* M. GIOVANOLI, *ibid.*, pp. 300-302). Por su parte, la jurisprudencia española más actual, confirma los pronunciamientos iniciales, algo más dubitativos, a favor de la atipicidad del *leasing*, como «un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme». Este pronunciamiento de la STS (Sala 1.ª) de 26 de junio de 1989 sirve, precisamente, de título al comentario jurisprudencial de A. REAL PÉREZ, que se muestra, asimismo, firme defensora de la atipicidad del *leasing* (*cf. loc. cit.*, p. 236). Más recientemente, la SAP de Madrid de 23 de diciembre de 1991 confirma el carácter complejo y atípico del contrato de *leasing* (*La Ley*, 22 de abril de 1992, p. 4).

voluntad traslativa del dominio en el contrato, su régimen jurídico se desliza sobre el concepto de simulación hacia la reglamentación legal de la venta a plazos con reserva de dominio

Efectivamente, es un lugar común admitir la excepción de atipicidad, en favor de la asimilación a una venta a plazos con reserva de dominio, cuando, a través de la figura del *leasing*, las partes pretenden simplemente los mismos fines que con la venta a plazos con reserva de dominio, esto es, transmitir el dominio de un bien, con pago aplazado y financiado, sujeto a una garantía sobre la propiedad. Encontramos este pensamiento en la doctrina y jurisprudencia comparada¹⁴⁶ y española¹⁴⁷. Sin embargo, frente al evidente carácter excepcional del caso, es lícito preguntarse si, en la práctica, no existe todo un sector del mercado (automóviles) y un buen número de contratos de *leasing* que, de hecho, se caracterizan por esa finalidad traslativa. En tal caso, habría que afirmar que la excepción conceptual deviene regla en la práctica y que el auténtico problema es determinar el contenido y efectos de la propiedad en garantía en manos de la empresa de *leasing*.

177. La distinta naturaleza de la operación condiciona directamente la suerte en el tráfico externo. Según las circunstancias del contrato de *leasing* (atipicidad en torno a la figura del arrendamiento financiero, o asimilación a la venta a plazos por su finalidad traslativa), podemos encontrarnos con dos cuestiones diferentes: la mera transposición del *leasing* internacional a la concepción del *leasing* del foro, o bien su calificación como fórmula de financiación de un contrato traslativo de dominio, acompañado de un derecho de propiedad-garantía, que será preciso transponer, en su conte-

¹⁴⁶ *Vid.* en particular D. CRÉMIEUX-ISRAEL, *op. cit.*, pp. 11-13.

¹⁴⁷ *Vid.* en este sentido J.-M. MARTÍN OVIEDO, *El «leasing» ante el Derecho español (arrendamiento financiero: régimen mercantil y fiscal)*, Madrid, 1972, pp. 72-74; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «El *leasing* y la ley de venta a plazos de bienes muebles», *ADC*, 1980, pp. 759-785; *id.*, «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y control de las condiciones generales», *ADC*, 1981, pp. 70-73; J. L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, pp. 146-148. En la jurisprudencia española, la asimilación del *leasing* a una venta a plazos con reserva de dominio como excepción a su atipicidad, en caso de asimilación, es asimismo una constante, imprecisa en la STS de 28 de marzo de 1978, pero meridiana en las SSTS de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983, y, sobre todo, en la STS de 28 de mayo de 1990 que decretó, precisamente, la existencia de uno de tales supuestos de mercedores de una descalificación del *leasing* en venta a plazos con reserva de dominio simulada [RAJ, núm. 4092; *vid.* A. REAL PÉREZ, «*Leasing* y compraventa. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990», *RFDUCM*, núm. 79, 1990, pp. 347-353].

nido y efectos, al sistema de garantías del foro ¹⁴⁸. Evidentemente, desde nuestra perspectiva, nos interesa determinar en qué casos puede hablarse de un *leasing* con finalidad traslativa y, en consecuencia, de un derecho de propiedad-garantía necesitado de cumplir las condiciones de validez, contenido y oponibilidad previstas para el tráfico internacional. Y este interés nos obliga, en primer término, a intentar determinar las condiciones bajo las cuales un contrato de *leasing* presenta, conforme a las concepciones del foro, una finalidad traslativa. Obviamente, esta cuestión será analizada a continuación, fundamentalmente desde la perspectiva del sistema español.

B) *LEASING* CON FINALIDAD TRASLATIVA: CONDICIONES PARA LA IDENTIFICACIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD EN GARANTÍA

a) *Carácter financiero del leasing*

178. La primera condición para determinar el carácter traslativo del *leasing*, generador de un eventual derecho de propiedad-garantía, es su carácter financiero. Esta cualidad permite distinguir el *leasing* financiero de otras figuras, particularmente el *leasing* operativo y el *renting*, en las que no existe posibilidad, ni necesidad, de que el usuario del bien adquiera la propiedad; en este tipo de operaciones, se trata básicamente de puros arrendamientos a muy corto, corto y medio plazo, de productos tecnológicos, de complejo uso y elevado coste, susceptibles de una rápida obsolescencia. La operación suele acompañar a la cesión de uso la asistencia técnica del cedente del bien. Por su naturaleza, este tipo de operaciones suelen ser, además, bilaterales (*leasing* directo), vinculando al usuario con el proveedor o fabricante del bien, sin intervención de una entidad financiera intermediaria ¹⁴⁹.

¹⁴⁸ F.-E. KLEIN ha puesto bien de relieve esta doble opción en el sistema suizo frente al *leasing* internacional (cf. *loc. cit.*, pp. 521-522).

¹⁴⁹ Sobre la figura del *leasing* operativo, y su distinción del *leasing* financiero, vid. J. M. CUESTA RUTE, *loc. cit.*, pp. 536 y ss.; M. GIOVANOLI, *op. cit.*, pp. 54-55; A. MUNARI, *op. cit.*, pp. 15-33; L. RÉCZEI, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 213-214; L. ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 24-28. Es interesante el planteamiento de J. DE THEUX DE MEYLANDT Y MONTJARDIN, en el sentido de que el *leasing* operativo conlleva un diferente reparto de riesgos, en relación con el *leasing* financiero, toda vez que el mantenimiento del bien, con su correspondiente garantía, corre a cargo del cedente del uso [cf. *Le leasing mobilier en Belgique (aspects pratiques comptables et*

El carácter financiero del *leasing* implica que los cánones satisfechos están calculados para obtener una amortización de la totalidad o de una parte importante del coste material del bien, aunque dicho carácter financiero no exige necesariamente la presencia de una opción de compra en favor del usuario, como demuestra el propio artículo 2 del Convenio de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre el *leasing* internacional ¹⁵⁰, si bien la legislación y la jurisprudencia española, a la hora de distinguir *leasing* operativo de *leasing* financiero, hacen mención a la necesaria concurrencia de la opción de compra ¹⁵¹. Resulta curioso, en todo caso que, habiendo sido la expresión «*leasing*» importada de la lengua inglesa universalmente, esta expresión se refiere, en el Derecho inglés, a operaciones sin opción de compra, en tanto que se reserva la expresión *hiring*, para aquellos contratos que sí la incluyen ¹⁵².

Concurra o no opción de compra, el carácter financiero del *leasing* es una condición indispensable o *præius* para que pueda existir finalidad traslativa, pero no es una condición de por sí suficiente para identificar el *leasing* financiero con una *sale form* acompañada de un derecho de propiedad-garantía.

fiscaux), Bruselas, Bruylant, 1989, pp. 23-24]. Sobre la correlación entre *leasing* financiero, por oposición a *leasing* operativo, y la determinación de la existencia de garantías reales, vid. E. UYLDERT y E. WIGGERS, «The Netherlands», *Leasing Law in the European Community* (ed. por H. Rosen), Londres, Euromoney, 1990, p. 134.

¹⁵⁰ Vid. en este sentido EL-MOKHTAR BEY, «La Convention...», *loc. cit.*, p. 727. Para un análisis más detallado acerca de la opción de compra como elemento eventualmente esencial del *leasing*, vid. A. MUNARI, *op. cit.*, pp. 109-118. En algunos sistemas jurídicos, la presencia de la opción de compra en el *leasing* es obligatoria (cf. respecto al sistema belga, J. DE THEUX, *de Meylandt et Montjardin*, *op. cit.*, p. 21).

¹⁵¹ Sobre la base del artículo 19 del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, la SAP Barcelona (Sección 4.ª) de 5 de julio de 1986 deslinda, efectivamente, *leasing* financiero de *leasing* operativo, exigiendo para el primero la concurrencia de opción de compra (cf. *La Ley*, 1986-IV, p. 568). Posteriormente, la distinción entre *leasing* financiero y operativo, algo más difusa, aparece en los fundamentos jurídicos de la STS de 30 de abril de 1991 (RAJ, núm. 3115, y comentario de C. AMESTI MENDIZÁBAL, «Sentencias del Tribunal Supremo en relación al contrato de *leasing* financiero», *RDBB*, núm. 44, 1991, pp. 1117-1126).

¹⁵² Cf. J. ADAMS, *Commercial hiring and leasing*, Londres/Edinburgo, Butterworths, 1989, *passim*. Otra contradicción interesante, es que en el Derecho inglés la expresión *leasing* abarca el conjunto de la operación, mientras que su traducción en otros sistemas, como en Francia (crédit-bail) o, más literalmente, en España, se suele constreñir a las relaciones entre la empresa de *leasing* y el usuario (cf. esta advertencia en D. CRÉMIEUX-ISRAEL, *op. cit.*, pp. 7-8).

b) *Carácter trilateral de la operación*

179. El carácter trilateral o indirecto de la operación define asimismo al *leasing* financiero, pero tampoco es una condición suficiente para afirmar su finalidad traslativa (*sale form*), y, en consecuencia, negar su atipicidad con base en una simulación de una forma de venta con garantía sobre la propiedad. El carácter trilateral es, sin embargo, una exigencia del *leasing* financiero que ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia española de forma reciente ¹⁵³.

La trilateralidad del *leasing* financiero permite, en primer lugar, diferenciarlo de otras especies de *leasing* afines, pero de muy distinta naturaleza: las fórmulas de *leasing* directo. Así, el propio *leasing* operativo presenta normalmente una estructura bilateral, que vincula únicamente a usuario o proveedor; lo mismo ocurre con la venta a plazos con reserva de dominio. El carácter bilateral de la operación condiciona el régimen jurídico por la condición de los sujetos; un sistema de crédito y garantías concreto puede, por razones de política económica, no hacer extensibles a los intermediarios financieros las garantías que facilita a los proveedores. La opción económica radica aquí entre favorecer la financiación para la adquisición de bienes productivos, o la financiación a secas y simple endeudamiento de la empresa. Por este motivo, la asimilación del *leasing* a la venta a plazos con reserva de dominio sólo tiene sentido cuando esta última se trilateraliza, en virtud de la admisión de un préstamo de financiación, siguiendo el específico régimen jurídico de éste y no de aquélla.

180. La distinta entidad de la opción económica aludida distingue asimismo al *leasing* financiero trilateral de otras fórmulas bilaterales como el *lease-back*, que une al usuario no a un proveedor, sino a una entidad financiera. Tratándose de un bien que forma parte del patrimonio del deudor (principio de inmediatidad), el *lease-back* constituye una simple venta en garantía, cuyo fin es satisfacer las necesidades de financiación genéricas del usuario ¹⁵⁴. No obstante, si el *lease-back* se refiere no a un bien que forma parte

¹⁵³ Meridianamente en la SAP de Madrid de 23 de diciembre de 1991 (*La Ley*, 22 de abril de 1992, p. 4), y en la STS de 30 de abril de 1991 (*RAJ*, núm. 3.115).

¹⁵⁴ Sobre el *lease-back* como garantía real encubierta, *vid.* J. ADAMS, *op. cit.*, pp. 45-46; G. PARLEANI, *loc. cit.*, *passim.*; M. BELTRAMO, «Italy», *Leasing Law in the European Community*, *op. cit.*, p. 105.

del patrimonio del deudor, sino a un bien que el deudor sólo posee en precario, en virtud de la intención de adquirirlo, la finalidad de la financiación es la adquisición de dicho producto. En tal caso, aunque el *lease-back* sea técnicamente una venta en garantía, que cumple sólo ficticiamente el principio de inmediatidad, nos encontramos con una fórmula similar al préstamo de financiación del comprador en la venta a plazos con reserva de dominio y, en tal caso, las afinidades con el *leasing* financiero resultan más sencillas, pese a la bilateralidad de la relación. Tanto uno como otro son instrumentos de financiación para la adquisición de un producto por el usuario, utilizados por una entidad crediticia intermediaria; la diferencia estriba, sencillamente, en el distinto modo y momento en que aparece el proveedor como parte de la operación.

c) *Opción de compra sin opción económica*

181. La opción de compra es el elemento fundamental para que pueda identificarse el *leasing* financiero con una fórmula de venta asociada a un derecho de propiedad en garantía. Sin finalidad traslativa, no ha lugar a hablar de semejante derecho, sino de una pura y simple nuda propiedad de la empresa de *leasing*. Sin embargo, al configurarse como una opción más entre las tres de que suele disponer el usuario (comprar, prorrogar el arrendamiento por un canon inferior, o terminar el contrato), de hecho impide afirmar la función traslativa del contrato antes de ejercitarse la opción y, consecuentemente, la existencia de derecho de propiedad-garantía alguna. Confirmada la opción, la compra se efectúa al contado y, consecuentemente, la propiedad se traslada al usuario sin que sea preciso constituir derecho de garantía alguno sobre un pago ya efectuado ¹⁵⁵.

182. Si admitimos este planteamiento, parece imposible incluir al *leasing* entre las instituciones que generan un derecho de propiedad en garantía, a fuer de contradictorio afirmar que la opción de compra es el elemento fundamental de semejante calificación. Y así es desde un análisis puramente jurídico-formal. Pero si interpretamos el contrato desde un punto de vista económico (perspec-

¹⁵⁵ En favor de la intangibilidad de la naturaleza arrendaticia del *leasing* ante la existencia de una opción de compra, *vid.* R. ILLESCAS ORTIZ, *loc. cit.*, pp. 113-114.

tiva que viene impuesta en el análisis de la causa de los negocios jurídicos) nos encontramos con que, en un caso, es obligado afirmar la función traslativa del *leasing* y la existencia, en manos de la empresa de *leasing*, de un auténtico derecho de propiedad en garantía: cuando la opción de compra estipulada es irreal desde un punto de vista económico, aunque formalmente exista. Se trata de la opción de compra sin otra opción que comprar u opción simulada o fraudulenta. De ahí el título de este subepígrafe.

Dicha falsa opción viene determinada, fundamentalmente, por la cuantía de los plazos o cánones, cuya satisfacción pueden implicar el pago efectivo del precio de compraventa aplazado del bien. Cuando esto ocurre, el valor residual del bien que es preciso satisfacer presenta un importe mínimo o simbólico, que aboca al usuario, indefectiblemente, a una única decisión económica razonable: comprar, aunque el bien se halle, incluso, deteriorado. Esta coerción económica ¹⁵⁶ provoca que la opción por comprar sea una opción sin contenido económico y, consecuentemente, sin virtualidad jurídica en términos de razonabilidad; en otras palabras, se trata de una opción *obligada* que permite desentrañar la finalidad traslativa de la operación, y el consecuente deseo de la empresa de *leasing* de utilizar la propiedad del bien con fines de garantía. En tales casos, la doctrina española ha apostado por considerar que se trata de una fórmula similar a una venta a plazos con reserva de dominio simulada bajo la apariencia de un *leasing* ¹⁵⁷.

Como ya se habrá supuesto, la dificultad de este planteamiento es demostrar y probar la existencia de esta finalidad traslativa, fijando las condiciones precisas para calificar como simbólico el valor residual del bien señalado en el contrato y, consecuentemente, como obligada la opción de compra. Conscientes de este problema, algunos sistemas jurídicos han establecido porcentajes mínimos precisos para considerar real el valor residual y la opción de compra, despejando las dudas sobre la finalidad traslativa del *leasing*. De esta forma, en Inglaterra se exige, para admitir un *true lease*, entre otras condiciones, que el valor residual fijado sea, al menos, del 20 por 100 del coste original del bien. Un porcentaje inferior

¹⁵⁶ D. CRÉMIEUX-ISRAËL escribe acerca de la necesidad de valorar el monto de los pagos y del valor residual con el fin de determinar si existe, económicamente, libertad del usuario de comprar o no una vez llegado el término del contrato (cf. *op. cit.*, pp.11-13 y 19).

¹⁵⁷ En este sentido se pronuncia J. M. EMBID IRUJO, *loc. cit.*, p. 714. En la doctrina comparada, *vid.* en el mismo sentido M. GIOVANOLI, *op. cit.*, p. 305.

permitirá la calificación de un *lease intended as Security*, en expresión del UCC ¹⁵⁸. Es de señalar que, en los sistemas tributarios del Derecho inglés, la diferenciación entre *leasing* (arrendamiento financiero con posible opción real) y *hire-purchase* (presencia de opción simbólica y reconducción a garantía real), facilita la diferenciación, que en Estados Unidos se realiza al oponer *true lease* a *lease intended as Security Interest* ¹⁵⁹. En otros sistemas, como el nuestro, no existe ninguna disposición específica al respecto, pero se estima, en todo caso, que la opción de compra ha de ser real y el valor residual del bien significar una cuantía significativa y no puramente simbólica. Por vía interpretativa, nuestra jurisprudencia puede extraer de algunas prácticas comerciales la conclusión del carácter ficticio de la opción de compra, y en consecuencia, el carácter traslativo del *leasing*. Así se pone de relieve, al hilo de la STS (Sala 1.^a) de 28 de mayo de 1990, en un supuesto particularmente claro, en que el valor residual del bien se había incorporado en una letra de cambio girada en el momento de contratar; entre muchas sombras, el TS afirma asimismo la conversión del *leasing* en compraventa, cuando el valor residual del bien es puramente simbólico ¹⁶⁰.

d) *Conclusión: leasing falso y leasing verdadero*

183. La trascendencia de los criterios expuestos, y de la diferenciación entre *verdadero leasing* y *leasing como garantía*, es inequívoca de cara al D.I.Pr. En el primer caso, no se desborda el régimen del derecho aplicable a un contrato atípico, pero bien conocido en todos los sistemas jurídicos. En el segundo caso, será preciso integrar la garantía sobre la propiedad en las reglas generales del Derecho de cosas, en torno a la *lex rei sitae*, tal y como lo hemos expuesto en el capítulo precedente y con todos los problemas de transposición que conlleva una garantía atípica, aunque convalidable con otras fórmulas típicas como la reserva de dominio. Trataremos de apuntar las vicisitudes de este segundo caso en las páginas que siguen.

¹⁵⁸ Cf. este dato y el análisis del problema en Francia y Estados Unidos en relación con la suerte internacional del *leasing* en I. DAVIES, «International leasing», *JBL*, 1984-nov., pp. 471-473.

¹⁵⁹ *Vid.* en este sentido R. DOHERTY, «Ireland», *Leasing Law in the European Community*, *op. cit.*, pp. 81-95.

¹⁶⁰ Cf. A. REAL PÉREZ, «Leasing y compraventa...», *loc. cit.*, pp. 351 y ss.

3. Validez del *leasing* como contrato

A) UNIDAD O FRACCIONAMIENTO DE LA OPERACIÓN DE *LEASING*

184. Frente a otras instituciones ya analizadas (venta con reserva de dominio, venta en garantía o fórmulas complejas), el carácter trilateral del *leasing* introduce un elemento especial en el ámbito de la determinación de la *lex contractus*, llamada a regular, con carácter previo, la validez del contrato y el contenido personal del mismo, cuestión que analizaremos breve y someramente para centrar nuestra atención en los aspectos reales.

La complejidad de la operación de *leasing* permite su descomposición en varias relaciones jurídicas. Ello ha llevado a plantear el debate, en el plano de los Derechos materiales, acerca de la unidad del *leasing* frente a la separación por segmentos o tipos de relaciones jurídicas¹⁶¹. Este debate trasciende al D.I.Pr., situándose en el ámbito de la ley aplicable, en torno a la elección por una sola ley o por varias, según el tipo de relación de que se trate.

185. Sin ánimo de invadir territorios ajenos, procede señalar que el debate en el terreno material admite una doble perspectiva: desde un punto de vista económico, la operación de *leasing* presenta una unidad insoslayable; en este sentido, cualquier aproximación jurídica que obvie esta realidad se halla condenada al fracaso. Ahora bien, ello no implica que, desde un punto de vista jurídico, quepa una diferenciación de las distintas relaciones jurídicas presentes¹⁶².

De esta forma, resulta erróneo, a nuestro juicio, argumentar que la acción directa que tiene el usuario frente al vendedor o proveedor es una muestra de la unidad jurídica del *leasing*. Dicha acción, denominador común en la operación de *leasing*, puede explicarse perfectamente sin necesidad de salir de la relación entre la empresa de *leasing* y el usuario, a través de la figura de la subroga-

¹⁶¹ Paradigma de la defensa del principio de unidad del *leasing*, con base en lo que el autor denomina la «trilogía simbiótica», es la obra de EL-MOKHTAR BEY, *De la symbiotique dans le leasing et crédit-bail mobiliers*, París, Dalloz, 1970, *passim*.

¹⁶² Para una defensa cabal de esta separación, y sobre la consideración del proveedor como un tercero respecto de la relación entre empresa de *leasing* y usuario (*leasing*, propiamente), con apoyos jurisprudenciales y legales en nuestro Derecho, *vid.* la exposición, a nuestro juicio acertada, de J.-L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

ción o cesión de derechos que, en este caso, efectúa la empresa de *leasing* en favor del usuario y en contra del proveedor de quien ha adquirido el producto. Así se pone de manifiesto, meridianamente, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 de mayo de 1992. Lo mismo ocurre con la cláusula que exime de responsabilidad a la empresa de *leasing* por defectos, vicios o falta de adecuación del bien cedido o de la entrega, cuestión ésta íntimamente ligada al aspecto anterior. Del mismo modo, la dependencia de la validez del negocio entre vendedor y empresa de *leasing* de que se logre, efectivamente, acordar la financiación entre la empresa de *leasing* y el usuario, puede explicarse, perfectamente, como un elemento accidental (condicional) del negocio existente entre vendedor y empresa de *leasing*, sin desbordar sus márgenes. Tampoco el hecho de que, en la práctica, proveedor y usuario hayan establecido algún tipo de relación o preacuerdo en orden a la especificación del producto para su adquisición, que debe realizar el usuario al dirigirse a la empresa de *leasing*, parece que altere la natural separación que existe entre el contrato de compraventa que une a proveedor y empresa de *leasing* y el contrato de *leasing* que une a ésta con el usuario, por más que podamos calificar al conjunto de la operación sencillamente como *leasing*.

Las relaciones trilaterales en el *leasing* no difieren especialmente de las que se dan en una venta a plazos con reserva de dominio con préstamo de financiación. Las relaciones son separables, sin perder por ello su interrelación y aconsejar, desde un punto de vista material, cierta armonía o unidad en el tratamiento jurídico, como ocurre en el caso de la Ley de Venta a Plazos¹⁶³.

186. En cualquier caso, no es estrictamente necesario trasladar las vicisitudes que padecen los Derechos materiales al terreno del D.I.Pr. Se trate de una sola operación compleja con diferentes relaciones jurídicas, de varios contratos o de uno solo, la respuesta del D.I.Pr. permite y aboca, en todo caso, al fraccionamiento, sin perjuicio de las ventajas que presenta la unidad de la ley aplicable. Las

¹⁶³ En nuestra doctrina civilista, corresponde a A. REAL PÉREZ la defensa más sólida de la unidad del *leasing* (*vid.* «El *leasing*...», *loc. cit.*, pp. 237, 243 y 245, y Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 de abril de 1991, *CCJC*, abr.-ago. 1991, núm. 26, pp. 504-512). Sustenta, asimismo, su tesis en la propia STS de 30 de abril de 1991, si bien, a nuestro juicio, no puede decirse que dicha decisión proclame el principio de unidad jurídica del *leasing*, ya que la relación del proveedor puede ser entendida asimismo, con la de un tercero respecto del *leasing* (empresa de *leasing*-usuario).

normas de Derecho aplicable a los contratos (10.5 Cc o Convenio de Roma de 1980) parten, en principio, de la obligación contractual, no del contrato. Asimismo, el fraccionamiento de las partes de un contrato, a efectos de la aplicación de una ley distinta, es una práctica permitida bajo ciertos límites, que puede resultar particularmente operativa y funcional en el *leasing*.

Pues bien, la complejidad de la operación de *leasing* debe pasar por una acotación específica de la propia *lex contractus* de cada segmento operativo del *leasing*¹⁶⁴. De esta forma, la relación jurídica entre la empresa de *leasing* y el usuario tendrá su propia *lex contractus*. En defecto de elección por las partes, las normas del Convenio de Roma de 1980 habrán de llevarnos, cuando entren en vigor, a la ley de la residencia habitual de la empresa de *leasing*, al ser la cesión del bien la prestación característica (opción positiva por múltiples razones, fundamentalmente de uniformidad y seguridad del tráfico)¹⁶⁵. A su vez, la compraventa en la relación entre el proveedor y la empresa de *leasing* se regirá por la ley del lugar de residencia habitual del proveedor, al ser la entrega del bien la prestación característica.

La mayor dificultad se plantea a la hora de determinar la validez y eficacia de la acción directa del usuario frente al proveedor, consecuencia de la irresponsabilidad de la empresa de *leasing* por vicios, defectos o falta de adecuación del bien a las exigencias del usuario establecida en condiciones generales. A nuestro juicio, dada la naturaleza del *leasing*, no hay ningún inconveniente en aplicar las reglas del D.I.Pr. sobre modificación subjetiva¹⁶⁶. Así, la ley aplicable al segmento de *leasing* (empresa de *leasing*-usuario) determina la validez de dicha cláusula general de cesión y el contenido entre empresa de *leasing* y usuario. Pero los efectos de esta cláusula negocial sobre la relación jurídica proveedor-empresa de *leasing*, se regirá por la propia ley reguladora de esta obligación; en concreto,

¹⁶⁴ En este sentido, *vid.* I. DAVIES, «International...», *loc. cit.*, pp. 473-474, al hilo del estudio de los precedentes ingleses, aunque con soluciones diversas a las propuestas en nuestro trabajo acerca de la conexión más apropiada para cada segmento de la operación.

¹⁶⁵ Esta solución tiene la ventaja de unificar el régimen de validez del contrato de *leasing* en el lugar de residencia de la empresa de *leasing*, cuyas normas de Derecho público y, en su caso, de extranjería, son las llamadas a determinar qué tipo de entidades y bajo qué condiciones están autorizadas a efectuar operaciones financieras de *leasing*, aspecto que puede repercutir sobre la eficacia del contrato.

¹⁶⁶ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *op. cit.*, p. 250.

corresponde a la *lex contractus* de la obligación de compraventa entre proveedor y empresa de *leasing*, regular las condiciones para hacer efectiva la acción directa frente al proveedor en el *leasing*.

En la práctica, esta multiplicidad de leyes no alterará la solución material del problema, al existir una cierta armonía material, en las distintas legislaciones, acerca de las condiciones de contratación del *leasing*, donde la acción directa usuario-proveedor es un lugar común.

187. El Convenio de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre el *leasing* internacional, elaborado en el seno del UNIDROIT, viene a confirmar el principio de autonomía de las distintas relaciones del *leasing*, pese a constituir, preferentemente, un texto destinado a la armonización en el plano del Derecho material. Concretamente, al determinar el ámbito de aplicación del Convenio, el artículo 3.1 b) exige, además de que la empresa de *leasing* y el usuario tengan sus establecimientos en Estados diferentes, «que el contrato de suministro y el contrato de *leasing* se rijan por la ley de un Estado contratante». Esta separación entre ambas relaciones-obligaciones y sus respectivas leyes aplicables se vuelve apreciar en el artículo 5, que prevé la exclusión de las disposiciones del convenio sólo «cuando cada una de las partes en el contrato de suministro y cada una de las partes en el contrato de *leasing* consienten en su exclusión». La separación de ambos segmentos, calificándolos como *contratos* distintos, es a todas luces palpable¹⁶⁷.

B) ÁMBITO Y PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA *LEX CONTRACTUS* AL *LEASING*

188. La *lex contractus* rectora del contrato de *leasing*, que vincula al usuario con la empresa de *leasing*, se aplicará al contenido obligatorio del mismo. Entre las cuestiones más relevantes, la *lex contractus* regirá el deber de conservación del bien por parte del usuario y su derecho al goce pacífico de los bienes, la responsabilidad por pérdida o destrucción de la cosa y la asunción de riesgos, la validez de las cláusulas penales por incumplimiento, la terminación del contrato y el ejercicio de la triple opción final, y la respon-

¹⁶⁷ *Vid.* el texto del Convenio en *Actes de la Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de Conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international*, vol. I, Unidroit, Roma, pp. 343-352.

sabilidad de la empresa de *leasing* por vicios o falta de puesta a disposición del bien. La cesión de derechos en el ámbito del *leasing*, sigue las reglas generales, ya aludidas al abordar la cuestión con respecto a la venta a plazos con reserva de dominio.

189. Entre los aspectos del contrato señalados, destaca la cláusula general que incorporan los contratos de *leasing* en el sentido de exonerar a la empresa de *leasing* de toda responsabilidad por falta o indebida puesta a disposición del bien por parte del proveedor o por vicios de la mercancía. Semejantes condiciones generales de la contratación pueden resultar abusivas y producir un desequilibrio contractual capaz de contrariar las disposiciones de orden público del foro, o bien afectar a la toma en consideración de las normas materiales de protección del adherente, en nuestro caso el usuario, sean o no imperativamente aplicables al tráfico externo y pertenezcan o no al sistema del foro (art. 7 del Convenio de Roma de 1980)¹⁶⁸. En el *leasing*, las normas del país de residencia del usuario, coincidentes con el lugar de ejecución del contrato, pueden cumplir ese papel correctivo aunque no coincidan con la *lex contractus*; este será, además, el supuesto habitual, toda vez que, al tratarse de un negocio de adhesión, las condiciones generales establecerán, previsiblemente, la elección por la ley del lugar de residencia de la empresa de *leasing*, ley que, además, está llamada a operar en su defecto como conexión objetiva.

El Convenio de Ottawa de 1988 ha reparado en esta cuestión, estableciendo una serie de normas materiales imperativas e indisponibles para las partes (art. 5.2), que prevén la responsabilidad por evicción de la empresa de *leasing*, en caso de culpa o negligencia grave de la misma (art. 8.3), y la limitación razonable de la indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento del usuario, evitando cláusulas penales leoninas [art. 13.3. b) y 4].

4. Contenido del derecho real de garantía y oponibilidad

A) CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE GARANTÍA

190. Admitida la finalidad traslativa del contrato de *leasing* conforme a los criterios expuestos, la posición real de la empresa

¹⁶⁸ Vid. en este sentido S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales de la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 70-71.

de *leasing* se traduce en la existencia de un derecho de garantía, encuadrable genéricamente dentro de los derechos de propiedad-garantía. Su validez está mediatizada por la validez del contrato existente entre empresa de *leasing* y usuario, determinada conforme al apartado anterior. La cuestión principal, no obstante, se refiere al contenido de ese derecho, que ha de venir determinado conforme a la *lex rei sitae*. La precisión de esta conexión, en el *leasing* internacional, debe seguir la regla propuesta para los bienes destinados a ser exportados¹⁶⁹.

En el *leasing* internacional, la *lex rei sitae* inicial se corresponde normalmente con la ley de la residencia habitual del proveedor. Previsiblemente, allí estará el bien cuando se perfeccione el *leasing*. Inicialmente ésta sería la ley que prefigurase el tipo de garantía creada, su contenido real, y los bienes que puede ser susceptibles de quedar gravados por tal tipo de garantía¹⁷⁰. Sin embargo, por su naturaleza, la operación de *leasing* prevé el desplazamiento del bien de manos del proveedor a manos del usuario, directamente, sin que se contemple, en ningún caso, un paso intermedio de la posesión por la empresa de *leasing*. Remitente y destinatario son el proveedor y el usuario. La *lex futuri situs* es, siempre, la ley de la residencia habitual del usuario que va a explotarlo.

Esto hace que la *lex rei sitae* rectora de la validez y contenido del derecho real de propiedad en garantía coincida con la *lex rei sitae* actual. Si el elemento de internacionalidad del *leasing* viene dado por la ubicación de la empresa de *leasing*, hallándose proveedor y usuario en el mismo Estado, presumiblemente el bien no variará de situación y la aplicación de la ley de la residencia de proveedor y usuario como *lex rei sitae* única no ofrece mayores problemas. Si, al contrario, proveedor y usuario se hallan establecidos en Estados diferentes, lo más procedente es la aplicación analógica de la regla sobre bienes en tránsito a las operaciones sobre bienes destinados a ser exportados, en cuyo caso la *lex rei sitae* prospectiva nos llevará a la aplicación de la ley de destino (coincidente con la ley de residencia o establecimiento del usuario).

¹⁶⁹ Vid. *supra*, pp. 114-118.

¹⁷⁰ El objeto contractual y real del *leasing* suele configurarse de forma similar en todos los ordenamientos, en torno a bienes de equipo afectos a una actividad profesional, excluyendo la posibilidad de contratos de consumo privado o industrial (cf. J. DE TEUX DE MEYLANDT Y MONTJARDIN, *op. cit.*, p. 19).

191. La aplicación de la ley del lugar de destino del bien no se halla exenta, sin embargo, de ulteriores problemas. Será necesaria la transposición siempre que el *leasing* y, en consecuencia, el derecho de propiedad-garantía, se haya creado conforme a otro ordenamiento jurídico. Es de señalar, por ejemplo, que si bien en unos ordenamientos se admite la conservación de la propiedad por parte de la empresa de *leasing*¹⁷¹, en otros, como ocurre curiosamente en Alemania, se admite que dicha empresa no goza de un derecho de propiedad-garantía, sino de índole pignoraticio que exige la realización del valor del bien¹⁷². Sin embargo, el valor de estas consideraciones es muy relativo, si no se especifica si se está hablando de *leasing* verdadero o falso. Así, la primera afirmación se convierte en una simple evidencia si se refiere al *leasing* sin finalidad traslativa o *true lease*, dado que la propiedad de la empresa de *leasing* es nuda, y no ha lugar siquiera a hablar de garantía real. En cambio, la referencia al Derecho alemán sólo tiene sentido si se refiere a un *leasing* con finalidad traslativa, y no en otro caso.

Pero, en realidad, la transposición en el *leasing* suele ser un problema de puro Derecho material interno. La mayoría de los ordenamientos, como ocurre en el Derecho español, admiten semejante derecho de garantía en el *leasing*, si bien resulta una garantía atípica. En el ámbito de las relaciones entre las partes, siquiera en sistemas tributarios del principio de *numerus clausus* o tipicidad de los derechos reales debe existir problema alguno para reconocer en manos de la empresa de *leasing* una auténtica retención de la propiedad con idénticos efectos a una reserva de dominio, salvo excepciones expresas tan notables y llamativas como la del Derecho alemán. Así, no parece haber ningún inconveniente, para que en el Derecho español la situación real de la empresa de *leasing* sea asimilada a la de el concedente de un préstamo de financiación al vendedor con cesión de reserva de dominio en una venta a plazos. El problema real se plantea a la hora de determinar los efectos de esta garantía atípica frente a terceros, cuestión que pasamos a analizar.

¹⁷¹ Así lo entienden expresamente, en el Derecho español, J. M. CUESTA RUTE, *loc. cit.*, p. 555, y A. REAL PÉREZ, «El *leasing*...», *loc. cit.*, p. 243.

¹⁷² Así, en Alemania la figura se acerca más a la propiedad fiduciaria del acreedor en una venta en garantía que a la nuda propiedad del vendedor con reserva de dominio (cf. C. G. HASSELMANN, «Germany», *Leasing Law in the European Community*, *op. cit.*, pp. 41-65, esp. p. 54).

B) Oponibilidad frente a terceros

a) *Subadquirentes de buena fe*

192. El *leasing* se enfrenta a las reglas generales sobre posesión de buena fe. En el D.I.Pr. su oponibilidad depende siempre de la *lex rei sitae* en el momento de la adquisición de la posesión por el tercero. Tratándose de un verdadero *leasing*, sin finalidad traslativa, la disposición del bien por parte del usuario implica para el tercero una auténtica adquisición *a non domino*. Pero lo mismo ocurre en caso de un *leasing* con finalidad traslativa. La oponibilidad del derecho de propiedad en garantía frente a un tercero que adquiere de buena fe depende del grado de protección previsto por el Derecho material aplicable para la posesión mobiliaria adquirida de buena fe.

La solución final varía notablemente, dependiendo de la previsión por parte de la legislación aplicable de sistemas de publicidad del *leasing*. Como apuntaremos más adelante, son pocos los sistemas que han previsto dicha publicidad. Eso implica que, careciendo el *leasing* de un sistema de publicidad, la inoponibilidad frente a terceros de buena fe del derecho de propiedad-garantía de la empresa de *leasing* es la regla general en sistemas que, como el español, brindan una amplia protección a dichos terceros¹⁷³. En nuestro ordenamiento, ésta es la principal diferencia entre el derecho de propiedad-garantía que constituye la reserva de dominio, oponible cuando se accede a la publicidad registral prevista, y el derecho de la empresa de *leasing*, inoponible por imposibilidad material de publicidad.

Sin embargo, como señala N. BOUZA VIDAL, dicha inoponibilidad puede suavizarse merced a una interpretación más rigurosa de la exigencia de buena fe por parte del tercero, siempre aconsejable cuando se trata de operaciones que afectan a bienes industriales o de equipo, en las que el tráfico se halla altamente profesionalizado¹⁷⁴. En ciertos ordenamientos, la oponibilidad frente al tercero de buena fe se hace depender de la publicidad adhesiva al

¹⁷³ *Vid.* en este sentido R. ILLESCAS ORTIZ, *loc. cit.*, p. 96, y esp. nota 52.^a, y C. RUBIO, «Spain», *Leasing Law in the European Community*, *op. cit.*, pp. 167-168 y J. L. SÁNCHEZ-PARODI Pascua, *op. cit.*, pp. 197-198.

¹⁷⁴ *Vid.* N. BOUZA VIDAL, pp. 65-66, y la SAT de Barcelona de 7 de diciembre de 1982, allí citada.

bien, mediante placas, marcas u otros procedimientos¹⁷⁵; esta solución, sin embargo, parece difícilmente admisible en el Derecho español, al menos para el *leasing* con finalidad traslativa, si se admite la procedencia de una aplicación analógica de las normas sobre ventas a plazos con reserva de dominio. Nuestra legislación, como se ha visto, sólo admite la publicidad registral como medio de desvirtuar la buena fe del tercero, y hacer oponible del derecho de propiedad-garantía¹⁷⁶.

Como se ha venido apuntando, la gran divergencia de las legislaciones internas sobre la protección de la posesión mobiliaria impide soluciones efectivas en el comercio internacional, particularmente necesitadas de armonización material. La dificultad de esta armonización y la divergencia de principios materiales vuelven a demostrarse en el propio Convenio de Ottawa de 1988, que no aporta solución alguna en este punto.

b) Terceros acreedores

193. La distinción entre verdadero *leasing* y *leasing* con finalidad traslativa no altera los postulados del régimen de oponibilidad frente a terceros adquirentes de los derechos de la empresa de *leasing*, pero es capital a la hora de determinar su oponibilidad frente a terceros acreedores, principalmente en situaciones de concurso, regidas, como ya se ha expuesto, por la *lex rei sitae* actual en relación con la *lex concursus*. Semejante diferenciación no va a ser tampoco relevante, si en el futuro entra en vigor el Convenio de Ottawa de 1988. En su artículo 7, se prevé la oponibilidad de los derechos reales de la empresa de *leasing* frente a terceros acreedores, en particular, la masa de la quiebra, siempre que se cumplan las condiciones de publicidad exigidas por la *lex rei sitae*. Dicho precepto rompe con la tradicional *vis atractiva* de la *lex concursus*, incluso cuando en su apartado 3 establece reglas especiales de precisión de la conexión en caso de ciertos medios de transporte y bienes destinados a ser explotados en varios Estados. No obstante, el Convenio no prejuzga el rango de otros acreedores titulares de garantías mobiliarias, derechos especiales sobre navíos o aeronaves u otros privilegios.

¹⁷⁵ Así se prevé en el Derecho belga por una orden ministerial de 1968, y en el Derecho italiano según M. LABIANCA y F. PARENTE, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁶ *Vid. supra*, pp. 123-124.

194. En el plano interno, único en el que por ahora podemos movernos, la distinción entre *true lease* y *leasing intended as Security* sí es determinante. Así, en el Derecho español, se concede un derecho de separación al propietario en los casos en que no se hubiera transferido la propiedad al quebrado por un título legal e irrevocable (art. 908 Ccom.), comprendiéndose, expresamente, las mercancías que el quebrado tuviese en su poder en concepto de depósito, arrendamiento o usufructo (art. 909.3). Esta es la disposición aplicable, por analogía, al *leasing* verdadero o sin finalidad traslativa, que concede a las empresas de *leasing* un derecho de separación incondicional¹⁷⁷.

En contrapartida, el *leasing* con finalidad traslativa o falso *leasing* ha de seguir idéntica suerte frente a la masa del concurso que los derechos de reserva de dominio esgrimidos por quien financia una venta a plazos. En tal sentido, se reproducen aquí los análisis sobre la necesidad o no, en nuestro ordenamiento, de la publicidad registral de las reservas de dominio constituidas en el extranjero, y el sentido del artículo 287 del ALC de conceder a los titulares de semejantes derechos un simple privilegio especial dentro de la masa.

Este diferente régimen jurídico según el tipo de *leasing* puede ser la causa de las vacilaciones mostradas por la jurisprudencia española, particularmente visibles en el caso de oponibilidad frente a terceros embargantes¹⁷⁸, pero, a nuestro juicio, arroja una respuesta aceptable de cara a la transposición del *leasing* internacional y a su eficacia frente a terceros en el ordenamiento español.

195. Evidentemente, el problema material continúa siendo la necesaria publicidad del *leasing*, interno e internacional, para resultar oponible. Las soluciones del Derecho comparado presentan, cómo no, un grado importante de heterogeneidad¹⁷⁹. Pero la cues-

¹⁷⁷ En este mismo sentido, *vid.* N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 66; R. ILLESCAS ORTIZ, *loc. cit.*, p. 95; J.-L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, p. 287; C. RUBIO, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 169; L. ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 284 y ss.; J. M. MARTÍN OVIEDO, *op. cit.*, pp. 67-69; R. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y M. T. DE GISPERT PASTOR, *loc. cit.*, p. 492.

¹⁷⁸ *Vid.* J.-L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, p. 200.

¹⁷⁹ *Vid.* un estudio de Derecho comparado en J.-L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *op. cit.*, pp. 243-268. En concreto sobre la necesidad de publicidad del *leasing* como condición de oponibilidad, *vid.* J.-L. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *ibid.*, pp. 60-93; D. CRÉMIEUX-ISRAEL, *op. cit.*, pp. 139-169; M. LABIANCA y F. PARENTE, *op. cit.*, pp. 41-42; H. ROSEN, *op. cit.*, pp. 26, 31-39, 76-77, 134 y 167; M. GIOVANOLI, *op. cit.*, p. 412-417.

ción deviene esencial a la hora de determinar la eficacia en el foro de un *leasing* constituido en el extranjero, como demuestra la célebre Sentencia del Tribunal de Casación francés de 11 de mayo de 1982, en el asunto *Localease c. Singer*; en dicho supuesto, la falta de publicidad del *leasing* entre dos empresas alemanas en Francia, habiendo sido el bien subarrendado a una empresa francesa, provocó la inoponibilidad del derecho real de la empresa alemana de *leasing* frente a la masa de la quiebra de la empresa francesa ¹⁸⁰.

En España, tratándose de un *leasing* con finalidad traslativa, procede aplicar la legislación de venta a plazos, como ha señalado nuestra jurisprudencia. En tal sentido, se ofrece a dichas operaciones de *leasing* la posibilidad, conforme al artículo 2.2 de la Ley de Venta a Plazos, de beneficiarse de la legislación especial y, consecuentemente, acceder a la publicidad registral. En el tráfico externo, sin embargo, dicha posibilidad no sólo se enfrenta a los problemas que provoca la exclusión de muchas operaciones internacionales del ámbito de aplicación de la Ley, sino que, tratándose de una venta a plazos encubierta, es poco probable que el contrato se halle documentado conforme a los modelos reglamentarios previstos por la legislación especial, y que es condición para el acceso a la publicidad registral con todas sus ventajas. En la práctica, sin embargo, como señala N. BOUZA VIDAL, nuestra jurisprudencia ha admitido la oponibilidad del *leasing* frente a terceros acreedores sin exigencia alguna de publicidad ¹⁸¹; ello es correcto, siempre que se trate de un auténtico *leasing*, en el que no se detecta derecho de propiedad en garantía; sin embargo, mediando finalidad traslativa, la propia jurisprudencia española aboca al resultado contrario.

¹⁸⁰ Vid. comentario y extracto de G. KHAIRALLAH, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 450-461, y C. WITZ, *Rec Dalloz-Sirey*, 1983, pp. 271-275, y comentarios de EL-MOKHTAR BEY, *op. cit.*, pp. 178-179.

¹⁸¹ Cf. *op. cit.*, p. 65.

CAPITULO IV ARMONIZACION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD-GARANTIA

I. Introducción

196. En el capítulo primero, resumíamos la problemática de los derechos de propiedad en garantía en el comercio internacional con una sola palabra: diversidad; diversidad de principios, supuestos, niveles de reglamentación, soluciones y leyes aplicables, pero, fundamentalmente, diversidad de sistemas de crédito y de garantías. Toda esta suerte de divergencias constituía un difícil reto para las técnicas del D.I.Pr. autónomo, diseñadas para dotar de continuidad y seguridad en el espacio a las relaciones jurídico-privadas. Dichas técnicas se enfrentan a tales problemas con éxito variable y parcial, pero lo cierto es que, pese a la utilidad y posibilidades que ofrece una orientación tendente a un óptimo reconocimiento de las garantías extranjeras, sobre la base de las correcciones y reglas que se han ido proponiendo, no puede afirmarse con seriedad que tales soluciones aporten fluidez y seguridad en el tráfico comercial de bienes y garantías. Antes al contrario, incluso algunas soluciones pueden satisfacer la curiosidad científica del estudioso, poniendo a prueba su capacidad de abstracción, pero no resisten ante su aplicación judicial ni ante las expectativas de seguridad que persiguen los operadores en el tráfico comercial.

Ante semejante conclusión, resulta plenamente justificado que un autor tan calificado como K. F. KREUZER subtitule un estudio sobre las garantías mobiliarias en Europa: «*o de los límites del Derecho internacional privado*». Estas limitaciones del D.I.Pr. estatal, que en la versión de las técnicas conflictuales subsistirán en el D.I.Pr. convencional o institucional, obliga a plantearse otras alternativas en el marco de la armonización internacional del Derecho. No debe creerse que esta opción posee virtudes taumatúrgicas. Al contrario, toda tentativa en esta dirección ha cosechado un fracaso tras otro, motivados precisamente en el hecho de no haber reparado en la propia causa del fracaso del Derecho internacional privado autónomo: la incompatibilidad material de los sistemas de

crédito y garantías, cuya atenuación o eliminación constituye un presupuesto necesario de cualquier intento de armonización.

Para valorar los resultados de los proyectos de armonización existentes hasta la fecha y proponer un modelo *de lege ferenda*, es preciso barajar, fundamentalmente, dos opciones de reglamentación: una, referida al ámbito de aplicación material de la reglamentación internacional; otra, relativa a las técnicas de reglamentación adecuadas para conseguir el fin perseguido: la continuidad en el espacio de las garantías mobiliarias sobre la propiedad. El objeto de este capítulo obliga necesariamente a una apertura del análisis, que no puede quedar anclado únicamente en las fórmulas de propiedad-garantía, debiendo extenderse, con carácter general, a las garantías mobiliarias de origen convencional en su conjunto.

II. Opciones restrictivas del ámbito de aplicación material

1. Reducción del objeto

A) EXCLUSIÓN DE LOS SUPUESTOS DE TRÁFICO INTERNO

197. Un proyecto de armonización internacional que pretendiese una unificación de los Derechos materiales aplicables tanto a supuestos internos como a supuestos de tráfico externo estaría, desde un principio, condenada al fracaso por su desmedida ambición. La consecución de tal fin exigiría una armonía entre los sistemas de crédito y de garantías de los Estados parte que, como se ha visto, constituye un objetivo inalcanzable. Este escepticismo se confirma desde el momento en que países presuntamente cohesionados desde el punto de vista económico, como son los que pertenecen a la Comunidad Europea, se ven incapaces de lograr siquiera una aproximación mínima en este sentido, sin que se vislumbre ninguna mejoría de la situación para un futuro próximo¹. Consecuentemente, aunque se trate de un texto internacional que armonice normas materiales (y por definición si incorpora soluciones conflictuales), tenderá a limitarse a los supuestos de tráfico

¹ Una confirmación de esta visión pesimista/realista se encuentra en K. F. KREUZER, «Europäisches...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 633.

internacional, si quiere tener alguna posibilidad de éxito, aunque, en el fondo, ello implica una poco deseable duplicidad de regímenes materiales en los Estados parte. Se trata, en suma, de seguir el mismo criterio de los textos convencionales sobre venta internacional de mercancías².

198. Los proyectos de armonización existentes hasta la fecha han sido conscientes de esta limitación, introduciendo normas que reducen su ámbito de aplicación material a supuestos de tráfico externo. No obstante, cabe hacer una diferenciación sustancial. Mientras en algunos de ellos se excluyen las garantías inicialmente internas, que sólo cobran internacionalidad tras el desplazamiento del bien³, otros

² Así, artículo 1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980 (*BOE* de 30 de enero de 1991), y, por citar dos textos que contienen disposiciones específicas sobre un derecho de propiedad en garantía: Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta internacional de bienes muebles corporales de 15 de abril de 1958 y Convenio de La Haya de 30 de octubre de 1985 sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías (no en vigor para España).

³ Se trata de la primigenia tendencia del Proyecto UNIDROIT (1939-1951) en materia de venta con reserva de dominio, que se inclinaba por una estricta regulación de las ventas internacionales con reserva de dominio *stricto sensu* (cf. U. DROBNIG, *Estudio...*, *op. cit.*, pp. 124-125). El mejor exponente de esta tendencia lo constituye el Convenio UNIDROIT de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre el *leasing* internacional, cuyo artículo 3 establece la aplicabilidad del Convenio cuando empresa de *leasing* y usuario tengan sus respectivos establecimientos en distintos Estados y, además, bien tales Estados así como el Estado de establecimiento del fabricante/suministrador son Estados contratantes, bien resultan aplicables al contrato de suministro y al contrato de *leasing* la ley de un Estado contratante (para una exposición descriptiva del ámbito de aplicación del Convenio, *vid.* EL-MOKHTAR BEY, «La convention...», *loc. cit.*, pp. 726-727, y Ch. GAVALDA, «Le crédit-bail international», *Travaux Com.fr.dr.int.pr.* (1988-1989), París, CNRS, 1991, pp. 62-63). El precepto está claramente inspirado en el artículo 1 del Convenio de Viena de 1980 sobre venta internacional de mercancías (así lo apunta R. PINTO DUARTE, «A Convenção do Unidroit sobre locação financeira internacional - tradução e notas», *Documentação e Direito comparado*, núms. 35/36, 1988, pp. 281-282, y el propio Informe explicativo del Secretariado del UNIDROIT al Proyecto, *Etude*, LIX, Doc. 48, Roma, octubre 1987, p. 47), y su ámbito de aplicación resulta, en este caso, especialmente justificado porque su objeto es, preferentemente, la regulación material de los aspectos del *leasing* como contrato, más que sus aspectos reales. De ahí que no se haya incluido expresamente la situación del bien como un elemento de internacionalidad del *leasing*, cuando aparecía en los trabajos y apuntes doctrinales como un elemento fundamental (cf. R. RÉCZEI, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 220-221, y R. MONACO, «Le contrat de crédit-bail international», *Les petites affiches*, núm. 93, de 6 de agosto de 1976, p. 11, *cit.* por N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 112). Teniendo presente este dato, se

incluyen en el ámbito de su regulación⁴ las garantías de formación nacional inmersas en una situación de tráfico externo.

comprende la intención del Convenio de regular el *leasing* internacional, aunque ello producirá, como veremos, serios desajustes en la regulación de sus aspectos reales. La restricción impuesta a su ámbito de aplicación por las condiciones adicionales exigidas, se justifica en la concepción del *leasing* como una operación compleja, y en el deseo de asegurar la aplicación uniforme del Convenio a todos los segmentos de esta operación compleja (cf. sobre esta idea *Etude*, LIX, pp. 44-45, y N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 98 y 111).

Igualmente, el Proyecto *Cumming* sobre un Convenio tendente a regular la ley aplicable a determinadas garantías sobre bienes destinados a ser desplazados parte de la idea de limitar su ámbito de aplicación a aquellos casos en que el problema se suscita hallándose el bien de equipo en un Estado distinto a aquél bajo cuya legislación se constituyó la garantía y estaba situado el bien en dicho momento, y al del establecimiento del deudor. De esta forma se evita que las partes puedan voluntariamente constituir una garantía conforme a una ley distinta a la del Estado de establecimiento del deudor o de constitución de la garantía y, de esta forma, obtener la aplicación del Convenio (*vid.* UNIDROIT, *Etude*, LXXII, Doc. 1, Roma, diciembre de 1981, anexo I, p. iii, y N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 112-113.).

⁴ Así, el artículo 1 del Proyecto de Convenio del Consejo de Europa de 6 de abril de 1982 (cuyo texto en castellano puede consultarse en R. DE ANGEL YÁGÜEZ, *loc. cit.*), dispone que «El presente Convenio se aplica a los contratos de venta de bienes muebles corporales mediante los cuales se constituye una cláusula de reserva de dominio simple cuando, en el momento en que la cláusula se establece o se reclama su aplicación, los bienes se encuentran en un Estado en que ninguna de las partes, o una sola de ellas, tiene su establecimiento o, a falta de establecimiento, su residencia habitual». El párrafo 2 de dicho precepto aclara que: «cuando el vendedor o el comprador tengan varios establecimientos, el párrafo primero se refiere al establecimiento por el que el contrato ha sido concertado». Como ha señalado R. DE ANGEL YÁGÜEZ, sólo dos situaciones no quedan cubiertas por la regulación del Convenio: en primer lugar, cuando el comprador y el vendedor tienen sus establecimientos en el mismo Estado en el que se halla el bien, tanto en el momento de concluirse el contrato como de ejecutarse la cláusula; en segundo lugar, en el supuesto de que ambos tengan su establecimiento en el lugar de situación del bien en el momento de conclusión del contrato y la misma coincidencia tenga lugar, en un Estado distinto, en el momento de ejecución de la cláusula (*ibid.*, p. 566). La delimitación del ámbito de aplicación del Convenio no deja de resultar relativamente aleatoria, y parece pensada en función de los efectos de la reserva de dominio simple entre las partes, sin considerar el régimen de oponibilidad frente a terceros, cuestión de la que se ocupa, sin embargo, el texto del Convenio. Así, la primera de las exclusiones obliga a inaplicar el Convenio a los derechos del tercer subadquirente que, en caso de un doble conflicto móvil de retorno, adquiere el bien en un momento distinto de concluirse y ejecutarse la cláusula, coincidente con el lugar de establecimiento permanente de las partes contratantes. En la segunda hipótesis, menos probable, se excluiría la adquisición por un tercero en un Estado distinto al de la situación del bien y establecimiento de las partes en el momento de concluirse el contrato, e igualmente diverso del segundo Estado de situación del bien y establecimiento de las partes

La excepción a esta limitación se encuentra en las Propuestas de Anteproyecto de Directivas comunitaria sobre los efectos de la cláusula de reserva de dominio elaboradas en el seno de la Comisión de las Comunidades Europeas⁵, cuyos intentos de armonización, en un estado muy embrionario, supuestamente secreto y al parecer ya abandonado, pretenden una regulación material y conflictual uniforme, que no distingue entre reserva de dominio inserta en una operación de tráfico externo o interno.

B) EXCLUSIÓN DE LAS GARANTÍAS SOBRE DETERMINADOS BIENES

199. Otra regla de prudencia, aconseja excluir de la reglamentación internacional las garantías mobiliarias que afectan a determinados bienes. Este es el caso de los buques y aeronaves, debidamente apartados del ámbito de aplicación de los textos internacionales susceptibles de afectar a los derechos de garantía sobre los mismos⁶. El especial régimen hipotecario de tales bienes,

en el momento de la reclamación. Ello es consecuencia inmediata de la dominación que el elemento contractual produce sobre el elemento real en el enfoque de éste y otros textos convencionales, cuando el régimen de las garantías reales, a diferencia del de los contratos, no desempeña «una función económica única cuyo ámbito pueda calificarse de nacional o internacional» (cf. U. DROBNIG, *Estudio...*, *op. cit.*, p. 129). Por estas razones, tal vez hubiera sido más positivo adoptar algunas de las redacciones alternativas propuestas por determinados expertos. Entre éstas, merece destacarse la que pretendía determinar la aplicación del Convenio a: «los contratos de venta de bienes muebles corporales a través de los cuales se constituye una cláusula de reserva de dominio simple, cuando el Derecho que rige el contrato difiere del Derecho del Estado en el que se invoca la aplicación de la cláusula». Según otra opción, más genérica, el Convenio se aplicaría a los «contratos de venta de bienes muebles corporales a través de los que se constituye una cláusula de reserva de dominio simple» [Consejo de Europa, Doc. DG (80) 6, Estrasburgo 19 de diciembre de 1980].

⁵ El último estudio data de 1980 (*Ref.* III/D/278/80-FR).

⁶ Art. 5.1.b) de la LUVI; artículo 2.e) del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980; artículo 1.2 del Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta internacional de bienes muebles corporales; artículo 3.a) del Convenio de La Haya de 30 de octubre de 1985 sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías; artículo 1.3 del Proyecto del Consejo de Europa de 1 de abril de 1982 sobre la reserva de dominio simple; artículo 5 del proyecto de Convenio sobre los efectos extraterritoriales de las garantías mobiliarias sin desplazamiento proyectado bajo los auspicios de la Federación bancaria de la CEE (Doc. K/4/4, núm. 253); artículo 1.2 de la propuesta de Directiva comunitaria de 1980 sobre la reserva de dominio simple.

su sujeción habitual a un rígido sistema registral y, sobre todo, la existencia de un desarrollo convencional consolidado (*ad. ex.* Convenio internacional sobre la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimos, hecho en Bruselas el 10 de abril de 1926)⁷, son las razones que abogan por una exclusión semejante⁸. No obstante, es lógico que no se excluyan, por razón del objeto principalmente contractual, del Convenio de Ottawa de 1988 sobre el *leasing* internacional, si bien en sus aspectos reales respeta la primacía de las reglas generales del Derecho internacional privado.

La exclusión, sin embargo, no está justificada de la misma forma en caso de otros medios de transporte, como los vehículos automóviles o vagones de ferrocarril. El anexo al Convenio del Consejo de Europa de 1 de abril de 1982 abre la posibilidad de reserva a la exención de condiciones de publicidad para la oponibilidad de la reserva de dominio, en el caso de vehículos automóviles matriculados en un Estado parte que no han sido objeto de inscripción (art. 8). No parece, empero, que el control administrativo y registral propio de tales bienes sea el único motivo de los recelos de los Estados a admitir la regulación liberal del Convenio del Consejo de Europa. Su propia movilidad intrínseca los hace asemejarse a bienes en tránsito potencial, lo que puede avalar soluciones internacionales especiales semejantes a las propias de los buques⁹.

200. Por otra parte, se ha defendido, en sentido inverso, centrar la tarea armonizadora en el régimen de determinados bienes. En esta dirección se orienta el Proyecto *Cumming* elaborado en el seno del UNIDROIT para la elaboración de un Convenio sobre la reglamentación internacional de ciertos aspectos de las garantías que gravan bienes de equipo destinados a ser desplazados de un Estado a otro¹⁰. La propuesta gira en torno al establecimiento de una norma de conflicto internacional que contenga la aplicabilidad de la ley del domicilio establecimiento principal del deudor a tales bienes, y el reconocimiento por los demás Estados de la garantía creada conforme a dicha norma. El convenio abarcaría, bajo una definición flexible similar al concepto de *Security Interest* en el

⁷ *Gaceta* núm. 212, 31-7-30.

⁸ En este sentido, cf. K. F. KREUZER, «Europäisches...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 639.

⁹ Cf. U. DROBNIG, *Estudio...*, *op. cit.*, pp. 151-153.

¹⁰ UNIDROIT, *Etude*, LXXII, Doc. 1, Roma, diciembre 1989.

UCC, las distintas garantías mobiliarias de gran variedad de sistemas jurídicos¹¹.

Aunque el proyecto quiere combinar soluciones materiales y conflictuales, de hecho, no pretende en modo alguno modificaciones de los sistemas internos de crédito y garantías. Esta regla de prudencia está justificada en los mismos motivos que auguran un escaso éxito a la propuesta: la incompatibilidad de los sistemas de crédito y garantías en el Derecho comparado. La introducción de una norma de conflicto especial para tales bienes es meritoria, y en este sentido se ha analizado en el marco del Derecho autónomo. Sin embargo, la armonización internacional no aporta ninguna solución nueva y se enfrenta con los mismos problemas de las normas de D.I.Pr. estatales: sin una aproximación previa de los sistemas de crédito y garantías, sólo puede garantizarse la validez de la garantía, pero no sus efectos extraterritoriales. La propuesta de R. C. C. CUMMING lleva en su seno la semilla del fracaso de otros intentos armonizadores previos.

2. Reducción de los tipos

A) CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO SIMPLE

a) *Exclusión de las fórmulas complejas*

201. Como se desprende del estudio de Derecho comparado sobre la admisibilidad de las fórmulas complejas de reserva de dominio¹², su escasa y variable implantación en muy pocos Estados multiplica las diferencias entre los sistemas de crédito y de garantías, por la indudable proyección económica de su inclusión en tales sistemas. Sin embargo, una exclusión de principio tampoco tiene por qué ser valorada positivamente. Así, la textura abierta de la regulación contenida en el UCC [sección 9-103 (1) (c)], no sólo permite beneficiar a titulares extranjeros y nacionales, sino que, merced a la amplitud del concepto de *Security Interest* contenido en las secciones 1-201 (37) y 9-102 (1)-(2), permite la subsunción de las

¹¹ Para un análisis más detallado de las soluciones propuestas, *vid.* N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 88-91.

¹² *Vid. supra*, pp. 182-203.

fórmulas complejas de propiedad en garantía, que gozarán, por ejemplo, del plazo de gracia contenido en la sección 9-103 (1) (d) ¹³.

202. Frente a esta expectativa, los proyectos de armonización europeos han partido, en todo momento, de un punto de partida contrario al tratamiento de las fórmulas complejas ¹⁴. Así consta, con algunas excepciones, en los Proyectos de Proposición de Directivas comunitarias ¹⁵, en los Proyectos de Convenio comunitario

¹³ Entre la gran variedad de fórmulas de garantía cubiertas por el ámbito de aplicación del UCC y la definición funcional de *Security Interest*, F. K. JUENGER se refiere expresamente a las cláusulas de reserva de dominio extensas alemanas y a la *floating charge* canadiense (cf. «Non-Possessory...», *loc. cit.*, p. 165).

¹⁴ En el proceso de armonización del Derecho aplicable a las garantías mobiliarias en el seno de la Comunidad Europea, que llevaría a la elaboración de dos borradores de proyecto de Directivas en 1979 y 1980, destaca una respuesta de la Federación bancaria de la CEE a la Comisión, en uno de los documentos de trabajo. La novena pregunta de la Comisión era especialmente clara: «en materia de reserva de dominio, ¿la armonización debería afectar únicamente a la forma simple de reserva de dominio o debería englobar igualmente las diversas formas verticales y horizontales?». Parece oportuno reproducir los argumentos de la Federación bancaria de la CEE, tanto por su contundencia como por contener los objetivos económicos que consolidan las tentativas institucionales en un mercado especializado: «salvo ciertas reservas formuladas por algunas asociaciones... (que se oponían a la reglamentación incluso de la forma simple)... se considera que, en cualquier caso, sólo la forma simple debe ser tenida en cuenta. Las formas horizontales sólo se conocen en dos Estados miembros ... (entonces) ... y se consideran relativamente poco importantes para los bancos. Por tanto, no se insistiría para que las disposiciones comunitarias se aplicasen a dichas formas (*Saldoklausel* y *Konzernklausel*), en la terminología alemana» («Sûretés», Doc. de travail núm. 1, III/767/77-F, p. 6). ¿Y las fórmulas de extensión vertical?

¹⁵ El artículo 1 de la Propuesta de Directiva de 1980 contempla, en sus dos variantes, la forma simple de reserva de dominio como objeto de la regulación. La exclusión de las fórmulas extensas se infiere del artículo 2 de la misma [idéntica idea a la que inspiraba la redacción, mucho más defectuosa, del borrador de 1979 —Ref. III/872/79, Rev. I—, como ha puesto de relieve R. M. GOODE, *vid.* «Reservation of Title - The EEC Faulty Approach», *TCL*, vol. 1 (1980), p. 187], y el principio de identificabilidad contenido en el artículo 5 excluye, implícitamente también, las cláusulas de transformación. La exclusión de las fórmulas complejas es, sin embargo, explícita en el artículo 7: «La presente Directiva no afecta a las disposiciones nacionales que rijan aquellos contratos que contienen cláusulas de reserva de dominio que sobrepasan una cláusula de reserva de dominio simple en el sentido del artículo 2 y de las cesiones de crédito previstas en el artículo 10.» Y es que, efectivamente, el artículo 10.1 contiene la admisión excepcional de las cláusulas prolongadas de cesión de créditos futuros, al prever que «comprador y vendedor pueden pactar que el comprador tiene derecho a revender el bien a un tercero y en cuyo caso el crédito del comprador frente al tercero sea cedido al vendedor a partir de la conclusión del contrato de venta entre el comprador y el tercero. La validez de tal cláusula no depende de la notificación al tercero».

en materia de quiebras ¹⁶, y en el Proyecto de Convenio del Consejo de Europa de 1980 sobre la cláusula de reserva de dominio simple ¹⁷. Si en el caso del Consejo de Europa tiene alguna justificación, carece de ella, sin embargo, en los proyectos comunitarios. En efecto, conviene adelantar, aunque posteriormente abundaremos en ello, que los postulados, libertades y políticas de la Comunidad Europea exigen un esfuerzo mayor, tendente no sólo a la armonización más o menos parcial o global de algunas garantías sobre la propiedad aisladas. Al contrario, la exigencia de armonización comunitaria obliga no sólo a plantear la presencia intracomunitaria de cláusulas de reservas de dominio extensas, sino la revisión y reordenación de los sistemas de crédito y garantías de todos los Estados miembros hacia un modelo común. Sobre esta cuestión, volveremos más adelante.

No obstante lo dicho, y sin desbordar el marco del análisis de las opciones limitadas, lo cierto es que, en sí misma, una regulación ceñida a la cláusula de reserva de dominio simple peca de modesta, en un marco —el europeo comunitario— en cuyos Estados (Alemania, Reino Unido, Países Bajos...) han nacido y se han internacionalizado fórmulas complejas y afines. La cuestión es particularmente relevante en el caso de las fórmulas prolongadas, que son aquéllas que más desarrollo comercial experimentan. Y así, las propuestas del Comité *Crowther* en el Reino Unido apuestan por mejorar los resultados de esta internacionalización, partiendo del modelo del UCC ¹⁸. En este caso, el peso numérico de

¹⁶ Las disposiciones de Derecho uniforme mínimo sobre oponibilidad de la reserva de dominio en la quiebra contenidas en el artículo 41 del Convenio (CEE) sobre quiebras, convenios y otros procedimientos análogos de 1982 se ciñen en todo caso a la fórmula simple (*Bulletin C.E.*, supl. 2/82, 1982). Con el mismo alcance, el artículo 39 del Proyecto de 1979 (*Doc. COM*, núm. 3327/1/XIV/70-F, de 10 de febrero de 1970). El proyecto de Convenio en discusión actualmente, presumiblemente alterará la regulación anterior, y, en principio, se observa la tendencia a hacer desaparecer un régimen uniforme sobre la reserva de dominio simple, sometiénola a las mismas reglas conflictuales que el resto de los derechos reales, con lo cual está justificado que ya no se distinga entre reserva de dominio simple o compleja en su artículo 5 (Secretaría General del Consejo, Doc. SN 1831/2/92 DRS (T.C), de 3 de abril de 1992).

¹⁷ Artículo 1, con carácter general, y 5.1.b) y c), en especial, para las cláusulas de transformación. La limitación aquí obedecía, además, a la idea global de elaborar un texto limitado a una ordenación exenta de construcciones jurídicas complejas.

¹⁸ De ahí la crítica de R. M. GOODE a la Propuesta de Directiva de 1979 (*ibid.*, pp. 183-189).

los Estados miembros del Consejo de Europa y de la Comunidad Europea, tributarios de sistemas hipotecarios más rígidos, explican el conservadurismo de la opción.

b) *Exclusión de la reserva de dominio en contratos de consumo*

203. La reserva de dominio es el único derecho de propiedad en garantía apto para garantizar el crédito al consumo. Sin embargo, la armonización internacional debe excluir esta garantía cuando afecta a tales contratos, dado que los objetivos de política legislativa no son los mismos que en los supuestos del tráfico comercial; en un caso prima la protección del consumidor, en tanto que en otro se trata de garantizar la seguridad y homogeneidad del tráfico comercial y del mercado ¹⁹.

En el Derecho comunitario, la protección del consumidor se opera, en sede judicial, merced a los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil ²⁰, en tanto que el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales garantizaría dicha protección en sede contractual. Sin embargo, los intentos de armonización internacionales de los efectos de la reserva de dominio incluyen normas materiales y conflictuales especiales, de cuya aplicación es preciso excluir las operaciones de consumo. Así lo hacen efectivamente, y no hay nada que oponer a ello, el artículo 1.3 del Convenio del Consejo de Europa de 1982 ²¹ y el artículo 1.1 del Proyecto de Proposición de Directiva

¹⁹ Por esta razón R. M. GOODE ha valorado positivamente la propuesta del Comité *Crowther*, en orden a separar la regulación del crédito comercial y del crédito al consumo, al igual que ocurre en los Estados Unidos (cf. «A Credit...», *loc. cit.*, pp. 246-247).

²⁰ BOE 28-1-91.

²¹ «El presente Convenio no implica perjuicio a las disposiciones del Derecho nacional relativas a la protección de los consumidores.» La redacción del precepto obedece a una clara finalidad material en beneficio del consumidor contratante: sólo se aplicará la normativa convencional a las ventas con reserva de dominio pactadas por un consumidor, cuando sea más favorable que el Derecho nacional designado para regir la validez y efectos *inter partes* de la cláusula [Consejo de Europa, Doc. CJ-DC (80), 6, Estrasburgo, 19 de diciembre de 1980; *vid.* R. DE ANGEL YÁGÜEZ, *loc. cit.*, p. 567].

comunitaria de 1980 ²²; pero la protección del consumidor también fue un elemento presente en la redacción del complejo y controvertido artículo 41 del Proyecto de Convenio de quiebras de 1980: la sumisión explícita o implícita, según las variantes de dicho precepto, de la validez de la cláusula a la *lex contractus*, pretendía, entre otras cosas, dejar a salvo las disposiciones imperativas de algunos ordenamientos en materia de protección de consumidores ²³.

En suma, conviene, de un lado, excluir de los intentos de armonización internacional las garantías que afectan a consumidores y, de otro, englobar estas operaciones de crédito dentro de proyectos de reglamentación internacional, materiales o conflictuales, que aborden con carácter general el régimen de las operaciones de crédito al consumo.

c) *Regulación fragmentaria de sus efectos*

204. En la práctica, los intentos de armonización internacional centrados en la institución de la cláusula de reserva de dominio simple, siquiera han fructificado. La fragmentación o reducción de tipos se ha impuesto, en orden a obtener una reglamentación separada de cada aspecto o efecto concreto de dicha institución.

205. En primer lugar, los textos internacionales destinados a aportar una reglamentación uniforme, bien sea material o conflictual, del contrato de venta internacional de mercancías, pueden

²² La primera variante dispone: «Los Estados miembros dan efecto, conforme a las disposiciones de la presente Directiva, a todo contrato concluido entre personas o empresas en el marco de una actividad profesional y a través del cual se constituye una reserva de dominio simple relativa a bienes muebles corporales.» Dicha regulación tendría el efecto de extraer del ámbito de aplicación de la Directiva, no sólo la posición del consumidor frente al vendedor, sino también cualquier efecto de la cláusula frente a terceros o, en otras palabras, el régimen general de cualquier reserva de dominio inserta en un contrato de venta a plazos celebrado por un consumidor. La exclusión parece desmesurada en atención al objetivo de política legislativa perseguido. De ahí que parezca más aconsejable la redacción contenida en la segunda variante de dicho artículo 1.1: «Los Estados miembros dan efecto, conforme a la presente Directiva, a cualquier contrato concluido entre un vendedor y un comprador de bienes muebles corporales, con base en el cual se constituye una cláusula de reserva de dominio simple. Las disposiciones nacionales sobre protección de consumidores no quedan afectadas por la presente Directiva.» La ausencia de orientación material favorable al consumidor se aplica desde una visión sistemática del Derecho comunitario, dado que tal protección está prevista en los textos convencionales citados.

²³ *Id.* R. GARCÍA VILLAVERDE, *loc. cit.*, p. 273; y, sobre la redacción del artículo 39 del Proyecto de 1970, J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *loc. cit.*, p. 387.

aportar una solución parcial al problema de la validez y contenido *inter partes* de la cláusula de reserva de dominio, con ocasión de la reglamentación del problema de la transmisión de la propiedad. Esta alternativa presenta la ventaja de ser factible, toda vez que en este ámbito sólo se produce una mera divergencia de normas o principios nacionales relativos al momento del traspaso de la propiedad, pero no pone en tela de juicio la integridad de los sistemas de créditos y de garantías. Pero, por la misma razón, no afecta al problema esencial que plantean las garantías mobiliarias, a saber, el reconocimiento de su oponibilidad frente a terceros.

En el seno de la Conferencia de La Haya, se barajaron en su día diversas posibilidades de regulación en este sentido²⁴. El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta internacional de bienes muebles corporales de 15 de abril de 1958 no sólo contemplaba la validez de las cláusulas de reserva de dominio y sus efectos entre las partes (art. 2.4), sino que reglamentaba asimismo la oponibilidad de la cláusula (arts. 3 a 5). Más prudentemente, el Convenio de La Haya de 30 de octubre de 1985 sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías contempla solamente el primero de los aspectos citados. En concreto, su artículo 5.c) excluye la determinación de la ley aplicable a la transferencia de la propiedad, salvo los aspectos mencionados en su artículo 12, entre los que se incluye «la validez y efectos *inter partes* de las cláusulas de reserva de dominio», sometida, por tanto, a la *lex contractus*.

206. En segundo término, se ha planteado la armonización internacional de los derechos de propiedad-garantía, no sólo de la reserva de dominio simple, en el marco de un texto relativo a los derechos de los terceros adquirentes de buena fe. Se trata del Proyecto de Convenio elaborado por el UNIDROIT, que contiene la Ley Uniforme sobre adquisición de buena fe de bienes muebles corporales²⁵. Su artículo 5 prevé que «la adquisición de derechos reales sobre bienes muebles corporales es válida, incluso si el disponente carecía de cualquier derecho de cesión, a condición de que el adquirente actúe de buena fe y el bien le haya sido entregado», mientras los artículos 7 a 9 especifican el contenido de la buena fe, y el grado de diligencia exigible al tercero, y el artículo 10 precisa

²⁴ Vid. sobre esta cuestión en las VII y VIII sesiones, R. BARSOTTI, *op. cit.*, pp. 199-205, y L. FRÉDERICQ, «La vente en droit international privé», *R. des C.*, t. 93 (1958-1), pp. 72-74.

²⁵ UNIDROIT, *Etude*, XLV, Doc. 55, 1974.

el momento en que ha de entenderse realizada la entrega a partir del instante en que el tercero adquiere la posesión del bien.

La suerte de las garantías sobre la propiedad se infiere de la interpretación conjunta de los artículos 6 y 11. Según el primero, sólo los derechos inscritos en un Registro público son oponibles frente a terceros subadquirentes, siempre que la adquisición de la propiedad del bien haya tenido lugar en el territorio del país de registro y que, conforme a la legislación de dicho Estado, la inscripción del derecho sea oponible. Por otra parte, el artículo 11 sólo contiene una excepción a la eficacia de la buena fe del tercero, de carácter objetivo, en caso de bienes procedentes de robo. A tenor de esta normativa, sólo los derechos de propiedad-garantía inscritos en el registro público del lugar de adquisición de la posesión por el tercero de buena fe serán oponibles, a condición de que la *lex rei sitae* así precisada admita la oponibilidad de tales derechos inscritos.

Semejante propuesta viene a ser una simple aclaración de lo que sucede en muchos sistemas estatales de D.I.Pr. y, de hecho, no añade nada nuevo ni resuelve los problemas existentes. La incompatibilidad de los sistemas de crédito y de garantías permanece frente a semejantes soluciones, y el escollo registral, a veces imposible de salvar materialmente, es la mejor garantía para la negación del reconocimiento de los efectos de las garantías constituidas en el extranjero. Además, en la práctica, es poco probable que los sistemas tributarios de principios dispares en el ámbito de la protección mobiliaria se avengan a soluciones uniformes considerablemente rígidas, como son las del Proyecto UNIDROIT; así lo evidencia el propio informe de J. G. SAUVEPLANNE, al señalar las críticas suscitadas por la redacción del artículo 6²⁶.

²⁶ «Se ha observado que se iba demasiado lejos y que era preferible suprimirlo, dejando a la libre apreciación del juez la cuestión de saber en qué medida la falta de consulta de los registros puede afectar a la buena fe del adquirente. Quienes estaban a favor de esta opción han apuntado en especial que, en ciertos países, la inscripción en un registro no impide por sí misma la adquisición de buena fe en relación con los derechos inscritos. En contrapartida, otros han sido de la opinión de que la disposición era muy restrictiva y que debía obligarse al adquirente a consultar los registros, no sólo del país de la entrega, sino también de otros y, en particular, del país en que tenía su establecimiento principal. Se ha argumentado que el adquirente tiene las mismas posibilidades de consultar los registros en dicho país que en el lugar de la entrega. Se ha sugerido igualmente obligar al adquirente a consultar los registros del país de origen de las mercancías, mucho más indicada que la de los registros del lugar de entrega de la cosa, frecuentes en el comercio internacional, donde se trata de productos importados...» (UNIDROIT, *Etude*, XLV-Doc 57, 1974, p. 11).

207. Más sentido tiene, finalmente, una armonización internacional de los efectos de los derechos de propiedad-garantía en los procedimientos concursales, al hilo de una reglamentación internacional global de las situaciones concursales. En primer término, porque los sistemas de crédito y de garantías se vinculan estrechamente a los respectivos Derechos en materia de quiebra. Si es alcanzable una reglamentación internacional, sobre todo de contenido material, en el ámbito de la quiebra, significa que existe una correlativa aproximación de los sistemas de crédito y garantías. Si el resultado es puramente conflictual, la incomunicación de los sistemas de crédito y garantías persistirá y los problemas de reconocimiento de los efectos de los derechos de propiedad-garantía en la quiebra subsistirán en la misma dimensión en que se plantean en el ámbito del D.I.Pr. estatal.

En cualquier caso, esta interdependencia explica que tanto los proyectos de armonización en materia de reserva de dominio en el Consejo de Europa y en la Comunidad Europea, estén a la espera del resultado que en ambas organizaciones deparen los proyectos de armonización en materia de quiebra²⁷. El fracaso de las nueve disposiciones relativas a la cláusula de reserva de dominio, incluidos sus efectos concursales, contenidas en el Anexo I del Proyecto UNIDROIT de 1939/1951 sobre venta internacional de mercancías²⁸, y las vicisitudes de la redacción de los artículos 39 y 41 de los sucesivos proyectos de Convenios de la CEE en materia de quiebra de 1970 y 1980, no obstan a esta interpretación; antes al contrario, la refuerzan, demostrando el poder atractivo que, pese a las dificultades, posee la situación concursal respecto de la oponibilidad de las garantías mobiliarias. Las dificultades de la armonización internacional de los Derechos de quiebras no son, en suma, más que un trasunto específico de las dificultades de la armonización genérica del régimen de las garantías mobiliarias, a saber, la incompatibilidad real/concursal de los sistemas de crédito, garantía y tratamiento de las empresas en dificultades.

²⁷ Vid. en este sentido F. ALBANESE, «Activités du Conseil de L'Europe en matière de droit de la faillite», *Le droit de la faillite internationale*, Zürich, 1986, p. 150; P. LATHAM, «Retention of Title. Recent Developments in Europe», *JBL*, enero 1983, pp. 86-87; S. SÁNCHEZ LORENZO, «La venta...», *loc. cit.*, pp. 108-109. El Proyecto de Convenio del Consejo de Europa sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra de 20 de julio de 1989 sólo contiene ciertas normas instrumentales que afectan a los derechos de propiedad-garantía, pero no una reglamentación específica sobre su régimen jurídico y oponibilidad.

²⁸ *Unification du droit*, 1948, pp. 102 y ss., esp. 149-151 (arts. 5 y 6).

B) EL LEASING INTERNACIONAL

208. El único texto definitivo, aunque aún no ha entrado en vigor, susceptible de afectar a un derecho de propiedad-garantía es el Convenio UNIDROIT de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre el *leasing* internacional²⁹. Este Convenio regula el *leasing* financiero, vaya acompañado o no de opción de compra, tenga o no finalidad traslativa (art. 1). La predilección del legislador internacional por los aspectos contractuales es, sin embargo, evidente, y ello mengua el valor de las disposiciones materiales y conflictuales que regulan, casi accesoriamente, la reglamentación de sus aspectos reales. Por esta razón carece de sentido, como se verá, utilizar este texto internacional como un ejemplo vivo de las posibilidades de armonización internacional de las garantías mobiliarias³⁰.

209. El grueso de las disposiciones del Convenio de Ottawa se refiere, en efecto, a los aspectos contractuales del *leasing* (arts. 8 a 14). Este no es, sin embargo, un simple dato cuantitativo. Cualitativamente, es el contrato de *leasing* internacional el objeto principal de la regulación internacional, y no sus aspectos reales. Esta afirmación se hace evidente si se contempla la regla prevista en el artículo 5.1, que dispone la inaplicabilidad del Convenio cuando las tres partes de la operación compleja de *leasing* (contrato de suministro y contrato de *leasing*) así lo han dispuesto. El descarte del Convenio por las partes implica, paradójicamente, la inaplicación tanto de sus disposiciones sobre aspectos puramente contractuales, como de las normas que regulan la oponibilidad del derecho real en manos de la empresa de *leasing* frente a terceros; es bien sabido que esta cuestión real no admite una regulación dispositiva, carente de sentido, se mire por donde se mire.

²⁹ *Actes de la Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et sur le crédit bail international*, vol. I, Anexo I, Roma, UNIDROIT, 1991, pp. 343-352. Una descripción y tratamiento global de su contenido puede consultarse en N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 97-99; R. C. C. CUMMING, *Etude...*, *loc. cit.*, pp. 14-15; Ch. GAVALDA, «Le crédit...», *loc. cit.*, pp. 59-75; R. M. GOODE, «The Proposed New Factoring and Leasing Conventions», *JBL*, 1987, pp. 318-320 y 399-402; W. E. MAY, «Leasing and its Unification», *CJTL*, vol. 22, 1984, pp. 333-358; EL-MOKHTAR BEY, «La Convention...», *loc. cit.*, pp. 726-730; R. PINTO DUARTE, *loc. cit.*, pp. 275-307; J. BASEDOW, «Leistungsstörungen in internationalen Leasingverträgen. Der UNIDROIT-Entwurf aus der Sicht der deutschen Recht», *RIW*, 1988, pp. 1-12. Vid. asimismo noticia en *RGD*, núms. 532-533, 1989, pp. 297-302 y A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La configuración...», *loc. cit.*, *passim*.

³⁰ En este sentido R. C. C. CUMMING, *ibid.*, p. 15.

Pero, es más, el artículo 5.2 permite a las partes, cuando no han descartado la aplicación del Convenio, derogar cualquiera de sus disposiciones, salvo las establecidas en los artículos que el mismo precepto cita. Pues bien, entre las disposiciones con carácter imperativo, sólo se encuentran determinadas cuestiones puramente obligacionales: derecho del usuario al saneamiento por evicción frente a la empresa de *leasing*, siempre que no se deba a la conducta activa o pasiva del usuario, y se origine en actos u omisiones culpables o negligencia grave de la empresa de *leasing* (art. 8.3); validez de la cláusula relativa al cálculo de la indemnización en caso de incumplimiento grave del usuario [art. 13.3.b)]; e invalidez de la cláusula penal de pago anticipado de cánones pendientes en caso de rescisión del contrato por la empresa de *leasing* (art. 13.4). Consecuentemente, no figura como imperativo el artículo 7, referido a la oponibilidad frente a terceros del derecho real de la empresa de *leasing*. Evidentemente, puede interpretarse que la imperatividad del artículo 7 no se contiene en el artículo 5.2, porque es consustancial al objeto regulado, en cuanto que escapa por definición a la autonomía material de las partes. Sin embargo, eso no impide que el artículo 7 sea inaplicable, al igual que todo el Convenio, si las partes, conforme dispone el artículo 5.1, han descartado su aplicación. De esta manera, se confirma la idea de que el legislador internacional no tuvo en cuenta la imperatividad consustancial a semejantes cuestiones reales, y que, de hecho, confeccionó un texto orientado y dirigido a resolver la problemática puramente contractual del *leasing*, sector en el que sí puede admitirse la virtualidad y eventual éxito de la armonización internacional.

210. En principio, pues, la disponibilidad del Convenio convierte sus normas sobre aspectos reales en puro papel mojado. Pero, además, aunque fueren imperativas, su contenido dista mucho de resolver la eficacia internacional de los derechos reales de las empresas de *leasing*. Por un lado, el artículo 7.1 establece la oponibilidad del derecho real frente a los terceros acreedores del usuario, respetando las condiciones de publicidad exigidas por la ley aplicable. Dicha ley es, salvo supuestos excepcionales, la *lex rei sitae* precisada al momento de la oponibilidad [art. 7.3.c)]. Finalmente, el Convenio se abstiene de reglamentar el rango de los acreedores titulares de un privilegio o garantía mobiliaria sobre el bien, a excepción de los derivados de un título ejecutivo definitivo o provisional [art. 7.5.a)], y excluye de su ámbito de aplicación la oponibilidad frente a cualquier tercero adquirente.

Semejante regulación de los aspectos reales del *leasing* quiebra por todos los costados. En primer término, el Convenio no distingue entre *leasing* con o sin finalidad traslativa; y no lo hace porque esta distinción es innecesaria de cara a la regulación de los aspectos obligacionales del *leasing*, que es su objetivo primordial. Sin embargo, la distinción es capital para determinar si el derecho real de la empresa de *leasing* es un derecho de propiedad puro o, al contrario, un derecho de propiedad en garantía. De esta forma, deja al arbitrio del foro la decisión sobre la cuestión real crucial en el *leasing*, con lo cual el artículo 7 deviene un puro artificio. Pero, en segundo lugar, opta por una solución conflictual (*lex rei sitae*) que exige cumplir los requisitos de publicidad previstos por la ley aplicable. La dificultad existente, en muchos casos, para acceder incluso materialmente a dicha publicidad, no aporta, pues, soluciones efectivas de cara a la transposición internacional de los derechos reales en caso de *leasing* (que debería reducirse al *leasing* con finalidad traslativa), o, al menos, no mejora las respuestas del D.I.Pr. estatal, dando por buenas decisiones como la contenida en la jurisprudencia francesa en el caso *Localease c. Singer*³¹. Finalmente, no determina el rango que ocupa el derecho real de la empresa de *leasing* frente a otros acreedores del usuario que ostenten una garantía mobiliaria sobre el bien; tal solución es inconsecuente en caso de *leasing* sin finalidad traslativa, en el que debe reconocerse a la empresa de *leasing* un simple derecho de separación, y tremendamente restrictiva en supuestos de *leasing* con finalidad traslativa, en que el rango de la empresa de *leasing* frente a otros acreedores con garantía mobiliaria es la cuestión esencial.

211. En resumidas cuentas, la regulación en el Convenio de Ottawa de los aspectos reales del *leasing* no constituye esperanza ni modelo algunos para la armonización internacional en torno a las garantías mobiliarias. El espíritu del Convenio aconsejaba eliminar el artículo 7, y ceñir su reglamentación a los aspectos contractuales. El contenido del artículo 7 debería ser, teóricamente, un inconveniente para que muchos Estados ratificasen el Convenio. Pero su reglamentación dispositiva y de pequeño alcance siquiera ha de tener ese efecto, y el artículo 7 puede llegar a convertirse, simplemente en lo que parece: una disposición superflua e inútil.

³¹ Vid. *supra*, pp. 231-232.

III. Opciones favorables a un ámbito de aplicación material global

1. Regulación conjunta de las garantías mobiliarias

A) FUNDAMENTO

212. Desde el ángulo de los problemas de tráfico externo, los sistemas de crédito y de garantías presentan una acusada incompatibilidad. Pero desde el propio punto de vista, cerrado y presuntamente equilibrado, de los sistemas de garantías internos, la concurrencia de garantías hipotecarias clásicas con derechos de propiedad en garantía y otras fórmulas aún más extensas produce, igualmente, una sensación de caos y falta de lógica interna. En cierto modo, como se ha cansado de denunciar R. BERCOWITZ RODRÍGUEZ-CANO en el sistema español, la práctica comercial ha destruido paulatinamente la coherencia interna de los sistemas de garantías. De ahí la tendencia natural a tratar de reconvertir los derechos de propiedad en garantía en simples prendas sin desplazamiento³².

Aunque coincidamos plenamente con este intento de reordenación funcional de un sistema de garantías, eliminando las incoherencias, no estamos tan seguros que la opción económica más progresista y acertada sea reconducir esta tarea hacia la figura de la prenda sin desplazamiento, porque impone unos límites personales y reales muy estrechos al crédito.

Dotar de coherencia a un régimen de garantías confuso, construido a partir de un aluvión de materiales de muy diversa procedencia histórica, exige tener presente las variables de una decisión económica que se le escapa al simple jurista: necesidades de financiación, realidad transnacional del crédito, condición de los operadores económicos a quienes es preciso tutelar o rehabilitar, repercusión que en determinados sectores de la economía pueden producir determinadas fórmulas de garantía, etc. Las distinciones puramente conceptuales coartan una unificación cabal del régimen de garantías, que debe operar sobre los efectos económicos de las instituciones, consecuentes con la realidad económica.

Así, este proceso de reconstrucción interna o internacional de un sistema de crédito y de garantías, debe partir de algunos postulados

³² Esta es una de las grandes conclusiones que se extraen de la lectura de la obra de N. BOUZA VIDAL, siempre expuesta con gran finura y acierto (*op. cit., passim.*).

históricos: actualmente, ya no tiene el sentido de atañe la distinción, a efectos de protección del crédito, entre el fabricante-suministrador de bienes (beneficiado del concepto de venta y la utilización de la propiedad con fines de garantía), y la entidad de crédito-prestamista (perjudicado por el concepto de préstamo y la prohibición del pacto comisorio); de igual modo, la solvencia aparente o la posesión mobiliaria no pueden pretender un carácter absoluto como mecanismos de protección del operador económico profesional, que conoce las leyes del mercado, la utilización corriente de fórmulas de financiación y la práctica poco habitual de efectuar grandes desembolsos para adquirir al contado equipos industriales. Estos y otros muchos factores debe orientar la reunificación funcional de un régimen de crédito y garantías en un mercado compacto.

Pero lo que sí es evidente, por tanto, es que, sea cual fuere la decisión económica o la orientación de un sistema de crédito y de garantías, éste debe responder a una idea global, a una coherencia interna y a un equilibrio que no se pueden obtener a través de desarrollos parciales e incommunicados. Se trata de centripetar y no centrifugar el sistema, so pena, en caso contrario, de destruir la seguridad del tráfico y la eficiencia del sistema económico, que constituyen los valores u objetivos últimos de toda reglamentación de un sistema de crédito y de garantías. Queda por ver en qué medida tal objetivo es realizable en el marco internacional y cuál es el método de reglamentación más oportuno.

213. La única ocasión en que, propiamente, se ha analizado la posibilidad de una unificación global del régimen internacional de las garantías mobiliarias, se debe a la iniciativa de la UNCTRAL, plasmada en el estudio de U. DROBNIG³³. El conocimiento de la materia por el profesor alemán, han hecho de su informe un material precioso para valorar las posibilidades de éxito de cualquier armonización internacional sobre las garantías mobiliarias. La Ley modelo fue la técnica sobre la que se operó, pero la ambición de un proyecto semejante impidió que fructificara y que la unificación internacional de los sistemas de garantía quedara estigmatizada como una misión utópica, que es exactamente lo que es³⁴.

³³ Doc. A/CN.9/131, de 15 de febrero de 1977.

³⁴ Para un resumen detallado de los propósitos, objetivos y líneas maestras de este proyecto, así como de las causas de su abandono, *vid.* N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 85-86, y R. C. C. CUMMING, *loc. cit.*, pp. 19-22.

B) TRATAMIENTO GLOBAL EN LAS OPERACIONES DE CONSUMO

214. Como ya se ha señalado, la disparidad evidente de objetivos de política legislativa, justifica un tratamiento separado de las garantías mobiliarias en el tráfico comercial y las operaciones de crédito al consumo. El codificador norteamericano se muestra fiel a esta diversidad de planos, separando de la reglamentación propia de la contratación mercantil (UCC) la regulación de las operaciones de crédito al consumo (*Uniform Consumer Credit Code*)³⁵.

215. La autonomía de la cuestión permite, en el ámbito internacional, una armonización global de las operaciones de crédito al consumo, que abarque el régimen de las garantías características de estas operaciones. En este ámbito, la armonización material es más factible, al responder a unos objetivos de política legislativa más definidos. Por la misma razón, es preciso partir de un cierto grado de cohesión económica y convergencia en las políticas; de esta forma, no resulta extraño que la armonización internacional de las operaciones de crédito al consumo haya fructificado en el seno de la Comunidad Europea, donde existe una política de protección al consumidor comunitaria claramente definida.

Al margen de las normas de competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de contratos de consumidores contenidas en los Convenios comunitarios de Bruselas y Roma, la Comunidad Europea ha conseguido una armonización material relativa a las operaciones de crédito al consumo, que han dotado al Derecho comunitario de una «reglamentación orgánica de los contratos celebrados por consumidores»³⁶. La reglamentación comunitaria incluye y prevé normas muy variadas sobre protección de los consumidores frente a los productores, la publicidad engañosa, las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, etc. Desde nuestro punto de vista, nos interesa especialmente la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias

³⁵ Vid. sobre el mismo Ph. REYMOND, *op. cit.*, p. 31. Acerca de la propuesta diferenciada en los §§ 4.1.3, 4.1.4, 4.1.39, 4.1.40 y 4.2.1 a 4.2.5 del Informe del Comité Crowther, inspirado en la solución norteamericana, vid. R. M. GOODE, «A Credit...», *loc. cit.*, p. 274.

³⁶ En expresión de A. ZANOBETTI, «Les conventions communautaires concernant la compétence judiciaire et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale et la protection du consommateur», *Unification. Liber Amicorum Sauveplanne*, Deventer, Kluwer, 1984, p. 300.

y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo³⁷, modificada por la Directiva del Consejo de 22 de febrero de 1990³⁸. Estas disposiciones incluyen en su ámbito de aplicación los derechos de propiedad-garantía incluidos en contratos de crédito al consumo, estableciendo garantías formales y sustanciales en su constitución, que afectan al régimen de las relaciones entre las partes. En muchos puntos, y pese a la tibia reforma introducida en el artículo 4.5 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, esta disposición del Derecho español es abiertamente incompatible con los márgenes de protección al consumidor establecidos en la normativa comunitaria³⁹.

2. Realizaciones concretas y perspectivas

A) UCC Y BCR

216. Al margen del sector específico de los contratos de consumidores, la armonización global de los derechos de garantía mobiliaria en el tráfico comercial sólo ha sido realizada o proyectada en el seno de mercados especializados, más o menos compactos o perfectos. Las reformas económicas y los objetivos de política legislativa que implica una opción global, con efectos en diversos sectores claves del ordenamiento jurídico, hacen efectivamente utópica una armonización de alcance universal.

217. El modelo por excelencia de este tipo de armonización lo constituye el UCC norteamericano, obviamente enmarcado en un sistema jurídico interfederal, no internacional⁴⁰. La redacción de la sección 9 del *Uniform Commercial Code*, revisada en 1972⁴¹, tuvo

³⁷ DOCE núm. L 42, de 12 de noviembre de 1987.

³⁸ DOCE núm. L 61, de 10 de marzo de 1990.

³⁹ Para un mayor desarrollo del contenido de la normativa comunitaria, y de la pervivencia de inadaptaciones en la normativa española, tras la reforma de la Ley de Venta a Plazos, vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 830-835; *id.*, «Alcance...», *loc. cit.*, pp. 65-74.

⁴⁰ Para una aproximación global al tratamiento de las garantías mobiliarias en el UCC, vid. por todos L. ROJO AJURIA, *loc. cit.*, *passim*.

⁴¹ *Uniform Commercial Code*, Nueva York, The Lawyers Co. Publishing Company, 1972/1978.

precisamente la virtud de proceder a una recalificación o reordenación del sistema de garantías mobiliarias conforme a las exigencias del mercado norteamericano. La herencia compleja y confusa de las distintas garantías practicadas en cada Estado, requería la utilización de nuevos conceptos que permitiesen una regulación uniforme de las distintas garantías, según su función económica ⁴². Una vez obtenida esta clasificación, el reconocimiento y efectos de las garantías constituidas o «perfeccionadas» ⁴³ en un Estado distinto al de reclamación, se resuelven a través de la sección 9-103 que contiene las normas de D.I.Pr. adecuadas a tal fin, y redactadas a la luz de los resultados de la recalificación funcional de las garantías ⁴⁴.

El eje central de la armonización global es el concepto de *Security Interest*, que presenta un contenido puramente teleológico en la sección 1-201 UCC: el término designa cualquier derecho constituido sobre un bien mueble o inmueble por destino, cuyo fin es garantizar el pago o ejecución de una obligación ⁴⁵. De esta forma, los derechos de propiedad-garantía constituyen *Security Interest*, incluido el *leasing* con finalidad traslativa, esto es, *intended as Security*. La unificación ha sido especialmente útil en el terreno de la *Retention of Title* y de la *Conditional Sale*, ya que al reconducir ambas figuras a un régimen jurídico común, el UCC eliminaba una de las más problemáticas distinciones de la vieja legislación norteamericana ⁴⁶.

El esquema del UCC permite encuadrar cada tipo de garantía sobre la propiedad, según su función. Así, la venta en garantía simple y las fórmulas complejas de venta en garantía y reserva de dominio tras la cristalización, reciben un tratamiento similar al de una prenda sin desplazamiento con ocasión de un préstamo, des-

⁴² Vid. L. ROJO AJURIA, *loc. cit.*, pp. 753-757.

⁴³ Sobre la distinción entre la validez y la perfección (oponibilidad) de las *Security Interests* en el UCC, vid. N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 83-84.

⁴⁴ Sobre las normas de conflictos de leyes en el UCC, vid. B. STONE, *Uniform Commercial Code in a Nutshell*, 2.^a ed., St. Paul, Minnesota, 1984, pp. 352 y ss.; F. K. JUENGER, «Non-Possessory...», *loc. cit.*, pp. 157-166; A. BONIFAZI, *loc. cit.*, pp. 55-82; Ph. REYMOND, *op. cit.*, pp. 162-167, y J.-P. VERHEUL, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁴⁵ Sobre el concepto de *Security Interest* y la enumeración ejemplificativa de garantías contenidas en el UCC bajo dicha rúbrica, vid. Ph. REYMOND, *op. cit.*, pp. 28-29; J. D. AYER, *loc. cit.*, pp. 654-655; N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁶ Cf. en este sentido J. D. AYER, *loc. cit.*, p. 655.

plegando sus mismos efectos, lo cual exige mayores justificaciones en el Derecho europeo, aunque se suele llegar al mismo resultado. En cambio, la reserva de dominio simple y el *leasing* traslativo encajan en el subgrupo de las *purchase-money security interest*, que caracteriza a las figuras que tienden a asegurar o garantizar el precio por la adquisición de un bien (sección 9-107), sujetas todas ellas al mismo régimen material ⁴⁷. Ahora bien, y este es el mérito del UCC, también una prenda sin desplazamiento o una venta en garantía serán tratadas como *purchase-money security interest* cuando se hayan constituido con la finalidad concreta de garantizar la adquisición de un bien, y no otro tipo de financiación ⁴⁸. Es irrelevante, respecto del régimen jurídico de la garantía, el destino que el contrato subyacente atribuya a la propiedad del bien; como en toda *purchase money security interest*, los bienes se afectan al pago del precio de la adquisición y la garantía se perfecciona, resultando oponible a terceros, cuando es registrada, salvo que se trate de ventas al consumo que no sean de vehículos automóviles ⁴⁹.

La reordenación global del sistema de garantías en el mercado norteamericano se completa, junto a las normas de reconocimiento interfederal, con una reglamentación uniforme acerca de las condiciones materiales de validez y rango de las distintas garantías mobiliarias ⁵⁰.

218. La propuesta del *British Crowther Report* sigue los mismos criterios de reordenación funcional de la sección 9 del UCC, y, entre otras disposiciones, hace explícita la identidad de efectos entre el préstamo con constitución de prenda sin desplazamiento para la adquisición de un bien, y la venta a plazos con reserva de dominio ⁵¹.

⁴⁷ Vid. G. ANGELICI, *op. cit.*, pp. 136-137, y G. GILMORE, «The Purchase Money priority», *Harvard L. Rev.*, vol. 76, 1963, pp. 1333-1041.

⁴⁸ Vid. M. G. SHANKER, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 94, y R. M. GOODE, «A Credit...», *loc. cit.*, pp. 252-254.

⁴⁹ Cf. R. M. GOODE, «The Secured...», *loc. cit.*, pp. 675-755, y N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 83-84.

⁵⁰ Para un resumen de las mismas, vid. N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 84-85. Para una exposición con todo detalle de las normas del UCC, vid. L. ROJO AJURIA, *loc. cit.*, pp. 771 y ss.

⁵¹ Vid. M. G. SHANKER, *loc. cit.*, p. 94; R. M. GOODE, «A Credit...», *loc. cit.*, p. 214; *id.*, «Secured Creditor...», *loc. cit.*, p. 709; I. DAVIES, «The Reform...», *loc. cit.*, pp. 475-477.

El modelo del UCC ha sido adoptado, asimismo, en distintas legislaciones y proyectos legislativos de algunas provincias del Canadá ⁵².

B) COMUNIDAD EUROPEA

219. La larga andadura del Derecho comunitario para obtener una armonización de legislaciones en materia de reserva de dominio ⁵³ partió de un intento más ambicioso, que, siguiendo la línea trazada en el UCC, tendía a una reglamentación global de los problemas suscitados por el conjunto de garantías mobiliarias sin desplazamiento, aunque no abordaba una auténtica reorganización funcional del sistema de garantías en el mercado intracomunitario. Así, en 1973, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó el Proyecto de Directiva sobre armonización de legislaciones en los Estados miembros sobre reconocimiento de garantías mobiliarias y reservas de dominio insertas en contratos de venta de bienes muebles ⁵⁴. Dicha proposición se inspiraba en el Proyecto de Convenio relativo a los efectos extraterritoriales de las garantías mobiliarias sin desplazamiento elaborado un año antes por la Federación Bancaria de la CEE ⁵⁵.

En la fase de preparación de los Proyectos de proposición de Directiva comunitaria de 1979 y 1980 sobre los efectos legales de la reserva de dominio, la Federación bancaria de la CEE aconsejó extender la armonización a las distintas garantías mobiliarias generadoras de derechos reales que afectase a transacciones internacionales, si bien manifestó la conveniencia práctica de limitar la armonización a ciertas fórmulas de garantía, al menos en

⁵² *Ontario Personal Property Act* (1976); y proyectos similares en British Columbia (1987) y Alberta (1988). Este último puede consultarse en R. C. C. CUMMING, *loc. cit.*, anexo C. Más diferencias, aunque idéntica inspiración, presenta la Ley de Saskatchewan (cf. I. DAVIES, *loc. cit.*, pp. 485-587).

⁵³ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las tentativas de regulación de los efectos de la cláusula de reserva de dominio en el Consejo de Europa y en las Comunidades Europeas», *La Ley (Comunidades Europeas)*, supl. 38, de 30 de septiembre de 1988.

⁵⁴ Doc. COM XI/466/73/E, 1973. Sobre el ámbito, técnicas de reglamentación y contenido de este Proyecto de Directiva, vid. N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 87-88.

⁵⁵ Doc. K/4/4/ núm. 153 (sin fecha).

los comienzos de los trabajos ⁵⁶. De hecho, en adelante, se abandonaría la opción favorable a una solución global, cifiendo los esfuerzos de armonización, sin demasiado éxito, a la figura de la reserva de dominio simple. De esta forma se había pasado del ambicioso Proyecto de la Federación Bancaria de la CEE a la elaboración de una «mini-Directiva» ⁵⁷, no del todo uniformadora, sobre la cláusula de reserva de dominio simple, ahuyentando cualquier aproximación a un régimen armónico y a una sistematización de las garantías mobiliarias operativas en el mercado comunitario.

Como tendremos ocasión de exponer con más detalle, este abandono no es de recibo en el marco de la Comunidad Europea. Los propios objetivos de integración económica y la plena consecución de las libertades comunitarias, exigen, y no sólo aconsejan, una armonización global del régimen de las garantías mobiliarias y, además, una armonización en el ámbito de las normas materiales. Al abordar este punto, abundaremos en esta crítica.

IV. Opciones relativas al método de reglamentación

I. Los límites de la solución conflictual

220. Una de las alternativas de carácter internacional para regular los problemas de D.I.Pr. que suscitan las garantías mobiliarias radica en el establecimiento de normas de conflicto unifor-

⁵⁶ La Federación Bancaria de la CEE respondió a la Comisión, acerca del ámbito de las garantías que debían quedar cubiertas, de la siguiente forma: «Ciertas asociaciones deberían limitar el ámbito de aplicación de esta armonización a las garantías mobiliarias y a la reserva de dominio que garantizan transacciones comerciales internacionales. Se admite, generalmente, que cualquier Directiva debería contener un inventario de las garantías reguladas. La mayoría de las asociaciones miembros de la Federación Bancaria estarían a favor de una acción limitada a las garantías mobiliarias que generan derechos reales...» Sin embargo, la Federación Bancaria especificó prudentemente que si bien era «favorable a una aproximación global que cubriera, en principio, todas las fórmulas de garantías mobiliarias previstas por las legislaciones de los Estados miembros, cabría adoptar una aproximación más limitada en el comienzo de los trabajos de armonización» (Doc. Commission III/767/77, febrero de 1978, pp. 1 y 3).

⁵⁷ Tal es la expresión utilizada peyorativamente por R. M. GOODE (cf. «Reservation of Title...», *loc. cit.*, p. 187).

mes⁵⁸. Sin embargo, aunque esta técnica pueda unificar el mecanismo de localización o resolver de una forma u otra el problema del conflicto móvil, de hecho es inoperante sin una correlativa armonización de los Derechos materiales. Los problemas internacionales que suscitan las garantías mobiliarias no se reducen a una mera diversidad de normas materiales internas, como ocurre por ejemplo con la transferencia de la propiedad; en el fondo subyace una auténtica incomunicabilidad o incompatibilidad de los sistemas de crédito y de garantías, que afectan a diversos sectores del ordenamiento jurídico (Derecho de quiebras, posesión mobiliaria, etc.). Por esta razón, determinar con seguridad la legislación aplicable, final o prospectivamente, no elimina la inseguridad acerca de la continuidad o reconocimiento de los derechos de garantía constituidos en el extranjero.

En este sentido, resulta ilustrativa la aportación de K. F. KREUZER. Puede imaginarse un texto internacional que opte por algunos de los correctivos conflictuales que hemos analizado en el marco del D.I.Pr. autónomo. Así, puede recogerse internacionalmente la aplicabilidad de la ley elegida por las partes o, más particularmente, la ley del destino en ciertos casos. Sin embargo, la aplicación prospectiva por los particulares no podría evitar los efectos de la incompatibilidad entre dos sistemas, por ejemplo haciendo inaccesible el registro de la garantía constituida en el extranjero, como es el caso español. De igual modo, acordar internacionalmente unos plazos de gracia, tampoco evita la imposibilidad material de acceso al registro de las cláusulas pactadas en el extranjero en caso de tratarse de una institución desconocida o rechazada por el sistema de garantías del foro, y se enfrenta al problema de otorgar un trato privilegiado a los acreedores extranjeros frente a los acreedores nacionales. Finalmente, es inconcebible un convenio de reconocimiento recíproco de las garantías mobiliarias sin la correspondiente armonización material que, de suyo, introduciría una distorsión y una desigualdad de trato inaceptable para cualquier sistema de crédito y de garantías. Como concluye el autor alemán, en el análisis de estas opciones, los fracasos que han cosechado todos los intentos de armonización

⁵⁸ Para un análisis de las alternativas posibles en un texto de carácter internacional, *vid.* K. F. KREUZER, «Europäisches...», *loc. cit.*, pp. 629-633. En relación, estrictamente, con la reserva de dominio, *vid.* J.-P. VERHEUL, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 72-73.

conflictual ponen de relieve los límites del método de cara a una solución efectiva de los problemas que suscitan las garantías mobiliarias en el tráfico externo⁵⁹.

La doctrina europea, a la vista de la práctica jurisprudencial, ha coincidido con la crítica más acabada de K. F. KREUZER a la insuficiencia del método conflictual para dar una respuesta adecuada a los supuestos de tráfico externo en materia de garantías mobiliarias⁶⁰. De las limitaciones impuestas por el método conflictual han sido conscientes, asimismo, los legisladores de la CEE y del Consejo de Europa, y ello pese a que la inclusión de un *minimum standard* uniforme haya obligado a un período de reflexión que ha amenazado con aplazar *sine die* la adopción de los textos proyectados⁶¹. Sin embargo, la necesidad de una cierta armoniza-

⁵⁹ *Cf.* K. F. KREUZER, *ibid.*, pp. 629-633. Ha habido, sin embargo, intentos de diseñar una respuesta puramente conflictual para los problemas que suscitan algunos derechos de propiedad-garantía. Así, en el informe presentado por G. VAN HECKE en 1954, durante la VIII sesión de la Conferencia de La Haya, en el contexto de la elaboración del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad, en caso de venta internacional de mercancías, se contenían una serie de indicaciones acerca de la ley aplicable a la reserva de dominio, en particular sometiendo a la *lex contractus* la regulación de los efectos entre las partes, y reservando a la *lex rei sitae* en el momento de reclamación la competencia sobre el régimen de los efectos frente a terceros (*cf.* E. RABEL, «Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung», *Rabels Z.*, 1952, pp. 212-224). El Convenio definitivo de 15 de abril de 1958, sin resultar expreso, conduce en la práctica a las mismas soluciones. Al margen de otras aportaciones doctrinales, dirigidas a la redacción de un Código Europeo de Derecho internacional privado que recogiese el régimen conflictual completo de la reserva de dominio (arts. 289 y 290 del Proyecto de E. FRANKSTEIN, *cit.* por E. SCHULZE, *op. cit.*, pp. 286-287), y de algunas normas de conflicto de alcance limitado contenidas en textos de ámbito regional (art. 111 del Código de Bustamante de 1928 en materia de prenda sin desplazamiento y los arts. 20-22 del Tratado de Montevideo de Derecho mercantil terrestre internacional sobre la prenda comercial, *cit.* por U. DROBNIG, *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 148-149), la regulación del fracasado Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de venta internacional de bienes muebles corporales parece ser la única tentativa internacional de configurar un régimen conflictual completo en materia de reserva de dominio, toda vez que el Convenio de La Haya de 30 de octubre de 1985 sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías sólo contempla el régimen de los efectos *inter partes* de la reserva de dominio [art. 12.e)]. Posteriormente, la Conferencia de La Haya ha declinado expresamente la opción por la elaboración de un Convenio internacional sobre garantías mobiliarias.

⁶⁰ *Cf. ad ex.* Ph. FOUCHARD en «Nota a la ST Casación francés de 8 de julio de 1969», *loc. cit.*, pp. 76-77.

⁶¹ En este sentido, *cf.* F. ALBANESE, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 150.

ción material era condición indispensable para cumplir los objetivos de tales textos. Así lo demuestra la propia regulación del artículo 41 del Convenio (CEE) sobre quiebras, convenios y otros procedimientos análogos de 1980. Uno de los objetivos fundamentales era remediar la incertidumbre en cuanto a la ley aplicable a ciertas materias, como la reserva de dominio, en donde concurrían diversas leyes y el resultado material resultaba prácticamente impredecible⁶².

221. Aun así, existe una región desierta en que la solución conflictual puede considerarse aceptable. Se trata del régimen de la validez y contenido *inter partes* de los derechos de propiedad en garantía y de cualesquiera otras garantías mobiliarias, cuya sujeción a la *lex contractus* puede considerarse aceptable, de la misma forma que se resuelve la cuestión de la transferencia de la propiedad. Se trataría de la solución prudente prevista en el artículo 12.e) del Convenio de La Haya de 1985, al someter a la ley rectora del contrato de venta «la validez y efectos entre las partes de la reserva de dominio». Del mismo modo, la solución conflictual es aconsejable para la protección de los derechos del consumidor contratante, si bien aconseja una armonización paralela de las operaciones de crédito al consumo. Se trata, en todo caso, de un ámbito de problemas muy lejano al reconocimiento de la oponibilidad de los derechos de propiedad garantía, auténtico *quid* de la cuestión que estamos tratando.

⁶² «Dicho resultado no podía, sin embargo, conseguirse plenamente a través de simples mecanismos conflictuales, y el Convenio hubo de establecer, en la estricta medida de lo necesario, las normas materiales uniformes...» (cf. J. LEMONTEY, «Vers un droit européen de la faillite», *Travaux com.fr.dr.int.pr.*, 1971-1973, pp. 21-22). La divergencia en las soluciones de los distintos sistemas concursales constituía un factor de inseguridad que explica, como ha puesto de manifiesto R. M. GOODE (cf. «A Credit...», *loc. cit.*, pp. 267-268, esp. núm. 88), que se haya tenido presente la necesidad de establecer un *minimum standard* uniforme. En el estudio elaborado en 1972 por el *Service de Recherches Juridiques Comparatives* del CNRS de París se manifestaba un gran escepticismo acerca de la utilidad de las normas de conflicto. En el mismo se señala que tales normas funcionan razonablemente bien entre países cuyos Derechos sustantivos son semejantes (como Austria y la RFA), pero las normas de conflicto se han mostrado inadecuadas en el caso de Derechos internos claramente distintos, dado que en tales casos frecuentemente se invoca la excepción de orden público. Por tanto, se recomienda la atención, fundamentalmente, en la armonización de los Derechos materiales de los distintos Estados.

2. Posibilidades de armonización material

A) LA UNIDAD DE MERCADO COMO LÍMITE/CAUSA DE LA ARMONIZACIÓN MATERIAL

222. El escepticismo es la nota dominante ante las posibilidades de una armonización internacional de los Derechos materiales sobre las garantías mobiliarias, máxime ante el cúmulo de fracasos que ha cosechado el intento. Su éxito implicaría, en palabras de R. BARSOTTI, «un grado de integración política, económica y jurídica que no es predicable entre los Estados soberanos e independientes que componen la actual sociedad internacional»⁶³. En efecto, la unidad, cohesión o perfección del mercado actúa como un límite frente a las implicaciones económicas que conlleva la armonización de los Derechos materiales relativos al sistema de crédito y de garantías. Una tentativa semejante sólo se concibe en círculos jurídicos y económicos con homogeneidad de fines y objetivos políticos y económicos, como podría ser el ya periclitado bloque socialista, dada la identidad sustancial de principios en orden a la utilización de los bienes en cambio⁶⁴.

⁶³ A juicio del autor italiano, se añaden a esta dificultad los límites objetivos del ámbito de aplicación material, constreñido a las operaciones estrictamente internacionales (cf. R. BARSOTTI, *op. cit.*, pp. 65 y 86). D. TALLON, tras un análisis comparado, concluye igualmente que «resulta comprensible la vacilación de quienes quisieran emprender una acción de aproximación de legislaciones en materia de crédito mobiliario» (cf. *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 933); más pesimista se muestra U. DRÖBNIG, al calificar la unificación de «irrealista», como consecuencia de la enorme diversidad de regímenes mobiliarios de los distintos Estados (cf. «The Recognition...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 310). Igual de pesimista se muestra K. F. KREUZER, incluso en el ámbito de los países comunitarios, al menos a corto plazo, poniendo como ejemplo la incidencia que tiene el proceso en curso de reforma concursal en Alemania (cf. «Europäisches...», *loc. cit.*, p. 633). R. R. PENNINGTON, partiendo de la conveniencia de una simplificación y aseguramiento de la internacionalización de efectos de la reserva de dominio, se muestra igualmente escéptico, incidiendo en los distintos factores económicos que se esconden tras la diversidad de regímenes en materia de garantías mobiliarias sin desplazamiento de origen convencional (cf. *loc. cit.*, p. 318). Con todo, los mismos argumentos en torno a la disparidad de regímenes han servido para propugnar, precisamente, una labor necesaria de armonización, tratándose de situaciones que presentan un alto grado de transnacionalidad (cf. G. A. ZAPHIRIOU, *op. cit.*, p. 219).

⁶⁴ Los operadores económicos han patrocinado intentos de armonización poco consecuentes con este límite. El más ambicioso partió del Congreso de la Unión Internacional de Abogados en Dubrovnik, en 1933, cuyo proyecto de regulación abarcaba los derechos de propiedad en garantía insertos en ventas a plazos sobre bienes muebles no consumibles, con una regulación que afectaba a la oponibilidad

223. Pero, precisamente por lo dicho, es lícito preguntarse en qué medida tal armonización no es o debe ser factible en círculos regionales de integración económica como la Comunidad Europea. La doctrina europea se muestra, sin embargo, sumamente escéptica ante la posibilidad de una armonización internacional en el ámbito comunitario que afecte a los sistemas de garantía nacionales, sin duda por la distancia cósmica que separa unos de otros⁶⁵. Sin embargo, nos parece poco acertado semejante sentimiento, que es posible resumir en la siguiente frase de E. MEZGER: «en el propio marco de la CEE, la unificación de las garantías mobiliarias es un sueño»⁶⁶; habría que corregir esta afirmación considerando que se trata de una pesadilla.

224. En efecto, la imposibilidad de una armonización material por la incompatibilidad entre los Derechos nacionales de los países miembros de la CEE, no es una simple observación práctica. Admitirlo implica también poner en tela de juicio pilares fundamentales de la integración económica como la libre competencia y la libre circulación de mercancías. En un momento en que la unificación europea se plantea otros objetivos, no está de más poner de relieve que la armonización material de los sistemas de crédito y de garantías constituye un paso necesario para lograr, efectivamente, un mercado europeo en condiciones de libre competencia y libre circulación de bienes. Sin esta corrección, la posición de las distintas empresas en el mercado comunitario no es

del derecho (*vid.* el denso comentario a las conclusiones del Congreso en E. SCHULZE, *op. cit.*, pp. 288-291). El Congreso de Dubrovnik sólo tuvo, empero, un valor anecdótico. Las tentativas del llamado «Derecho espontáneo» carecen de realismo, en una materia tan afectada por complejos objetivos económicos y que pone en tela de juicio los sistemas de crédito y garantías nacionales. Los intentos de armonización material de un sistema de crédito y de garantías sólo se explican en un marco económico como el americano (UCC) o el antiguo bloque socialista, como lo demuestran las Condiciones Generales de Venta del COMECON (*vid.* al respecto G. P. ALESSI, «L'unificazione della vendita internazionale tra Stati socialisti membri del Consiglio per la cooperazione economica», *Comunicazioni e Studi*, t. XI, 1963, pp. 223 y ss.; P. J. KANTONA, «The International Sale of Goods among Member States of the Council for Mutual Economic Assistance», *CJTL*, 1970, pp. 245 y ss.; J. SPASKI, «Les obligations en droit international privé dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes», *R. des C.*, t. 136 (1972-II), pp. 566 y ss.).

⁶⁵ *Vid.* en particular el euroescepticismo de K. F. KREUZER («Europäisches...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 633; F. ALBANESE, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 150, y M. CABRILLAC, *loc. cit.*, p. 504).

⁶⁶ *Cf.* E. MEZGER, «Nota a la ST Casación francés de 3 de mayo de 1973...», *loc. cit.*, pp. 106-109.

equilibrada, ni en el grado de asunción de riesgos, ni en el coste de los mismos, con lo cual difícilmente podría partirse de la idea de un mercado integrado o perfecto⁶⁷; y lo mismo cabría decir del Derecho de quiebras⁶⁸.

La propia Comisión de las Comunidades Europeas era consciente de ello, cuando asignó dos fines primordiales a la armonización en materia de garantías mobiliarias: «asegurar la eficacia y la viabilidad de las garantías utilizables, cuando un acreedor de un Estado miembro concede crédito a una persona que se encuentra en otro Estado miembro» («condición para una auténtica libertad de circulación de mercancías») y «mejorar las condiciones de competencia en el sector industrial y comercial, favoreciendo las garantías que son a la vez simples y poco costosas»⁶⁹. En un marco económico de integración no se comprende muy bien, efectivamente, la alteración de las condiciones de competencia que provoca la posibilidad de que en ciertos Estados, y no en otros, las empresas que financian la adquisición de sus bienes puedan garantizar sus operaciones comerciales, asumiendo altos riesgos, con figuras como la *floating charge* o las cláusulas de reserva de dominio extensas. No encaja en un modelo de mercado perfecto que las empresas en dificultades por razones de insolvencia, o por ver peligrar su saneamiento económico por la quiebra de sus deudores, se hallen enfrentadas o no a la eficacia de las citadas fórmulas de garantía, según el lugar donde radique su centro de actividades.

⁶⁷ Sobre el efecto que la ausencia de armonización comunitaria en materia de garantías mobiliarias como imperfección de mercado produce en una serie de restricciones encubiertas a la libre circulación de mercancías admisibles y admitidas por el TJCE, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «Alcance...», *loc. cit.*, pp. 72-74.

⁶⁸ La Federación bancaria de la CEE ya puso de relieve esta consecuencia en relación con el Proyecto de Convenio sobre los efectos extraterritoriales de las garantías mobiliarias sin desplazamiento: «La progresión de la integración económica en el Mercado Común hará cada vez más frecuentes estos problemas: un bien mueble gravado con una garantía sin desplazamiento podrá pasar de un Estado miembro de la CEE a otro tras una venta, el cambio de sede de una sociedad o el desplazamiento de una actividad comercial no industrial temporal, por ejemplo en el caso de las empresas en construcción. En virtud de las disposiciones legales actuales, el acreedor pignoraticio perderá su garantía, lo que conllevará la reducción del crédito concedido al constituirse la garantía, al menos que se acepte el riesgo resultante de la introducción del bien en otro país o se constituya la garantía conforme al Derecho de dicho Estado, con los gastos que ello implicaría» (Doc. K/4/4/ núm. 153, p. 9).

⁶⁹ «Sûreté», Doc. de travail núm. 1, III/767/77-F, p. 2.

225. Conviene, por tanto, partir de la idea de que la armonización material del sistema de garantías comunitario puede ser imposible, pero también es absolutamente necesaria ⁷⁰. El planteamiento de las eventuales propuestas debe tener en cuenta ambos extremos ⁷¹. La armonización material en la Comunidad Europea no deja de ser menos necesaria por el hecho de que existan importantes dificultades. Si la armonización es irrealizable, no deja por ello de ser el método adecuado para alcanzar con éxito los objetivos de integración económica. Su imposibilidad supone, más bien, una suerte de fracaso que no es aconsejable ocultar mediante otras propuestas menos ambiciosas, más factibles y menos integradoras.

En resumidas cuentas, la armonización global de los Derechos materiales nacionales en materia de crédito y garantías es la única solución aceptable, desde los objetivos de integración económica trazados en el marco de la Comunidad Europea, de idéntica forma en que ha sido la única respuesta razonable en los Estados Unidos (UCC). Con ello, la unidad de mercado no sólo es un límite para la armonización, sino que es la causa de la misma.

B) SENTIDO Y ALCANCE DE LA UNIFICACIÓN PARCIAL

226. Las tentativas hacia una armonización material han prescindido, sin embargo, de opciones globales, por la dificultad que entraña la tarea de armonizar en bloque distintos sistemas de crédito y garantías. Salvo en los casos en que, como el de la Comunidad Europea, lo que se pretende es una integración económica

⁷⁰ Para una valoración más detallada de esta necesidad, *vid.* U. DROBNIG, *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁷¹ R. M. GOODE ha incidido, en un pormenorizado estudio, en la necesidad económica de semejante armonización material en el seno de la CEE, y, en particular, relativa a la determinación de las condiciones de crédito y a la penetración de las entidades de crédito en el crédito al consumo y en la financiación de la adquisición de bienes, susceptibles de distorsionar las condiciones de competencia empresarial en el marco de sistemas de garantía dispares. R. M. GOODE considera imprescindible, para llegar a un verdadero Mercado Común en la esfera del crédito y de las garantías, una «armonización legal de las garantías dentro y fuera de la quiebra», y, en definitiva, propone la elaboración de proyectos que se sometan al veredicto de los operadores económicos profesionales y de las organizaciones de consumidores. Amén de a cualesquiera otros expertos y prácticos en los problemas involucrados (*cf.* «A Credit...», *loc. cit.*, pp. 232-233, 250-251 y 290-291, y en el mismo sentido, Ph. FOUCHARD, «Nota a la ST Casación francés de 3 de mayo de 1973...», *loc. cit.*, p. 82, e I. MOREAU-MARGRÈVE, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 81).

(unidad de mercado como causa), esta limitación parece una regla de prudencia en el marco de la armonización convencional, si bien sus resultados pueden ser nulos por el límite que impone, como hemos visto, el propio principio de unidad de mercado.

a) Efectos inter partes

227. No existen textos internacionales o institucionales que contengan una armonización material de las condiciones de validez y contenido real entre las partes de las garantías mobiliarias. Si se exceptúan supuestos muy especiales, como la regulación parcial de dichos efectos en las operaciones de crédito al consumo en la Comunidad Europea, todo lo más se pueden encontrar propuestas conflictuales que vienen acompañadas de alguna disposición o un *minimum standard* uniforme.

228. La razón de este vacío es doble: de un lado, por su inutilidad práctica, toda vez que se trata de un conjunto de cuestiones poco problemáticas; de otro, por su inutilidad teórica. En efecto, la armonización material de las condiciones de validez de las garantías mobiliarias, tanto para supuestos internos como internacionales, resultaría absolutamente inútil sin una aproximación material de los sistemas de crédito y de garantías más profunda. Así, como ejemplifica K. F. KREUZER, de nada valdría establecer una determinada condición de validez formal, como la inscripción registral, para determinadas garantías, si tal condición no se puede cumplir en el Estado de constitución (*ad. ex.* en Alemania no existe Registro de garantías mobiliarias), o en el Estado de destino del bien (*ad. ex.* en Suiza o en España las reservas de dominio extranjeras no pueden acceder, por imposibilidad material, a sus sistemas de publicidad registral). Y aunque se pudiesen cumplir, muchos Estados desconocen algunos tipos de garantías, cuya constitución sería imposible garantizar en todos los Estados eventualmente participantes de semejante armonización ⁷².

b) Efectos frente a terceros

229. En la armonización material de los efectos frente a terceros de las garantías mobiliarias, las dificultades prácticas se multiplican. En principio, una regulación asilada de determinadas ga-

⁷² *Cf.* K. F. KREUZER, «Europäisches...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 634-635.

rantías produciría un resultado final de incoherencia de todos y cada uno de los sistemas de garantías implicados. En segundo lugar, una reglamentación aislada, aun para todo tipo de garantías mobiliarias, según el tipo de tercero o efecto regulado, tampoco beneficiaría la coherencia interna de un sistema de garantías. Para lograr un resultado satisfactorio, siquiera parcialmente, siempre será necesaria una previa aproximación material de los sistemas de crédito o de garantías o de sectores jurídicos afines, por parte de los Estados implicados ⁷³.

Al igual que en el caso anterior, la armonización de los efectos de las garantías mobiliarias no puede fundamentarse, simplemente, en unas condiciones de oponibilidad similares (inscripción registral en caso de quiebra, mala fe en supuestos de posesión mobiliaria por un tercero, etc.). Nos encontraríamos entonces con el mismo problema de incomunicabilidad, o imposibilidad material de materializar dichas condiciones, según el Estado de que se trate.

230. Los intentos de armonización internacional en esta dirección no logran, empero, obviar los problemas reales a los que hemos aludido. Así, el Proyecto de Convenio UNIDROIT que contiene la Ley Uniforme sobre la adquisición de buena fe de bienes muebles corporales de 1974, contiene, efectivamente, las condiciones bajo las cuales un tercero de buena fe adquiere *a non domino* un título inatacable (art. 5), oponible incluso frente a la masa de la quiebra (art. 6.1), a la vez que determina de forma precisa los criterios de valoración de la buena fe (arts. 7 y 9) y de la posesión actual (art. 10), así como las eventuales excepciones en caso de bienes robados (art. 11) ⁷⁴.

Dicha regulación uniforme conlleva, implícitamente, una declaración de inoponibilidad frente a terceros subadquirentes de buena fe de los derechos de propiedad-garantía no inscritos en un registro público; mas ésta no deja de ser el resultado final, poco satisfactorio, a que conduce la reglamentación conflictual tradicional. El artículo 6.1 prevé, efectivamente, que «los derechos inscritos en un registro público son oponibles al adquirente cuando la entrega de la cosa ha tenido lugar en el Estado en que el registro es administrado y que, según la ley de dicho Estado, la inscripción del derecho es oponible frente al tercero». En suma, la oponibilidad se rige

⁷³ Cf. esta idea en K. F. KREUZER, *ibid.*, p. 635.

⁷⁴ UNIDROIT, *Etude*, XLV, Doc. 55, 1974.

por la *lex rei sitae* en el momento de adquirirse la posesión del bien por el tercero, siempre que exista una inscripción registral en dicho Estado. El precepto no incide en los supuestos de impracticabilidad material de la inscripción, ni en el resto de problemas de transposición que provocan las situaciones transnacionales.

231. Aún más compleja es la armonización material de los efectos de las garantías en caso de quiebra. Aquí se plantea la propia posibilidad de armonización de los Derechos concursales, de por sí, al igual que los sistemas de crédito y garantías, prácticamente incompatibles. Si parece difícil, como se ha visto, una solución de Derecho uniforme sobre el régimen general de algunas o todas las garantías, con mayor razón ha de serlo una reglamentación uniforme de sus efectos en caso de quiebra del comprador, pues, al fin y al cabo, el Derecho de quiebras se halla íntimamente vinculado a otras ramas del Derecho de cada país —Derecho de propiedad, de obligaciones, de sociedades...—, de forma que su unificación total depende en buena medida de la armonización en tales sectores afines ⁷⁵. Buena prueba del importante límite que impone en este punto el principio de unidad de mercado, son los propios intentos comunitarios, más que trabajosos, por llegar a una reglamentación uniforme de la situación concursal.

En todo caso, es preciso señalar que una armonización de los efectos de las garantías en el concurso sólo tiene sentido si se regulan, globalmente, las mismas; en caso contrario, la persistencia o eliminación práctica de las garantías no contempladas, pueden bien alterar la uniformidad, bien convertir a los sistemas de garantías internos en un cuerpo absolutamente incoherente y deforme.

c) *El límite de las condiciones de publicidad*

232. Algunos de los problemas que plantea la reglamentación material uniforme de los efectos de las garantías mobiliarias, se refieren a la cuestión de la territorialidad estricta de los mecanismos de publicidad registral, cuando ésta se concibe como una condición de oponibilidad necesaria. Para evitar los numerosos problemas que conlleva la consecución del principio de publicidad de las garantías, se ha propuesto completar la armonización material con una coordinación internacional de la publicidad registral.

⁷⁵ Cf. esta idea en J. A. PASTOR RIDRUEJO, *loc. cit.*, p. 217.

Las dos opciones fundamentales que se presentan, y que han sido sintetizadas por P. LAGARDE, consisten, bien en una publicidad internacional organizada, bien en una publicidad internacional descentralizada bajo la forma de un documento o marca (*ad. ex.* una factura o señal en el bien), que circularía junto al bien mueble. A juicio del autor francés, el primer sistema es pesado, costoso y tal vez ineficaz, mientras que la segunda alternativa es más fácil de llevar a la práctica, aunque sólo valdría para determinadas garantías sobre cierto tipo de bienes⁷⁶. La mayoría de los autores coincide con la valoración de P. LAGARDE⁷⁷; no hay que perder de vista, además, que incluso en un sistema de publicidad centralizado, es preciso acompañar una armonización de los Derechos materiales relativos a los efectos concretos y orden de prelación de las distintas garantías oponibles.

233. En esta dirección han apuntado los intentos de armonización diseñados en la CEE. Esta posibilidad de coordinación registral venía avalada con anterioridad por el consejo doctrinal. En un trabajo aparecido en 1967, H. COING proponía para los países comunitarios la creación de un Registro centralizado y facultativo que beneficiaría el reconocimiento de las garantías creadas en Alemania y en los Países Bajos, propiciando la armonización. Coincidiendo con la sección 9-103 UCC, H. COING proponía el establecimiento en cada Estado miembro de un Registro Central, en donde el acreedor pudiese inscribir su derecho real de garantía sin desplazamiento. La inscripción registral se comunicaría a los demás registros centrales, de forma que el acreedor se beneficiara del cumplimiento de las condiciones de publicidad en el territorio

⁷⁶ Cf. «Nota a la ST Apelación de París de 19 de enero de 1976...», *loc. cit.*, pp. 135-136.

⁷⁷ Ph. FOUCHARD ha puesto de relieve la facilidad para llevar a cabo un sistema de publicidad uniforme respecto de los vehículos automóviles, bien a través de un signo externo adosado a su placa de matriculación, bien a través de la constancia de la garantía en la documentación del vehículo (cf. «Notas...», *loc. cit.*, pp. 85 y 82). Sin embargo, admitiendo la bondad de este planteamiento, otros autores han llamado la atención acerca de los riesgos de fraude en los certificados, a través de duplicados y falsificaciones, y mediante la posibilidad de hacer desaparecer las marcas o signos externos (vid. U. DROBNIG, *Estudio...*, *op. cit.*, pp. 51-52). En relación con el sistema de publicidad centralizado, U. DROBNIG estima que «es difícilmente concebible que un legislador nacional introduzca un sistema claro, lento y complicado de inscripción, tan sólo para proporcionar el factor de seguridad requerido para las transacciones internacionales» (*ibid.*, p. 132), desproporción que pone asimismo de manifiesto K. F. KREUZER, «Europäisches...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 637.

comunitario, y su garantía fuera tratada como si se hubiere constituido en cualquiera de los sistemas jurídicos en cuyos registros centrales aparecía publicada. La solución dejaba además intactos los sistemas de garantías de los Estados miembros⁷⁸.

234. Esta idea se recoge en el Proyecto de Convenio relativo a los efectos extraterritoriales de las garantías sin desplazamiento, elaborado a principio de los años setenta por la Federación Bancaria de la CEE. Dicho proyecto combinaba la creación de un Registro Central Europeo con determinadas técnicas de transposición. A tal efecto, se preveía un mecanismo de reconocimiento de aquellas garantías sin desplazamiento, incluidos los derechos de propiedad-garantía (art. 2), constituidos conforme al Derecho de un Estado miembro, en cuyo territorio se hallase el bien en el momento de constitución de la garantía. Tales garantías debían ser reconocidas por los Tribunales de los Estados miembros, que procedería a adaptarlas hacia figuras similares conocidas por el ordenamiento del foro, siempre que constasen en un registro central creado a tal efecto. Así, la ley del Estado en que se hallase el bien en el momento de la reclamación regiría los efectos y rango de la garantía, pero asimilándola a figuras internas ejemplificadas para cada Estado miembro. Si el lugar de realización de la garantía fuese, por ejemplo, Francia, la garantía inscrita en el Registro Central Europeo tendría el rango y efectos de un *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement* (art. 3) y su procedimiento de ejecución o insolvencia sería el propio de un *gage commercial* (art. 4). Como se ve, se trata de una propuesta en la línea de H. COING.

Pero el elemento verdaderamente innovador de este proyecto consistía en la creación de un instrumento de publicidad extraterritorial. Los artículos 6 a 12 del texto establecían una regulación exhaustiva de la creación y funcionamiento del Registro Central Europeo, cuyo fin primordial era evitar la necesidad de una nueva inscripción, al trasladarse las mercancías gravadas a otro país⁷⁹.

⁷⁸ Vid. H. COING, *loc. cit.*, *passim.*, esp. p. 82.

⁷⁹ El artículo 7 recogía los requisitos de la solicitud de inscripción, exigiendo la constancia de los nombres de acreedor y deudor, las mercancías gravadas y las acciones que habían de garantizarse; las condiciones de terminación de la inscripción figuraban en el artículo 8; de especial importancia era la disposición según la cual el deudor podía obtener el consentimiento del acreedor mediante una decisión judicial de un Tribunal cuya sede estuviese situada fuera del país de residencia o establecimiento del acreedor, siempre que la decisión fuese reconocible en el país del acreedor. La duración de la inscripción se limitaba a cinco años, pero po-

Al igual que la propuesta de H. COING, el diseño del Proyecto de Convenio comunitario está plagado de problemas. De un lado, sería preciso un aparato burocrático considerable para el funcionamiento del Registro Central Europeo; además, como quiera que para las mercancías locales los registros nacionales existentes seguirían siendo necesarios, habría que consultar dos registros para averiguar el estatuto jurídico de las mercancías en dichos Estados⁸⁰. En segundo lugar, el reconocimiento registral de tales garantías provocaría distorsiones notables en determinados sistemas, como el alemán, con lo cual no se concibe sin una previa armonización de los sistemas de crédito y de garantías de los países comunitarios, de consecución utópica para algunos autores⁸¹.

235. La opción fue mantenida, sin embargo, en la Proposición de Directiva comunitaria sobre armonización de legislaciones sobre reconocimiento de garantías mobiliarias y cláusulas de reserva de dominio en los contratos de compraventa de bienes muebles, que era un proyecto ya menos ambicioso. Su ámbito de aplicación no se limitaba, empero, a las transacciones internacionales, sino que se extendía a la generalidad de los derechos de garantía sobre bienes muebles que hubiesen traspasado las fronteras de los Estados miembros, con el ánimo de resolver todos los problemas de conflicto móvil.

Con carácter general, la Proposición preveía la inscripción registral como condición de oponibilidad de los derechos de garantía mobiliaria sin desplazamiento. A tal efecto, se barajaron tres posibilidades de coordinación registral: un registro central común; un registro central administrado por cada Estado miembro, con notificación de inscripciones a los distintos registros centrales; un registro central administrado por cada Estado miembro, sin notificación a los demás. La primera falla de la propuesta radicaba en que la inscripción registral no era exigida para la reserva de dominio sim-

—
 día renovarse por un período igual previa petición; la inscripción se prorrogaba automáticamente, si al expirar el período inicial el deudor estaba sujeto a un procedimiento de quiebra, o si se hallaba pendiente alguna medida de ejecución sobre las mercancías gravadas (art. 9). La solicitud de inscripción o terminación debían ser certificadas por un notario, cónsul o funcionario similar (art. 10). Cualquier persona podía consultar el registro y solicitar copias de las inscripciones (art. 11).

⁸⁰ Vid. U. DROBNIG, *Estudio...*, op. cit., p. 133.

⁸¹ En este sentido, vid. F.-E. KLEIN, loc. cit., pp. 534-545, y K. F. KREUZER, «Europäisches...», loc. cit., p. 637.

ple, cuya eficacia se limitaba a su redacción por escrito con anterioridad a la entrega de la cosa. Con ello, se introducía una excepción que desequilibraba los sistemas de garantía nacionales y suponía la consecución de un modelo en sí mismo incoherente. Por si ello fuera poco, la Proposición tampoco se orientaba a una mínima armonización material, sino que contenía un sistema de normas de conflicto uniformes, sujetando los efectos de la cláusula de reserva de dominio a la *lex rei sitae*, siempre que resultase válida conforme a la *lex contractus*, si bien obligaba a la transposición de la garantía hacia fórmulas equivalentes del foro, sin solución de continuidad. En el fondo, se pretendía que la creación de una garantía conforme a la ley del país de importación a partir de la garantía creada en la ley del país de exportación, manteniendo la continuidad de la garantía⁸². Se trata de una intención bondadosa, pero absurda, sin poner los mecanismos de armonización material precisos para conseguirla.

Por si estos inconvenientes fueran pocos, la Proposición presentaba lagunas importantes: oponibilidad en caso de quiebra del vendedor y fórmulas complejas de propiedad en garantía⁸³. Todo ello, unido a la adhesión a las Comunidades de nuevos sistemas jurídicos dispares (inglés, irlandés y danés)⁸⁴, coadyuvó al abandono de una propuesta bien planteada en sus objetivos, pero pobre en las técnicas de solución empleadas. De nuevo el error de cálculo se refiere a la necesaria aproximación material de los sistemas de crédito y de garantías, desde una perspectiva globalizadora.

C) LA PROPUESTA DE UNA «GARANTÍA COMUNITARIA EUROPEA»

236. La dificultad de que entraña la aproximación material de los sistemas de crédito y de garantías, incluso en un mercado integrado como el comunitario, y la necesidad persistente de dotar a las garantías del crédito de cierta continuidad, en particular en el marco de tales mercados especializados, ha llevado a algunos autores a realizar propuestas intermedias, que puedan compatibilizar los límites y las necesidades impuestas por la integración económica.

⁸² Cf. U. DROBNIG y R. M. GOODE, loc. cit., op. cit., pp. 369-371.

⁸³ Vid. R. R. PENNINGTON, loc. cit., p. 317.

⁸⁴ Vid. este dato en W. M. HAUSCHILD, loc. cit., p. 31.

237. Entre estas propuestas, debe ocupar un lugar preeminente la efectuada por K. F. KREUZER, en orden a la creación de una *garantía mobiliaria europea* (ESR), sobre el modelo de la patente comunitaria⁸⁵. Esta garantía específicamente europea, diseñada para supuestos internacionales, tendría la indudable ventaja de no exigir una armonización de los Derechos materiales nacionales sobre sus sistemas de crédito y de garantías, y de permitir una expansión hacia otros Estados parte en un Convenio *ad hoc* que resolvería el problema del reconocimiento de las garantías pactadas en el extranjero, salvo aquellas que tuviesen un origen estrictamente nacional. Existiría, en todo caso, la opción para los operadores entre la garantía nacional y la ESR⁸⁶.

Para su buen funcionamiento, K. F. KREUZER aporta una serie de inteligentes correcciones: en primer lugar, una estricta alternabilidad entre la garantía europea y las nacionales; las partes sólo pueden gravar un mismo objeto, bien con la garantía europea, bien con una garantía nacional, pero no ambas al mismo tiempo, lo cual no impide la posibilidad de que un mismo objeto se halle gravado con varias garantías dentro de la misma categoría (europea o nacionales). Tratándose de una operación de exportación a un país comunitario, las partes se cuidarían —piensa K. F. KREUZER— en introducir la garantía europea⁸⁷.

En segundo lugar, la garantía debería tener un alcance universal, afectando tanto al crédito a la adquisición (reserva de dominio o *leasing*), como al crédito no afectado (fórmulas complejas, venta en garantía, etc.), sin distinguir según sean los sujetos entidades de crédito o fabricantes ni según el tipo de bien garantizado (tal vez a excepción de bienes tan especiales como los buques y las aeronaves), hecho que, sin embargo, de por sí ya constituye una aproximación material de principios o concepciones, como el propio K. F. KREUZER parece ver⁸⁸.

En tercer lugar, se propone como medio de publicidad un Registro Central; el contenido de la inscripción se inspiraría en la sección 9-402 UCC, que se atiene esencialmente a la calificación de las partes y el tipo de bien garantizado, aunque también sería concebible un certificado que demostrase las eventuales cargas de los

⁸⁵ Cf. «Europäisches...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 637-640.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 638.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 638-639.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 638-639.

bienes unida a una marca o señal de garantía adosada al propio bien; para esto último, podría recurrirse al modelo del *KFZ-Brief* alemán, el *foglio complementare* italiano o el *Typenschein* austriaco, si bien K. F. KREUZER conviene en los riesgos de falsificación y ocultación de estos medios de publicidad⁸⁹.

Finalmente, el texto internacional debería prever el reconocimiento y oponibilidad de la garantía europea, así como su rango preferencial. La inscripción registral sería constitutiva y, al mismo tiempo, establecería la prelación entre las distintas garantías europeas; tal orden de prelación no sería necesario respecto de las garantías nacionales, habida cuenta del principio de alternatividad. Por otro lado, la ESR debería obtener en todos los Estados miembros el efecto típico de un derecho real de garantía nacional, previamente establecido⁹⁰.

Para el proponente, la ESR garantizaría el principio de continuidad de las garantías mobiliarias en Europa, evitaría el problema derivado de la falta de disposiciones positivas en algunos Estados miembros (Alemania), removería el obstáculo del principio de *numerus clausus* de otros sistemas, dotaría de publicidad organizada a tales garantías, aseguraría el tratamiento uniforme de todos los acreedores en los distintos Estados miembros, dinamizando el tráfico de mercancías intracomunitario⁹¹.

238. A nuestro juicio, la propuesta de K. F. KREUZER tiene el mérito de ser factible y realista, pero el límite de ser incompleta, sin impedir, en todo caso, una mínima complicidad de los principios básicos de los sistemas de crédito y garantías nacionales. Efectivamente, es una propuesta que permite eliminar las trabas que a la libre circulación de mercancías impone la divergencia de sistemas de crédito y de garantías. Gracias a la ESR, los operadores económicos pueden contar con una garantía semejante e igualmente eficaz en todos los Estados miembros. Sin embargo, la persistencia de diversos sistemas de garantías nacionales no mejora las condiciones para la libre competencia de las empresas comunitarias, y tampoco la ESR puede prescindir de una necesaria armonización de los Derechos concursales en este sentido. El modelo ideal, a nuestro juicio, consistiría en una armonización material de los sistemas de garantías, siquiera progresiva, por la vía de las Di-

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 639-640.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 640.

⁹¹ *Ibid.*, p. 640.

rectivas, unida a la consecución de un Convenio comunitario sobre quiebras, convenios y otros procedimientos análogos, cuya discusión tiene lugar en el momento en que se escriben estas líneas. Evidentemente, esta es una opción ideal, que peca de optimismo, pero seguramente es la más conforme a los objetivos de integración comunitaria. El peligro de soluciones intermedias, como la ESR, muy operativas a corto plazo o mejores que nada, entraña el riesgo de petrificar una solución que aparte definitivamente proyectos más difíciles, pero más ambiciosos. La Comunidad Europea ha dado buenas muestras, sobre todo en la historia reciente, de gran capacidad de maniobra y de resolución de problemas aparentemente más complejos que la armonización que se defiende.

3. Soluciones mixtas: la contante del *standard minimum* uniforme

A) EL MODELO FORMALISTA EUROPEO

239. La inutilidad de la solución conflictual sin previa armonización material, y la dificultad en arrostrar esta última tarea de forma global, ha dirigido los proyectos internacionales a una solución intermedia que parte de un mínimo uniforme, aportando soluciones conflictuales para los aspectos no cubiertos en la solución material. Esta tendencia puede responder, no obstante, a patrones absolutamente diversos. Frente al modelo norteamericano, encarnado en el UCC, que aborda una recalificación funcional de las garantías, y cuyo régimen no difiere por la distinta apariencia contractual o por los operadores económicos a quienes benefician, el modelo europeo merece la calificación de «formalista», por cuanto parte de una perspectiva clásica del sistema hipotecario, que no aporta sino una parcial consideración de determinada garantía —la reserva de dominio simple—, como garantía específica del crédito a la adquisición (compraventa) y que redundará en un tratamiento privilegiado de dicha garantía que distorsiona gravemente los sistemas de crédito y garantías nacionales, propiciando el fraude en la configuración como venta de determinadas operaciones de puro préstamo.

Si los países europeos encuentran serias dificultades en reordenar sus sistemas de garantías, siquiera a efectos del tráfico externo, ello sólo es una excusa, frente al UCC, que puede oponer el Consejo de Europa, pero no la Comunidad Europea, envuelta en un

marco de integración económica que debe aproximarse al modelo norteamericano. Sin embargo, tanto en uno como en otra, los proyectos de reglamentación conducen a idénticos resultados, sin que los objetivos de integración económica comunitarios logren aportar desarrollos más acordes a la función o finalidad integradora.

a) *Proyecto de Convenio del Consejo de Europa sobre reserva de dominio simple en transacciones internacionales de 6 de abril de 1982*

240. El texto del Consejo de Europa opta por el establecimiento de un mínimo de Derecho material uniforme⁹². Este afecta, en primer término, a la propia validez de la cláusula, que debe redactarse por escrito, o verbalmente si es confirmada por escrito por el comprador, a más tardar en el momento de la entrega de los bienes (art. 4.1)⁹³. Una interpretación sistemática del Convenio lleva a calificar las exigencias formales del artículo 4 como condiciones de validez del derecho real, y no del pacto. Los aspectos puramente obligacionales se hallan excluidos del Convenio, como se desprende del artículo 6 y, especialmente, del artículo 5.1 y 2, que regulan el contenido de la garantía *inter partes* y prevén, asimismo, la condición de identificabilidad del bien para su reivindicabilidad por el acreedor o, lo que es lo mismo, la exclusión de las cláusulas prolongadas. En relación con el contenido real de la garantía, en concreto con las condiciones bajo las cuales el acreedor puede reivindicar el bien (art. 5), es preciso señalar que la armonización material se resiente desde el momento en que el Anexo al Convenio permite a los Estados parte añadir nuevas condiciones a las previstas, con carácter general, en los artículos citados⁹⁴.

⁹² Sobre tales disposiciones, *vid.* J.-P. VERHEUL, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 67-68; F. ALBANESE, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 147-151; P. LATHAM, «Retention...», *loc. cit.*, pp. 82-85, y, más en detalle, R. DE ANGEL YÁGUEZ, *loc. cit.*, pp. 570-579.

⁹³ El artículo 4.2 dispone además que cuando la cláusula de reserva de dominio figure entre las condiciones generales de venta que no se insertan en el contrato ni se añaden a él, el comprador debe confirmar por escrito la aceptación de la cláusula. Por su parte, el artículo 4.3 establece que el escrito incluye el telegrama y el télex.

⁹⁴ En concreto: a) el comprador debe ser puesto en mora respecto de su obligación de cumplir la contraprestación de la compra; b) el retraso de la entrega de la contraprestación de la compra debe sobrepasar el plazo fijado por su Derecho interno; c) la contraprestación que el comprador no ha podido cumplir debe representar un porcentaje del total, fijado por el Derecho interno (art. 5.1 del Anexo).

241. Más ambiciosa es la armonización relativa a los efectos frente a terceros de la reserva de dominio, contenida en el artículo 5.3, que prevé que «el derecho del vendedor a recuperar los bienes subsiste incluso cuando se ha iniciado contra el comprador un procedimiento de ejecución individual o de quiebra, de concordato preventivo u otro análogo». Tal precepto ha de complementarse con la ausencia de condiciones de publicidad prevista en el artículo 8. Al parecer, esta fórmula progresista, propugnada por la mayoría de los delegados, entre ellos el español, respondía a un intento de hacer de la reserva de dominio un instrumento sencillo y verdaderamente útil en provecho del vendedor, lo que implica un claro pronunciamiento en favor de los exportadores. Sin embargo, una vez más el punto 2 del Anexo introduce, por vía de reserva (art. 10), la posibilidad de exigir inscripción registral de la reserva de dominio sobre vehículos automóviles, dada su movilidad, precisión curiosa, si se tiene en cuenta que dichos bienes se prestan, mejor que otros, a condiciones de publicidad efectivas menos rigurosas que la inscripción registral.

Finalmente, la oponibilidad frente a terceros subadquirentes de buena fe se resuelve en el artículo 7.1 en favor del vendedor, si el tercero sabía o debía haber sabido que había adquirido los bienes de una persona que no tenía derecho a transmitirlos. El precepto se limita a establecer un criterio muy indeterminado pero que pretende ser restrictivo de los supuestos de buena fe del tercero, que no evitan la necesidad de consultar la *lex rei sitae* en el momento de la adquisición para valorar los índices que pueden apoyar semejante oponibilidad.

242. En síntesis, el juego de las numerosas reservas, la tibieza de algunos preceptos y la audacia de otros hacen que la armonización material del Consejo de Europa no sólo sea parcial, sino que peque asimismo de excesivo optimismo, sin que existan esperanzas de incorporar, por ejemplo, a aquellos sistemas tributarios de un principio de publicidad más estricto o contrarios a un derecho de separación de la masa en su Derecho concursal. Semejante armonización vuelve a ser incompatible con la divergencia de principios básicos de los Derechos materiales en el ámbito de las garantías y en sectores afines como el Derecho de quiebras⁹⁵.

⁹⁵ Vid. en la misma dirección N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 93-94, y K. F. KREUZER, «Europäisches...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 636.

b) *Proposiciones de Directiva comunitaria de 1979 y 1980*

243. El Proyecto de Proposición de Directiva de 1979 se redujo a un borrador para el análisis de algunos problemas planteados por la cláusula de reserva de dominio simple en el tráfico comercial, que se desarrolló en colaboración con un grupo de expertos del Consejo de Europa, contacto que no se perdería en adelante. La Proposición de 1979 no llegó a buen término, entre otras razones, por la coetánea modificación de los Derechos concursales de algunos Estados miembros y, especialmente, del Derecho de quiebras francés⁹⁶.

La Proposición remozada de 1980, más detallada y depurada en su contenido, implicaría, de todas formas, la modificación sustancial de las legislaciones de ciertos Estados miembros, como Bélgica y Luxemburgo, aunque no parecía que la adhesión posterior de España y Portugal fuera a minar las bases de dicha propuesta. Aun así, el abandono del proyecto se justificó en la conveniencia —poco justificable— de observar el éxito que podía tener el Proyecto de Convenio del Consejo de Europa, muy cercano en sus principios y contenido. A pesar de la apariencia, la Propuesta de Directiva de 1980 establecía, junto a un Derecho material uniforme mínimo, un pretendido sistema armónico de normas de conflicto. El primer método de reglamentación sólo pretende que una cláusula de reserva de dominio pactada en otro Estado miembro pueda ser reconocida en otro Estado miembro con las condiciones mínimas previstas en la Directiva; ello no impide que en otros Estados, como Alemania o el Reino Unido, se reconozcan sus efectos conforme a un sistema de condiciones más flexibles, exigiendo menos formalidades o admitiendo la oponibilidad de las cláusulas de reserva de dominio extensas. Asimetría y desequilibrio, pues, en la solución final.

244. La validez y la conclusión del pacto se someten implícitamente a la *lex contractus* (art. 3), si bien el artículo 4 establece sus condiciones formales de validez: escrito o confirmación escrita antes de la entrega de la mercancía, resultando suficiente su mención

⁹⁶ El texto del borrador del Proyecto de Proposición de Directiva de 1979 puede consultarse, en inglés, en el Anexo V de *Hague-Zagreb Essays 5 on the Law of International Trade*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, pp. 114-116. Vid. un comentario crítico del mismo en R. M. GOODE, «Reservation of Title...», *loc. cit.*, pp. 186-189.

en las condiciones generales de venta que hayan sido aceptadas por escrito por el comprador, incluso por medio de télex o telegrama; no podrá denegarse el reconocimiento de la validez de tales reservas de dominio, aunque su oponibilidad frente a terceros dependa, en virtud de la ley que rige dicha oponibilidad, de las condiciones sobre la fecha de conclusión del contrato o bien de una autenticación o publicación, cuando dichas formalidades no hayan sido cumplidas.

El marco material uniforme del contenido real de la garantía entre las partes viene recogido en el artículo 5.1, de forma muy similar al proyecto del Consejo de Europa. A diferencia de éste, la propuesta de Directiva regula asimismo el contenido obligacional, con diversas variantes técnicas ⁹⁷.

245. El régimen de la oponibilidad de la reserva de dominio frente a terceros se contiene en los artículos 5.2 y 12 del Proyecto. En el primero de ellos se admite la oponibilidad *in abstracto*, así como el derecho de separación de la masa de la quiebra o en un procedimiento de embargo, en tanto que el artículo 12 exime dicha oponibilidad de cualquier condición de oponibilidad.

La reglamentación material uniforme es mucho más detallada en lo que respecta a la oponibilidad de la garantía frente a terceros

⁹⁷ Una primera variante, que combina la solución uniforme y la conflictual, se recoge en el artículo 6: «Cuando el vendedor hace valer el derecho a reivindicar los bienes, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, no puede derivarse para él una situación más favorable que la prevista en caso de que el precio de compra hubiese sido satisfecho de la forma estipulada en el contrato. Esta disposición se aplicará sin perjuicio del derecho a reclamar indemnización por daños y perjuicios e intereses de demora. Las modalidades se rigen por el Derecho nacional.» La segunda opción, netamente conflictual, se contiene en la segunda variante de dicho precepto, según la cual «la ley que rige el contrato con reserva de dominio determinará los derechos recíprocos de las partes, así como la forma de compensarse y evaluarse, cuando el vendedor solicita al comprador la restitución del bien entregado con reserva de dominio». La índole de ambas opciones se mantiene respecto a la indemnización por pérdida, deterioro o destrucción de la cosa, regulada en el artículo 11. Conforme a la primera variante, «el comprador es responsable del daño causado cuando (por su culpa) el bien en su posesión se deteriora o destruye». La segunda variante establece una norma de conflicto compuesta por dos conexiones alternativas y excluyentes de forma que «a falta de acuerdo entre las partes, la responsabilidad del comprador en lo que atañe al deterioro y destrucción del bien entregado con reserva de dominio se determina: por la ley nacional que rige el contrato con reserva de dominio, o por la ley del Estado en que el comprador tenía su residencia o establecimiento en el momento de concluirse el contrato».

subadquirentes de buena fe. El artículo 8 prevé la inoponibilidad como regla general. Se entiende que el tercero actúa de buena fe cuando ignora que el comprador no era el propietario del bien o resultaba imposible saberlo haciendo prueba de una diligencia razonable, conforme a los usos comerciales (art. 8.1). La buena fe debe presumirse *iuris tantum* cuando el comprador le ha entregado el bien al tercero en el ejercicio de su actividad profesional habitual, concerniente a bienes de la misma naturaleza que los litigiosos (art. 8.2). En otro caso, es el tercero quien debe probar la buena fe, con lo cual la Proposición de Directiva se inclina por una postura ecléctica entre el sistema romanista y el germanista ⁹⁸.

246. En suma, las propuestas de Directiva comunitaria presentan similares ventajas e inconvenientes que el Proyecto de Convenio del Consejo de Europa. Sin embargo, la valoración final no puede ser, en ningún modo, la misma. La reducción de los proyectos de reglamentación a la cláusula de reserva de dominio simple obedecían a intenciones espúreas: si se procedía a una reorganización fundacional de las garantías era probable, como sucedió en el UCC, que a los derechos de propiedad en garantía se les dotara de un contenido real pignoraticio, en perjuicio del sobrevalor que significa un auténtico derecho de conservación de la propiedad, que es, finalmente, lo que prevalece en la propuesta comunitaria ⁹⁹. De

⁹⁸ Sin embargo, R. M. GOODE hace hincapié en el supuesto frecuente en que el tercero conoce al verdadero propietario del bien, pero es inducido a creer que el comprador está autorizado para vender (cf. «Reservation...», *loc. cit.*, p. 188); en este caso, habría sido deseable extender la protección del tercero, añadiendo que se entiende que éste actúa de buena fe si ignora que el comprador no es el propietario del bien «o es inducido a creer que está autorizado por el propietario para disponer de ellos». Con todo, frente a la pretensión de R. M. GOODE, puede argumentarse que el error provocado por esta inducción quizá no se acomode perfectamente a la diligencia razonable que un comerciante debe observar en sus operaciones. En cualquier caso, la adopción de una solución uniforme en esta materia concreta —caracterizada por la disparidad de principios relativos a la posesión mobiliaria—, resulta aventurada, y más conciliadora y práctica habría sido la solución propuesta en el Proyecto de Directiva de 1973 para las garantías mobiliarias en general, a través de un registro, cualquiera que fuese su instrumentación, operativo en todos los Estados miembros y extensivo a la cláusula de reserva de dominio. No faltan, empero, objeciones a esta alternativa que puede actuar como una plasmación formalista y absoluta de la defensa a ultranza de la seguridad jurídica del vendedor, en detrimento de los intereses reales de los terceros, aunque, en verdad, la posición de estos últimos queda de igual modo desprotegida por el artículo 8, en los casos en que deban probar su buena fe.

⁹⁹ Así se desprende del Documento de trabajo número 1 de la Comisión «Sûrctés» (Ref. III/767/77-F).

esta forma, el proyecto comunitario abunda en la incoherencia y problemas estructurales de los sistemas de garantía nacionales desequilibrados: pobre bagaje para tan ambiciosa integración económica.

c) *Los Proyectos de Convenio (CEE) sobre quiebras, convenios y otros procedimientos análogos de 1970, 1980 y 1992*

247. El alcance y la valoración vertida sobre los textos europeos analizados resultan perfectamente extensibles a los sucesivos proyectos de elaboración de un Convenio comunitario sobre situaciones concursales, en lo que atañe a la reserva de dominio, garantía cuya regulación incluye una mínima armonización material; la crítica se intensifica, por supuesto, respecto de la técnica conflictual que, con carácter general, inspira el tratamiento de las distintas garantías en caso de quiebra.

No es de extrañar que el primer paso hacia la armonización de legislaciones en materia de ventas a plazos con reserva de dominio se haya dado, en el Derecho comunitario, respecto al reconocimiento y oponibilidad de la reserva de dominio frente a la masa del concurso. No han faltado quienes han fundamentado la armonización global del Derecho concursal precisamente en la necesidad de limitar al máximo la eficacia de la reserva de dominio, por estimarla negativa para el mercado europeo, inmerso en un período de crisis que hacía necesaria la tutela de las empresas en dificultades¹⁰⁰. Esta última opinión no influyó, siquiera, en los redactores del primer Proyecto de 1970¹⁰¹. Su artículo 3 se limitaba a determinar la aplicación de la *lex concursus* a los efectos de la reserva de dominio frente a la masa; pero contenía un Derecho uniforme mínimo, obligando a admitir la oponibilidad frente a los acreedores del comprador quebrado, siempre que constase por escrito con an-

¹⁰⁰ Vid. P. COPPENS, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 235-236; P. LATHAM, «Birmingham Twin City Conference on Retention of Title», 17 de julio de 1981, policop., pp. 4-5; E. MEZGER, «La protection...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 261.

¹⁰¹ Al respecto, interesa destacar la apreciación de J. LEMONTEY, al afirmar que «para garantizar el orden social y la seguridad del comercio internacional, no cabía recurrir únicamente a los mecanismos conflictuales, y por ello hubo de establecerse, en la medida de lo necesario, las reglas materiales de carácter uniforme que remediaran la incertidumbre sobre la ley aplicable a ciertas materias en las que concurren diversas leyes en conflicto, como es el caso de la cláusula de reserva de dominio» (cf. «Vers un droit...», *loc. cit.*, p. 21).

terioridad a la entrega de la cosa. A su vez, se facultaba a los Estados para probar por todos los medios el carácter inexacto o tardío del escrito o fecha, disposición ésta más que procedente, al ser tiene en cuenta la ausencia de cualquier condición de publicidad de la garantía¹⁰². El Proyecto sólo contemplaba el supuesto de la reserva simple, si bien nada impedía, *a priori*, que la *lex concursus* admitiese la eficacia de las fórmulas complejas. En caso de quiebra del vendedor, el Anexo I del citado Proyecto también concedía un *standard minimum* uniforme, al establecer que dicha quiebra, acaecida tras la entrega de la cosa, no constituía causa de rescisión del contrato, ni obstáculo alguno para que el comprador adquiriese la propiedad de la cosa vendida.

El texto de 1970 implicaba modificaciones importantes de las legislaciones de ciertos Estados miembros en materia de garantías mobiliarias, causa parcial de su fracaso¹⁰³. Diez años después, habida cuenta de cierta evolución favorable de las distintas legislaciones europeas sobre la reserva de dominio, el texto del Convenio sobre quiebras, convenios y otros procedimientos análogos de 1980 acometió la regulación de la oponibilidad de la cláusula de reserva de dominio. El Anteproyecto de 1992¹⁰⁴ ha mantenido sustancialmente la propuesta de 1980, sometiendo a la reserva de dominio a un régimen similar al resto de derechos reales de garantía, respetando lo dispuesto en la *lex rei sitae* (arts. 1 y 2). Sin embargo, su estado embrionario, y la ausencia de disposiciones por ahora, de estos preceptos, permiten centrar nuestro análisis

¹⁰² Vid. J. LEMONTEY, «Perspectives...», *loc. cit.*, p. 179; J. L. LEMONTEY, *loc. cit.*, pp. 386-397; M. BOTANA AGRA, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰³ Vid. D. TALLON, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 923. Las dos posturas enfrentadas en 1970 como en 1980, eran, esencialmente, la germánica, que da prioridad a la seguridad jurídica y que entiende que esta cuestión debe resolverse por la *lex situs* (cf. L. GANSHOF, «Le projet de Convention CEE relative à la faillite», *Cahiers dr. eur.*, 1983, pp. 163-164), y la defensa tradicional por los sistemáticos del principio de igualdad de acreedores. El papel actual que juega este principio informaba la tentativa de aplicar la *lex concursus* como *lex situs*, que ha tenido presente, como señala A. BORRÁS RODRÍGUEZ, en la redacción de la Ley Dubanchet y en el Informe Cork relativo a la reforma del Derecho concursal en el Reino Unido (cf. D. GRAHAM, «The Cork Report-A Plan for the Reform of English Insolvency Law and Practice» *DPCI*, 1983-1, pp. 118-120), y A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Proyecto de convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y otros procedimientos análogos», *Tratado de Derecho comunitario europeo. Evolución sistemática desde el Derecho español*, t. III, cap. XLVII, Madrid, 1986, p. 814.

¹⁰⁴ Bruselas, 3 de abril de 1992. Secretaría General del Consejo. *Informe de la DRS (CFC)*.

en la propuesta de 1980, a la espera de lo que deparen las nuevas negociaciones.

248. En el Proyecto de Convenio de 1980, la oponibilidad de la reserva de dominio se regula en el artículo 41, que ha sido calificado como el más conflictivo del texto ¹⁰⁵. Dicho texto pretende consagrar, aunque más tímidamente que su predecesor, la solución material uniforme ¹⁰⁶. La estructura del artículo 41 obedece a que su texto contempla tres situaciones diferentes: validez de los contratos de venta con reserva de dominio; oponibilidad de la cláusula en caso de quiebra del vendedor, y efectos en la quiebra del vendedor. Para resolver las tres cuestiones, el artículo 41 prevé asimismo tres soluciones variantes, dos de contenido conflictual, por una de carácter material ¹⁰⁷.

249. Para el primer supuesto, es decir, la validez de las ventas con reserva de dominio, las tres variantes consisten en: a) remitir a la ley aplicable según las normas de D.I.Pr. del Estado en el que se haya declarado el concurso; b) declarar aplicable directamente la *lex contractus*, y c) prescindir de toda disposición, de forma que se aplique el artículo 18 del Proyecto, a tenor del cual «la ley interna del Estado en el que se abre la quiebra, comprendidas en su caso las normas de D.I.Pr., regirá los efectos así como las condiciones de oponibilidad de la quiebra a terceros». En la práctica, las tres variantes conducirán previsiblemente a la misma solución, esto es, la aplicación de la *lex contractus*, cuya determinación corresponderá a las normas de D.I.Pr. del foro concursal.

250. La solución del problema clave de la oponibilidad de la reserva de dominio en caso de quiebra del comprador se recoge en el artículo 41.2 y admite igualmente tres variantes. La última de ellas, común a los tres aspectos, consiste en omitir cualquier mención específica, de forma que actúe el artículo 18, anteriormente transcrito, aplicándose el sistema designado por la *lex concursus*.

¹⁰⁵ A. BORRÁS RODRÍGUEZ ha puesto de relieve que la redacción del artículo 41 es la que ha dado lugar a mayores discrepancias, y su texto es el único en que aparecen tres redacciones alternativas, todas ellas complejas y discutibles (cf. *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 844).

¹⁰⁶ En el informe de la Comisión se hace hincapié en la escasa vocación del método conflictualista para lograr soluciones prácticas en la regulación de las ventas a plazos con reserva de dominio [«Faillites, concordats et procédures analogues (Projet de Convention et Rapport), *Bulletin des Communautés Européennes*, suppl. 2/1982, p. 83].

¹⁰⁷ Vid. una exégesis de dicho precepto en N. BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pp. 95-96.

La segunda variante contenida en este precepto implica la adopción de una norma de conflicto única por todos los Estados, declarando aplicable a estos supuestos la *lex rei sitae*, solución que aparece, en principio, como única en el proyecto de 1980. Esta solución supone que el Tribunal competente debe resolver a partir de la ley del Estado contratante en cuyo territorio se hallare el bien en el momento de la apertura de la quiebra, solución que no garantiza, como es obvio, la uniformidad de criterios y que, por tanto, puede llevar, en circunstancias semejantes, a ofrecer un trato desigual a dos empresas comunitarias en crisis, hecho que seguramente condunda en detrimento del equilibrio competencial ¹⁰⁸. Dicha uniformidad sí se persigue en la tercera variante, recogida en primer lugar en el artículo 41.2, que a su vez se remite al artículo 3 del Anexo I del Proyecto, a tenor del cual la *lex concursus* debe, al menos, admitir la oponibilidad de la reserva de dominio siempre que conste por escrito, telegrama o télex, o por un acto verbal confirmado por escrito, y la misma haya sido pactada antes de la entrega de la cosa. El escrito no será sometido a ninguna otra forma formal, pero los síndicos deberán probar por todos los medios el carácter inexacto o fraudulento del escrito o fecha.

251. La particularidad de esta opción es que obliga a aplicar el Derecho uniforme mínimo establecido en el artículo 1.2 del Anexo I respecto al tercero y último de los supuestos, la quiebra del vendedor, según el cual «la quiebra del vendedor, ocurrida con posterioridad a la entrega de la cosa, no es causa de la rescisión del contrato ni constituye obstáculo para que el comprador adquiera la propiedad de la cosa vendida». Sin embargo, el artículo 41.2 prevé la posibilidad de adoptar esta normativa material para el caso de oponibilidad de la cláusula frente a la quiebra del vendedor, manteniendo, para el caso de quiebra del comprador, la solución conflictual consistente en remitir a la *lex rei sitae*, siempre y cuando no se opte, como en los otros dos supuestos, por omitir toda regulación material y sujetarse a lo estatuido por el artículo 18.

¹⁰⁸ En este sentido, vid. I. MOREAU-MARGRÈVE, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁹ Hay que subrayar que, pese a lo que pudiera parecer, la previsión contenida en el artículo 41 del Convenio se halla estrechamente limitada por su ámbito de aplicación, ceñido en todo caso a los supuestos de reserva de dominio. Dependiendo de la admisibilidad de las fórmulas complejas de la normativa interna y del Derecho internacional privado de la *lex concursus*. Por lo que se refiere al contenido del Derecho uniforme del artículo 3 del Anexo I, hay que señalar que dicho precepto está inspirado en la normativa italiana, aunque no recoge los requisitos

252. El Proyecto se inscribe, pues, en la línea de los restantes textos, y es merecedor de la misma valoración. A ello se añade, desde la perspectiva del sistema español, que la evolución de nuestro Derecho concursal apunta a una dirección opuesta a aquella hacia la que se orientan las tentativas comunitarias¹¹⁰.

establecidos en el artículo 1.524 y 2.074 Cc italiano sobre la constancia de fecha cierta anterior a la ejecución. Tal omisión parece obedecer a un deseo del legislador comunitario de flexibilizar al máximo este tipo de contratos en el sector empresarial, con una finalidad clara de potenciar un mercado basado en las operaciones de crédito y en la disponibilidad, que no propiedad, mobiliaria, donde el viejo dogma de la solvencia aparente aparece bastante difuminado.

¹¹⁰ En nuestro Derecho vigente, la Ley 483.3 de la Compilación Civil Foral de Navarra establece que «en caso de embargo, concurso o quiebra del vendedor, quedará a salvo el derecho del comprador para adquirir la propiedad mediante el pago íntegro del precio en los plazos convenidos»; pero en el Derecho común, a falta de normas específicas, los síndicos podrán optar por ejecutar el contrato o por resolverlo, debiendo el comprador, en este último caso, reintegrar la cosa a la masa de la quiebra con derecho a recuperar el importe de los pagos realizados (vid. M. BOTANA AGRA, *loc. cit., op. cit.*, p. 67). En caso de quiebra del comprador, nuestro Derecho se adapta mejor a la solución uniforme del Derecho comunitario, ya que el artículo 908 Ccom. reconoce al vendedor un derecho de separación *ex iure domini* sobre los bienes que existan en la masa, cuya propiedad no se haya transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, siempre que en virtud de la aplicación del artículo 909 Ccom. no opten los síndicos por el cumplimiento del contrato, solución que resulta aplicable a Navarra supletoriamente, al no existir en su Compilación Foral disposición alguna al respecto (*ibid.*, p. 68). No obstante, la incertidumbre que demuestra la doctrina y la jurisprudencia acerca de las condiciones de publicidad que, tras la Ley 50/1965, de 17 de julio, debe cumplir una reserva de dominio para ser oponible a la masa de la quiebra, haría «imprescindible en nuestro Derecho la introducción de la norma mencionada» (cf. R. GARCÍA VILLAVERDE, *loc. cit.*, pp. 273-286).

El ALC de 1983 agrava aún más las distancias que separan nuestro ordenamiento de las tendencias comunitarias. En primer lugar, el ALC, tomando una dirección opuesta al texto comunitario, deja bien claro en su artículo 287 *in fine* que los créditos nacidos de ventas a plazos de bienes muebles deben constar en el registro público correspondiente. Además, y sobre todo, no se reconoce al vendedor un derecho de separación, sino que, en cuanto titular de un crédito especialmente privilegiado, los bienes afectados por la cláusula de reserva de dominio integran la masa de la quiebra y, a tenor del artículo 289, cuando proceda su realización se efectuará dentro del procedimiento. Por último se mantiene la opción del síndico por la resolución o ejecución en caso de quiebra del comprador, en los artículos 290 a 293, lo que resulta acorde con las previsiones comunitarias, concordancia que no tiene lugar en caso de quiebra del vendedor, donde, al parecer, el síndico sigue conservando el mismo derecho de opción. Todo ello responde a la nueva configuración de la reserva de dominio, en el sistema concursal proyectado, más como un derecho real de prenda que como un auténtico derecho de conservación de la propiedad, lo que supone un distanciamiento sustancial de las corrientes comunitarias, dirigidas a la remodelación jurídica de la reserva de dominio como una ga-

d) Conclusión final

253. Una conclusión se impone respecto del modelo comunitario: la fragmentación de la armonización llevada a cabo, así como la combinación del método conflictual con el material, conlleva en sí mismo un germen de incoherencia y asistematicidad poco compatible con los beneficios económicos que se espera obtener de una integración. Si hoy se adoptasen los distintos textos de armonización diseñados en la Comunidad Europea, nos encontraríamos con la incoherencia más absoluta del régimen de garantías de cada Estado miembro. Gran parte de las garantías mobiliarias tipificadas en dichos sistemas devendrían un recurso absurdo frente al potencial de instituciones como la reserva de dominio simple, sin que existiera, en apariencia, justificación alguna para los efectos privilegiados de esta última en el mercado interior. Los riesgos de esta parcelación, frente a las soluciones globales, y el engaño de la solución conflictual, ante la armonización material, son tanto más criticables cuanto que se tiene a mano un modelo como el UCC: armonización material intracomunitaria de todo el sistema de garantías y soluciones conflictuales para las garantías constituidas fuera de las relaciones intracomunitarias.

B) EL MODELO FUNCIONAL NORTEAMERICANO

254. La calificación como «funcional» que merece el modelo norteamericano, en contraposición al formalismo del modelo europeo¹¹¹, proviene de la reordenación del sistema de garantías que introduce la sección 9 UCC en su versión actual, en razón de la función económica de cada fórmula de garantía¹¹². Semejante armonización material de los efectos de cada garantía, según su función económica dentro de cada operación de crédito e independientemente de su etiquetado conceptual, introduce un elemento

rantía sobre la propiedad privilegiada, especialmente propicia en orden al desarrollo de determinado tráfico comercial, y fuente de distorsión e incoherencia de los sistemas de garantía tanto nacionales como comunitario, si se acompaña de una supervivencia inmaculada de las demás garantías que, en la práctica, responden a la misma función económica.

¹¹¹ Para L. ROJO AJURIA, «quizá la característica más sorprendente del artículo 9 UCC para la mentalidad jurídica europea sea la *superación del formalismo*» (cf. *loc. cit.*, p. 720).

¹¹² Vid. para una exposición más detallada del modelo *supra*, pp. 253-256.

de singular importancia en los supuestos de tráfico externo, por la medida en que condiciona las soluciones de D.I.Pr. contenidas en la sección 9-103, y que actúan sobre las garantías pactadas no sólo en Estados Unidos, sino también en el extranjero. Las normas de D.I.Pr. están en función del contenido material de la recalificación del sistema de garantías, y se orientan al reconocimiento en el foro de las fórmulas creadas en el extranjero, a través de un proceso de transposición basado en la equivalencia funcional de los distintos tipos de *Security Interest* recogidos en el UCC.

Los requisitos de perfección, registrabilidad, etc., actúan en el mercado estadounidense como un *standard minimum* uniforme, que se pone en íntima relación con las normas de D.I.Pr. o inter-federal. La armonización material viene dada, pues, a través de una reorganización funcional de las garantías que implica, por ejemplo, y en contraposición al modelo europeo, que la reserva de dominio pactada dentro o fuera de los Estados Unidos no tenga otros efectos que los de una prenda sin desplazamiento que garantiza la obligación de reintegrar un préstamo, en términos de calificación europeos.

Dicho régimen se combina con una serie de normas de conflicto que atribuyen competencia a la *lex rei sitae* en el momento de ultimarse la perfección, para regir esta última, esto es, las condiciones de oponibilidad de las garantías; el último elemento para la perfección puede ser el acuerdo de garantía, la contraprestación o el registro, según la garantía de que se trate (sección 9-103, 1 b). Dicha conexión cede en favor de la ley de destino, en el caso de bienes destinados a ser exportados a otro Estado en el momento del acuerdo de garantía (sección 9-103, 1, c), y de la ley del centro de intereses o domicilio del acreedor en el caso de bienes destinados a ser explotados en varios Estados (sección 9-103, 3, b). Por último, si un bien gravado ha sido objeto de inscripción registral en un determinado Estado (supuesto de perfección de la cláusula de reserva de dominio), y posteriormente es transportado a otro Estado de forma imprevista, los efectos de la perfección se mantienen durante cuatro meses, plazo en el cual debe efectuarse la correspondiente inscripción en el segundo Estado, a efectos de prolongar la eficacia de la inscripción registral.

255. Como se puede apreciar, el modelo funcional norteamericano contenido en el UCC se ciñe a reglamentar los efectos frente a terceros de las distintas formas de *Security Interest*, entre las que hemos extraído únicamente las referentes a títulos representativos

de mercancías, efectos negociables y bienes ordinarios. Tanto dicha limitación del ámbito de aplicación como el propio tenor de las normas de D.I.Pr., obedecen a una reglamentación orientada al reconocimiento de efectos de las garantías pactadas en los distintos Estados Federados. La sección 9 UCC pretendía, en el mercado norteamericano, paliar de forma especial la territorialidad de los instrumentos de publicidad de aquellas garantías que, como los derechos de propiedad en garantía, exigían para su perfección una inscripción registral. La reorganización funcional del sistema de garantías que precede a la sección 9 UCC coadyuva, en mayor medida que las normas de D.I.Pr., a dotar de coherencia económica a un sistema de garantías en un mercado integrado, sirviendo, además, para establecer pautas de solución satisfactorias para garantías pactadas fuera de ese mercado, mediante el establecimiento de mecanismos funcionales de transposición.

Seguramente, pueden detectarse fallas y regulaciones parciales inadecuadas en algunos aspectos de las garantías mobiliarias pero el UCC no deja de constituir, por eso, el modelo por excelencia para una armonización cabal de los sistemas de garantías en el marco de un mercado integrado¹⁴³. En primer lugar, porque sus normas de D.I.Pr. incorporan las correcciones más adecuadas para dotar de la máxima continuidad a los derechos de garantía europeos; en segundo lugar, porque, como mercado integrado, aporta una armonía material de su sistema de crédito y garantías capaz de satisfacer los intereses de política económica de dicho mercado. En suma, los europeos no podemos permitirnos el lujo, no ya jurídico sino económico, de prescindir de este modelo, y claudicar, de alguna forma, reconociendo la debilidad del proceso de integración económica comunitario.

¹⁴³ Vid. en este sentido I. DAVIES, «The Reform...», *loc. cit.*, pp. 472-483.

¹⁴⁴ Así lo cree asimismo, *ad ex.* R. C. C. CUMMING, *loc. cit.*, p. 28.

CONCLUSION

Son numerosas las conclusiones parciales que pueden extraerse de un estudio, necesariamente complejo, de los derechos de propiedad en garantía en el comercio internacional. Las enseñanzas finales del análisis de cada problema particular o de cada cuestión concreta puede hallarlas el lector en cada capítulo o epígrafe, sin excesiva dificultad. Una exposición de síntesis de los resultados parciales de cada investigación no sólo resultaría indebidamente prolija y reiterativa, sino que podría ocultar la valoración global del problema. Por ello, hemos preferido dar término a este trabajo con una conclusión, en singular, que permita, en pocas palabras, resumir los problemas fundamentales a los que se enfrenta el régimen de los derechos de propiedad en garantía en el comercio internacional.

La continuidad de los derechos de propiedad en garantía en las situaciones de tráfico externo precisa una especialización de las normas de D.I.Pr. autónomo, tanto conflictuales como materiales, tendente a favorecer, en la medida de lo posible, la transposición y efectos de las garantías constituidas en el extranjero, o, lo que es lo mismo, la seguridad de las transacciones internacionales. En los dos capítulos centrales hemos tratado de exponer tales soluciones, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*. La *medida de lo posible*, sin embargo, está mediatizada por límites y problemas de difícil solución práctica. Los derechos de propiedad en garantía han introducido incoherencias en los propios sistemas de crédito y garantías nacionales, desequilibrándolos y dotándolos de contradicciones; pero también han servido para agudizar la incomunicación entre los distintos Derechos materiales y, sobre todo, el distanciamiento de *los principios materiales* y las *opciones económicas* utilizadas para diseñar un determinado sistema de crédito y de garantías. La centrifugación interna e internacional de estos sistemas hace que las normas de D.I.Pr. autónomo sean incapaces de resolver con total eficacia los problemas. Pueden mejorar el destino de tales garantías, pero no consiguen corregir debidamente semejante impulso centrífugo.

La centripetación de los sistemas de crédito y de garantías es una condición previa y necesaria para alcanzar una continuidad efi-

ciente de los derechos de garantía mobiliaria en el tráfico externo, al menos desde el ángulo de las necesidades económicas. Sin embargo, ello significa una aproximación económica —no sólo jurídica— que hace dudar de los proyectos de armonización internacional dirigidos a este fin, que han obtenido, históricamente, un fracaso tras otro. Tal reacción sólo es concebible en el marco de mercados internacionales con cierto grado de integración económica. El modelo lo constituye el mercado interfederal norteamericano y su instrumento jurídico: el *Uniform Commercial Code*. La esperanza radica en la Comunidad Europea y en la obligación que imponen los objetivos de integración económica —en particular la plena consecución de la libre competencia y la libre circulación de mercancías— de cara a la consecución efectiva de un sistema de crédito y garantías comunitario equilibrado y coherente. La creación de una garantía mobiliaria europea sería capaz de frenar la fuerza centrífuga de los sistemas europeos de crédito y garantías. Pero sólo una unificación de dicho sistema, y no de una garantía-tipo, es capaz de invertir ese impulso hacia un modelo de garantías cerrado, perfecto y compacto, en armonía con el mercado eficiente que se pretende conseguir. La necesidad, que no la voluntad, dictará en su día esta Ley.

BIBLIOGRAFIA

- ADAMS, J.: *Commercial hiring and leasing*, Londres/Londinium: Butterworths, 1989.
- ALESSI, G. P.: «L'unificazione della vendita internazionale tra Stati socialisti membri del Consiglio per la cooperazione economica», *Comunicazioni e Studi*, t. XI, 1963, pp. 223 y ss.
- ALONSO HORCADA, M. L.: «Las cosas y el estatuto real», *Lecciones de Derecho civil internacional español*, 2.^a ed., Madrid, UCM, 1984, pp. 443-470.
- ALBANESE, F.: «Activités du Conseil de L'Europe en matière de droit de la faillite», *Le droit de la faillite internationale*, Zürich, 1986, pp. 143-189.
- ALLAN, D. E., y DROBNIG, U.: «Secured Creditors in Commercial Insolvencies. A Comparative Analysis», *Rebels Z.*, 1980, pp. 613-648.
- ALLAN, D. E., y HISCOCK, M. E.: «The Position of Secured Creditors in Commercial Insolvencies-Australia», *Rebels Z.*, 1980, pp. 713-736.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Condiciones generales de la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992.
- AMBROGIO, P. E.: «Ancora sulla vendita con riserva di proprietà», *Riv.dir.comm.*, 1949-I, pp. 143-158.
- AMESTI MENDIZÁBAL, C.: «Sentencias del Tribunal Supremo en relación al contrato de *leasing* financiero», *RDBB*, núm. 44, 1991, pp. 1117-1126.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», *RCDInm.*, 1972-I, pp. 9-41.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: «El Proyecto de Convención europea sobre la cláusula de reserva de dominio simple», *RCDInm.*, núm. 836, 1983, pp. 561-580.
- ANGELICI, C.: «*Consegna* e «*proprietà*» nella vendita internazionale», Milán, Giuffrè, 1979.
- ARCHEDEERRA ARANZADI, L. I.: «Compraventa con pacto de retro. Libro de las prestaciones», *ADC*, vol. XXXI, 1978, pp. 441-451.
- ASCOLI, A.: «La riserva di proprietà nella vendita», *Riv.dir.civ.*, 1917, pp. 59-68.
- AYER, D.: «Secured Creditor and Insolvency in the United States», *Rebels Z.*, 1980, pp. 649-673.
- BAGGE, A.: «Les conflits de lois en matière de vente de biens meubles corporels», *R. des C.*, t. 25 (1928-V), pp. 125-232.
- HALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, Tecnos, 1974.
- «El Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y sus principios informadores», *RCDInm.*, 1977, pp. 9-26.

- BALLARINO, T.: «Disciplina dei Negozi-basi nel diritto internazionale privato», *Multitudo Legum. Ius Unuum. Festschrift für Wilhelm Wengler*, t. II, Berlín, Interrecht, 1973, pp. 105-121.
- BANKE, E. B.: *Das Anwartschaftsrecht in der Einzelwangsvollstreckung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992.
- BAR, Ch. von: *Internationales Privatrecht*, t. 2, *Parte especial*, Munich, Ch. Beck, 1991.
- BARSOITI, R.: *Negozi giuridici e diritti reali nel diritto internazionale privato*, Pisa, Pacini, 1975.
- BASEDOW, J.: «Leistungsstörungen in internationalen Leasingverträgen. Der UNIDROIT-Entwurf aus der Sicht der deutschen Recht», *RIW*, 1988, pp. 1-12.
- BASTIN, J.: «Les conséquences économiques de la réserve de propriété», *Idées nouvelles dans le droit de la faillite (Travaux de la IVème Journée d'études juridiques Jean Dabin 17-V-1968)*, Bruselas, Bruylant, 1969, pp. 334-352.
- BATIFFOL, H.: «Crédit et conflits de lois», *Etudes offerts à Roger Houin*, París, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 233-240.
- «Nota a la sentencia del Tribunal de casación francés de 24 de mayo de 1933 (*Soc. Administratie Kantoort de Maz c. Soc. des automobiles Ravel*)», *Rec. Sirey*, 1935, pp. 257-260.
- BEALE, J. H.: «Jurisdiction over Title of Absent Owner in a Chattel», *Harvard L. Rev.*, núm. 40, 1927, pp. 805 y ss.
- BELTRAMO, M.: «Italy», *Leasing Law in the European Community* (ed. por H. Rosen), Londres, Euromoney, 1990, pp. 97-109.
- BEN ABDERRAHMANE, D.: «Les contrats d'exportation de l'entreprise française et le droit allemand des sûretés», *DPCI*, 1987-1, pp. 129-151.
- BENTIVOGLIO, L. M.: «Note in tema di res in transitu nel diritto internazionale privato», *Studi nelle Scienze Giuridice e Sociale dell'Università di Pavia*, vol. XXXII, 1951, pp. 1-32.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Moneda y Crédito, 1971.
- *Comentario a la Ley de Venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, Montecorvo, 1977.
- «Las ventas a plazos de bienes muebles», *ADC*, t. XIX, 1966, pp. 117-158.
- «Nota a la STS de 11 de julio de 1983», *CCJC*, núm. 3, pp. 878-879.
- «Nota a la STS de 26 de marzo de 1984», *CCJC*, núm. 5, pp. 1541-1548.
- «Nota a la STS de 19 de mayo de 1989», *CCJC*, núm. 23, 1990, pp. 641-651.
- BINCHY, W.: *Irish Conflict of Laws*, Butterworth, 1988.

- BLANCO, A.: «Venta con reserva de dominio», *RDP*, 1947, pp. 430-434.
- BLAUROCK, U.: «L'avenir de la fiducie-sûreté en droit allemand (perspectives de réforme du droit des procédures collectives)», *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Colloque de Luxembourg de 20 et 21 septembre 1984, París, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 107-111.
- BLAUROCK, U., y WITZ, C.: «Les opérations fiduciaires en droit allemand. Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)», Colloque de Luxembourg de 20 et 21 septembre 1984, París, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 223-261.
- BLOM, A.: «La position du droit néerlandais en matière de clause de réserve de propriété en cas de faillite de l'acheteur», *IVème Journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1969, pp. 277-285.
- BLOOMEYER, A.: *Studien zur Bedingungslehre: Über bedingte Verfügungen geschäfte*, Berlín, 1939.
- «Las garantías sin posesión sobre cosa mueble en Alemania», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1961, pp. 7-19.
- BOECK, Ch. de: «Les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite», *Rev.dr.int.pr.*, 1913, pp. 289-320 y 793-816.
- BOGDAN, M.: «Application of Foreign Rules on Non-Possessory Security Interests in Swedish Private International Law», *NITR*, vol. 47, 1978, pp. 14-29.
- BONDONI, G.: «Patto di riservato dominio, registrazione non contestata alla vendita, e sua opponibilità al fallimento», *Il diritto fallimentare*, 1965, pp. 636-639.
- BONELLI, G.: «Della clausola riservativa di dominio nella vendita», *Riv.dir.comm.*, 1904-I, pp. 98-137.
- «Sulla riserva della proprietà nella vendita», *Riv.dir.comm.*, 1910-II, pp. 583-596.
- «Ancora sulla riserva della proprietà nella vendita», *Riv.dir.comm.*, 1912-I, pp. 1-17.
- «Una nuova costruzione del patto di riservato dominio nella vendita», *Riv.dir.comm.*, 1912-I, pp. 492-496.
- «Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali», *Riv.dir.comm.*, 1918-I, pp. 1-14.
- BONIFAZI, A.: «Problemi di interstate conflicts relativi a chattel mortgage, conditional sale e bailement lease nel diritto statunitense», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1973, pp. 16-83.
- BORRACHERO, M.: «Algunos problemas de la compraventa con pacto aplazado», *RDP*, 1949, pp. 936-963.

- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: «Proyecto de convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y otros procedimientos análogos», *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, t. III, cap. XLVII, Madrid, 1986, pp. 827-851.
- BOTANA AGRA, M.: «Algunos aspectos de la reserva de dominio en la quiebra», *Estudios en homenaje al Profesor Alonso Otero*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1981, pp. 51-72.
- BOULOC, B.: «Les problèmes juridiques posés par la vente à crédit», *Rev.int.dr.comp.*, 1973, pp. 617-645.
- BOUZA VIDAL, N.: *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991.
- BRADGATE, R.: «Retention of Title in the House of Lords: Unanswered Questions», *Modern L. Rev.*, vol. 54, 1991, pp. 726 y ss.
- BROCCA, A.: *Manuel de la clause de réserve de propriété*, Lyon, Dunod, 1982.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho mercantil*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1985.
- BROOKS, J. P. T.: «The Law Relating to the Sale of Goods in the Republic of Ireland», *Survey of International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 95-116.
- BUSTOS PUECHE, J. E.: «Teoría general de los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *ADC*, t. XLIII, vol. 2, 1990, pp. 539-572.
- BUURE-HÄGGLUND, K.: «The Recognition in Finland of Non-Possesory Security Interests created Abroad», *NTIR*, vol. 47, 1978, pp. 30-35.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «El leasing y la ley de venta a plazos de bienes muebles», *ADC*, 1980, pp. 759-785.
- «La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y control de las condiciones generales», *ADC*, 1981, pp. 70-73.
- «La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la Ley de 29 de julio de 1988 en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional», *ADC*, 1991, pp. 961 y ss.
- CABRILLAC, M.: *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, tesis, París, Sirey, 1954.
- «La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1978, pp. 487-505.
- CALAIS-AULOY, J.: «Nota a la ST de Apelación de Montpellier de 16 de junio de 1964 (J.-B. Mas c. Esposos Figüeres)», *Rec. Dalloz-Sirey*, 1965-I, pp. 102-103.
- CALVO CARAVACA, A. L.: «Técnica normativa de la doctrina del interés nacional», *REDI*, vol. XXXI, 1978-79, pp. 111-137.

- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL: *Réserve de propriété dans les législations de 19 pays*, París, ICC, 1989.
- CANDIL Y CALVO, F.: *Pactum reservato domini*, Madrid, Imp. Boix, 1982.
- CARBONETTI, F.: «La réglementation italienne des ventes à crédit», *Rev.int.dr.comp.*, 1973, pp. 661-676.
- CARDINO, B.: «Real Securities over Corporeal Movable», *Italian Law of Security over Corporeal Movable*, Leiden, Sijthoff, 1974, pp. 133-181.
- CASSER, M.: «Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la historia de la dogmática moderna», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIII, Madrid, 1962, pp. 279-323.
- CASSONI, G.: «I contratti collegati nel diritto internazionale privato», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1979, pp. 23-42.
- CASTAÑEIRA, M. T.: *Venta a plazos y apropiación indebida*, Barcelona, Bosch, 1983.
- CASTRO Y BRAVO, F. de: *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (reed. Marcial Pons, Civitas, 1985).
- CATTANEO, G.: «Riserva della proprietà e apettativa reale», *Rev.int.dr.proc.civ.*, 1965-II, pp. 978-1004.
- CAVERS, D. F.: «The Conditional Seller's Remedies and the Choice of Law Process - Some Notes on Shanahan», *New York U.L. Review*, vol. 35, 1960, pp. 1126-1145.
- COESTER-WALJTEN, D.: «Nota a la STS irlandés en el asunto *Kuppari v. Quittmann* (1982)», *IPRax*, 1982-3, pp. 315-317.
- COING, H.: «Probleme der Annerkenung besitzlosen Mobiliarpfandrechts im Raum der EWG», *ZfRvgl.*, 1967, pp. 65-82.
- COLLINS, L.: «Floating Charges. Receivers and Managers and the Conflict of Laws», *ICLQ*, vol. 27, 1978, pp. 691-710.
- COPPENS, P.: «Le problème des clauses de réserve de propriété dans l'avant-projet de convention européenne sur la faillite», *Idées nouvelles dans le droit de la faillite (Travaux de la IVème Journée d'études juridiques Jean Dabin 17-V-1968)*, Bruselas, Bruylant, 1969, pp. 235-271.
- CRAMTON, R. C.; CURRIE, D. F., y KAY, H. H.: *Conflict of Laws (Cases, Comments, Questions)*, 4.ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1967.
- CRÉMIEUX-ISRAEL, D.: *Leasing et crédit-bail mobiliers (aspects juridiques, comptables et fiscaux)*, Dalloz, París, 1975.
- CUESTA RUTE, J. M.: «Reflexiones en torno al leasing», *RDM*, 1978, pp. 533-619.
- CUMMING, R. R. C.: «La réglementation internationale de certains aspects des sûretés grévant le matériel susceptible d'être déplacé d'un Etat dans un autre», *UNIDROIT, Etude*, LXXII, Doc. 1, 1989, Roma, dic. 1989.

- CHAPUT, Y.: «Les clauses de réserve de propriété», *JCP (Semaine Juridique)*, 1982-I, núm. 3017.
- CHESHIRE, G. A.: *Private International Law*, 3.^a ed., Londres, Clarendon Press, 1947.
- CHESTERMAN, M. R.: «Choice of Law Aspects of Liens and Similar Claims in International Sale of Goods», *ICLQ*, 1973, pp. 231-253.
- DANIELE, L.: «Les problèmes internationaux de la faillite: heurs et meheurs du projet de convention communautaire», *Cahiers dr.eur.*, 1987, pp. 512-525.
- DAVID, G.: «Nota a la ST Apelación de Rennes de 21 de mayo de 1963 (Soc. Algérienne des pétroles Mory et autres c. Emerson Steamship)», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1965, pp. 499-505.
- DAVIES, I.: «International leasing», *JBL*, 1984-nov, pp. 468-479.
- «The Reform of Personal Property Security Law: Can art. 9 of the US Uniform Commercial Code be a precedent», *ICLQ*, 1988, pp. 465-504.
- «Reservation of Title clauses: a legal quagmire?», *Lloyd's MCLQ*, feb. 1990, pp. 49-80.
- DAVIS, J. L. R.: «Conditional Sales and Chattel Mortgages in the Conflict of Laws», *ICLQ*, vol. 13, 1964, pp. 53-77.
- DAYANT, R.: «Gage», *Rep. Dalloz dr.int.*, t. II, 1969, pp. 69-72.
- «Sûretés personnelles et réelles», *J.-Cl.dr.int.*, fasc. 555, 1978, pp. 1-18.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J.: «Nota a la STS de 2 de diciembre de 1983», *CCJC*, núm 4, ene./mar. 1984, pp. 1178-1185.
- DERRIDA, F.: «La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives», *Rec. Dalloz-Sirey*, 1980, chrn. XLI, pp. 293-308.
- DERRUPPE, J.: «Nota a la ST Casación francés de 8 de julio de 1969 (D.I.A.C. c. Oswald)», *Journ.dr.int.*, 1970, pp. 917-923.
- DESBOIS, H.: «Des conflits de lois en matière de transfert de propriété», *Journ.dr.int.*, 1931, pp. 281-321.
- DESPAGNET, F.: *Précis de droit international privé*, 5.^a ed., París, Société du Recueil Sirey et du Journal du Palais, 1909.
- DICEY, A. V., y MORRIS, J. H. C.: *The Conflict of Laes*, vol. 2, 11.^a ed., Londres, Stevens & Sons, 1987.
- DIEGO LORA, C. de: «Algunas consideraciones sobre la venta a plazos con cláusula de reserva de dominio», *RDJ*, núm. 16, 1963, pp. 23-24.
- DIENA, G.: *Tratatto di diritto commerciale internazionale*, vol. 3, Florencia, Fratelli, 1905.
- *Il diritti reali considerati nel diritto internazionale privato*, Turín, Unione Tipográfica, 1895.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, t. II, 4.^a ed., Madrid, 1985.

- HENBERTY, R.: «Ireland», *Leasing Law in the European Community*, ed. por H. Rosen), Londres, Euromoney, 1990, pp. 81-95.
- QUAINQUEZ ROMERO, M.: «La defensa del consumidor y la cláusula penal en la venta a plazos», *BIMJ*, núm. 1178, 1979, pp. 3-8.
- DROBNIG, U.: *Estudio de las garantías reales*, UNCITRAL, Doc. A/CN.4/9/131, de 15 de febrero de 1977.
- «Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen», *Rabels Z.*, 1980, pp. 455-471.
- «Mobiliarsicherheiten im Internationalen Wirtschaftsverkehr», *Rabels Z.*, 1974, pp. 468-487.
- «Security over Corporeal Movable. Germany», *Security over Corporeal Movable*, Leiden, Sijthoff, 1974, pp. 181-205.
- «Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachenrechts», *Internationales Privatrechts und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt am Main, 1977, pp. 141-151.
- «Sicherungsrechte im deutschen Konkursfahren», *Rabels Z.*, 1980, pp. 784-807.
- «The Recognition on Non-Possessory Security Interests Created Abroad in Private International Law», *General Reports to the 1981 Congress of Comparative Law*, Budapest, Akademiai Kiado, 1981, pp. 289-310.
- «Nota a la Sentencia del Oberlandgericht de Hamburgo de 2 de junio de 1965», *Rabels Z.*, 1968, pp. 535-541.
- DROBNIG, U., y GOODE, R. M.: «Security for Payment in Export and Import Transactions», *Commercial Operations in Europe*, Leiden/Sijthoff, 1978, pp. 339-381.
- DROBNIG, U., y KRONKE, H.: «Die Annerkenung ausländischer Mobiliarsicherheiten deutschen internationalen Privatrecht», *Deutsche zum Rechtsvergleichung*, Hamburgo, Max-Planck Institut, 1978, pp. 91 y ss.
- DURI, B.: «La riserva di dominio nella vendita», *Riv.dir.comun.*, 1987, pp. 539-550.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a A.: «Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989)», *Rev.crit.dr.int.pr.*, núm. 602, 1991, pp. 9-35.
- EL-MOKHITAR BEY: *De la symbiotique dans le leasing et crédit-bail mobiliers*, París, Dalloz, 1970.
- «De la location financière ou 'locazione finanziaria' en Italie», *Droit*, vol. 13, 1987-3, pp. 543-571.
- «La Convention d'Ottawa sur le crédit-bail international», *La Semaine Juridique (JCP)*, chr. 15643, 1989, pp. 726-730.

- EL-MOKHTAR BEY y GAVALDA, Ch.: «Problematique juridique du leasing international», *Gaz.Pal.*, 1979-I, pp. 143-149.
- EMBED IRUJO, J. M.: «Sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* [Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990]», *La Ley*, 1990-4, pp. 710-714.
- FALCONBRIDGE, J. D.: «Conflict of Laws. Movable and Immovable. Doctrine of Conversion of Money into Land», *Can.Bar Rev.*, vol. 18, 1940, pp. 568-573.
- FAUGAIN, P.: «Réserve de propriété. Illusion sus ses effets économiques...», *Gaz.Pal.*, 1980-I, p. 620.
- FEDER, E.: *Les aspects juridiques de la vente à tempérament de meubles corporels*, París, LGDJ, 1932.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1991.
- FERRARA SANTAMARÍA, F.: *La vendita a rate con riserva di proprietà*, Nápoles, 1934.
- «La vendita per acconti e il pactum reservati dominii», *Scritti Giuridici*, t. II, Milán, Giuffrè, 1954.
- FERRER-CORREIA, A.: «Conflitos de leis em matéria de direitos sobre las cosas corpóreas», *Revista de legislação e Jurisprudência*, 1984-1985, núm. 3723, pp. 298-302; núm. 3728, pp. 325-329; núm. 3729, pp. 357-361; núm. 3730, pp. 5-9; núm. 3731, pp. 38-42; núm. 3732, pp. 65-69.
- FLOUR, Y.: *Les effets des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, t. I, tesis, París, 1977.
- FORIERS, A.: «La fiducie en droit belge», *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Colloque de Louxembourg des 20 et 21 septembre 1984, París, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 263-304.
- FORNER I DELAYGUA, J.: *La cesión del contrato. Construcción de la figura y ley aplicable*, Barcelona, Bosch, 1989.
- FOUCHARD, Ph.: «Nota a la ST Casación francés de 8 de julio de 1969 (D.I.A.C. c. Oswald)», *Rev.crit.dr.int.pr.*, pp. 76-86.
- «Nota a la Sentencia del Tribunal de Casación francés de 3 de mayo de 1973 (Société Nederlandsche Middenstands Financierings Bank N.V. c. Girard et autres)», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1974, pp. 100-103.
- FREDERICQ, L.: «La vente en droit international privé», *R. des C.*, t. 93 (1958-I), pp. 1-116.
- FRIEDEL, G.: «Biens», *J.-Cl.dr.int.*, fasc. 550, 1969, pp. 1-32.
- FRIGNANI, A.: *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchantdising*, Turín, Giapichelli, 1991.

- GABRIELLI, G.: «Le garanzie su beni mobili nell'ordinamento italiano e le conseguenze del passaggio del beni de uno ad altro Stato», *Rev.dir.com.*, 1985-II, pp. 605-619.
- GANSHOF, L.: «Le projet de Convention CEE relative à la faillite», *Cahiers dr.eur.*, 1983, pp. 163-175.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «El Derecho concursal comunitario. Examen sobre el Anteproyecto de Ley concursal. RFDUCM, núm. 1985-1, fasc. 8, 1985, pp. 237-277.
- GARCÍN, W., y THIEFFRY, J.: «La clause de réserve de propriété sera-t-elle déjà valable en France ou elle le sera bientôt?», *Gaz.Pal.*, 1981, pp. 193-203.
- GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. 1, Madrid, R.D.M., 1963.
- *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1981.
- GATTI, S.: «Le situazione soggettive attive del compratore nella vendita con riserva della proprietà», *Riv.dir.com.*, 1965, pp. 407-408.
- GAUDEMET-TALLON, H.: «Nota a la ST Casación francés de 8 de julio de 1969 (D.I.A.C. c. Oswald)» *J.C.P. (Semaine Juridique)*, 1970, núm. 16.182.
- GAVALDA, Ch.: «Le crédit-bail international», *Travaux Com. de Droit*, (1988-1989), París, CNRS, 1991, pp. 59-75.
- GAYA SICILIA, R.: «Nota a la STS de 11 de febrero de 1989», *Rev.dir.com.*, núm. 19, ene.-mar. 1989, pp. 210-216.
- GERARD, J. F.: «L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de faillite internationale», *Rev.dr.com.*, 1989, pp. 633-644.
- GHISTIN, J.: «Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété», *Rec. Dalloz-Sirey*, 1981, doctr., pp. 1-16.
- GILMORE, G.: «The Purchase Money priority», *Harvard L. Rev.*, vol. 76, 1963, pp. 1333-1041.
- GIOVANOLI, M.: *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, París, Litec, 1980.
- GLAKIN, J. A.: «Recent Developments in Insolvency Law and Creditors Rights in the Republic of Ireland», *IBL*, 1985, núm. 11, pp. 402-403.
- GLENN, H. P.: *La capacité de la personne en droit international privé anglais et français*, París, Dalloz, 1975.
- GOLDSCHMIDT, R.: «La Ley venezolana sobre ventas con reserva de dominio», *Scritti Giuridici in memoria de Pietro Calamandrei*, vol. II, Padova, Cedam, 1958, pp. 3-47.
- GÓMEZ GALLEGU, F. J.: «Titularidades fiduciarias», *AI*, núm. 11, 1988, pp. 533-557.

- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: «Aspectos internacionales de la situación concursal», *La reforma del Derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1982, pp. 329-396.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y VIRGÓS SORIANO, M.: «Le commerce international de l'art en droit espagnol», *La vente internationale d'oeuvres d'art*, París/Ginebra, Institute of International Law and Practice, 1988, pp. 333-357.
- GOODE, R. M.: *Legal Problems of Credit and Security*, Londres, Sweet & Maxwell, 1988.
- *Proprietary Rights and Insolvency in Sales Transactions*, 2.^a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1989.
- «A Credit Law for Europe», *ICLQ*, 1974, pp. 227-291.
- «The Right to Trace and its impact in Commercial Transactions», *LQR*, 1976, vol. 92, pp. 360 y ss.
- «The Secured Creditor and Insolvency under English Law», *Rebels Z.*, 1980, pp. 675-755.
- «Reservation of Title - The EEC Faulty Approach», *TCL*, vol. 1 (1980), pp. 185-189.
- «The Proposed New Factoring and Leasing Conventions», *JBL*, 1987, pp. 318-320 y 399-402.
- GOTTHEINER, H.: «Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen», *Rebels Z.*, 1953, pp. 356-375.
- GRAHAM, D.: «The Cork Report-A Plan for the Reform of English Insolvency Law and Practice» *DPCI*, 1983-1, pp. 103-120.
- GRAUE, E. D.: «Recognition and Enforcement of Foreign Security Interest under Domestic Conflicts Rules», *GYIL*, vol. 26, 1983, pp. 123-160.
- GUARDIOLA SACARRERA, E.: «La cláusula de reserva de dominio en los contratos de compraventa internacional de mercancías», *RJC*, 1984-3, pp. 655-694.
- GUEST, A. G.: «La vente à crédit en Angleterre», *Rev.int.dr.comp.*, 1973, pp. 647-660.
- GUTZWILLER, M.: «La loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels», *Ann. suisse dr. int.*, t. VIII, 1951, pp. 149-165.
- HANISCH, H.: «Besitzlose Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere in Verhältnis zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland», *Beiträge zum neuen Internationalen Privatrecht des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts. Festschrift für R. Moser*, Zurich, 1987, pp. 193 y ss.
- «I diritti reali, con particolare riguardo alle cose mobili ed alle garanzie mobiliari senza possesso», *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 141-182.

- HANSELMANN, C. G.: «Germany», *Leasing Law in the Community*, (ed. por H. Rosen), Londres, Euromoney, 1981, pp. 17-27.
- HAUSHEER, H.: «Finanzierungs-Leasing beweglicher Investitionsgüter», *ZfB*, 1970, pp. 209-230.
- HAUSCHILD, W. M.: «Creditor Protection in the European Community», *ICLQ*, 1982, pp. 17-36.
- HECKE, G. Van: «La reconnaissance en droit international privé des sûretés sans dépossession constituées à l'étranger», *Revue de droit comparé*, Xème Congrès international de droit comparé, Bruxelles, 1955, pp. 155-164.
- HEMARD, J.: «Le domaine d'application de la réglementation des sûretés de crédit ou à tempérament», *Festschrift für Johannes Baran*, München, Ch. Beck, 1975, pp. 447-459.
- HICKS, A.: «Retention of Title. Latest Developments», *JBL*, vol. 1987, pp. 398-415.
- HISCOCK, M. E., y KAZUAKI SONO: «Security Interests and Leasing in Japan», *Rebels Z.*, 1980, pp. 757-783.
- HOUIN, R.: «L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite», *JCP (Semaine Juridique)*, 1980, núm. 2.978.
- HOYER, H.: «International Sale of Goods and Security Interests», *Outline of Conflict of Laws*, *International Sale of Goods. Lectures*, ed. por P. Volken y P. Sarcevic, Nueva York, Transnational Publications, 1986, pp. 401-442.
- IGLESIAS BUHIGUES, J.-L.: «Ley aplicable y efectos de la quiebra en el Mercado Común (Proyecto de Convenio CEE) y en el Estado español», *RIE*, 1977, pp. 367-401.
- IMPALLOMENI, G.: «In tema di traslazione della proprietà con riferimento alle compravendite internazionale», *Studi in onore di Mario E. Falco*, t. II, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 1057-1077.
- ILESCAS ORTIZ, R.: «El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato», *RDM*, 1971, pp. 73-114.
- JESTAZ, Ph.: «La réserve de propriété ou la vente relative», *Revue de droit de la vente*, t. II, París, Litec, 1990, pp. 221-233.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Y CABRERA, R., y GISPERT PASTOR, M.: «La clasificación de leasing, ¿es una operación de crédito?», *RIE*, 1986, pp. 487-505.
- JOBARD-BACHELLIER, M. N.: *L'apparence en droit international privé sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, París, LGDJ, 1984.
- JONES, S.: «Retention of Title Clauses: Ten Years of Research», *JBL*, vol. 7, núm. 6, 1980, pp. 233-238.

- JUENGER, F. K.: «Non-Possessory Security Interests in American Conflicts Laws», *AJCL*, 1978, pp. 145-170.
- JUVET, I.: *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*, Berna, Peter Lang, 1990.
- «Certains aspects de droit comparé en matière de sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession», *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers (ouverture ou repli?)*, Friburgo, Editions Universitaires, 1988, pp. 33-49.
- KAHN, F.: *La vente commerciale internationale*, París, Sirey, 1961.
- KAISER, E.: *Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession im Internationalen Privatrecht*, Pfaffenweiller, Centaurus, 1986.
- KANTONA, P. J.: «The International Sale of Goods among Member States of the Council for Mutual Economic Assistance», *CJTL*, 1970, pp. 226-282.
- KEGEL, G.: *Internationales Privatrecht*, 6.^a ed., Munich, Ch. Beck, 1987.
- «Der Griff in die Zukunft - BGHZ, 45, 95», *Jus.*, 1968-4, pp. 162-166.
- KHAIRALLAH, G.: *Les sûretés mobilières en droit international privé*, París, Economica, 1984.
- «Nota a la Sentencia del Tribunal de Casación francés de 11 de mayo de 1982 (*Soc. Localease c. Singer*)», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1983, pp. 451-461.
- KLASS, C.: «Die Risikoverteilung bei neueren Finanzierungs-methoden», *RIW*, 1968, pp. 1502-1508.
- KLEIN, F. E.: «La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1979, pp. 507-536.
- KREUZER, K. F.: «Internationales Sachenrecht», *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch (Einführungsgesetz Internationales Privatrecht)*, t. 7, 2.^a ed., Munich, Ch. Beck, 1990, pp. 2005-2075.
- «Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: von den Grenzen des Internationalen Privatrechts», *Kollision und Vereinheitlichung. Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Friburgo, Ed. Univ., 1990, pp. 613-641.
- KRIPKE, H.: «The Modernisation of Commercial Security under the UCC», *LCP*, 1951, pp. 183-196.
- KROPHOLLER, J.: *Internationales Privatrecht*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1990.
- LABIANCA, M., y PARENTE, F.: *Garanzia e autonomia privata nel leasing e nel factoring*, Nápoles, Jovene, 1981.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «La causa en los contratos de garantía», *RCDInm.*, 1981, pp. 709-755.
- LACY, J. de: «Reservation of Title and Charges on Company Book Debts: The Death of Romalpa?», *Modern L. Rev.*, vol. 54, 1991, pp. 736 y ss.

- LAFARDE, P.: «Le dépeçage dans le droit international privé», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1975, pp. 649-677.
- «Nota a la ST de Apelación de París de 19 de mayo de 1978», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1978, pp. 131-137.
- LALIVE, P.: *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws*, 1972 (reimp. de la 1.^a ed., Darmstaad, Scientia Verlag Aalen, 1977).
- «Nota a la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 10 de mayo de 1976 (*Meiers c. Peters*)», *Journ.dr.int.*, 1976, pp. 469-470.
- «Nota a la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 10 de mayo de 1980 (*A. GmbH c. R.*)», *Ann. suisse dr.int.*, 1981, pp. 411-422.
- LAMBSDORFF, H., y HUBNER, U.: *Eigentumsvorbehalt und Globalzession*, Colonia, RWS, 1982.
- LANDO, O.: «The Application by Danish Courts of Foreign Retention of Possessory Security Interests», *NITR*, vol. 47, 1978, pp. 1-12.
- LATHAM, P.: «Retention of Title. Recent Developments in England», *Journal of Commercial Law*, enero 1983, pp. 81-87.
- «Birmingham Twin City Conference on Retention of Title», *Journal of Commercial Law*, febrero de 1981, policop., 16 pp.
- LEMONTEY, J.: «Vers un droit européen de la faillite», *Revue de droit com.fr.dr.int.pr.*, 1971-1973, pp. 11-35.
- «Perspectives d'unification du droit dans le projet de Convention relative à la faillite», *Rev.trim.dr.eur.*, 1975, pp. 173-180.
- LOUSSOUARN, Y.: «Les conflits de lois en matière de réserve de propriété», *Etudes offerts à Roger Houin*, París, Dalloz, 1981, pp. 275-295 (reproducido en *Travaux Com.fr.dr.int.pr.*, 1982, pp. 91-112).
- LUDERITZ, A.: «Die Beurteilung beweglicher Sachen im Internationalen Privatrecht», *Vorschläge und Gutachten zur Reform des internationalen Personen un Sachenrechts*, Tubinga, 1972, pp. 103-112.
- LYONNET, B.: «La faillite de la faillite. Clause de réserve de propriété en masse de créanciers», *Gaz.Pal.*, 1980-I, pp. 119-120.
- MALAUURIE, M.: «L'équivalence en droit international privé», *Revue de droit com.fr.dr.int.pr.*, 1962, chr. XXXVI, pp. 215-220.
- MANCE, C.: «The Operation of an «all debts» Reservation in English Law», *Lloyd's MCLQ*, 1992-1, pp. 35-39.
- MANN, F. A.: «Zur Wirkung as Eigentumsvorbehalt in England», *Journal of Commercial Law*, 1976, vol. 29, pp. 1013 y ss.
- MANZANO SOLANO, A.: «Sobre la naturaleza jurídica del depósito de garantía financiera», *RCDInm.*, núm. 611, 1992, pp. 1041-1043.

- MARGELLOS, T. M.: *La protection du vendeur à crédit d'objets mobiliers à travers la clause de réserve de propriété (Etude de droit comparé)*, Paris, LGDJ, 1989.
- MARÍN LÓPEZ, A.: «La ley aplicable a los bienes en tránsito en el Derecho español», *REDI*, vol. XXXII, 1980, pp. 81-96.
- MARTENS, P.: «Ordre public et temps de crise», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruselas, Bruylant, 1983, pp. 341-423.
- MARTÍN-OVIEDO, J. M.: *El «leasing» ante el Derecho español (arrendamiento financiero: régimen mercantil y fiscal)*, Madrid, 1972.
- MARTÍN-SERF, A.: «L'interpretation extensive des sûretés réelles en droit commercial», *Rev.trim.dr.comm.dr.econ.*, 1980, pp. 677-714.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, Tecnos, 1988.
- MAS ALZARAZ, C.: «La cláusula de reserva de dominio», *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, RDP, 1965, pp. 94-119.
- MATRAY, L.: «Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de Cassation», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruselas, Bruylant, 1983, pp. 15-76.
- MAY, W. E.: «Leasing and its Unification», *CJTL*, vol. 22, 1984, pp. 333-358.
- MAYER, P.: *Droit international privé*, 4.^a ed., Paris, Montchrestien, 1991.
- «Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi 12 mai 1980», *JCP (Semaine Juridique)*, 1981-I, núm. 3.019.
- MAZZONI, A.: «Les opérations fiduciaires en droit italien», *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 335-353.
- MCCORMACK, G.: *Reservation of Title*, Londres, Sweet & Maxwell, 1990.
- «Effective Reservation of Title and Priorities», *JBL*, 1989, pp. 314-324.
- MCLEOD, C.: «Retention of Title», *IFLR*, 1991, pp. 40-42.
- MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A.: «Les opérations fiduciaires en droit néerlandais», *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 391-420.
- MEISSNER, G.: «L'opossabilité de la propriété mobilière aux tiers en droit allemand et spécialement de la réserve de propriété», *Gaz.Pal.*, 1972-I, pp. 369-374.
- MELÓN INFANTE, C.: *La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título*, Barcelona, Bosch, 1957.
- MESTRE MARTÍNEZ, E.: *La venta a plazos*, Madrid, Santillana, 1963.

- MEZGER, E.: «La protection du vendeur par la réserve de propriété en Allemagne et en France», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruselas, Bruylant, 1983, pp. 235-262.
- «Nota a la Sentencia del Tribunal de Casación francesa de 1973 (Société Nederlandsche Middenstands Financierij v. Girard et autres)», *Journ.dr.int.*, 1975, pp. 74-75.
- MUGGEMAN, F.: «Security for payment in movable property: a functional position», *TIC*, núm. 10, 1980-I, pp. 584-592.
- MIGNOLI, A.: «La vendita con riserva di proprietà nel commercio», *Riv.dir.civ.*, 1962-I, pp. 328-372.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: *La posesión de bienes muebles. Ley 24 de octubre de 1971. art. 464 del Código civil*, Madrid, Montecurvo, 1972.
- MIRABELLI, G.: «Il leasing in diritto italiano», *IBIT*, 1973-I, pp. 77-87.
- MITTMAN, V.: «Zulässigkeit und Rechtswirkung der Eigentumsreserve», *NJW*, 1973, pp. 1108 y ss.
- MONACO, R.: «Le contrat de crédit-bail international», *Les opérations fiduciaires*, núm. 93, de 6 de agosto de 1976, pp. 10-14.
- MONTESSORI, R.: «Della riserva di dominio nella vendita», *Rev.dir.civ.*, 1908, vol IV, pp. 577-581.
- MOREAU-MARGREVE, I.: «Evolution du droit et des pratiques des sûretés», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruselas, Bruylant, 1983, pp. 77-234.
- MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, A.-N.: *Le droit international des sûretés mobilières*, Paris, LGDJ, 1990.
- MORRIS, J. H. C.: «The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws», *IBL*, 1945, pp. 232-248.
- MORRIS, J. H. C., y NORTH, P. M.: *Cases and Materials in European International Law*, Londres, Butterworth, 1984.
- MOSSA, L.: «L'esecuzione del venditore sulla cosa venduta con riserva di proprietà», *Riv.dir.comm.*, 1915-I, pp. 246-251.
- MOZOS, J. L. de los: «Negocio fiduciario», *La Ley*, 1986-I, pp. 135-142.
- MUCHLINSKI, P.: «Reservation of Title - The House of Lords Speaks with a Scottish Accent», *Lloyd's MCLQ*, 1991-5, pp. 484-487.
- MUNARI, A.: *Il leasing finanziario nella teoria di credito*, Padova, Cedice Giuffrè, 1989.
- NADELMANN, K. H.: «L'avant-projet de Convention de Bruxelles sur la faillite», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1970, pp. 302-333.
- «The Common Market Bankruptcy Convention: Problems, Sets and Related Problems», *Conflict of Law: International and Comparative. Selected Essays*, La Haya, Nijhoff, 1972, pp. 301-332.
- «The Bankruptcy Reform Act and Conflict of Laws», *Harvard International Law Journal*, vol. 29, 1988-I, pp. 21-31.

- NEUMAYER, K.: «La vente à crédit», *Rev.int.dr.comp.*, 1973, pp. 597-616.
- NIAL, H.: «Selected Problems on Private International Law», *R. des C.*, t. 101 (1960-III), pp. 255-322.
- NIBOYET, J.-P.: *Conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits réels sur les meubles corporels à titre particulier*, tesis, París, Sirey, 1912.
- «Nota a la Sentencia del Tribunal de Casación francés de 24 de mayo de 1933 (*Soc. Administratie Kantoort de Maz c. Soc. des automobiles Ravel*)», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1934, pp. 102-109.
- NORTH, P. M.: «Reform but no Revolution (General Course on Private International Law)», *R. des C.*, t. 220 (1990-I), pp. 9-288.
- NUTI, G. A.: «Dogmatica e pratica della vendita con riserva di proprietà», *Riv.dir.comm.*, 1949, pp. 307-341.
- OERTMANN, P.: «La reserva de dominio en la compraventa», *RDP*, 1930, pp. 257-271.
- OHL, D.: «La clause de réserve de propriété et son opossabilité à la masse en droit français», *DPCI*, 1980-4, pp. 587-604.
- OMMESLAGHE, P. van: «L'apparence comme source autonome d'obligations en droit belge», *Rev.dr.int.dr.comp.*, 1982, pp. 144-160.
- «Rapport de synthèse», *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Colloque de Louxembourg des 20 et 21 septembre 1984, París, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 457-491.
- ORDEIG FOS, J. M.: «Aspectos del conflicto internacional de leyes sobre los derechos reales mobiliarios», *RDJ*, núm. 36, 1968, pp. 11-86.
- ORTSCHEIDT, P.: «Possession et clause de réserve de propriété», *Rev.int.dr.comp.*, 1983-4, pp. 766-786.
- PALERMO, G.: «Sull'opponibilità del riservato dominio (e sulla natura dei beni mobile registrati)», *Giurisprudenza italiana*, 1974-I, pp. 426 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, pp. 1033-1131.
- PARLEANI, G.: «Le contrat de lease-back», *Rev.trim.dr.comm.*, 1973, pp. 700-739.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «La faillite en droit international privé», *R. des C.*, t. 133 (1971-II), pp. 135-221.
- PARRIS, J.: *Effective Retention of Title Clauses*, Londres, Collins, 1986.
- PAZ-ARES, C.: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RDM*, 1985, pp. 7-40.
- PEDAMON, M.: «La réserve de propriété en droit allemand», *Gaz.Pal.*, 1985-I, pp. 5 y ss.
- PENNINGTON, R. R.: «Retention of Title to the Sale of Goods under European Law», *ICLQ*, vol. 27, 1978, pp. 277-318.

- PICTEROU, J.: «La clause de réserve de propriété dans les ventes mobilières», *Ann.dr.comm.*, 1931, pp. 189-198.
- PERROUD, J.: «Nota a la Sentencia del Tribunal de Casación francés de mayo de 1933 (*Soc. Administratie Kantoort de Maz c. Soc. des automobiles Ravel*)», *Journ.dr.int.*, 1934, pp. 301-302.
- PILET, A.: *Traité pratique de droit international privé*, t. III, París, Sirey, 1923.
- «La théorie générale des droit acquis», *R. des C.*, t. 117 (1966-I), pp. 485-538.
- PINTO DUARTE, R.: «A Convenção do Unidroit sobre leasings e o comércio internacional - tradução e notas», *Documentação e Comércio Exterior*, núms. 35/36, 1988, pp. 275-307.
- PONSARD, A.: «Faillites, règlements judiciaires et procédures», *J.-Cl.dr.int.*, 1959, fasc. 568, 16 pp.
- «Nota a Sentencia del Tribunal de Casación francés de 4 de octubre de 1974 (*Soc. Locautra c. Soc. Industrie und Handelsunternehmen der Triebis*)», *Journ. dr. int.*, 1975, pp. 536-538.
- QUADRI, R.: «Note sulla pubblicità nel diritto internazionale privato italiano», *Studi in Onore de Giorgio Balladore Palieri*, t. II, Roma, Giuffrè, 1978, pp. 509-518.
- RABEL, E.: «Die Haager Konferenz uber die Vereinhungung des internationalen Rechts», *Z.*, 1952, pp. 212-224.
- REAL PÉREZ, A.: «El leasing: un contrato complejo y singular, regulado por sus específicas estipulaciones y de contenido no esencial», *RDJ*, núm. 19, 1990, pp. 235-249.
- «Leasing y compraventa. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 12 de mayo de 1990», *RFDUCM*, núm. 79, 1990, pp. 317-367.
- «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 23 de abril de 1991», *RFDUCM*, ago. 1991, núm. 26, pp. 504-512.
- RECZEL, L.: «Leasing and its unification», *Unification of Law in Europe. Sauveplanne*, Deventer, Kluwer, 1984, pp. 209-227.
- REMIRO BROTONS, A.: «Art. 10», *Comentarios al Código de Comercio y Leyes Cónicas Forales*, t. I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 306-338.
- REYMOND, C., y REVACLIER, J.: «Les opérations fiduciaires en droit suisse», *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Colloque de Louxembourg des 20 et 21 septembre 1984, París, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 421-453.
- REYMOND, Ph.: *Les sûretés mobilières aux États-Unis et en Europe*, París, Droz, 1985.
- RIGAUX, F.: «Le conflit mobile en droit international privé», *R. des C.*, t. 117 (1966-I), pp. 333-444.

- RIKKERS, J. M.: «De quelques aspects de l'apparence de solvabilité», *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruselas, Bruylant, 1983, pp. 609-620.
- ROBINE, E.: *La clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980*, París, Litec, 1990.
- ROCA TRÍAS, E.: «Compraventa a carta de gracia, usura y criterio *ad valorem* (Comentario a la STS de 7 de febrero de 1989)», *PJ*, núm. 15, 1989, pp. 149-157.
- RODOTA, S.: *El terrible derecho (estudios sobre la propiedad privada)*, Madrid, Civitas, 1986.
- ROGMANS, B. G. P.: «Retention of Title in the Sale of Goods», *Hague-Zagreb Essays*, 5, 1985, pp. 18-39.
- ROJO AJURIA, L.: «Leasing» mobiliario, Madrid, Tecnos, 1987.
- «Las garantías mobiliarias. Fundamentos del Derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América», *ADC*, 1989, pp. 717-811.
- ROLIN, A.: «Des conflits de lois en matière de faillite», *R. des C.*, t. 14 (1926-IV), pp. 1-160.
- ROLOFF, S.: «Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG. - Die Wirksamkeit eines deutschen Eigentumsvorbehalts im Schottland», *IPRax*, 1991-4, pp. 274-276.
- RONZITTI, N.: «Mutamento delle situazione della cosa e legge regolatrice del diritto reale», *Riv.dir.int.*, 1967, pp. 33-80.
- ROSEN, H. (ed.): *Leasing Law in the European Community*, Londres, Euromoney, 1990.
- RUBIO, C.: «Spain», *Leasing Law in the European Community*, (ed. por H. Rosen), Londres, Euromoney, 1990, pp. 157-172.
- RUTTIMANN, O.: «L'expérience suisse des réserves de propriété dans les ventes», *IVème Journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1969, pp. 305-332.
- SAFA, P.: *La faillite en droit international privé. Analyse de la jurisprudence libanaise, syrienne et égyptienne à la lumière du droit comparé*, 2.^a ed., Beirut, Angelil, 1954.
- SAJKO, K.: «Reservation of Title in Private International Law - with Special Reference to Yugoslaw Law», *Hague-Zagreb Essays 5 (on the law of International Trade)*, La Haya/Zagreb, 1985, pp. 43-53.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: *La cláusula de reserva de dominio en el Derecho internacional privado (problemas de Derecho aplicable en el sistema español)*, 2. vols., Madrid, UCM, 1988.
- «La venta de mercancías con pago aplazado y cláusula de reserva de dominio en el Derecho comunitario», *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 97-121.

- SÁNCHEZ LORENZO, S.: «Las tentativas de regulación de los efectos de la cláusula de reserva de dominio en el Consejo de Europa y en las Comunidades Europeas», *La Ley (Comunidades Europeas)*, núm. 30, de 30 de septiembre de 1988.
- «Alcance de la reforma del art. 4.5 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos», *Revista Jurídica de Aragón*, núm. 14, 1991, pp. 65-74.
- «Nota a la SAP Barcelona de 13 de septiembre de 1989», *Revista Jurídica de Aragón*, vol. XLII, 1990-2 (1990-98-Pr), pp. 646-650.
- SÁNCHEZ-MIGUEL, M. C.: «Incumplimiento del contrato de leasing por causa de oposición al juicio ejecutivo de letra de cambio», *Revista Jurídica de Aragón*, 1989, pp. 411-423.
- SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J. L.: *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, Montecorvo, 1989.
- SANTOS BRIZ, J.: «La venta a plazos financiada y modalidades actuales del arrendamiento de bienes muebles», *RDCir.*, núm. 192, pp. 3-8.
- SAUVEPLANNE, J. G.: «The Protection of the Bona Fide Purchaser in Corporeal Movables in Comparative Law», *Rebels Z.*, 1965, pp. 631-657.
- «Security over Corporeal Movables According to Dutch Law», *Security over Corporeal Movables*, Leiden, Sijthoff, 1974, pp. 163-179.
- SANTA-CROCE, M.: «Nota a la ST Casación francés 8 julio 1981 (Soc. L'Abeille c. Soc. de Transports terrestres, maritimes et fluviaux)», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1983, pp. 269-274.
- SAVIGNY, K. F. von: *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840 (1900), *de Derecho romano actual*, t. VI, Madrid, F. Góngora y Cia., 1974.
- SCARANO, J. P.: «Opossabilité ou inopossabilité de la clause de réserve de propriété (observations de droit comparé et de droit international privé)», *Rev.trim.dr.comm.dr.ec.*, 1990-4, pp. 535-557 (ed. en 1991), vol. 17, 1991-1, pp. 123-150.
- SCHETTINI, I.: «Sull'opponibilità, al fallimento, del patto di riserva della proprietà nella vendita a rate» (Comentario a la STS italiana de 13 de marzo de 1964: *Pesci c. Lelli*), *Il diritto fallimentare*, 1965, pp. 243-247.
- SCHILLING, J. R. T.: «Some European Decisions on Non-Possessory Security Rights in Private International Law», *ICLQ*, 1985, pp. 87-114.
- SCHMIDT, D., y WITZ, C.: «Les opérations fiduciaires en droit français. Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique) dans plusieurs pays européens et dans le commerce international», *Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, París, Pedone, 1985, pp. 305-333.
- SCHMITTHOFF, C. M.: *Schmitthoff's Export Trade*, 3.^a ed., Londres, Stevens & Sons, 1980.
- «The Reservation of Property Clause (Editorial)», *III*, 1976, pp. 200-211.

- SCHULZE, E.: *La clause de réserve de propriété en droit civil et international privé franco-allemand comparé*, tesis, policop., París, 1958.
- SEGURADO LLORENTE, J. L.: *El leasing*, Barcelona, De Vecchi, 1992.
- SELIGMAN, E. R. A.: *La venta a plazos* (edición española revisada por A. Flores de Lemus), t. I, Madrid, Espasa-Calpe, 1931.
- SERICK, R.: *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, Madrid, Tecnos, 1990.
- *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand (vue d'ensemble et principes généraux)*, París, LGDJ, 1990.
- *Securities in Movables in German Law (an Outline)*, Deventer, Kluwer, 1990.
- «Rechtsmechanismen beim erweiterten Eigentumsvorbehalt in unterschiedlichem Verbund mit Verlängerungsformen», *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübinga, J. C. B. Mohr, 1981, pp. 703-720.
- SERVOS, J.: «La vente sous réserve de propriété en droit allemand», *Rev.int.dr.comp.*, 1965, pp. 395-416.
- SHANKER, M. G.: «The General Secured Transactions Law under Article 9 of the American Commercial Code and the British Crowther Report. Part 5», *Security over Corporeal Movables*, Leiden, Sijthoff, 1974, pp. 49-70.
- SIEHR, K.: «Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im internationalen Privatrecht», *RIW*, 1971, pp. 10 y ss.
- «Eigentumsvorbehalt im deutsch-schweizerischen Rechtverkehr», *IPrax*, núm. 5, 1982, pp. 206-210.
- SIMANTIRAS, C.: «La vente à tempérament et son financement par les tiers» (Rapport national hellénique présenté au IXème Congrès international de droit comparé - Téhéran, octobre, 1974), *Revue hellénique de droit international*, 1975, pp. 305-326.
- SIMO SANTONJA, V. L.: «Normas sobre bienes», *El Título Preliminar del Código civil*, vol. II, Madrid, Edersa, 1977, pp. 115-161.
- SIMON, L.: «Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent», *Les sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles en droit français et en droit belge; sûretés issues de la pratique; droit international privé)*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, París, Feduci, 1984, pp. 277-317.
- SKAPSKI, J.: «Les obligations en droit international privé dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes», *R. des C.*, t. 136 (1972-II), pp. 499-596.
- SOTO NIETO, F.: *Derecho vivo (jurisprudencia comentada)*, t. II, Madrid, RDJ, 1971.

- SOVILLA, K.: *Eigentumsübergang an beweglichen Körperlichen Gegenständen bei Internationalen Kaufen*, Friburgo, Travaux du séminaire de droit à l'Université de Fribourg en Suisse, 1954.
- SPENCER, J.: «The Commercial Realities of Reservation of Title Clauses», *JBL*, 1989, pp. 220-232.
- SPIRO, E.: «Il conflitto di leggi nella vendita con riserva di proprietà», *Riv.dir.civ.*, 1935, pp. 516-531.
- STEADMAN, J.: «Buying Time in Spain: The Spanish Law of Instalment Sales», *GJICL*, vol. 15, 1985, pp. 143-204.
- STOLL, H.: *Internationales Sachenrecht*, Berlín, Schweiter y Walter de Gruyter, 1985.
- «Rechtkollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen», *Rebels Z.*, 1974, pp. 450-467.
- STOUFFLET, J.: «L'usage de la propriété à des fins de garantie», *Les Sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles en droit français et en droit belge; sûretés issues de la pratique; droit international privé)* (Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983), París, Feduci, 1984, pp. 319-343.
- STUMPF, H.: «L'expérience allemande de la réserve de propriété dans la vente», *IVème Journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1969, pp. 287-303.
- STURM, G.: «Übereignung, Traditionspapere, Eigentumsvorbehalt», *Wahlfach IPRv. Rechtsvergleichung*, 1982, pp. 101 y ss.
- SUMMAPOW, M.: «Nota a la ST Distrito de Amsterdam de 15 de febrero de 1979 (*Johannsen c. Centrum B.V.*) y a la ST de Distrito de Rotterdam de 7 de marzo de 1980 (*Orbic International Ltd. c. N.V. Slavenburg Bank*)», *NILR*, 1981, pp. 201-203.
- SYKES, E. I., y PRYLES, M. C.: *Australian Private International Law*, 2.ª ed., Sidney, The Law Book Company Ltd, 1987.
- TALLON, D.: «Réflexions comparatives sur la réserve de propriété et les différents modes de crédit mobilier», *Festschrift für Johannes Bärmann*, Munich, Ch. Beck, 1975, pp. 921-934.
- TAYLOR, A.S.: «Goods on Sale or Return and the Nemo Dat Rule», *JBL*, 1985, pp. 390-397.
- TERORA, J.: «Reservation of Title as Security and in the Administration of Property», *Scandinavian Studies in Law*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell International, 1985, pp. 213-231.
- TERRAY, J.: «Les nouvelles sûretés», *DPCI*, 1983, pp. 197-201.
- THEUX DE MEYLANDT ET MONTJARDIN, J. De: *Le leasing mobilier en Belgique (aspects pratiques comptables et fiscaux)*, Bruselas, Bruylant, 1989.

- TORRES LANA, J. A.: «Notas críticas a la Ley de venta de bienes muebles a plazos», *RDP*, 1975, pp. 601-635.
- TOUBIANA, A.: *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, París, Dalloz, 1972.
- TROCHU, M.: *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, París, Sirey, 1967.
- TUDWAY, R. H.: «Developments in English Law Affecting Contracts for the International Sale of Goods», *Survey of International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 63-93.
- UYLDERT, E., y WIGGERS, E.: «The Netherlands», *Leasing Law in the European Community* (ed. por H. Rosen), Londres, Euromoney, 1990, pp. 125-141.
- VALENSI, Ch.: Vº «Faillite», *Rep.dr.int.*, t. VIII, 1930, pp. 286-385.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: «De nuevo sobre la posesión de bienes muebles», *ADC*, 1980, pp. 243-333.
- VANDER ELST, R.: «Les sûretés traditionnelles en droit international privé», *Les Sûretés*, París, Feduci, 1984, pp. 409-428.
- VAUTHIER, M.: «Le transfert de propriété en cas de vente internationale d'objets mobiliers corporels», *Rev.dr.int.dr.comp.*, 1952, pp. 143-150.
- VENTURINI, G.: «Property», *Int.Enc.Com.L.*, vol. III, cap. 21, 1976, 37 pp.
- VERHEUL, J. P.: «Reservation of Title (Conditional Sale) in Private International Sale», *Hague-Zagreb Essays 5 (on the Law of International Trade)*, 1985, pp. 54-72.
- VERNON, D. H.: «Recorded Chattel Security Interest in the Conflict of Laws», *Iowa L. Rev.*, 1961-62, pp. 346-381.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.: *La venta en garantía en el Derecho civil común español (estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal)*, Madrid, Civitas, 1990.
- VIOLANTE, A.: *La «locazione finanziaria» e la individuazione della disciplina*, Nápoles, Ed. Scientifiche Italiane, 1988.
- VIRGÓS SORIANO, M.: «Obligaciones contractuales», en la obra colectiva de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4.ª ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 195-289.
- «Cosas y derechos reales», en la obra colectiva de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4.ª ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 337-397.
- «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, t. III, cap. XLVI, Madrid, Civitas, 1986, pp. 753-825.

- VITTA, E.: «La legge regolatrice del bene mobile trasferibile», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1974, pp. 217-229.
- VOUILLOZ, F. J. A.: «Quelques considérations sur le pacte de rétrocession de propriété en droit suisse», *Le juriste suisse face au droit et aux règlements étrangers (ouverture ou repli?)*, Friburgo, Editions Universitaires, 1988, pp. 51-67.
- VOULGARIS, J.: *Les conflits de lois en matière de transfert de propriété. Etude historico-comparative*, tesis, París, 1973.
- WALTER, G.: *Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Forderung*, Tubinga, 1974.
- WEBER, D., y LEIP, M.: «Securing Purchase Price and Bank Financing in Transnational Law under German Law», *Survey of International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 209-226.
- WEBER, R. H.: «Parteiautonomie im Internationalen Sachenrecht», *Recht Z.*, 1980, pp. 510-534.
- WELTER, R.: «Les sûretés réelles dans les relations juridiques entre l'Allemagne et la Belgique du point de vue du droit allemand», *Rev.dr.int.dr.comp.*, núms. 2-3, 1990, pp. 158-185.
- WENCKSTERN, M.: «Die englische Floating Charge im deutschen Internationalen Privatrecht», *Recht Z.*, 1992-4, pp. 624-695.
- WENGLER, W.: «La situation des droits», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1987, pp. 183-212 y 409-434.
- WIEDERKEHR, G.: «Biens», *J.-Cl.dr.int.*, fasc. 550, 1984, pp. 1-33.
- WIESBAUER, B.: «Die Annerkennung des Eigentumsvorbehalts in Westeuropa», *ZIP*, 1981, pp. 1063-1071.
- WILSON, A. W.: «Security over Corporeal Movables, Scotland», *Security over Corporeal Movables*, Leiden, Sijthoff, 1974, pp. 43-48.
- WILLIAMS, Ch.: «Retention of Title - Some Recent Developments», *JCL*, vol. 12, núm. 3, 1991, pp. y 52 ss.
- WITZ, C.: «Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne», *Rev.dr.int.dr.comp.*, 1985, pp. 2 y ss.
- «Rapport introductif», *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Colloque de Louxembourg des 20 et 21 septembre 1984, París, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 1-10.
- «Les transferts fiduciaires à titre de garantie», *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Colloque de Louxembourg des 20 et 21 septembre 1984, París, Feduci/LGDJ, 1985, pp. 35-109.
- «Nota a la ST de Casación francés de 11 de mayo de 1983 (Cuestión Localcase c. Singer)», *Rec. Dalloz-Sirey*, 1983-11, pp. 777-778.

- ZAPHIRIOU, G. A.: *The Transfer of Chattels in Private International Law. A Comparative Study*, Londres, The Athlone Press, 1956.
- ZANOBETTI, A.: «Les conventions communautaires concernant la compétence judiciaire et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale et la protection du consommateur», *Unification. Liber Amicorum Sauveplanne*, Deventer, Kluwer, 1984, pp. 299-307.
- ZIEGEL, J. S.: «Canadian Chattel Security Law: Past Experience and Current Developments», *Security over Corporeal Movables*, Leiden, Sijthoff, 1974, pp. 71-114.
- ZUDDAS, G.: «Sequestro conservativo di autoveicolo venduto all'estero con patto di riservato dominio», *Riv.dir.civ.*, 1975-II, pp. 540-549.
- ZUMALACÁRREGUI, M.: «El registro de reservas de dominio de bienes vendidos a plazos», *RCDInm.*, núm. 502, 1974, pp. 551-565.

TITULOS PUBLICADOS

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE
Derecho comunitario y adaptación al Derecho español
Guillermo Alcover Garau
2. LA REPRESENTACION DE LOS ACCIONISTAS EN LA JUNTA GENERAL DE LA SOCIEDAD ANONIMA
Fernando Rodríguez Artigas
3. EL AVAL CAMBIARIO
Xavier Añoveros Trias de Bes
4. LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL
José Luis Fernández Ruiz
5. LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD ANONIMA
Emilio Beltrán
6. LOS EFECTOS DE LA DECLARACION DE QUIEBRA EN LOS CONTRATOS BILATERALES
José Manuel Finez Ratón
7. PROTECCION DEL DERECHO DE MARCAS (ASPECTOS PROCESALES)
Silvia Barona Vilar
8. LOS MERCADOS DE VALORES EN LA CEE (Derecho comunitario y adaptación al Derecho español)
Miriam Izquierdo
9. LA COMPENSACION COMO GARANTIA
Luis Rojo Ajuria
10. EL COMERCIO INTERNACIONAL EN EL NUEVO DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA DESLEAL
Miguel Virgós Soriano
11. LAS CUENTAS EN PARTICIPACION
María Asunción Gual Dalmau
12. LA INFORMACION EN LA SOCIEDAD ANONIMA Y EL MERCADO DE VALORES
Fernando Valenzuela Garach
13. REGIMEN JURIDICO DE LAS OFERTAS PUBLICAS DE ADQUISICION
Carlos de Cárdenas Smith