

Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán

Andrea Macía Morillo

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Abstract*

La figura de la transmisión en garantía surge en Alemania como respuesta a la excesiva rigidez con que el BGB previó la regulación de la prenda, ofreciendo a los deudores una fórmula flexible que les permite conceder una garantía real sobre las operaciones de crédito realizadas, al tiempo que pueden conservar la posesión de los bienes sobre los que recae la garantía. Pese a su falta de regulación legal, esta garantía real mobiliaria se ha ido desarrollando de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia, hasta el punto de que hoy ocupa un lugar destacado e indiscutido en el tráfico jurídico alemán. Se trata, sin embargo, de una fórmula cuyo reconocimiento en otros países se enfrenta a dificultades, especialmente por el elemento de fiducia que acompaña a la transmisión de la propiedad al acreedor. Este trabajo propone una aproximación al concepto y funcionamiento de este tipo especial de garantía, los derechos y deberes que surgen para los sujetos implicados en ella y las diversas modalidades en que se ha desarrollado habitualmente en la práctica. En el contexto actual, en el que resulta patente la necesidad de explotar todas las posibilidades de garantía de que puedan disponer los deudores, la exposición de esta forma peculiar de garantía real puede contribuir a replantear los términos en que encontrarle un encaje en nuestro ordenamiento.

The figure of the assignment as security arises in Germany in response to the excessive rigidity with which the BGB provided for the regulation of the collateral, giving debtors a flexible formula that allows them to grant a security right in credit operations, and, at the same time, to retain possession of the property on which rests the guarantee. Despite their lack of legal regulation, this security right has been developed by the literature and the jurisprudence, to the point that today plays a prominent and undisputed role in German legal traffic. It is, however, a formula whose recognition in other countries faces some difficulties, especially the element of trust that accompanies the transfer of ownership to the creditor. This paper proposes an approach to the concept and performance of this particular type of security right, the rights and duties that arise for the individuals involved in it and the various ways in which it has usually developed in practice. In the current context, in which it is clear the need to exploit all opportunities to provide assurance by the debtors, the description of this peculiar form of security right can help to redefine the terms in which it can fit in our legal system.

Title: An approach to the assignment as security in German Law

Keywords: Security rights in movable assets, assignment as security

Palabras clave: Garantías reales mobiliarias, transmisión en garantía

* El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación "Las garantías reales mobiliarias en el Derecho europeo y comparado" (DER2008-05222/JUR), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por el Prof. Dr. D. José M^a Miquel González. Para la realización del mismo, la autora contó, en parte, con una beca para estancias de investigación para docentes universitarios y científicos, concedida por el DAAD alemán. Agradezco especialmente a los Profesores Doctores Baldus (Karl-Ruprecht Universität Heidelberg) y Weyers (J.W. Goethe Universität Frankfurt) la ayuda prestada durante las estancias de investigación realizadas en sus respectivas Universidades.

Sumario

1. Introducción
2. Panorámica general de la situación en Alemania en materia de garantías reales mobiliarias
3. Concepto de la transmisión en garantía
 - 3.1. Estructura básica
 - 3.2. El acuerdo de garantía
 - 3.3. El negocio jurídico de transmisión
4. Derechos y deberes de las partes
 - 4.1. El prestador de la garantía
 - a. Derechos y deberes básicos asociados a su posición
 - b. El embargo al prestador de la garantía
 - c. El derecho a la retransmisión o recuperación de la propiedad
 - d. Pacto de una condición resolutoria
 - 4.2. El tomador de la garantía
 - a. Derechos y deberes básicos asociados a su posición
 - b. La posición del tomador en el concurso del prestador de la garantía:
 - c. La posición de propietario en el supuesto de concurso del tomador de la garantía:
 - d. El embargo al tomador de la garantía
 - e. Ejercicio de la facultad de realización del valor de la cosa
5. Modalidades de transmisión en garantía
 - 5.1. Transmisión en garantía prolongada (*verlängerte Sicherungsübereignung*)
 - a. Prolongación por transmisión de la cosa dada en garantía
 - b. Prolongación por transformación o modificación de la cosa dada en garantía
 - 5.2. Transmisión en garantía ampliada (*erweiterte Sicherungsübereignung*)
6. Recapitulación
7. Tabla de Jurisprudencia
8. Bibliografía

1. Introducción

Las garantías reales mobiliarias están plenamente presentes en el tráfico jurídico, especialmente en épocas en las que la crisis económica disminuye el grado de confianza de los inversores en el patrimonio o en la solvencia de los deudores, lo que motiva que se incremente la necesidad de garantizar el crédito con algún tipo de refuerzo. Al mismo tiempo, la propia situación de crisis produce un incremento de transacciones a crédito, lo que aumenta el número de potenciales situaciones en que pueda constituirse una garantía. En este contexto, toda garantía –real o personal– puede contribuir a la concesión de crédito al deudor, aportando el elemento decisivo en la formación de la confianza por parte del acreedor, pues limita su riesgo de daño y le asegura frente a futuros eventos sobre los que el deudor no tiene influencia, aunque esté dispuesto a cumplir¹. En el caso de las garantías reales mobiliarias, además, el coste añadido al crédito que suele conllevar el pacto de una garantía se reduce; en otras palabras, son más baratas, lo que las hace más atractivas para acreedores y deudores y contribuye igualmente a incrementar la concesión de crédito². Por tanto, existen sólidos fundamentos económicos que aconsejan e incentivan el uso de las garantías reales mobiliarias en todos los Estados.

La variedad de garantías existente en cada país dificulta, sin embargo, el tráfico jurídico en un contexto transnacional. Es grande el riesgo de falta de reconocimiento en cada país de una garantía constituida conforme al Derecho de otro, pues no todos los Estados parten de principios comunes en esta materia (*v. gr.*, no todos los Estados admiten una garantía real mobiliaria sin posesión, sumamente atractiva, por otra parte, para el deudor, en la medida en que le permite seguir disfrutando de la cosa: o bien la consideran una forma peligrosa de esquivar las normas de la prenda, o bien no conocen una institución de ese tipo)³. Como señala WOHLGEMUTH (2005, p. 85), las graves consecuencias derivadas de tal falta de reconocimiento –ineficacia de la garantía en caso de incumplimiento, falta de resistencia al concurso, etc.– desincentivan este tipo de tráfico transnacional, o incrementan el coste del mismo, por el coste añadido de información que asume el acreedor cuando busca la alternativa de una garantía real mobiliaria del Estado en que se encuentran los bienes que constituyen la garantía de su crédito. Frente a esta situación, se presentan, a grandes rasgos, dos opciones: una, de la mano del Derecho internacional y europeo, busca las vías de unificación o, al menos, de armonización de los Derechos nacionales en este ámbito⁴, tarea harto difícil, si se tiene en cuenta que la materia de las garantías reales mobiliarias

¹ Para el efecto de las garantías sobre el crecimiento de la economía, el aseguramiento de las transacciones y el sostenimiento del sistema crediticio en su conjunto, ver, por todos, WOLF/WELLENHOFER (2011; pp. 149 y 152).

² Téngase en cuenta que, en las garantías personales, la participación de terceros no suele producirse por motivos altruistas, sino por sus propios motivos económicos, lo que repercute en la carestía de la garantía (WOHLGEMUTH, 2005; p. 40). Al mismo tiempo, las garantías reales son, en sí, más baratas, puesto que, como señala el autor (p. 36), se minimizan los costes de información sobre la solvencia del deudor en que suele incurrir el acreedor. Por todo ello, concluye el autor que estas garantías reales mobiliarias ofrecen importantes ventajas económicas y que contribuyen positivamente al tráfico económico (p. 85).

³ Ver al respecto el estudio de Derecho comparado de WOHLGEMUTH (2005, pp. 61 y ss.). Como indica el comparatista, pp. 38-39, el problema típico surge cuando el derecho de garantía extranjero no se conoce en el Derecho nacional, se limita su eficacia o sólo se reconoce con grandes limitaciones, o cuando establece distintas condiciones con carácter de orden público para la constitución o subsistencia de la garantía, que, de facto, determinan la negación de su eficacia o de su validez.

⁴ Por lo que respecta al primero, a nivel europeo, la Comisión europea empezó a ocuparse desde hace un tiempo de la redacción de una directiva para armonizar estos temas, sobre la base de la posible creación de un registro,

no está aislada e individualizada en el ordenamiento, sino que guarda una importante relación con otras materias, como la de la prelación de créditos en el concurso⁵; la otra, en el marco más nacional del Derecho civil, se dirige, en cambio, a estudiar las formas de garantía real mobiliaria existentes en otros Estados, a fin de conocer sus perfiles y comprobar en qué medida podrían encajar en el ordenamiento patrio⁶, lo que, a su vez, es importante de cara a un posible reconocimiento de estas figuras a través del principio de equivalencia funcional.

Este segundo es el enfoque aquí manejado: sobre el modelo del Derecho alemán y de la doctrina alemana, estas páginas se dirigen a dar a conocer una de sus garantías reales mobiliarias más peculiares y características –la transmisión en garantía⁷–, a fin de sentar una base o punto de partida que facilite en un futuro cualquier comparación con las garantías reales mobiliarias existentes en Derecho español y nuevas valoraciones sobre su posible encaje en nuestro sistema jurídico o, cuanto menos, sobre la posible aproximación entre ambos ordenamientos –alemán y español– en esta materia. Pese a las dificultades que ello pueda ofrecer en el contexto de un sistema causalista como el nuestro, el interés de este análisis reside no sólo en el tema en sí, sino también en el posible beneficio derivado del mismo, concretamente, en dos sentidos: por un lado, en la posibilidad que ofrece de avanzar hacia un tráfico más fluido entre España y Alemania, en la medida en que se pueda plantear un encaje de la transmisión en garantía en el Derecho español y su consiguiente reconocimiento; por otro lado, para comprobar si es posible incrementar las fórmulas de garantía real mobiliaria a las que se pueden acoger los acreedores españoles, contribuyendo así a reforzar los instrumentos de incentivación de la concesión de crédito.

2. Panorámica general de la situación en Alemania en materia de garantías reales mobiliarias

En el caso de Alemania, ha sido muy notable la proliferación de las garantías reales mobiliarias, especialmente desde mediados del siglo XX. Como consecuencia, especialmente, de la II Guerra Mundial, relata SERICK (1990, p. 89) que la economía alemana se enfrentó al problema de la

nacional o europeo, para estas garantías. No obstante, como señala LWOWSKI (2000, p. 451), las principales dificultades se centran en materia de publicidad, en el rango de la garantía y en las consecuencias derivadas de la misma. Quizá por este motivo, expertos comparatistas como WOHLGEMUTH (2005, pp. 181-288) sugieren como alternativa la creación de un derecho europeo de garantías mobiliarias que se sitúe junto a los Derechos nacionales de cada Estado miembro y se concrete en la creación de un derecho de garantía mobiliaria real sin posesión.

⁵ De hecho, afirma WOHLGEMUTH (2005, p. 182) que la mayoría de los ordenamientos se muestran muy susceptibles frente a perturbaciones del orden de prelación de los acreedores por medio de derechos de garantía “importados” y consideran de orden público este orden de prelación. Esto suele impedir el reconocimiento de las garantías reales mobiliarias extranjeras.

⁶ La idea que late aquí es la que expresa el francés CROCQ (2006, p. 176) cuando pone de relieve que todos los Estados se enfrentan a cuestiones similares y que, en general, han alcanzado soluciones idénticas en cuanto a los resultados, residiendo las diferencias en el modo de obtenerlos. De ahí, por tanto, el valor de comprobar y comparar estas soluciones para ver su posible encaje en el Derecho nacional.

⁷ Aunque habitualmente se ha estudiado esta figura en nuestro ordenamiento bajo el nombre de “venta en garantía”, aquí se ha preferido emplear esta otra denominación más genérica, en la medida en que responde más a su estructuración en el Derecho alemán, que, como se verá, parte de una transmisión de la propiedad que tiene su base o fundamento en el acuerdo de garantía suscrito por las partes, lo que lo aleja de la idea de venta. Esta misma terminología es la que se maneja, por ejemplo, en SERICK (1990, *passim*) o WESTERMANN (2007, pp. 585 y ss.).

insuficiente dotación de capital propio de las empresas, que se vieron obligadas a acudir al recurso de capitales externos para continuar con su actividad. Superada esa fase, sin embargo, la doctrina alemana señala que aún hoy es frecuente que el capital propio de un empresario sea escaso, por lo que su financiación se realiza mayoritariamente a través de fuentes externas, que generalmente requieren garantías para estas operaciones⁸. Dentro del elenco de garantías a las que pueden acudir las partes, suelen preferirse aquéllas que mejor cumplen su función de asegurar la posición del acreedor, puesto que el mercado determina que, cuanto mejor funciona una garantía –cuanto mejor asegura al crédito–, más baratos suelen ser los intereses del crédito en general; esto suele llevar a una menor cuota de pérdidas y a mayores inversiones y, con ello, a un mayor intercambio de mercancías⁹.

Ahora bien, si se contempla el ordenamiento alemán, se puede comprobar que el legislador previó una serie determinada de garantías, mobiliarias e inmobiliarias (§ 232 BGB)¹⁰, que pronto se vieron superadas por la práctica y por la creación de otras nuevas formas de garantía apoyadas en el convenio o acuerdo entre las partes. Tal es el caso de la transmisión en garantía, objeto de este trabajo. De hecho, esta garantía real mobiliaria típicamente alemana surge ante lo insatisfactoria que resulta la regulación de la prenda en el Derecho alemán, que parte del principio de la necesaria posesión inmediata por parte del acreedor pignoraticio, actuando la entrega como forma de exteriorización de la transacción (§ 1205 BGB). Así, la posesión transmitida al acreedor pignoraticio debe mostrar y hacer público a los terceros el cambio en la atribución jurídico-real (lo que trae causa del principio de publicidad que rige en el Derecho alemán); la falta de traspaso posesorio crea la apariencia de que quien posee es el que está legitimado a la disposición sobre la cosa¹¹. Esto persigue evitar los actos de disposición que puedan serle perjudiciales al acreedor, así como facilitar la ejecución de la garantía por parte del acreedor. No obstante, esta exigencia de posesión conlleva una serie de problemas:

- Por parte del deudor: el problema reside en que no puede disponer de los bienes dados en prenda, ni utilizarlos en el marco de su actividad, por lo que no puede extraer de ellos utilidad alguna, perjudicándose así la marcha de sus negocios; y lo mismo ocurre con los particulares, quienes, en ocasiones, el único bien que pueden ofrecer en garantía del préstamo que quieren solicitar a un banco es, precisamente, aquél que quieren adquirir con el dinero prestado, resultándoles, por tanto, sumamente inconveniente tener que entregarlo en prenda como garantía del préstamo solicitado. Por ello se criticó desde un principio esta figura, señalándose que privilegia a quienes disponen de posesiones de las que puedan desprenderse.

- Por parte del acreedor: se plantean problemas en torno a la gestión y administración de las cosas dadas en prenda, pues ésta genera altos costes de administración, por lo que

⁸ Así, BAUR/STÜRNER (2009, pp. 775 y 780) siguen aludiendo hoy a esta idea como justificación del desarrollo de la transmisión en garantía.

⁹ En este sentido, WOHLGEMUTH (2005, p. 37).

¹⁰ Para la consulta de los artículos citados en el trabajo del BGB, puede acudirse a <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>. Una traducción de este texto al español se encuentra en LAMARCA (2008).

¹¹ Por todos, WEBER (2006, pp. 139 y 164).

resulta excesivamente onerosa la concesión de crédito¹².

La consecuencia de esto es que la prenda apenas tiene utilidad en el ordenamiento alemán y que se queda obsoleta ya desde, prácticamente, la entrada en vigor del BGB¹³. Por ello, desde hace tiempo se buscaron fórmulas que evitaran los inconvenientes señalados y que fueran acordes con la regulación establecida, fórmulas que, de hecho, se dice que actualmente han desplazado a las garantías tradicionales reguladas en el BGB y que, incluso, las han sustituido por completo en algunos aspectos¹⁴. Así, concretamente, este proceso da lugar al surgimiento, junto a los derechos de garantía originales regulados en el BGB, de una serie de garantías contractuales o consensuales, fruto o expresión de la libertad contractual.

Estas fórmulas se van diseñando a través de la práctica (fundamentalmente, a través de la doctrina y de la jurisprudencia), ya desde comienzos del siglo XX. Los obstáculos a las mismas – sobre todo, doctrinales– fueron importantes en su origen, pues la ruptura con el sistema regulado era grande. Así, la oposición se centraba principalmente en la idea de que se trataba de una forma de elusión de las normas establecidas y que se conculcaba con ello, especialmente, el principio de publicidad de la posesión ya mencionado¹⁵. Sin embargo, desde un principio contaron con el apoyo de la jurisprudencia¹⁶, así como de los autores, que pusieron de relieve que el legislador se había limitado a no regular estas otras figuras, pero que no las había excluido.

De hecho, la doctrina alemana señala que la ausencia de regulación detallada en el BGB no debe interpretarse como una exclusión, puesto que la figura ya existía con anterioridad a esta regulación (de hecho, había antecedentes ya en el Derecho romano); por tanto, si el legislador hubiera querido prohibirla, habría debido hacerlo expresamente (REINICKE/TIEDTKE, 2006, p. 213; KESSAL-WULF, 2005, p. 414; y OECHSLER, 2009, p. 1104). Es más, como recoge LWOWSKI (2000, p. 450), durante los trabajos de elaboración del BGB se planteó la cuestión y fue respondida en sentido positivo, a favor de la licitud de esta figura. Por tanto, la falta de regulación detallada se debe a que no era exigible la regulación, pero el silencio del legislador fue consciente (WIEGAND, 2011, pp. 279 y 283).

Tal interpretación es, de hecho, la que prosperó, de forma que actualmente no se duda de la licitud de estas otras formas de garantía real mobiliaria y de su encaje en el ordenamiento alemán¹⁷. Es más, en la situación actual, la mayoría de la doctrina afirma que, pese a la ausencia de regulación legal expresa, la base de su reconocimiento ya no es la costumbre, ni se trata de

¹² Ver para todo ello SERICK (1990, pp. 30 y 79-80), REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 213) y OECHSLER (2009, p. 1104).

¹³ WIEGAND (2011, p. 276) relata, por ejemplo, que ya en 1908 se debatía sobre la reserva de dominio y que en 1912 se planteaba la licitud de la transmisión en garantía, es decir, pocos años después de la promulgación del BGB.

¹⁴ Así, entre otros, KESSAL-WULF (2005, p. 429), OECHSLER (2009, p. 1104) o BAUR/STÜRNER (2009, p. 774).

¹⁵ En relación a la transmisión en garantía, que es la que aquí nos ocupa, LWOWSKI (2000, pp. 449-450) se refiere a tres motivos básicos de oposición que, en el fondo, aluden al hecho de que se prescinde prácticamente de las exigencias de la publicidad (así, por ejemplo, la idea del fraude de ley y de la contrariedad a la moral, porque se esconde la verdadera situación patrimonial del prestador de la garantía, haciéndole aparecer como propietario de bienes que ha transmitido). Como puntualiza WIEGAND (2011, p. 283), tal oposición se manifestaba sobre todo frente a la transmisión en garantía por medio de constituto posesorio –la forma más habitual, como veremos, de esta garantía mobiliaria– que es en la que se ve afectado el principio de publicidad de la posesión.

¹⁶ De hecho, como señala WIEGAND (2011, p. 270), el primer paso de la consolidación de la transmisión en garantía es el reconocimiento por el *Reichsgericht*, quien desde un principio apoyó su licitud (p. 275).

¹⁷ Por todos, BÜLOW (2007, p. 371), OECHSLER (2009, p. 1105) o PRÜTTING (2009, p. 1842).

figuras *praeter legem*, como originariamente se interpretó¹⁸, sino que tienen sanción o reconocimiento legal¹⁹. Su concepto y características, en cambio, se ha dejado fundamentalmente a la doctrina y la jurisprudencia, quienes se han ocupado detalladamente de las mismas, dotándolas de un régimen completo.

Pese a que estas figuras no dejan de ofrecer algunas cuestiones discutibles, no se pone en duda ya su versatilidad para satisfacer adecuadamente las exigencias del tráfico jurídico moderno, ni su importancia y frecuencia en el ordenamiento alemán²⁰. Por ello, dar marcha atrás y volver a reafirmar los principios consagrados en el BGB, al margen de que éstos puedan ser puestos en duda hoy en día²¹, no se contempla ya como factible²², y las posibles contradicciones que puedan existir con las garantías reguladas prefieren solucionarse por medio de interpretación, puesto que se trata de garantías plenamente asentadas, cuya reforma incidiría sobre el conjunto de la práctica de concesión de crédito, lo cual no es deseable en ningún momento, pero menos aún ahora²³.

El resultado de esta evolución se plasma, fundamentalmente, en la figura de la transmisión en garantía (*Sicherungsübereignung*), así como en el desarrollo de la reserva de dominio (*Eigentumsvorbehalt*); la primera más bien en el contexto de las garantías a los préstamos (aunque no exclusivamente, puesto que puede establecerse en garantía de cualquier derecho de crédito²⁴), y la segunda, en el contexto del suministro de bienes. Se trata de dos formas distintas de garantía sobre bienes muebles, que presentan ciertos puntos de conexión en cuanto a su concepto (básicamente, la idea de que, en ambos casos, el acreedor garantizado carece de la posesión de la cosa sobre la que recae la garantía) y, como se ha indicado, en cuanto a su desarrollo y ampliación posterior a raíz de su uso en el tráfico, lo que lleva a que, frecuentemente, su estudio por la doctrina alemana se haya realizado en paralelo.

De hecho, es incluso frecuente que ambas formas de garantía coincidan en un mismo caso: el comprador bajo reserva de dominio transmite en garantía la cosa a uno de sus acreedores. Respecto a esta colisión, que se resuelve por aplicación del principio de prioridad a favor del vendedor en garantía (habiendo adquirido el tomador de la garantía sólo el derecho de expectativa derivado de la reserva de dominio), ver OECHSLER (2009, pp. 1113-1115).

¹⁸ Ver al respecto WIEGAND (2011, p. 283).

¹⁹ Doctrina mayoritaria: WIEGAND (2011, p. 283), WESTERMANN (2007, p. 589), OECHSLER (2009, p. 1105), BAUR/STÜRNER (2009, pp. 776-7 y 785) o JAUERNIG (2009, p. 1285).

²⁰ Por todos, WIEGAND (2011, p. 284), quien califica la función de estas garantías como central, p. 277.

²¹ En concreto, señala WOHLGEMUTH (2005, p. 47), citando al BGH, que el principio de la publicidad de la posesión no es actualmente básico e irrenunciable, en parte precisamente por la propia extensión de la transmisión en garantía, lo que, prácticamente, deja sin fuerza este principio. Del mismo modo, BAUR/STÜRNER (2009, p. 776), relativizan el papel que cumple actualmente la posesión, en parte, precisamente, por el desarrollo de la transmisión en garantía y la reserva de dominio (WIEGAND, 2011, pp. 272-273).

²² De hecho, WIEGAND (2011, p. 270), KESSAL-WULF (2005, p. 448), BAUR/STÜRNER (2009, p. 780) califican de “irreversible” o “inevitable” esta evolución.

²³ Ver los problemas de un cambio en el sistema en LWOWSKI (2000, pp. 450-451) o CROCQ (2006, p. 168).

²⁴ Así lo ponen de relieve REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 236) o, de manera menos general, WOHLGEMUTH (2005, p. 60), que afirma que podría utilizarse en un crédito sobre mercancías. La mayoría, sin embargo, se refiere únicamente al préstamo pecuniario, como ámbito propio de esta garantía; por todos, SERICK (1990, p. 27), OECHSLER (2009, p. 1104), BAUR/STÜRNER (2009, p. 788), JAUERNIG (2009, p. 1285) o WOLF/WELLENHOFER (2011, p. 196).

No obstante, las diferencias entre ambas son notables, tanto en relación a su función, como en cuanto a su configuración jurídica. Por este motivo, aquí nos vamos a centrar en la primera, la transmisión en garantía, por resultar la más ajena, en principio, al Derecho español y la que, por tanto, más problemas puede ofrecer de cara a una eventual admisión de la figura en nuestro sistema jurídico, por su marcado carácter fiduciario y por la aparente contradicción con principios básicos de nuestro sistema causalista, puestos ya de relieve alguno de ellos por DE CASTRO en el año 1971²⁵. Frente a la reserva de dominio, cuyo reconocimiento, según CROCQ (2006, p. 166), está mucho más extendido en la mayor parte de los ordenamientos occidentales – entre ellos el español–, la transmisión en garantía no está regulada expresamente en nuestro ordenamiento (salvo en el caso especial del Derecho foral navarro, en cuya Ley 466 de la Compilación se recoge la llamada fiducia de garantía, cuyos perfiles son muy similares a la transmisión en garantía). Por ello, como ya se avanzó, el objetivo que aquí se persigue con la exposición de las características de esta figura expuestas por la doctrina alemana es sentar las bases para que pueda analizarse posteriormente –o incluso repensarse por aquellos que ya han manifestado anteriormente su interés por esta figura– en qué medida puede reconocerse su vigencia o eficacia cuando el bien transmitido en garantía está situado en España, en función de las condiciones aquí exigidas para la eficacia de un derecho como el que se plantea en el ordenamiento alemán²⁶; o en qué medida –si acaso alguna– puede resultar atractivo para nuestro ordenamiento y, en su caso, coherente con sus principios y con las figuras ya existentes, crear una forma de garantía similar o adaptarla a las exigencias del tráfico jurídico español.

Previamente, no obstante, hay que aclarar, por si no se deduce de lo dicho hasta ahora, que la regulación alemana impedía que se hubiera llegado a una fórmula como la de la prenda sin desplazamiento española, en tanto que la disposición categórica del BGB, que no admite excepción alguna en aras de la publicidad, prohibía una fórmula de prenda que permitiera al deudor pignoraticio conservar la posesión²⁷. Ante ese obstáculo, la solución que se alcanza en Alemania, a diferencia de la española, prescinde de la prenda y emplea el instituto del constituto posesorio, en el marco de la transmisión de la propiedad (§§ 930 y 931 BGB), llegándose así a la función de garantía de la propiedad, que cumple los mismos objetivos y prescinde del principio de publicidad de la posesión. Por tanto, el punto de partida aquí es el mismo que se produce en el Derecho español y que deriva en nuestro país en la regulación de la hipoteca mobiliaria y la

²⁵ *El negocio jurídico*, §§ 488 a 493.

²⁶ En este sentido, pone de relieve WOHLGEMUTH (2005, p. 61) el riesgo que corren estas garantías cuando el bien transmitido se encuentra o se lleva a un Estado cuyo Derecho de cosas exige condiciones más amplias para la eficacia (ej.: entrega, inscripción, forma escrita), que las escasas –o más bien nulas– formalidades que se requieren en el Derecho alemán para la constitución de esta garantía. El autor duda, de hecho, de que en España pudiera reconocerse esta forma de garantía, sobre las exigencias de forma que existen para la hipoteca mobiliaria y para la prenda sin desplazamiento (pp. 62 y 85). Ahora bien, esta afirmación ha de entenderse en el sentido de que se impide un reconocimiento automático de una garantía así constituida conforme a Derecho alemán; no niega, en cambio, *a priori*, que pueda crearse una garantía de este tipo, sin la exigencia de escritura pública, ni afirma que pierda su esencia la transmisión en garantía alemana si se somete al requisito de la escritura pública. En este último sentido, hay que recordar que la transmisión en garantía es una figura que surge de la práctica; que en ésta se haya configurado como no formal, por ser el modelo más acorde a las exigencias de un tráfico fluido, no significa que sólo se pueda concebir de esta manera.

²⁷ SERICK (1990, p. 78) o BÜLOW (2007, p. 438). La explicación de esto, según indica WEBER (2006, p. 143), reside en la apariencia que genera la posesión inmediata de la cosa por parte del deudor, que pondría en peligro la seguridad del tráfico, puesto que no se mostraría hacia el exterior la prenda.

prenda sin desplazamiento, si bien el resultado final en el ordenamiento alemán ha sido distinto, por la diferencia en los condicionantes y la regulación existente en cada uno de los ordenamientos²⁸. Si tal resultado resulta satisfactorio en el contexto de nuestro Ordenamiento y si resulta coherente o, incluso, útil –vista la existencia en nuestra regulación de las figuras ya mencionadas–, es algo que corresponderá determinar en estudios posteriores. En éste, claramente más modesto en sus objetivos, se trata sólo de proporcionar el punto de partida para un completo conocimiento y comprensión de esta figura alemana, así como de su funcionamiento.

3. Concepto de la transmisión en garantía

3.1. Estructura básica

En garantía del cumplimiento de una obligación asumida por un determinado deudor, se transmite al acreedor la propiedad sobre una o varias cosas muebles²⁹, determinadas³⁰ y que puedan ser objeto de derechos independientes³¹; el transmitente (prestador de la garantía), sin embargo, conserva la posesión inmediata de la cosa, por lo que el acreedor (tomador de la garantía) únicamente dispone de la posesión mediata sobre la misma.

²⁸ De hecho, la evolución desde las garantías legales más perfeccionadas hacia la transmisión en garantía se ha producido sólo en los ordenamientos en que no se reconoce la prenda sin desplazamiento posesorio (CROCQ, 2006; p. 167).

²⁹ La práctica resulta aquí muy amplia; por tanto, puede ser un bien individual o un conjunto de bienes, así como un derecho de expectativa (por todos, BAUR/STÜRNER, 2009, p. 791). Como señala WEBER (2006, p. 166), en el gravamen de inmuebles con un derecho de garantía, el propietario ya permanece de por sí en posesión de la cosa, por lo que no es necesario acudir a la transmisión en garantía, si el fin perseguido es que el deudor conserve la posesión. No obstante, teóricamente, también sería posible (KINDL, 2012, p. 2043, JAUERNIG, 2009, p. 1286 y VIEWEG/WERNER, 2010; p. 363), aunque es muy infrecuente, en parte, porque la hipoteca sigue siendo una garantía eficaz, y no se ha generado la necesidad de otras garantías alternativas (al respecto, CROCQ, 2006, p. 167 o BÜLOW, 2007, pp. 369-370).

³⁰ No es suficiente, por tanto, con que sean determinables; el principio de determinación o especialidad (*Bestimmtheitsgrundsatz*) exige que, en el momento de la transmisión, quede claro sobre qué bienes concretos se extiende la voluntad translativa de las partes. De acuerdo con el BGH, esto requiere que, conforme a criterios de delimitación sencillos, para cualquiera que conociera el acuerdo entre las partes en el momento de la transmisión le sea patente, sin más –esto es, sin necesidad de acudir, por ejemplo, a documentos externos, libros de registro, etc. no incorporados al acuerdo–, qué cosas individuales se transmiten (BGH NJW 2000, 2898). No se trata, sin embargo, de una exigencia específica o propia de la transmisión en garantía, sino de un requisito general a la transmisión de la propiedad en Alemania, que, por tanto, se aplica también a la transmisión en garantía, condicionando su validez (ver al respecto, por ejemplo, WIEGAND, 2011, pp. 299 y 303-306). Ahora bien, en ésta, por las peculiaridades de los bienes a los que suele afectar en la práctica habitual y por la forma en que se produce normalmente aquí la transmisión de la propiedad –que es menos apta para producir la individualización de los bienes transmitidos que la fórmula del § 929 BGB–, en ocasiones se plantean ciertos problemas. Un buen análisis de la aplicación de las reglas generales al caso concreto de la transmisión en garantía, y de las posibles actuaciones de las partes para asegurar la individualización y determinación de los bienes transmitidos (marcado, separación...), se encuentra en LWOWSKI (2000, pp. 469-486), BÜLOW (2007, pp. 440-450) o OECHSLER (2009, pp. 1105-1108). Más concretamente, para la aplicación a los casos especiales que se dan muy frecuentemente en la práctica habitual, como el de la transmisión en garantía del conjunto de un almacén con contenido variable o el contrato de garantía espacial, ver WIEGAND (2011, pp. 316-321), WESTERMANN (2007, pp. 590-595) o BAUR/STÜRNER (2009, pp. 790-792).

³¹ Concretamente, señalan REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 215-216) que la transmisión en garantía no puede producirse sobre partes esenciales que no puedan ser separadas o sobre cualquier tipo de componente, material o construcción que se considere una unidad con otro en el tráfico, mientras permanezcan unidos.

Aunque el funcionamiento habitual de la transmisión en garantía implica la posesión de la cosa por parte del prestador de la garantía, nada impide que la transmisión de la propiedad se realice por la vía tradicional de entrega al adquirente y adquisición por éste de la posesión (§ 929 BGB). Si bien esto supone que la fórmula ofrece menos ventajas al prestador de la garantía, ello no priva a esta transmisión de la condición de garantía, en la medida en que se mantenga por el acuerdo entre las partes la relación fiduciaria. Por tanto, hay que entender que en estos casos se mantienen las limitaciones obligacionales a la propiedad derivadas de la fiducia que subyace a la transmisión³².

De esta forma, se permite al transmitente seguir conservando la cosa bajo su poder, facilitándole el ejercicio de sus actividades en el tráfico, al tiempo que se proporciona al propietario en garantía el suplemento de aseguramiento que pretendía obtener³³. El prestador de la garantía, no obstante, a partir del acuerdo de garantía, está obligado a conservar la cosa para el acreedor-adquirente y a entregársela para la ejecución, en caso de que ésta sea necesaria. Satisfecha la finalidad de garantía perseguida –esto es, generalmente: extinguida la obligación garantizada por el cumplimiento del deudor–, el tomador de la garantía está obligado a retransmitir la cosa dada en garantía al prestador de la misma.

El resultado de esta construcción que satisface los intereses de todas las partes implicadas es una división funcional de la propiedad y de sus facultades, de manera que el prestador de la garantía conserva las facultades de uso y aprovechamiento, y el propietario, el resto, si bien limitado por los fines de la garantía. Esta división hace que se califique en ocasiones esta estructura de una propiedad especial³⁴, hasta el punto de que hay quien señala que, en cierto modo, tiene casi más rasgos de prenda sin desplazamiento que de transmisión de la propiedad o que se encuentra a medio camino entre los derechos reales y los de crédito³⁵. Ahora bien, la mayoría de la doctrina es rotunda en calificar el esquema planteado de verdadera propiedad, si bien limitada o afectada por un fuerte elemento de confianza, por parte de todos los implicados. De hecho, no sólo el tomador de la garantía ha de confiar en que el prestador de la garantía que posee la cosa inmediatamente haga un uso de ella adecuado a su naturaleza, sino que éste, a su vez, debe confiar en que el tomador de la garantía no se extralimite en las facultades que ostenta como propietario, reducidas por el acuerdo fiduciario interno³⁶.

Este fuerte elemento de la confianza, junto al hecho de que, como resultado de este esquema, el prestador de la garantía proporciona al tomador más derechos de los que necesita, para los fines que persigue de garantía del crédito³⁷, hace que esta figura se enmarque con claridad, como ya se avanzó, entre los negocios fiduciarios³⁸, produciéndose una neta separación entre lo que se

³² Aunque no es frecuente, la doctrina no lo descarta (por ejemplo, BÜLOW, 2007; p. 457 o OECHSLER, 2009; p. 1112). Ver respecto de la transmisión en este contexto, LWOWSKI (2000, pp. 456-459).

³³ Como señalan BAUR/STÜRNER (2009, p. 785), ciertamente el tomador de la garantía no dispone de la facultad de uso sobre la cosa, pero lo que obtiene le es más valioso: una preferencia frente a cualquier otro acreedor respecto del valor de la cosa. Igualmente, WESTERMANN (2007, p. 587).

³⁴ Especialmente, WIEGAND (2011, pp. 285, 286 o 347).

³⁵ La primera afirmación se encuentra en LWOWSKI (2000, p. 454) y PRÜTTING (2009, p. 1842); la segunda en WIEGAND (2011, p. 274), que se refiere a la relativización de la distinción entre ambos derechos.

³⁶ Véase al respecto, LWOWSKI (2000, pp. 506 y 512), quien señala consecuentemente que el buen fin de esta la garantía se basa en la seriedad de las partes implicadas (y especialmente del prestador).

³⁷ BAUR/STÜRNER(2009) repiten esta idea en varias ocasiones: pp. 775, 785 y 805.

³⁸ Por todos, SERICK (1990, p. 27).

manifiesta hacia el exterior (la plena propiedad del tomador de la garantía) y lo que convienen las partes en su relación interna, conforme al acuerdo de garantía³⁹.

Por último, en cuanto a las partes implicadas, se trata, por un lado, del prestador de la garantía (el que transmite una cosa en garantía: *Sicherungsgeber*) y, por otro, del tomador de la garantía (el que adquiere la propiedad: *Sicherungsnehmer*), como ya se ha mencionado. Hay que tener en cuenta en este punto que pueden coincidir la persona del deudor y del sujeto que constituye la garantía, pero no necesariamente, puesto que se admite también –y no es infrecuente– que constituya la garantía un tercero⁴⁰ (relacionado generalmente con el deudor, internamente, a través de un contrato de mandato⁴¹), lo que conlleva ciertas peculiaridades en el funcionamiento de este esquema, que se irán viendo posteriormente. Ahora bien, dado que los negocios de garantía aseguran al acreedor y le otorgan un derecho al que puede acudir en caso de impago del deudor, el acreedor del crédito garantizado parece que sí debe ser necesariamente el tomador de la garantía⁴², aunque la práctica muestra en ocasiones soluciones distintas en que se separan el acreedor y éste⁴³.

3.2. El acuerdo de garantía

La base de esta fórmula, que, como se ha indicado, carece de regulación positiva (más allá de una breve mención en los §§ 216.2 BGB y 51 InsO⁴⁴), se apoya sobre el llamado convenio o acuerdo de garantía (*Sicherungsabrede*, *Sicherungsvereinbarung*, *Sicherungsvertrag* o *Sicherstellungsvertrag*), negocio jurídico atípico no formal (aunque es recomendable y frecuente, de hecho, la forma escrita⁴⁵), que se acuerda, generalmente, entre el prestador de la garantía –sea el deudor o un tercero– y el tomador de la misma⁴⁶.

En los casos en que el deudor y el prestador de la garantía son personas distintas, el acuerdo de garantía puede establecerse, no obstante, entre el deudor y el tomador de la garantía⁴⁷, siendo recomendable entonces determinar los derechos que, en su caso, asisten al sujeto –prestador de la garantía o deudor–

³⁹ Entre otros, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 214), BÜLOW (2007, p. 369) y OECHSLER (2009, p. 1103).

⁴⁰ Sobre la posible separación de la posición del deudor y del transmitente, véase, especialmente, REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 239-241).

⁴¹ Así lo indica, BÜLOW (2007, p. 409).

⁴² Por todos, WEBER (2006, p. 12).

⁴³ Concretamente, así lo afirma, en general, BASSENGE (2012, p. 1509), así como BÜLOW (2007, p. 396), para los supuestos de grupos de empresas.

⁴⁴ Para la consulta de los artículos citados en el trabajo de la *Insolvenzordnung*, puede acudir a <http://www.gesetze-im-internet.de/insol/index.html>.

⁴⁵ A ello ha de añadirse que existen algunas excepciones, por ejemplo, en materia de barcos, y que, en ocasiones, lo que sí debe constar por escrito es el acuerdo donde se consigne la obligación de constituir una garantía para un crédito recibido (ver para todo ello, LWOWSKI, 2000; pp. 504-505).

⁴⁶ Ver al respecto REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 236 y 239).

⁴⁷ Así lo afirman WIEGAND (2011, p. 287) y BÜLOW (2007, pp. 397 y 409). Este último autor, de hecho, indica (doctrina minoritaria) que la regla general es que sea el deudor quien celebre con el acreedor el acuerdo de garantía y que el tercero no sea parte del mismo, surgiendo por tanto los derechos derivados de éste cabeza del deudor (salvo que otra cosa se convenga). Posteriormente, analiza el ejercicio de deberes y derechos derivados del acuerdo de garantía, según cuál de los sujetos (deudor o tercero) haya tomado parte en él y según lo que se haya pactado (véase, p. 402, respecto al derecho a retransmisión; o p. 404, respecto al ejercicio de la acción de restitución en caso de nulidad).

que no forme parte del acuerdo⁴⁸.

El acuerdo de garantía se constituye como el negocio jurídico obligacional unilateral del que surge el vínculo fiduciario⁴⁹. En él, prestador y tomador de la garantía acuerdan, fundamentalmente, la cosa o cosas que se van a transmitir en garantía –fijando así el vínculo con el crédito garantizado⁵⁰–, así como el crédito o créditos del deudor que quedan garantizados; sin embargo, la relación jurídica de la que derive ese crédito no forma parte del acuerdo de garantía, es un negocio jurídico distinto e independiente⁵¹. En esencia, por tanto, el acuerdo contiene la estructura básica de la relación interna entre las partes en relación a la garantía. Concretamente, este convenio contiene en general tres tipos de acuerdos:

- La obligación del prestador de la garantía de transmitir al tomador el bien o bienes gravados, en el momento en que así se pacte en el acuerdo de garantía. La transmisión, por tanto, como veremos en breve, es un negocio de disposición independiente, cuyo fundamento (*Rechtsgrund*) se encuentra en el acuerdo de garantía⁵². En éste, conforme a REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 236-237), lo que se incluye expresa o tácitamente es la obligación de transmitir a título de garantía así como, en su caso, la forma de dicha transmisión.

- La finalidad de garantía, parte principal del acuerdo, a través de la que se precisa cómo, en qué medida y con qué alcance ha de responder en garantía del crédito de que se trate el bien o bienes transmitidos al tomador de la garantía. Este pacto, por tanto, es el que sirve de fundamento a la pretensión del tomador de la garantía sobre el bien dado en garantía y su legitimación para mantener su propiedad durante la vigencia de la obligación garantizada y satisfacerse con ella⁵³. Esta finalidad de garantía se concreta por las partes, en lo que se denomina la declaración de determinación de la finalidad o acuerdo sobre la finalidad de garantía (*Zweckabrede* o *Zweckvereinbarung*), en la cual se contienen los elementos principales de definición y extensión de la garantía prestada (qué crédito o créditos, presentes y/o futuros, quedan garantizados por la transmisión en garantía)⁵⁴, así como detalles sobre la duración y alcance de la garantía. Por tanto, como

⁴⁸ Así lo afirman REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 240) para el deudor, en el supuesto de que el acuerdo se suscriba con un tercero que actúe de prestador de la garantía.

⁴⁹ OECHSLER (2009, p. 1116). Se califica de unilateral porque se dice que las obligaciones derivadas del acuerdo en garantía sólo surgen inicialmente para el que constituye la garantía (BÜLOW, 2007; p. 398). Ello lleva, según WEBER (2006, p. 12), a que no se aplique a este negocio jurídico las normas sobre contratos bilaterales. No obstante, del acuerdo también derivan obligaciones posteriores para el tomador de la garantía (por ejemplo, la obligación de retransmisión de la cosa). Por ello, quizá sería más correcto enmarcarlo en la categoría de negocios jurídicos bilaterales *ex post facto*.

⁵⁰ La necesidad de este vínculo, dada la accesoriedad de la garantía, es puesta de relieve, entre otros, por KESSAL-WULF (2005, p. 408), BAUR/STÜRNER (2009, p. 793) y JAUERNIG (2009, p. 1286).

⁵¹ REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 236) o WOLF/WELLENHOFER (2011, p. 204). Otra cosa es que, según WIEGAND (2011, p. 285) o BAUR/STÜRNER (2009, p. 793), a menudo se constituyan ambos negocios jurídicos en un mismo acto.

⁵² La referencia a esta función de causa o fundamento es unánime. Véase, por ejemplo, WIEGAND (2011, pp. 285, 287 y 299) y KINDL (2012, p. 2045).

⁵³ Así lo indica, entre otros, KESSAL-WULF (2005, p. 408).

⁵⁴ Por todos, SERICK (1990, p. 67), WIEGAND (2011, p. 348) y OECHSLER (2009, p. 1117).

afirma la doctrina alemana⁵⁵, se trata del verdadero fundamento jurídico de la transmisión en garantía; una falta de acuerdo sobre el objeto en este punto, la ausencia del mismo o su nulidad produciría, por tanto, la nulidad del contrato obligacional de garantía al completo (§ 139 BGB). Las partes gozan de libertad en el establecimiento de este acuerdo, si bien, como se verá más adelante, están sometidas al límite general de la contrariedad a la moral y las buenas costumbres.

El acuerdo sobre la finalidad de garantía, en todo caso, sólo indica el crédito o créditos garantizados, pero, como se ha apuntado anteriormente, no vincula el acuerdo de garantía con el negocio jurídico del que dicho crédito procede. De hecho, a diferencia de las garantías reales legalmente reguladas en el BGB, la transmisión en garantía se concibe claramente como garantía no accesorio, de manera que no existe dependencia entre ésta y la relación jurídica de la que deriva la obligación garantizada⁵⁶. Por tanto, aunque no llegue a existir el crédito garantizado, esto no afecta a la validez del acuerdo de garantía ni a su eficacia (salvo que en éste se haya establecido tal constitución como condición suspensiva, vinculándose así la eficacia de la garantía al crédito)⁵⁷, si bien hace surgir una pretensión obligacional de retransmisión de la cosa entregada a favor del prestador de la garantía⁵⁸. Del mismo modo, se afirma que el cambio del acreedor del crédito garantizado no repercute necesariamente sobre las partes del contrato de garantía; la consecuencia jurídica no es, por tanto, automática⁵⁹.

- Por último, aunque no menos importante, dada la falta de desarrollo legal de esta figura, a menudo también se contienen en este acuerdo los derechos y deberes de las partes respecto al bien dado en garantía, así como las condiciones, el momento o el modo bajo el que se puede proceder a la realización del valor de la cosa dada en garantía y otros acuerdos accesorios que establecen la regulación entre las partes de la garantía creada⁶⁰.

En todo caso, en la fijación del contenido de este acuerdo de garantía hay que tener en cuenta la práctica que rodea esta figura. En concreto, es un hecho que gran parte –si no la mayor– de las transmisiones en garantía realizadas en Alemania tiene lugar en el marco de la actividad bancaria, como garantía a la concesión de créditos pecuniarios. En esos casos, el banco, como

⁵⁵ Sirvan de ejemplo a este respecto, KESSAL-WULF (2005, p. 408) o WEBER (2006, p. 14).

⁵⁶ La doctrina es unánime. Por todos, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 225) o BAUR/STÜRNER (2009, p. 789).

⁵⁷ El pacto, no obstante, es infrecuente, como señala WESTERMANN (2007, p. 597). Por su parte, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 231) y KINDL (2012, pp. 2042-2043) se plantean incluso la posibilidad de que esta condición suspensiva pueda entenderse implícita, correspondiéndole al tomador de la garantía la prueba de que el crédito garantizado se ha constituido. Un indicio de ello puede ser el pacto de una condición resolutoria de la transmisión para el evento de la extinción del crédito garantizado. BASSENGE (2012, p. 1509) señala que, si no hay pacto, se ha de probar que esta interpretación del contrato responde a los intereses de las partes. En todo caso, como indican OECHSLER (2009, p. 1109) o BÜLOW (2007, p. 393), el pacto de esta condición no convierte la garantía en accesorio, ya que la accesoriedad no es algo que puedan determinar libremente las partes (WIEGAND, 2011; p. 341).

⁵⁸ La doctrina deriva esta pretensión de retransmisión o bien del propio acuerdo de garantía (KINDL, 2012; p. 2045) o bien, en general, de la doctrina del enriquecimiento injusto (BAUR/STÜRNER, 2009; p. 789 y BASSENGE, 2012; p. 1510), o bien de ambos (JAUERNIG, 2009; p. 1288).

⁵⁹ KESSAL-WULF (2005, p. 409). Por tanto, el nuevo acreedor no deviene automáticamente propietario de la cosa en garantía conforme al § 401 BGB. De lo que dispone es de un derecho personal a la transmisión de la cosa dada en garantía (BÜLOW, 2007; p. 406, WESTERMANN, 2007; p. 598 y OECHSLER, 2009; p. 1127).

⁶⁰ La doctrina en pleno remite al acuerdo de garantía esta regulación de la relación interna entre prestador y tomador de la garantía. Ver especialmente, REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 236-241).

tomador de la garantía, suele disponer de formularios con regulaciones completas de este negocio, que incluyen sus condiciones generales y que se imponen a la otra parte⁶¹. Ello va a determinar en gran parte la extensión y contenido de este acuerdo de garantía y va a dar lugar a la necesidad de interpretarlo en cada caso y de someterlo a los límites generales de este tipo de condiciones predispuestas. En concreto, la doctrina señala que se aplican aquí los límites de los §§ 305 y 307 BGB⁶², que implican la nulidad de las cláusulas que sean sorprendentes o contrarias a la buena fe y que, por tanto, excedan de las expectativas normales y razonables de la parte que se adhiere al contenido predispuesto del contrato, conforme a las circunstancias del mismo (en relación, por ejemplo, a qué créditos están garantizados o respecto a la posibilidad de un incremento de la cuantía de la deuda, en la medida en que ésta no quede bajo el control del prestador de la garantía)⁶³. Tales cláusulas no entran a formar parte del acuerdo de garantía, el cual, no obstante, mantiene su validez por el principio de conservación del negocio (§ 306 BGB), cuya aplicación suele preferirse por la jurisprudencia en estos casos⁶⁴. Por tanto, ha de examinarse con cuidado la práctica que se desarrolla habitualmente en el marco de los acuerdos de garantía con clausulado predispuesto por el tomador de la garantía, y tener presentes en todo momento los límites de las condiciones generales, que delimitarán estos pactos.

Uno de estos problemas que tradicionalmente se ha planteado en esta práctica de regulación de la transmisión en garantía en condiciones generales –pero no sólo– se centra en la posible existencia de una sobregarantía a favor del tomador de la garantía –esto es, cuando el valor del crédito garantizado es notablemente inferior al del bien dado en garantía–, riesgo relativamente frecuente, en general, en las transmisiones en garantía, especialmente cuando éstas afectan a diversos bienes⁶⁵. El exceso en la garantía recibida por el tomador se plantea como problemático, en la medida en que se enfrenta al límite general de la contrariedad del acuerdo de garantía a la moral o a las exigencias de la buena fe (§§ 138 ó 307 BGB, según que la cláusula que da pie a la sobregarantía forme parte de un acuerdo negociado o de condiciones generales). La doctrina y la jurisprudencia lo han tratado con detenimiento, estableciendo ya hoy una solución consolidada, que distingue entre los casos en que la sobregarantía se produce con posterioridad a la celebración del acuerdo de garantía y los casos en que ésta es originaria, conforme a lo pactado en dicho acuerdo.

Así, concretamente, cuando la sobregarantía se manifiesta una vez celebrado el acuerdo de garantía y realizada la transmisión de los bienes (sobregarantía posterior o exceso de la garantía), de manera que

⁶¹ Por tanto, como señalan BAUR/STÜRNER (2009, p. 779), la mayor parte de las transmisiones en garantía se regulan unilateralmente en condiciones generales. Igualmente, WIEGAND (2011, p. 288), quien expone una muestra de contrato de garantía en pp. 290-297.

⁶² Sobre la aplicabilidad de estos preceptos a la transmisión en garantía, ver WIEGAND (2011, pp. 337-340), OECHSLER (2009, pp. 1118-1119) o BAUR/STÜRNER (2009, p. 780).

⁶³ Ver respecto de esta práctica y sus límites, KESSAL-WULF (2005, p. 410). Señala en concreto la autora que, por ejemplo, el prestador de la garantía no tiene por qué contar con responder por obligaciones de posterior nacimiento, en cuya constitución no haya tenido él ninguna intervención.

⁶⁴ Entre otros, KESSAL-WULF (2005, p. 411) y WEBER (2006, p. 14).

⁶⁵ En este sentido, WIEGAND (2011, p. 329), quien lo refiere, en concreto, a la transmisión en garantía que afecta a un almacén con contenido variable. Igualmente, BÜLOW (2007, p. 373), quien pone de relieve que el problema de la sobregarantía en la transmisión en garantía deriva también en parte de la no accesoriedad de la misma, puesto que no sigue el mismo destino el crédito que la garantía.

las garantías puestas al servicio del tomador no varían su valor –o, incluso, aumentan–, mientras que el crédito asegurado va disminuyendo (por ejemplo con el cumplimiento de las prestaciones parciales), la solución se encuentra a través de cláusulas de liberación o remisión (*Freigabeklausel*) que permitan al prestador de la garantía hacer frente al tomador y recuperar bienes en cuantía suficiente como para volver a equiparar el valor del crédito y de la garantía⁶⁶. Actualmente, estas cláusulas se entienden implícitas en el acuerdo de garantía, incluso aunque éste no contenga ninguna regulación expresa al respecto, ya que se entiende que debe derivarse de la interpretación del propio vínculo fiduciario que une a prestador y tomador de la garantía⁶⁷; su aplicación, además, no puede quedar condicionada a la libre valoración del tomador de la garantía (BÜLOW, 2007; p. 381). De acuerdo con la doctrina del BGH⁶⁸, que en este punto es determinante, el límite por encima del cual se aplica la cláusula de liberación se fija en la previsión de una garantía que cubra más de un 110 % del valor del crédito garantizado (*Deckungsgrenze*) o –método alternativo de cálculo, ante las dificultades que puede ofrecer la cifra anterior⁶⁹– en que el precio de mercado o de compra del bien (*Schätzwert*) ascienda a un 150 % del crédito garantizado. En aquellos casos en que lo pactado supere estos límites, la jurisprudencia hoy afirma que la consecuencia es la nulidad de la cláusula concreta (no de la garantía en su conjunto), ajustándose o reduciéndose el límite de acuerdo con la previsión jurisprudencial⁷⁰.

Frente a esta solución, en cambio, en el caso de una sobregarantía originaria, donde la manifiesta desproporción entre el valor del crédito garantizado y el valor de la cosa dada en garantía se muestra desde un primer momento, no se manejan los límites de cobertura que estableció el BGH para la sobregarantía posterior⁷¹, y se aplica directamente la sanción de nulidad del acuerdo de garantía, por aplicación del § 138 BGB y contrariedad a la moral del acuerdo⁷². La disparidad de la solución se justifica, quizá, por el hecho de que, en este momento inicial, no resulta tan gravosa para las partes la

⁶⁶ El efecto, como señala BÜLOW (2007, p. 374), es que con la cláusula de liberación o remisión se elimina la sobregarantía. El tomador de la garantía tiene el deber de devolver al prestador estos bienes (p. 377). La carga de la prueba del exceso en la garantía recae sobre el prestador de la garantía (p. 382).

⁶⁷ Así, KESSAL-WULF (2005, p. 439) y OECHSLER (2009, p. 1119). Inicialmente, sin embargo, el BGH partió de exigir la inclusión en el acuerdo de garantía de esta cláusula de liberación que contuviera expresamente el límite de cobertura y la obligación de liberación o remisión cuando éste se alcanzara, so pena de nulidad (ver al respecto, por ejemplo, BGHZ 98, 303). Sin embargo, las críticas recibidas, por las consecuencias indeseables de esta sanción general, llevaron a modificar tal doctrina. Éste es el motivo, según WESTERMANN (2007, p. 613) o BAUR/STÜRNER (2009, pp. 796-797), del paso a la interpretación actual, que ha sido valorada positivamente por la doctrina, pues reduce los problemas planteados (WIEGAND, 2011; p. 332). Para esta evolución ver especialmente WIEGAND (2011, pp. 329-333), REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 254-257) o BÜLOW (2007, pp. 377-383).

⁶⁸ Sentencia de 27 de noviembre de 1997 (BGHZ 137, 212). Decisión del pleno de la Sala de lo civil. La gran sala fue llamada a pronunciarse tras la existencia de distintos pronunciamientos entre las salas civiles. Ver al respecto OECHSLER (2009, pp. 1119-1120) o BAUR/STÜRNER (2009, pp. 797-799).

WESTERMANN (2007, p. 614) señala, no obstante, que esta doctrina del BGH se ha elaborado únicamente para las transmisiones en garantía con condiciones generales, pero no ve motivo por el que no se pueda extender a cualquier caso, en tanto que, como se ha dicho, se entiende que la cláusula de liberación o remisión deriva de la propia esencia del acuerdo de garantía. Igualmente, WIEGAND (2011, p. 329).

⁶⁹ Concretamente, como señala BÜLOW (2007, pp. 374-375), si bien es fácil determinar el valor de la obligación, pues deriva de sí misma, no es tan fácil determinar el valor de las cosas dadas en garantía, pues éste sólo se conoce con certeza en el momento de la realización del valor; antes únicamente se puede hacer una aproximación. Es, en concreto, en esta aproximación, en la que se aplica el límite del 110 % (el 100 % del valor del crédito más un 10 % extra, por los costes de gestión y administración).

⁷⁰ Por todos, BAUR/STÜRNER (2009, pp. 798-799). En todo caso, ha de tenerse en cuenta, como indica WIEGAND (2011, p. 330), que el ámbito de valoración o de actuación de las partes queda ya muy limitado. Se puede decidir, por ejemplo, cómo proceder a la liberación o cómo se elige, de entre varios bienes, cuál o cuáles se realizan en primer lugar (BÜLOW, 2007; pp. 381-381, que aplica aquí el § 262 BGB).

⁷¹ No cabe duda entre los autores de que la doctrina señalada del BGH no se aplica a estos supuestos, ni, consiguientemente, los límites marcados, debiendo valorarse en cada caso qué es lo que se considera desproporcionado o excesivo. Ver al respecto, por todos, WIEGAND (2011, pp. 327 y 333-334).

⁷² Ver al respecto, KESSAL-WULF (2005, p. 438), quien analiza los elementos subjetivos y objetivos de este precepto en su aplicación al supuesto de la sobregarantía.

solución de la nulidad absoluta, en la medida en que pueden volver a realizar un acuerdo de garantía, esta vez conforme a derecho, que cubra suficientemente sus necesidades de garantía desde un principio⁷³.

Junto a ello, los otros dos grupos de casos en que se puede producir la nulidad del acuerdo de garantía por contrariedad a la moral – no sólo, en el contexto de una redacción predispuesta de condiciones generales– son la excesiva limitación de las facultades del prestador de la garantía (*Knebelung*)⁷⁴ y la puesta en peligro de los demás acreedores (*Gläubigergefährdung*)⁷⁵. Para comprobar si el caso concreto el acuerdo entra o no dentro de los límites del mencionado § 138 BGB, se parte de un análisis conjunto de todas las circunstancias del caso, comprobando si, de acuerdo con las mismas, lo acordado va en contra de lo que se considera justo y equitativo⁷⁶.

3.3. El negocio jurídico de transmisión

Debido al principio de abstracción vigente en Derecho alemán, la garantía no queda plenamente constituida por el acuerdo de garantía, sino que, como se ha apuntado, éste debe ir acompañado de otro acuerdo –anterior, coetáneo o posterior en el tiempo⁷⁷–, con efectos reales, de cumplimiento de lo acordado en el anterior (por tanto, la transmisión de la propiedad y, en su caso, la constitución de una relación de mediación posesoria). De hecho, hasta que éste segundo negocio jurídico no se perfecciona, se entiende revocable la declaración de voluntad de constitución de la garantía⁷⁸.

Derivado de este segundo negocio jurídico, por tanto, se produce la transmisión de la propiedad sobre la cosa o cosas dadas en garantía. Ésta, en principio, se lleva a cabo de la misma forma que

⁷³ Así, para OECHSLER (2009, p. 1121), esta solución es aquí preferible a la que se aplica al caso anterior.

⁷⁴ Con ello se hace referencia a los pactos por los que se someta al prestador de la garantía a un excesivo control o vigilancia por parte del tomador de la garantía, que le impidan, de facto, actuar por sí solo. Aunque, según OECHSLER (2009, p. 1122), el prestador ha de tolerar cierta injerencia o control, no debe quedar tampoco excesivamente limitado. Así, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 258) afirman que el tomador de la garantía no debe convertirse en el dueño y señor del negocio, ni ejercitar el poder de su posición de manera que no permita al prestador adoptar sus propias decisiones. En el aspecto positivo, WIEGAND (2011, p. 325) y WESTERMANN (2007, p. 611) indican que el prestador de la garantía ha de tener suficiente libertad como para permanecer en situación de satisfacer voluntariamente las prestaciones debidas a otros acreedores en su ámbito de actividad.

⁷⁵ La contrariedad a la moral no se manifiesta aquí por la mera puesta en peligro de los demás acreedores (pues ésta va implícita en el esquema de la transmisión en garantía), sino cuando el prestador y el tomador de la garantía actúan negligente o dolosamente, de manera que ponen en peligro la capacidad de crédito del deudor, con daño para otros acreedores, siendo la posibilidad de este daño para terceros querida por las partes o, al menos, reconocible para ellos (BGH NJW 1984, 728); ver al respecto REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 259) o BÜLOW (2007, pp. 385-386). Éste es el instrumento que, según BAUR/STÜRNER (2009, pp. 778 y 787), compensa el riesgo de la falta de publicidad de esta garantía.

⁷⁶ El § 138 BGB regula únicamente la contrariedad a la moral como causa de nulidad; es la jurisprudencia la que, para facilitar la aplicación de esta causa tan genérica, ha elaborado una serie de casos que muestran indicios que pueden ser relevantes en el caso concreto para determinar la contrariedad a la moral del pacto de transmisión en garantía acordado; tales son los supuestos aquí mencionados. Ver al respecto, REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 251-253) o KINDL (2012, p. 2047).

⁷⁷ LWOWSKI (2000, p. 456). El autor señala posteriormente que, aunque en la práctica, ambos acuerdos no suelen aparecer externamente como separados, jurídicamente sí se han de distinguir (p. 503). Para la posibilidad de vincular ambos negocios en uno único, *ex* § 139 BGB, ver VIEWEG/WERNER (2010, pp. 367-368).

⁷⁸ OECHSLER (2009, p. 1110). Otra cosa son las consecuencias; ver al respecto LWOWSKI (2000, p. 456).

en cualquier otra propiedad (§§ 929 y ss.)⁷⁹: mediante acuerdo de las partes de que el adquirente se constituya como propietario –debiendo concurrir la voluntad de transmitir en el momento de la transmisión– y entrega de la cosa. Ahora bien, como ya se ha señalado en la descripción de la estructura básica de esta garantía, normalmente esta entrega se produce mediante la constitución de una relación de mediación posesoria, conforme a los §§ 930 ó 931 (el llamado constituto posesorio), pues esta forma es la que permite crear el esquema típico de esta garantía, que le ayuda a superar los obstáculos que ofrece la prenda⁸⁰.

Aunque lo habitual es que, en el momento del acuerdo de mediación posesoria a favor del tomador de la garantía, la cosa se encuentre bajo posesión del prestador de la garantía o del tercero, la transmisión en garantía se puede acordar también sobre bienes futuros, o antes de que el poseedor inmediato tenga la cosa bajo su posesión (constituto posesorio anticipado), siendo entonces necesario que, cuando la cosa llegue finalmente a su posesión, la posea para el tomador de la garantía-poseedor mediato (y que así se haga patente). Esto es especialmente frecuente en el caso de transmisión en garantía de un almacén con mercancías, cuyo contenido suele ser cambiante, por razón de la actividad económica desarrollada en condiciones ordinarias⁸¹.

Concretamente, de acuerdo con los preceptos mencionados, la entrega de la cosa se sustituye por el acuerdo del establecimiento de una relación de mediación posesoria por parte del prestador de la garantía (§ 930 BGB) o de un tercero que tuviera en su poder la cosa (§ 931 BGB: en cuyo caso, lo que se transmite al tomador de la garantía es la acción reivindicatoria de la cosa que posee de forma inmediata ese tercero⁸²), que continúan poseyendo la cosa de forma inmediata para el tomador de la garantía (poseedor mediato). En este caso, la transmisión requiere la voluntad del transmitente o del tercero de poseer la cosa para el tomador de la garantía, unida a la voluntad de transmitir la propiedad y la posesión mediata a dicho tomador⁸³; si bien el § 930 BGB exige el acuerdo sobre una relación de mediación posesoria concreta (es decir, una relación jurídica determinada que legitime al transmitente a poseer frente al tomador de la garantía), actualmente se considera que el acuerdo de garantía establece por sí mismo una relación jurídica suficiente y

⁷⁹ Los problemas que se plantean a esta transmisión, por tanto, son iguales a los de cualquier otra (ej.: transmisión de cosas gravadas o de propiedad ajena). Una aproximación a la aplicación de las reglas generales al caso concreto de la transmisión en garantía, en LWOWSKI (2000, pp. 486-497), así como en BÜLOW (2007, pp. 462-467).

⁸⁰ Por todos, WIEGAND (2011, pp. 287 y 300) o BAUR/STÜRNER (2009, p. 788). Para otras formas de entrega relacionadas con la transmisión en garantía, habituales en el tráfico mercantil, véase LWOWSKI (2000, pp. 466-469), quien se refiere a la transmisión por medio de cartas de porte, pólizas de embarque, etc. (*Traditionspapiere*).

⁸¹ Ver al respecto, así como sobre los riesgos que esto le supone al tomador de la garantía, LWOWSKI (2000, pp. 460-463, 505 y 507-508).

⁸² Aunque como pone de relieve WIEGAND (2011, p. 298), no es un caso muy frecuente, no está tan alejado de la práctica. El punto de partida es que el prestador de la garantía sólo dispone de la posesión mediata de la cosa; así, por ejemplo, el vendedor bajo reserva de dominio o un acreedor en garantía quieren transmitir en garantía la cosa afectada por la garantía, en posesión, respectivamente, del comprador bajo reserva o del prestador de la garantía (WESTERMANN, 2007; p. 590). En tal caso, lo más frecuente para constituir la posesión del tomador de la garantía es que adquiera la que tenía el prestador, lo que se hace mediante la entrega sustitutoria de la acción reivindicatoria contra el poseedor inmediato, que pasa a poseer para el tomador de la garantía, como mediador posesorio. Esto requiere, según LWOWSKI (2000, pp. 463-465), que se le notifique la creación de la garantía.

⁸³ Téngase en cuenta, no obstante, que, como refleja LWOWSKI (2000, p. 507), existe un debate doctrinal sobre si, para concretar la relación de mediación posesoria, basta con el acuerdo de garantía (como afirma OECHSLER, 2009; p. 1111 y dice PRÜTTING, 2009 que ocurre en la práctica: p. 1841) o si es necesario el acuerdo concreto y expreso de mediación posesoria.

plenamente válida en el sentido del § 868 BGB⁸⁴.

Esta división en dos negocios, y la abstracción que caracteriza al segundo, llevan a la independencia entre ambos. Esto supone que el acuerdo real de transmisión no está vinculado con el obligacional, ni se ve afectado por las vicisitudes de éste, y lo mismo puede predicarse del acuerdo de la relación de mediación posesoria⁸⁵. Por tanto, aunque el acuerdo de garantía – obligacional– sea nulo, ineficaz o se resuelva, el acuerdo real de transmisión, conforme al principio de abstracción, no se ve afectado por esto, salvo que se extienda a él la nulidad o causa de ineficacia (ej.: si se ha pactado expresamente o si la causa de la nulidad del acuerdo de garantía también afecta a la transmisión⁸⁶), o salvo que se entienda que ello suponga que desaparece la relación de mediación posesoria⁸⁷.

Ahora bien, al margen de estos casos en que pueda verse afectado, excepcionalmente, el negocio jurídico de transmisión, lo que sí se admite, en todo caso, ante la nulidad, resolución o ineficacia del acuerdo de garantía, es que el prestador de la garantía pueda reclamar la restitución de la cosa dada en garantía –subsista o no el crédito garantizado–, sobre la base de una acción de enriquecimiento sin causa (§ 812 BGB), ya que el adquirente ha obtenido la propiedad de la cosa sin un fundamento jurídico para ello (tal es, de hecho, la trascendencia de lo ya indicado sobre que el acuerdo de garantía se constituye en la causa de la transmisión en garantía)⁸⁸.

⁸⁴ Doctrina mayoritaria; entre otros, LWOWSKI (2000, p. 460), REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 224), BÜLOW (2007, p. 452), VIEWEG/WERNER (2010, pp. 366-367) o WOLF/WELLENHOFER (2011, p. 204). De hecho, WIEGAND (2011, p. 301), incluso, se plantea que la transmisión en garantía, por su frecuencia, ha pasado a ser precisamente un tipo contractual apto para constituir una relación de mediación posesoria.

⁸⁵ Así lo puntualizan REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 237). No obstante, JAUERNIG (2009, pp. 1286 y 1287) afirma lo contrario, pues considera el acuerdo de mediación posesoria parte del acuerdo de garantía. Sin embargo, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 238) discuten esta opinión, sobre la reafirmación de la independencia entre ambos acuerdos: el de garantía, como mucho, puede contener la obligación de constituir una relación de mediación posesoria y de transmitir ciertas cosas con fines de garantía, pero la ejecución de este plan se produce posteriormente en un negocio jurídico separado e independiente.

⁸⁶ Así, la mayoría de los autores indican que algunos de los motivos que producen la nulidad del acuerdo de garantía (como los relativos a la contrariedad a la moral), podrían llegar a producir también la nulidad de la transmisión. Ver al respecto REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 237) y OECHSLER (2009, pp. 1108 y 1110). Como señalan los primeros, además, de no admitirse esta conexión se produciría el contrasentido de que el tomador de la garantía habría adquirido una propiedad libre de cargas y sin vinculación fiduciaria, al haberse declarado precisamente la nulidad del acuerdo del que deriva la fiducia (pp. 249-250).

⁸⁷ Así lo puntualiza BASSENGE (2012, p. 1509). Ahora bien, ello presupone entender que ésta se ubica en el acuerdo de garantía. Frente a esta interpretación, sin embargo, OECHSLER (2009, p. 1110), puesto que considera que lo fundamental para la existencia de la relación de mediación posesoria es la voluntad de poseer, más que la eficacia o ineficacia del acuerdo del que derive esta relación. De igual forma, WIEGAND (2011, p. 301), WESTERMANN (2007, p. 597), BÜLOW (2007, p. 454) o KINDL (2012, p. 2046).

⁸⁸ El reconocimiento de esta acción de enriquecimiento injusto es unánime. Véase, por todos, OECHSLER (2009, pp. 1110, 1116 y 1123).

4. Derechos y deberes de las partes

4.1. El prestador de la garantía

a. Derechos y deberes básicos asociados a su posición

La fórmula de la transmisión en garantía ofrece al deudor la posibilidad de mantener la cosa dada en garantía bajo su control, lo que le permite no hacer pública hacia el exterior su necesidad de crédito –por lo que no se ve perjudicada su imagen⁸⁹–, y, lo que es más importante, le permite continuar con la explotación ordinaria de su empresa, contribuyendo con ello al objetivo perseguido de poder cumplir con la obligación garantizada⁹⁰. Al mismo tiempo, sin embargo, esto conlleva claramente una falta de publicidad de la situación jurídica del bien, lo que, pese a la indubitada aceptación general de esta figura, todavía hoy sigue dando lugar a comentarios por parte de algunos autores, que ponen de relieve los peligros que ello implica para los demás acreedores que confían en la apariencia generada por la posesión de la cosa en manos del prestador de la garantía e ignoran que no existe tras ello una propiedad⁹¹. Ahora bien, al margen de que esta apariencia no merezca necesariamente una protección de cara a los demás acreedores, ha de tenerse en cuenta, además, como señala OECHSLER (2009, p. 1104), que esto no es un problema propio y exclusivo de la transmisión en garantía, sino que es algo que el propio legislador alemán ya aceptó implícitamente al admitir como forma de transmisión de la propiedad el constituto posesorio del § 930 BGB⁹².

Aceptado este punto de partida, la posición del prestador de la garantía en este esquema se caracteriza, por tanto, fundamentalmente, por su posesión inmediata de la cosa, como mediador posesorio del propietario en garantía. Esta posición deriva del acuerdo de garantía, que se constituye así como la causa en virtud de la cual el prestador de la garantía puede conservar su derecho de posesión sobre el bien transmitido hasta que se produzca el evento garantizado que da lugar al posible ejercicio de la facultad de realización de valor de la cosa⁹³. Tal posición no es, en absoluto, algo nimio, puesto que es la que, por ejemplo, le legitima para usar y aprovechar la cosa, oponerse a perturbaciones de terceros o, lo que es más interesante en este contexto, oponerse a la entrega de la cosa antes de que se produzca el evento garantizado⁹⁴. Así, por tanto, si el tomador de la garantía incumple el acuerdo de garantía y transmite la cosa a un tercero –cosa que, como veremos, se acepta que puede hacer válidamente, aunque responde por ello–, el prestador de la garantía podrá oponerle a este tercero lo mismo que al tomador de la garantía y, por tanto, la doctrina acepta que podrá negarse a la entrega de la cosa mientras se mantenga su

⁸⁹ A esta idea parecen apuntar KESSAL-WULF (2005, p. 429) y BAUR/STÜRNER (2009, pp. 775 y 777).

⁹⁰ Por todos, WOHLGEMUTH (2005, pp. 35-36). El autor, de hecho, afirma que la posesión de la cosa por parte del prestador de la garantía es la verdadera ventaja de ésta frente a la prenda (p. 60), cuya regulación es más rígida (LWOWSKI, 2000; p. 506), pese a los peligros asociados a su falta de publicidad (BAUR/STÜRNER, 2009; p. 775).

⁹¹ Por todos, WESTERMANN (2007, p. 588).

⁹² En este sentido, WIEGAND (2011, p. 268) y KESSAL-WULF (2005, p. 429).

⁹³ BÜLOW (2007, p. 439).

⁹⁴ Así, OECHSLER (2009, p. 1123), para las perturbaciones frente a terceros, y BAUR/STÜRNER (2009, p. 786), para la oposición a la entrega anticipada.

derecho de posesión (§ 986 BGB)⁹⁵.

Es más, según REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 241-242), si el evento garantizado (el eventual incumplimiento por el deudor) ya no puede ocurrir, porque se haya extinguido el crédito, el prestador de la garantía podrá permanecer en posesión de la cosa, y el tercero que la adquirió no puede reclamar su entrega. Por ello, señalan los autores citados que se le debería reconocer un derecho para exigir al tercero la retransmisión de la cosa, teniendo en cuenta que éste, por su parte, no puede realizar el fin económico de la cosa adquirida, al margen, eso sí –hay que suponer–, de las posibles acciones que el tercero pudiera tener frente al tomador que le transmitió la cosa en contra del acuerdo de garantía.

Por tanto, la posición del prestador de la garantía es la de poseedor inmediato, legitimado por el acuerdo de garantía, con las consecuencias que se han indicado. Ahora bien, por medio de este convenio de garantía, el concedente de la garantía sólo resulta legitimado para poseer con limitaciones y temporalmente; es decir, que le está permitido el uso de la cosa únicamente dentro de los límites del propio convenio de garantía y en interés del tomador de la garantía⁹⁶. Así, en concreto, se enumeran por la doctrina alemana una serie de deberes que pesan sobre él, en virtud del acuerdo de garantía: concretamente, queda obligado a tratar la cosa bajo su posesión de forma adecuada, esto es, de forma que no perjudique la garantía otorgada sobre la misma (lo que incluye el deber de realizar sobre la cosa las reparaciones necesarias, de custodiarla y de guardarla como corresponde); tiene un deber de sustitución de las cosas usadas o deterioradas y debe notificar inmediatamente al tomador de la garantía cualquier posible perturbación a su posesión por parte de terceros⁹⁷. El incumplimiento de estas obligaciones –al margen de que, como indica OECHSLER (2009, pp. 1123 y 1126), pueda generar la pretensión del tomador de la garantía a la entrega de la cosa– podrá implicar también el deber del prestador de indemnizar los daños causados (§ 280 BGB).

Por otra parte, como mero poseedor que es, el prestador de la garantía ha de limitar su actuación sobre la cosa a ese uso y disfrute que le es necesario para continuar con su actividad. Carece, en cambio, de las facultades de disposición sobre la cosa, salvo que el propietario en garantía le haya autorizado para ello, como se verá posteriormente en relación a la transmisión en garantía prolongada. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en tanto que poseedor inmediato de la cosa dada en garantía, el prestador de la garantía ostenta una posición que le permite, *de facto*, actuar sobre ésta y transmitírsela a un tercero, lo que suscita la cuestión de si ello puede o no perjudicar al tomador de la garantía. La doctrina alemana acude aquí al § 185 BGB y parte de la falta de legitimación del prestador de la garantía para disponer sobre la cosa. Por tanto, la posible adquisición de la propiedad por parte del tercero dependerá de las reglas generales de protección de la buena fe, conforme a los §§ 932 y 933 BGB, según la transmisión se haya realizado directamente o por medio de constituto posesorio⁹⁸. En caso de que, en virtud de estos preceptos,

⁹⁵ Por todos, WOLF/WELLENHOFER (2011, p. 206).

⁹⁶ No es necesario pacto expreso para ello, pues esta limitación y subordinación de la posesión al acuerdo de garantía ya deriva de la propia esencia de ésta. Así, subrayan estas limitaciones, entre otros, SERICK (1990, p. 31), WIEGAND (2011, p. 349) y OECHSLER (2009, p. 1123).

⁹⁷ Ver, respectivamente, WEBER (2006, p. 173) y OECHSLER (2009, p. 1123); WIEGAND (2011, pp. 349) y BAUR/STÜRNER (2009, p. 793).

⁹⁸ Ver al respecto, especialmente, WIEGAND (2011, pp. 355 y 362), así como CROCQ (2006, p. 175), BÜLOW (2007, p. 439) o JAUERNIG (2009, p. 1289).

el tercero consolide su adquisición, no hay duda de que el transmitente deberá responder frente al propietario en garantía, *ex* § 280 BGB⁹⁹.

En caso, en cambio, de que el tercero no haya podido consolidar su adquisición, puntualiza WIEGAND (2011, p. 365) que lo que se plantea aquí es la posibilidad de que, al menos, adquiera un derecho de expectativa a la retransmisión de la cosa, una vez cumplido por el prestador de la garantía transmitente el crédito garantizado.

La actuación indebida del deudor puede dar lugar también a otra situación en que se pone en riesgo la garantía otorgada. Concretamente, es posible que el deudor disponga por segunda o sucesivas veces de la cosa dada en garantía, de manera que ésta pase a garantizar al mismo tiempo el crédito de varios acreedores. A este respecto, la doctrina y jurisprudencia alemana ha parecido inclinarse por el principio de prioridad en la transmisión, como base para resolver todos los supuestos de colisión de los derechos derivados de la transmisión en garantía con otros derechos¹⁰⁰. Sin embargo, en ocasiones se ha dudado de si no debe aplicarse aquí, al igual que ha hecho la jurisprudencia en los supuestos de colisión entre la reserva de dominio prolongada y la cesión global de créditos, el llamado principio de quiebra del contrato anterior para poder respetar el posterior, o criterios de reparto *ad hoc* del producto de la venta de la cosa entre todos los acreedores que tengan el mismo bien como garantía¹⁰¹. Tales soluciones, no obstante, aunque puedan ser satisfactorias en ese contexto de colisión entre cesión global de créditos y reserva de dominio, no está claro, en cambio, si resultan también las más adecuadas para el supuesto aquí planteado de transmisión en garantía de una cosa a varios sujetos, pues no son iguales los intereses en juego entre el titular de una cesión global de créditos y un vendedor bajo reserva – donde puede haber razones de justicia para proteger más a este segundo –, que los que están en juego entre varios tomadores en garantía sobre el mismo bien, todos con igual posición e intereses¹⁰². Ante esta situación, el principio de prioridad, aunque injusto, responde mejor a la realidad por la cual el prestador de la garantía pierde el poder de disposición sobre la cosa, una vez transmitida por primera vez en garantía, por lo que las transmisiones posteriores carecen de eficacia frente al primer propietario en garantía, que puede oponerse a las mismas.

La cuestión, no obstante, es si juega a favor de los posteriores adquirentes la protección de la buena fe en este ámbito (§ 933 BGB). Aunque KESSAL-WULF (2005, p. 421) parece darle relevancia, OECHSLER (2009, p. 1113) afirma que normalmente el segundo adquirente carece de la buena fe necesaria para que se proteja su adquisición. No obstante, abre la posibilidad de que se consolide la segunda adquisición en garantía

⁹⁹ WIEGAND (2011, p. 355). Por su parte, LWOWSKI (2000, p. 513) y OECHSLER (2009, p. 1113) plantean incluso una posible responsabilidad penal.

¹⁰⁰ Por todos, SERICK (1990, pp. 96-97) y WIEGAND (2011, pp. 365-367).

¹⁰¹ Ver al respecto WEBER (2006, pp. 313-317). La llamada doctrina de la quiebra o ruptura del contrato (*Vertragsbruchstheorie*), elaborada por el BGH (BGH WM 1999, 126), parte de la idea de la contrariedad a la moral para limitar el acuerdo previo de cesión global de créditos suscrito por el comprador bajo reserva de dominio que colisiona posteriormente con la posible cesión derivada de una reserva de dominio prolongada sobre un bien concreto. Con la previa cesión global, el banco obliga de hecho a su cliente a incumplir continuamente sus contratos posteriores: sin la reserva de dominio prolongada, el comprador bajo reserva no obtendrá bienes en el futuro, por lo que se ve en la tesitura de o bien paralizar su actividad por falta de crédito, o bien contratar bajo estas condiciones, aun sabiendo que la segunda cesión anticipada –prolongada– se realiza en el vacío. Ver al respecto SERICK (1990, pp. 97-98) y OECHSLER (2009, p. 1115). La validez de la cláusula de cesión global precisa, por tanto, de la previsión de una posible renuncia parcial para estas cesiones posteriores de crédito puntuales.

¹⁰² Vid. también al respecto *infra* 5.1.a) Prolongación por transmisión de la cosa dada en garantía.

respecto de nuevos bienes que ingresen en el patrimonio del prestador de la garantía, en la medida en que respecto de éstos ya ha desaparecido la voluntad de mediación posesoria a favor del primer adquirente en garantía. Igual división se encuentra en WIEGAND (2011, p. 316) y WESTERMANN (2007, p. 594), en relación a la transmisión en garantía de almacén con contenido variable.

b. El embargo al prestador de la garantía

La posesión de la cosa por parte del prestador de la garantía, sin embargo, no permite a los acreedores del mismo embargarla y ejecutarla para la satisfacción de sus propios créditos. De hecho, frente a tal ejecución forzosa por parte de los acreedores del prestador, la doctrina y jurisprudencia alemana mayoritaria afirman la eficacia del embargo (en tanto que la cosa se encuentra en posesión del deudor), pero reconocen la posibilidad de que el tomador de la garantía ejercite una tercería de dominio (*Drittwiderspruchsklage*: § 771 ZPO¹⁰³), en tanto subsista el crédito garantizado, con lo que confirman su posición y tratamiento como propietario pleno¹⁰⁴. Tal solución se apoya, fundamentalmente, en dos argumentos¹⁰⁵:

- La transmisión en garantía busca asegurar la permanencia del bien en posesión del prestador de la garantía, puesto que éste le es necesario para la continuación del negocio del mismo. Con el embargo y enajenación del bien, un solo acreedor podría poner en peligro la existencia de toda la empresa. Frente a esto, y en garantía de su propia posición, se concede al tomador de la garantía la tercería de dominio, que impide tal embargo y ejecución.
- No se puede imponer al tomador de la garantía otra forma de ejecución distinta de la que deriva del acuerdo de garantía. Si únicamente se le reconociera una tercería de mejor derecho, se modificaría lo acordado en el acuerdo de garantía respecto de la ejecución y realización del valor de la cosa, con posible daño para las partes.

Ahora bien, frente al ejercicio de esta tercería de dominio, REINICKE/TIEDTKE (2006; pp. 249-250) reconocen a los acreedores del transmitente en garantía una serie de motivos de oposición, que se dirigen, básicamente, a discutir la existencia de una transmisión en garantía o la validez de la transmisión en garantía, de manera que se pueda negar la adquisición de propiedad por parte del tomador de la garantía¹⁰⁶. Estos motivos se centran, fundamentalmente, en las cuestiones que tienen que ver con la posible contrariedad a la moral o el perjuicio desproporcionado (conforme al § 138.1 BGB); es decir: la sobregarantía originaria¹⁰⁷, la limitación excesiva al prestador de la

¹⁰³ Para la consulta de los artículos citados en el trabajo de la *Zivilprozessordnung*, puede acudir a <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html>.

¹⁰⁴ Doctrina mayoritaria: entre otros, WIEGAND (2011, pp. 356-357), REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 215 y 248), OECHSLER (2009, p. 1131) y WOLF/WELLENHOFER (2011, p. 210). Recogen los segundos autores citados la existencia de una doctrina minoritaria, presente en la interpretación del § 771 ZPO, que únicamente reconoce al propietario en garantía el equivalente a una tercería de mejor derecho (*Recht auf vorzugsweise Befriedigung*). Ver también al respecto VIEWEG/WERNER (2010, p. 378).

¹⁰⁵ Ver, para ambos, WEBER (2006, pp. 182-183) y REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 248).

¹⁰⁶ En igual sentido, BAUR/STÜRNER (2009, pp. 801-802).

¹⁰⁷ Como puntualiza WIEGAND (2011, p. 333), no es motivo de oposición la sobregarantía posterior, en la medida en que la solución del BGH a estos supuestos, analizada anteriormente, no lleva a la declaración de la nulidad

garantía y la puesta en peligro de los acreedores, a las que ya se hizo referencia previamente. Si prospera esta oposición de los demás acreedores, se podrá trabar entonces embargo sobre el bien dado en garantía, habiendo perdido el supuesto tomador de la garantía su posición garantizada. De lo contrario, se afirmará la validez de la transmisión en garantía y, con ello, la posición de pleno propietario del tomador de la garantía, resistente a los embargos de otros acreedores del transmitente. En tal caso, como señala BÜLOW (2007; p. 435), lo que les queda a estos otros acreedores es la posibilidad de trabar embargo sobre el derecho del prestador de la garantía a la retransmisión de la cosa dada en garantía o al exceso del producto, en caso de realización del valor de la cosa por parte del tomador.

c. El derecho a la retransmisión o recuperación de la propiedad

La posición del prestador de la garantía se completa con la atribución al mismo, en virtud del propio acuerdo de garantía –se contenga o no expresamente en él–, de un derecho a la retransmisión de la cosa (*Rückgewähranspruch*), una vez satisfecha la finalidad de garantía; es decir, cumplida por el deudor su obligación frente al acreedor garantizado y satisfecho el interés de éste¹⁰⁸, o, también, una vez producido un supuesto de sobregarantía posterior que obligue a liberar o remitir parte de los bienes dados en garantía, por no ser necesarios para el fin perseguido. La propiedad debe volver, pues, al prestador de la garantía, motivo por el que en ocasiones se considera que la propiedad del tomador es meramente eventual o temporal¹⁰⁹.

En principio, ha de entenderse que esta pretensión debe ser ejercitada por el sujeto que haya sido parte del acuerdo de garantía con el tomador de la garantía –por tanto, el deudor o el prestador de la garantía, si se trata de personas distintas–. Ahora bien, en dicho acuerdo se puede pactar también, en su caso, la atribución del ejercicio de este derecho igualmente al otro sujeto –deudor o prestador–, sea o no parte del acuerdo de garantía, legitimándole por tanto, para su ejercicio. En defecto de este pacto, sin embargo, la doctrina considera que el tomador de la garantía no puede devolver directamente la cosa a su transmitente, si no es parte del acuerdo y no lo acepta la otra parte; de lo contrario, tiene un deber de indemnizar conforme al § 280 BGB¹¹⁰.

Por tanto, satisfecha la finalidad de garantía, es el tomador de la garantía quien queda obligado a devolver la cosa (retransmitirla)¹¹¹. Hasta que ello se produzca, se entiende que la fiducia de

plena del acuerdo de garantía, sino a la liberación o remisión o a la mera nulidad de la cláusula contraria a la moral que se oponga a ésta.

¹⁰⁸ Por todos, SERICK (1990, pp. 69 y 122), OECHSLER (2009, p. 1127) y VIEWEG/WERNER (2010, p. 369). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la extinción del crédito no necesariamente supone la satisfacción de la finalidad de garantía, puesto que, como veremos, se puede haber pactado en el acuerdo de garantía la extensión de ésta a otros créditos del acreedor frente al deudor (en ese sentido, BÜLOW, 2007; p. 393); de ahí, por tanto, que algún autor se remita al pacto concreto que se contenga en el acuerdo de garantía para ver en qué términos se pactó la finalidad de garantía y su satisfacción; ver, por ejemplo, KESSAL-WULF (2005, p. 417) o WEBER (2006, p. 16).

¹⁰⁹ La idea del carácter transitorio o temporal de la propiedad del tomador se repite especialmente en WIEGAND (2011, pp. 286 y 348), así como OECHSLER (2009, p. 1103) o BAUR/STÜRNER (2009, p. 785).

¹¹⁰ Ver al respecto, para todo ello, BÜLOW (2007, pp. 402, 409 y 411). Como puntualiza el propio autor, p. 403, así como REINICKE/TIEDTKE (2006; p. 240), mientras no se diga nada expresamente, deberá acudirse a la interpretación del acuerdo, que es el que debe establecer esta cuestión.

¹¹¹ Como puntualiza BÜLOW (2007, p. 403), en la medida en que el tomador de la garantía no sea el acreedor, como ya se vio que puede llegar a ocurrir, el papel del acreedor será hacer lo posible para que se produzca la devolución, indemnizando en caso contrario conforme al § 280 BGB.

garantía se transforma en fiducia de administración, pues han desaparecido los fines de garantía¹¹².

Ahora bien, en cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que el efecto de la retransmisión no se produce de forma automática y al margen de la actividad de las partes del acuerdo de garantía, sino que necesita de un nuevo negocio jurídico de transmisión. La forma en este caso no es relevante e, incluso, como indican los autores alemanes¹¹³, la transmisión se puede producir de forma tácita, en la medida en que el prestador de la garantía sea poseedor inmediato de la cosa (§ 929.2 BGB), aunque suele ser interesante que se realice de forma expresa, para hacer patente la nueva situación.

Sea como sea, esta necesaria actividad de retransmisión de la propiedad trae causa, en parte, del hecho de que la transmisión en garantía no se configura como una garantía accesorio, de manera que su constitución y extinción no van indisolublemente unidas a la constitución y extinción del crédito garantizado. Es más, tal obligación de retransmisión no se constituye como derecho real, sino que se mantiene en el plano obligacional, derivada directamente del acuerdo de garantía, siendo entonces el prestador de la garantía un simple acreedor de esta pretensión frente al propietario en garantía¹¹⁴; el primero no tiene, por tanto, un derecho real a la restitución del bien transmitido en garantía, una vez satisfecho el interés del acreedor garantizado con dicha transmisión. Por tanto, si el tomador de la garantía no transmite voluntariamente la cosa cuando proceda, el prestador sólo dispone de la posibilidad de instar un procedimiento judicial, que se ejecutará conforme al § 883 ZPO.

La doctrina debate si dicha pretensión de retransmisión sitúa al prestador de la garantía en idéntica posición a la del comprador bajo reserva de dominio, respecto del que se dice que es titular de un derecho de expectativa (*Anwartschaftsrecht*), con valor económico propio. Para el comprador bajo reserva, la adquisición del derecho de propiedad consiste en una multiplicidad de actos que no puede ser frustrada por el vendedor; depende sólo de su conducta cumplidora de la prestación adeudada (el pago del precio)¹¹⁵. En el caso del prestador de la garantía, sin embargo, cumplir el crédito garantizado y satisfacer la finalidad de garantía no determina automáticamente el retorno a su patrimonio de la propiedad sobre la cosa dada en garantía, sino que es necesario un acto de transmisión por parte del propietario en garantía. Por tanto, carece aquí de un derecho de expectativa que pueda aprovechar como base para garantizar otros créditos ya antes del cumplimiento de la obligación garantizada¹¹⁶; su posición es la de mero titular de esa pretensión de retransmisión. Ello no le impide utilizar este derecho como medio de garantía, pero sí afecta, como puntualiza LWOWSKI (2000, p. 511), al valor de la misma.

¹¹² Por todos, OECHSLER (2009, p. 1127).

¹¹³ Así, entre otros, OECHSLER (2009, p. 1128), WESTERMANN (2007, p. 600) y KINDL (2012, p. 2046).

¹¹⁴ En este sentido, por ejemplo, WESTERMANN (2007, p. 599) y OECHSLER (2009, p. 1109).

¹¹⁵ Como señala WEBER (2006, p. 198), la expectativa de derecho requiere que exista un derecho cuya existencia requiera de varios actos y del que se hayan realizado ya tantos de esos pasos que se pueda hablar de una posición jurídica asegurada del adquirente, que se consolidará con su actuación (único requisito final). Ver respecto al derecho de expectativa y su concepto, SERICK (1990, p. 44-46).

¹¹⁶ En este sentido, entre otros, SERICK (1990, p. 121) y WEBER (2006, p. 172).

En todo caso, esta posición –más o menos insegura– en la que se encuentra el prestador una vez cumplida la obligación garantizada no es muy diferente a la que ostenta inicialmente el acreedor, que confía en la persona del deudor al concederle crédito y arriesga con ello parte de su patrimonio en favor del deudor, confiando en que cumplirá la prestación que se aplaza en el tiempo y en que mantendrá la cosa dada en garantía bajo su control, durante el tiempo en que esté pendiente el cumplimiento del crédito garantizado, sin perjudicar el bien mismo o la garantía concedida¹¹⁷. Tras el cumplimiento, el prestador de la garantía está situado en una posición de riesgo frente al tomador de ésta, pero se trata de un riesgo relativo, puesto que puede hacer uso de los medios dispuestos en el ordenamiento en caso de incumplimiento por parte del tomador de la garantía (igual que éste, en su momento, podría haber acudido a éstos en caso de incumplimiento del deudor). Por tanto, ello no debe llevar, necesariamente, a rechazar en su conjunto esta construcción de la transmisión en garantía, pues, en definitiva, se basa aquí, simplemente, en el normal juego de los derechos de crédito. Las garantías surgen, precisamente, para paliar esta incertidumbre, a fin de favorecer el tráfico e incentivar la confianza de quienes se ven obligados a confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte; ésta, a su vez, obtiene el beneficio del crédito, debiendo cargar a cambio con ciertos riesgos menores, como el aquí expuesto.

d. Pacto de una condición resolutoria

En todo caso, para evitar la situación que se ha expuesto en relación al derecho a la retransmisión que asiste al prestador de la garantía, en ocasiones se acuerda que el cumplimiento del crédito garantizado sea condición resolutoria de la transmisión de la propiedad, operando entonces automáticamente la retransmisión de la propiedad al prestador de la garantía, sin necesidad de actuación del tomador de ésta, con el cumplimiento por parte del primero¹¹⁸. Esto, según SERICK (1990, p. 46), sí sitúa al transmitente en la misma posición de un comprador bajo reserva de dominio, antes del cumplimiento de la condición, en el sentido de que pasa a ser titular de un derecho de expectativa con entidad propia¹¹⁹, que puede ser dado en prenda, embargado, gravado o establecerse a su vez como medio de garantía¹²⁰.

Esto no sólo conlleva la ventaja para el prestador de la garantía de que no es un mero titular de un derecho de crédito; junto a ello, como señalan REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 227), la ventaja reside en que, en caso de transmisión del derecho de expectativa, la adquisición de la cosa por parte del tercero una vez satisfecha la finalidad de garantía se produce directamente, sin pasar por el patrimonio del prestador de la garantía, por lo que no se ve afectado por las vicisitudes a las que se enfrente posteriormente éste. Si no hubiera pactada condición resolutoria, en cambio, su adquisición derivaría de la del prestador de la garantía, pudiendo quedar afectado por las actuaciones de los acreedores que pueda tener éste.

Ahora bien, pese a las indudables ventajas de este pacto para el prestador, y aunque se trata de

¹¹⁷ Recuerda en este sentido WEBER (2006, p. 2) que la palabra “crédito” proviene del latín y significa creer o confiar. Cuando el cumplimiento no se realiza simultáneamente, el que cumple antes confía en que la otra parte realizará su contraprestación. Esta confianza se apoya o bien en la valoración personal de la contraparte, o bien en su solvencia económica, que le permitirá cumplir las prestaciones debidas.

¹¹⁸ SERICK (1990, pp. 46 y 110) y KESSAL-WULF (2005, p. 430). Por su parte, BÜLOW (2007, pp. 404-405) puntualiza que, para tener el efecto de devolución automática, la condición debe incluirse no sólo en el acuerdo de garantía, sino también en el negocio jurídico transmisivo.

¹¹⁹ Igual, WIEGAND (2011, p. 346), WEBER (2006, p. 171) o KINDL (2012, p. 2048), así como el BGH (NJW 1984, 1184).

¹²⁰ Ver al respecto, WIEGAND (2011, pp. 358-359) o KESSAL-WULF (2005, p. 432).

un pacto lícito, pues no perjudica tampoco al tomador de la garantía¹²¹, no es, sin embargo, demasiado frecuente en la práctica, en parte, sin duda, por las dificultades que traslada al tomador de la garantía en el momento de la realización del valor de la cosa¹²². Por otra parte, la jurisprudencia parte de que se trata de un pacto que ha de incluirse expresamente en el acuerdo de garantía para que se entienda que forma parte de éste, ya que no se presume su incorporación automática, ni que responda, necesariamente, a la voluntad de las partes. Por ello, se afirma por el BGH que no es contrario a la moral el acuerdo de garantía que no recoge tal condición¹²³. Siendo ésta también la opinión mayoritaria de la doctrina, no obstante, hay algunos autores que apoyan una interpretación conforme a la cual, ante la duda, tal condición se considera implícitamente pactada; tal opinión, no obstante, es minoritaria¹²⁴.

4.2. El tomador de la garantía

a. Derechos y deberes básicos asociados a su posición

En virtud de la garantía acordada, el tomador obtiene la propiedad sobre una cosa que le transmite el prestador; propiedad que adquiere plena, con las mismas facultades que la de cualquier otro propietario ordinario (§ 903 BGB)¹²⁵. Frente a esta imagen proyectada hacia el exterior, sin embargo, como ya se ha señalado, en un plano interno u obligacional el tomador de la garantía queda limitado en sus facultades por el acuerdo de garantía y la satisfacción de la finalidad de garantía. En este sentido, ha de recordarse que la transmisión en garantía es un negocio fiduciario, conforme al cual, el tomador de la garantía debe ejercitar los derechos que se le transmiten exclusivamente –o, al menos, en parte– en interés de otro; internamente, por tanto, su dominio no es pleno ni incondicionado, pues está vinculado por su naturaleza fiduciaria, de ahí que se suela establecer una distinción entre una propiedad formal del tomador y una propiedad económica del prestador de la garantía¹²⁶. Este vínculo y limitación, como se ha indicado, deriva del acuerdo de garantía, donde, no obstante, no suelen establecerse expresamente los límites a las facultades dominicales del tomador de la garantía, pues suele estar

¹²¹ Señalan REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 226-227) a favor de esta licitud, que este pacto, que responde al interés del prestador de la garantía, no perjudica al tomador, puesto que éste carece de un interés protegible a que la transmisión se produzca incondicionada, ya que, una vez extinguido el crédito garantizado, no tiene derecho a conservar la propiedad en garantía.

¹²² Ver al respecto VIEWEG/WERNER (2010, p. 366), que plantea el problema en el caso de garantía de varios créditos, y OECHSLER (2009, p. 1108), que se refiere al problema de los potenciales terceros adquirentes, donde, para excluir su buena fe (*ex* § 161.3 BGB), se ha de acreditar que la condición ni se ha cumplido ni se puede cumplir ya. Hace también alusión a la escasa frecuencia, KINDL (2012, pp. 2045-2046).

¹²³ Así, por todas, BGH NJW 1991, 353. Igualmente, BÜLOW (2007, p. 372).

¹²⁴ Como representantes de ella, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 228) o, para ciertos casos, VIEWEG/WERNER (2010, pp. 365-366). Para la doctrina mayoritaria ver, especialmente, WIEGAND (2011, pp. 343), así como KESSAL-WULF (2005, p. 430), WESTERMANN (2007, p. 600), BAUR/STÜRNER (2009, p. 790) y JAUERNIG (2009, p. 1288).

¹²⁵ Por todos, SERICK (1990, p. 84) y LWOWSKI (2000, p. 452). Así, por ejemplo, WIEGAND (2011, pp. 353-354) le reconoce la acción del § 823 BGB frente a los terceros que produzcan daños sobre la cosa.

¹²⁶ La contraposición del plano interno y el externo en esta garantía es una constante entre los autores. Ver en este sentido, WIEGAND (2011, pp. 284-285) y OECHSLER (2009, pp. 1103 y 1124-1125). Más concretamente, la división de la propiedad en formal y económica puede encontrarse, entre otros, en LWOWSKI (2000, p. 452), KESSAL-WULF (2005, p. 429) o ADOLPHSEN (2009, p. 1336).

más centrado en la regulación de la posición del prestador de ésta¹²⁷. Ello no impide, sin embargo, que tales límites se entiendan implícitos en este negocio jurídico.

Así, en concreto, se entiende que deriva del acuerdo la obligación de no poder actuar respecto de la cosa a voluntad, sino de guiarse por la finalidad de garantía pactada y por las modalidades concretas de garantía, tal y como se hayan acordado¹²⁸, así como la obligación de permitirle al prestador de la garantía un ejercicio razonable de su negocio o actividad, en la medida en que no sea contrario a la finalidad de garantía¹²⁹. Si el tomador de la garantía incumple estos deberes, responde frente al prestador, *ex* § 280 BGB.

Ahora bien, hay que tener presente que el acuerdo fiduciario carece de efectos reales, por lo que las limitaciones a las facultades del tomador de la garantía derivadas del acuerdo de fiducia no se extienden a los terceros. Por tanto, pese al acuerdo alcanzado, el tomador podría enajenar la cosa dada en garantía a un tercero, que consolidaría su adquisición en tanto que se trata de una transmisión realizada por quien tiene legitimación para disponer sobre la cosa; esto es, sin necesidad de acudir a las normas de protección de la buena fe de los terceros, a diferencia de lo que ya se ha visto para la disposición sobre la cosa por parte del prestador de la garantía¹³⁰.

No obstante, un importante sector de la doctrina coincide en señalar una excepción a este principio en el caso de que se hubiera pactado en el acuerdo de garantía una condición resolutoria de la transmisión de la propiedad, para el caso de la extinción del crédito garantizado. En tal caso, afirman los autores que el § 161 BGB supone que el tercero también se ve afectado por la condición resolutoria y que, de acuerdo con el § 936 BGB, no puede valerse de la protección de la buena fe¹³¹.

La limitación aquí del tomador de la garantía se manifiesta, por tanto, meramente en un plano obligacional frente al prestador: no debe disponer de la cosa de manera que ésta se perjudique para el prestador de la garantía o impida la retransmisión a éste, ni debe transmitirla a un tercero o realizar cualquier acto de disposición que frustre la finalidad de garantía. Como obligación que es, derivada del acuerdo de garantía, en caso de incumplimiento, el tomador deberá responder frente al prestador de la garantía por incumplimiento negligente de sus obligaciones derivadas de dicho acuerdo (§ 280 BGB); pero en este plano obligacional acaba su eficacia, pues, en el plano real, el prestador no podrá impugnar la adquisición del tercero. Por tanto, la actuación fáctica del acreedor *prima* aquí sobre lo que debía haber hecho; ello le supone sin duda un riesgo al

¹²⁷ Según LWOWSKI (2000, p. 512), esto deriva de que el riesgo que conlleva esta garantía es mayor para el tomador de la garantía que para el prestador.

¹²⁸ KESSAL-WULF (2005, pp. 418 y 429). En este último sentido, señalan REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 239) que el acuerdo de garantía podría contener la autorización al tomador para enajenar la cosa a un tercero (*v. gr.*, con fines de refinanciación), siempre que se garantice su recuperación en el momento necesario.

¹²⁹ Por todos, OECHSLER (2009 p. 1126).

¹³⁰ Así lo afirma la doctrina mayoritaria; entre otros, WEBER (2006, p. 171), BÜLOW (2007, pp. 405 y 439) o BAUR/STÜRNER (2009, p. 785). LWOWSKI (2000, p. 512), sin embargo, plantea un obstáculo a la consolidación de la propiedad del tercero, derivada de que el tomador de la garantía no suele ser el poseedor de la cosa. A ello añaden WESTERMANN (2007, p. 602), KINDL (2012, p. 2048) y OECHSLER (2009, p. 1127) que hay que tener en cuenta que, en todo caso, la adquisición no queda libre de cargas, puesto que, como ya se dijo, el prestador de la garantía mantiene su derecho a la posesión (§ 986 BGB).

¹³¹ Así, entre otros, WIEGAND (2011, pp. 343 y 348), REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 227), WESTERMANN (2007, p. 600), OECHSLER (2009, p. 1126) y BAUR/STÜRNER (2009, p. 790).

prestador de la garantía, pero, como señala BÜLOW (2007, p. 369), es el precio que debe pagar por la falta de publicidad de la que, a cambio, disfruta con esta figura y que le hizo preferirla, entre otros motivos, a la prenda.

En este contexto así planteado, existen, sin embargo, limitaciones a las facultades del propietario en garantía con eficacia frente a terceros, que parecen poner en cuestión la posición de éste como propietario pleno; pero éstas se manifiestan sólo en situaciones irregulares¹³²: concretamente, como veremos a continuación, en el marco del concurso de acreedores y de la ejecución forzosa sobre la cosa por parte de los acreedores del tomador de la garantía.

b. La posición del tomador en el concurso del prestador de la garantía:

En el caso del concurso del prestador de la garantía, la práctica y la jurisprudencia de la que surge esta figura han consolidado una regla distinta de la que se indicó para el supuesto de ejecución forzosa por parte de otros acreedores del prestador; regla ésta, recogida actualmente en el § 51.1 InsO, que, además, no parece resultar del todo coherente con el desarrollo hasta aquí expuesto de la posición de propietario pleno del tomador de la garantía, pero que reconduce a sus justos términos la mera función de garantía con la que se le transmite la propiedad. Así, se parte de que, en el concurso del prestador, el tomador de la garantía no puede ejercitar su facultad de realización del valor de la cosa dada en garantía¹³³. Ello, no obstante, no le deja desprotegido, puesto que se acepta que dispone de ciertos beneficios derivados de su posición asegurada¹³⁴, si bien no todos los que tendría si se tratara de un propietario ordinario. Concretamente, se entiende que el tomador no tiene un derecho de separación de la masa concursal del bien transmitido en garantía; su posición es igual a la de un mero acreedor pignoraticio, lo que se traduce en un derecho de satisfacción separada del crédito (*abgesonderte Befriedigung*); esto es, de cobro preferente sobre el producto de la cosa transmitida en garantía, una vez que se ejecute por el administrador concursal¹³⁵, y siempre que se trate de bienes presentes y existentes en el patrimonio del prestador de la garantía¹³⁶. Por tanto, en principio, el administrador concursal es quien se ocupa de la realización de la cosa en venta libre (§ 166.1 InsO), salvo que le permita al tomador de la garantía encargarse de las operaciones de venta¹³⁷.

Igualmente, es el administrador el que, en su caso, ostenta la legitimación para el ejercicio del derecho de

¹³² Esto es lo que OECHSLER (2009, p. 1103) llama el reflejo hacia el exterior de la relación fiduciaria.

¹³³ Por todos, BÜLOW (2007, pp. 427-428).

¹³⁴ En este sentido, por ejemplo, WOHLGEMUTH (2005, p. 36) señala de forma general que toda garantía reduce el riesgo de pérdida del acreedor en caso de concurso del deudor y el coste de obtención de información sobre la solvencia del deudor y las posibilidades de liquidación.

¹³⁵ Doctrina mayoritaria. Entre otros, SERICK (1990, pp. 33, 43 y 120), LWOWSKI (2000, p. 453), WIEGAND (2011, pp. 356-357), WEBER (2006, p. 185), REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 215 y 262) o BÜLOW (2007, p. 428).

¹³⁶ Si la cosa se había enajenado por el prestador de la garantía antes de la apertura del concurso, dice BÜLOW (2007, p. 428), sobre la base del § 48 InsO, que el tomador tiene derecho a la contraprestación de la enajenación o, si ésta ya se ha recibido, dispone de un crédito contra la masa. Por otra parte, cuando se trate de transmisiones en garantía de bienes futuros, el concurso impide su adquisición, de manera que, como señala BÜLOW (2007, pp. 428-429), en ese caso la garantía no resiste al concurso.

¹³⁷ A ello se refieren, entre otros, BÜLOW (2007, p. 428) y BASSENGE (2012, p. 1510). Ver también el § 168.1 InsO sobre el derecho a notificación previa al tomador de la garantía, que le permite informar sobre una mejor oferta respecto de la que haya hecho un tercero sobre la cosa dada en garantía.

retransmisión que asiste al prestador de la garantía cuando se satisface la finalidad de garantía acordada (BÜLOW, 2007, p. 429).

Esto es lo que SERICK (1990, pp. 36-37) denomina el principio de conversión (*Umwandlungsprinzip*), que implica que, en el concurso, vuelve al fiduciante el derecho de propiedad en garantía adquirido fiduciariamente, convirtiéndose el fiduciario en acreedor pignoraticio, lo que satisface de forma suficiente su interés protegido a través de la garantía, a la vez que respeta los intereses de los demás acreedores concurrentes, y prueba el valor de esta figura como garantía¹³⁸. Con ello, según el autor citado (1990, p. 88), el círculo se cierra: si el deudor concursado hubiese entregado la cosa desde un principio al acreedor en concepto de prenda, ésta habría permanecido desde entonces bajo su control y se habría integrado en la masa del concurso; el resultado aquí es el mismo. No obstante, esta afirmación hace surgir de nuevo las dudas que laten tras esta figura desde sus orígenes, de si realmente no estamos aquí ante un tipo de ficción o artificio en beneficio del tráfico, pero sin verdaderos efectos reales en cuanto a la supuesta transmisión de la propiedad al acreedor.

La doctrina rechaza, sin embargo, la idea de ficción o simulación¹³⁹ y justifica la diferencia de trato sobre argumentos derivados del propio sistema concursal (fundamentalmente, la *par condicio creditorum* y el interés del concurso en que el bien permanezca bajo el control del deudor, que pueda seguir desarrollando su actividad)¹⁴⁰. Concretamente, señala WEBER (2006, p. 185) que, en este caso, el bien dado en garantía no se puede considerar continuamente separado del patrimonio del transmitente, porque tampoco ha recibido a cambio de ello contraprestación por parte del tomador de la garantía. Por ello, con la vuelta del bien dado en garantía al patrimonio del prestador se evita que el tomador sea y continúe como propietario de la cosa y que, además, pueda insinuar sus créditos contra el deudor-prestador de la garantía en el proceso concursal. A ello se une que este sistema permite mantener bienes dentro de la masa concursal, en beneficio de los demás acreedores¹⁴¹. Se evita así un perjuicio para los demás acreedores concursales, al tiempo que se satisface suficientemente el interés del tomador de la garantía que se pretendía proteger con ésta. Si el acreedor sufre un perjuicio por este sistema, dispone de la facultad de satisfacerse proporcionadamente sobre la masa concursal, cuando el transmitente es, al tiempo, su deudor, y el tomador de la garantía ha insinuado su crédito en el proceso concursal.

Con todo, la solución planteada para el concurso muestra una limitación en el reconocimiento externo de la posición del adquirente en garantía como propietario de la cosa, que pone de manifiesto con claridad la naturaleza fiduciaria de dicha propiedad, a la vez que su proximidad a la prenda, aunque sea sólo desde el aspecto económico¹⁴². Ello, no obstante, no supone una

¹³⁸ Según WOHLGEMUTH (2005, p. 39), de hecho, el valor de una garantía se comprueba, sobre todo, por su resistencia al concurso. En este caso, ésta es suficiente como para satisfacer el interés del acreedor.

¹³⁹ Prueba de que no existe simulación es, según BÜLOW (2007, p. 389), el hecho de que el tomador de la garantía disponga de la facultad de realización del valor de la cosa.

¹⁴⁰ Ver al respecto, especialmente, OECHSLER (2009, p. 1131), así como BAUR/STÜRNER (2009, p. 802).

¹⁴¹ Téngase en cuenta que, como ponen de relieve WOLF/WELLENHOFER (2011, pp. 152-153 y 196), en la práctica, es muy frecuente que todo el patrimonio del deudor esté puesto al servicio de diversas garantías, lo que deja prácticamente sin contenido la masa concursal. Por ello, los autores consideran positiva la solución establecida en la norma concursal alemana, en la medida en que parte del valor de la cosa pueda revertir a la masa.

¹⁴² Así lo señalan LWOWSKI (2000, p. 454), ADOLPHSEN (2009, p. 1337) o OECHSLER (2009, p. 1125).

contradicción interna de la figura, sino que, como indica WESTERMANN (2007, pp. 603-604), en última instancia muestra el interés de garantía al que ésta sirve y que justifica su constitución: el acreedor garantizado no persigue adquirir un bien, sino, únicamente, obtener el producto de la realización del valor de la cosa dada en garantía; ello se consigue con el derecho a satisfacción separada, al tiempo que se respeta el concurso y el interés de los demás acreedores afectados.

c. La posición de propietario en el supuesto de concurso del tomador de la garantía:

Esta misma función fiduciaria de la propiedad en garantía vuelve a manifestarse al contemplar el tratamiento de esta figura en el concurso del tomador de la garantía. Si bien ya se ha visto que éste se considera como propietario pleno, la doctrina y jurisprudencia alemana afirman que, en caso de que entre en concurso, si la cosa se encuentra excepcionalmente en posesión del tomador de la garantía el prestador de la garantía puede ejercitar una acción de separación (*Aussonderungsrecht*) sobre la masa concursal, se haya pactado o no, como puntualiza KINDL (2012, p. 2049), una condición resolutoria en el acuerdo de garantía. Así lo admite actualmente el § 47 InsO, siguiendo la interpretación mayoritaria del antiguo § 43 KO¹⁴³.

Si la cosa dada en garantía se encuentra en posesión del prestador de la garantía, hay que entender que tal acción no es necesaria. Además, en tal caso, según ADOLPHSEN (2009, p. 1337), antes de que venza el crédito, el administrador concursal no puede ejercitar tampoco acciones tendentes a la entrega de la cosa por parte del prestador de la garantía y a la reintegración de la masa, puesto que los bienes dados en garantía, en virtud del acuerdo fiduciario, no pertenecen al patrimonio del tomador de forma definitiva y no entran, por tanto, en el objeto de este tipo de acciones.

Si el prestador de la garantía no hace uso de esta facultad de separación, la doctrina afirma que el administrador concursal podrá proceder a ejecutar la garantía conforme se hubiera pactado en el acuerdo de garantía, entregándose el exceso del producto obtenido al prestador de la garantía, puesto que no existe ningún fundamento que permita que este exceso se quede en la masa concursal¹⁴⁴. Hay que entender, no obstante, que esta previsión sólo se refiere al caso de que se haya producido el evento que habilita para realizar la garantía, puesto que, de lo contrario, no tiene sentido que se legitime al administrador concursal a proceder a la ejecución.

En todo caso, la acción de separación que se le reconoce al prestador de la garantía sólo puede ejercitarse si el crédito garantizado se ha extinguido ya, o, si está pendiente, sólo una vez que se cumpla frente al administrador concursal la obligación garantizada o se ofrezca el cumplimiento inmediato¹⁴⁵. Por tanto, el bien dado en garantía no entra, en principio, en la masa concursal del tomador de la garantía¹⁴⁶, ni puede servir para la satisfacción de los créditos de los acreedores de éste insinuados en el concurso, lo que, de nuevo, parece mostrar que la propiedad del tomador de la garantía no es plena.

¹⁴³ Frente a ello, antes de la reforma de la *Insolvenzordnung*, SERICK (1990, p. 121) se refiere a que el prestador de la garantía es sólo titular de un crédito concursal valorable en dinero (§ 69 KO).

¹⁴⁴ En este sentido, WIEGAND (2011, p. 356), REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 263) o OECHSLER (2009, p. 1132).

¹⁴⁵ Así lo interpreta la doctrina mayoritaria. Entre otros, ADOLPHSEN (2009, p. 1337), REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 263) o OECHSLER (2009, p. 1132). Téngase en cuenta, no obstante, que el prestador no puede imponer un cumplimiento anticipado (WESTERMANN, 2007, p. 605 y BASSENGE, 2012, p. 1510).

¹⁴⁶ Sólo entra, como señala BÜLOW (2007, p. 431), cuando no se satisface la finalidad de garantía acordada.

No obstante, este efecto cuasi real del acuerdo de garantía está plenamente confirmado por la doctrina y por la práctica alemana, sobre la misma idea expuesta en el caso anterior de que debe primar la propiedad económica del prestador de la garantía frente a la formal del tomador, puesto que, a fin de cuentas, este último recibe por medio de la transmisión más de lo que le correspondería de acuerdo con el crédito del que es titular, motivo por el que la transmisión de la propiedad no puede considerarse como definitiva, pues sólo tiene vocación de permanecer hasta que se cumpla la obligación garantizada. Además, ha de tenerse en cuenta que otra solución supondría hacer objeto de responsabilidad al bien dado en garantía a favor de los acreedores del tomador, cuando la transmisión por parte del prestador sólo se justifica en la garantía del crédito del tomador¹⁴⁷.

d. El embargo al tomador de la garantía

Del mismo modo, y abundando en esta misma línea de cuestionamiento de la posición de propietario del tomador de la garantía, en el supuesto de ejecución forzosa por uno o varios de sus acreedores, una vez solicitado por éstos el embargo del bien dado en garantía –por tanto, en caso de que éste se encuentre, excepcionalmente, en posesión del tomador, presupuesto necesario para poder proceder al embargo, *ex* § 766 ZPO–, la doctrina alemana mayoritaria reconoce al prestador de la garantía una tercería de dominio contra el acreedor ejecutante, aunque no haya satisfecho aún el crédito del propietario en garantía¹⁴⁸.

Si bien la pretendida propiedad del tomador de la garantía debería llevar a negarle tal facultad al prestador antes del cumplimiento de la obligación garantizada y de la satisfacción de la finalidad de garantía, la mayoría de la doctrina pone en primer plano la idea de que el bien dado en garantía sólo se transmite al tomador de forma fiduciaria y que, por tanto, a estos efectos puede contarse todavía en el patrimonio del prestador, pues le corresponde a éste en las relaciones entre ambos¹⁴⁹. No se tiene aquí en consideración, pues, la propiedad formal del tomador de la garantía, a favor de una forma económica de ver las cosas que lleva a un efecto cuasi real del pacto fiduciario de la garantía y a dotar de valor la propiedad económica del prestador frente a ejecuciones individuales sobre la cosa dada en garantía.

Ahora bien, el prestador de la garantía sólo puede oponer esta tercería de dominio mientras que no surja para el tomador la facultad de realización del valor de la cosa. Esto es así porque, una vez que este último está legitimado para la ejecución, no se justifica la prohibición de que sus acreedores puedan hacer presa sobre el bien en garantía; el tomador de la garantía ha consolidado entonces su propiedad sobre la cosa también en sentido económico¹⁵⁰. Pierde, por tanto, el transmitente entonces su facultad de oposición y pueden ejecutar en ese momento la cosa los acreedores del adquirente en garantía.

¹⁴⁷ Ver al respecto ADOLPHSEN (2009, p. 1337).

¹⁴⁸ Entre otros, WIEGAND (2011, p. 356), REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 260), OECHSLER (2009, p. 1130), BAUR/STÜRNER (2009, p. 806) o BASSENGE (2012, p. 1510).

¹⁴⁹ Por todos, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 261).

¹⁵⁰ Ver REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 261), WESTERMANN (2007, p. 604) y OECHSLER (2009, p. 1131).

Como ponen de relieve REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 261) y VIEWEG/WERNER (2010, pp. 379-380), el problema se manifiesta aquí cuando el valor de los créditos de los acreedores embargantes es mayor al valor del crédito del tomador de la garantía frente al deudor garantizado. Frente a la opinión que citan como minoritaria, que considera que la cosa dada en garantía queda a la plena disposición de los acreedores embargantes, estos autores consideran preferible interpretar que no se puede situar a dichos acreedores en mejor posición que la del propio tomador de la garantía, actuando por tanto la vinculación fiduciaria como límite frente a la posible injerencia de estos acreedores sobre la cosa dada en garantía. Por tanto, una vez ejecutada la cosa dada en garantía, el producto de la venta que supere el valor del crédito garantizado no se puede imputar a los acreedores del tomador de la garantía, sino que se ha de devolver al prestador; éste dispone de una acción contra el tomador de la garantía por la diferencia de valor entre el producto de la enajenación obtenido por el acreedor ejecutante y el crédito que se encontraba garantizado¹⁵¹.

e. Ejercicio de la facultad de realización del valor de la cosa

Más allá de la posición limitada de propietario que le ofrece la transmisión en garantía al tomador de la garantía, en el reverso de esta figura, éste cuenta precisamente con la garantía sobre el crédito que se ha asegurado por medio de esta figura; tal es, de hecho, el elemento común a toda garantía real. Por tanto, como en cualquier garantía real, el tomador de la garantía está legitimado para realizar el valor de la cosa que ha recibido en garantía –es decir, derecho a satisfacer su interés con el producto de la venta del bien dado en garantía–, tan pronto como no se satisfaga el o los créditos garantizados. Tal legitimación, no obstante, no ha de considerarse en absoluto como una obligación, pues, como señala la doctrina alemana, nada obliga al tomador de la garantía a realizar el valor de la cosa garantizada; por el contrario, puede buscar la satisfacción de su crédito por otras vías: reclamar judicialmente el pago o embargar otros bienes del prestador de la garantía¹⁵². Incluso, la doctrina admite que la realización del valor de la cosa se ejercite junto con otras acciones (por ejemplo, la acción de cumplimiento)¹⁵³. No obstante, como señala WEBER (2006, p. 179), no se pueden ejecutar ambas acciones al mismo tiempo, de manera que, una vez extinguido el crédito garantizado por cualquier vía distinta a la de la realización del valor de la cosa dada en garantía, y satisfecha la finalidad de garantía integrada en el acuerdo de garantía, el prestador podrá oponerse a la entrega de la cosa al tomador de la garantía y podrá ejercitar por su parte su pretensión de retransmisión de la cosa (e, igualmente, si se ha satisfecho ya el tomador de la garantía sobre la cosa, el deudor puede oponerse al pago).

A falta de pacto expreso en otro sentido¹⁵⁴, la facultad de realización del valor de la cosa que asiste al tomador de la garantía puede ejercitarse, en principio, a partir del momento en que

¹⁵¹ Ver al respecto WEBER (2006, pp. 184-185). Igualmente, BÜLOW (2007, p. 435), quien acude al § 812 BGB para justificar esta pretensión.

¹⁵² No existe, por tanto, un deber de ejecución (*Verwertungspflicht*). Ver al respecto REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 242-243), BÜLOW (2007, p. 418), OECHSLER (2009, p. 1128) y VIEWEG/WERNER (2010, p. 377).

¹⁵³ Concretamente, WEBER (2006, p. 179) afirma que son pretensiones cumulativas, no alternativas, y LWOWSKI (2000, p. 517) se refiere a la posible reclamación anterior o coetánea del cumplimiento.

¹⁵⁴ Concretamente, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 239) se refieren al pacto de la posibilidad de exigir una entrega anticipada cuando el prestador de la garantía haya lesionado gravemente sus deberes como poseedor de la cosa (ej.: la ha vendido en parte o no ha procedido a su adecuada identificación).

vence la obligación u obligaciones garantizadas y éstas son exigibles¹⁵⁵.

WIEGAND (2011, p. 351) y OECHSLER (2009, p. 1128) añaden a esto el momento de apertura del concurso, conforme al § 41 InsO. No obstante, si bien es cierto que el concurso provoca el vencimiento de los créditos, debe tenerse en cuenta que no necesariamente lleva al ejercicio de la facultad de realización del valor de la cosa, pues ésta queda impedida, como se ha visto, en el concurso del prestador de la garantía.

A partir de ahí, para proceder a la realización del valor del bien dado en garantía, el primer paso es obtener la posesión inmediata del mismo, pues hay que recordar que suele encontrarse bajo posesión directa del prestador de la garantía. Obviamente, este paso no es necesario si el tomador de la garantía tiene ya bajo su control la cosa porque la entrega se haya producido ya anteriormente por otro motivo¹⁵⁶; pero ésta no es la situación normal. Por ello, lo habitual es que el tomador de la garantía haya de reclamar su entrega al poseedor inmediato, sea el deudor o un tercero, lo que puede hacer directamente sobre el fundamento del acuerdo de garantía, sin necesidad de acuerdo previo adicional. El prestador de la garantía, por su parte, no puede oponerse a esta entrega si se ha producido el evento garantizado (ni siquiera, como establece el § 216.2 BGB, aunque hubiera prescrito entre tanto la obligación garantizada)¹⁵⁷; pero si lo hace, el tomador de la garantía no puede obligarle a la entrega por la fuerza, ni queda legitimado para obtener la posesión por sí mismo (*verbotene Eigenmacht*), contra la voluntad o sin la voluntad del transmitente (§ 858 BGB)¹⁵⁸. En tal caso, lo que debe hacer es reclamar judicialmente la entrega de la cosa, por medio de una acción de reivindicación (*Herausgabeklage*; § 985 BGB), procediendo posteriormente a la ejecución de sentencia para obtener la posesión¹⁵⁹. El prestador de la garantía es entonces tratado como poseedor ilegítimo (por ejemplo, en relación a los frutos de la cosa)¹⁶⁰.

Esta reclamación previa de la entrega da lugar al surgimiento de dos cuestiones que se discuten entre la doctrina alemana: quién puede llevar a cabo el cumplimiento del crédito garantizado para evitar la realización del valor de la cosa dada en garantía y si se ha de conceder un plazo extra para este cumplimiento, antes de poder proceder a esta realización del valor. Por lo que respecta a la primera cuestión, WEBER (2006, p. 175) afirma que, cuando el prestador de la garantía es persona distinta del deudor, tiene la facultad, *ex* § 267 BGB, de cumplir la obligación garantizada para evitar la amenaza de ejecución sobre la cosa transmitida por él al tomador de la

¹⁵⁵ Por todos, WEBER (2006, p. 175). Algunos autores, sin embargo, exigen además el retraso en el pago por parte del deudor (la mora, por tanto). Entre ellos, REINICKE/TIEDTKE (2006, pp. 239 y 241), BÜLOW (2007, pp. 399 y 417) y WESTERMANN (2007, p. 607).

¹⁵⁶ El tomador de la garantía puede tener la posesión inmediata, por ejemplo, porque así se haya acordado desde un principio (por transmisión *ex* § 929 BGB), o porque haya exigido la entrega anticipada ante el incumplimiento del prestador de la garantía de sus obligaciones como poseedor (WESTERMANN, 2007; p. 604). En este último caso, no obstante, aunque la jurisprudencia suele exigir un uso claramente contrario al normal, OECHSLER (2009, p. 1126) es menos estricto.

¹⁵⁷ En este sentido, entre otros, WEBER (2006, p. 178), BÜLOW (2007, p. 399), OECHSLER (2009, p. 1128) o BAUR/STÜRNER (2009, p. 794).

¹⁵⁸ Ver al respecto LWOWSKI (2000, p. 512), quien, no obstante, acepta con ciertos límites la posibilidad de pactar en el acuerdo de garantía una cláusula por la que se permita esta toma directa de la cosa por parte del acreedor. Recientemente, sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que, a veces, el prestador de la garantía no puede oponerse a esta aprehensión de la cosa por el tomador (NJW RR 2005, 280); ver OECHSLER (2009, pp. 1126 y 1129).

¹⁵⁹ Así lo afirma la doctrina. Entre otros, LWOWSKI (2000, p. 518) o KINDL (2012, p. 2050).

¹⁶⁰ Entre otros, WIEGAND (2011, p. 352) o BÜLOW (2007, p. 422).

garantía (*Ablösungsrecht*)¹⁶¹. Si no cumple, y la cosa se ejecuta, la doctrina afirma que el prestador de la garantía tiene entonces derecho a que el tomador le ceda el crédito que tiene frente al deudor¹⁶². Si cumple y evita la realización del valor de la cosa, se entiende que el prestador de la garantía no se subroga automáticamente en la posición del tomador, pues hay que recordar que ésta no es accesoria al crédito, pero, como señalan REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 240-241), el tomador queda obligado a cederle el crédito garantizado (lo que le puede valer en la medida en que el crédito cedido tenga otras garantías de las que se pueda aprovechar).

Complementando este esquema, los autores citados estudian el caso de que el prestador de la garantía se haya comprometido al pago (en su relación con el deudor), pero sea el deudor quien pague al acreedor. En tal caso, según estos autores, el deudor tendrá frente al prestador de la garantía un derecho de reembolso derivado de la relación entre ellos. Los autores interpretan que, en este caso, el deudor puede exigir directamente al tomador de la garantía la entrega de la cosa dada en garantía, que pasaría a garantizar entonces el derecho de reembolso del deudor frente a éste, o (si esto no se puede extraer del acuerdo en garantía), en todo caso, habrá que reconocer aquí el derecho del deudor de exigirle al prestador de la garantía que le ceda la pretensión de retransmisión de la cosa dada en garantía o que le entregue él mismo las cosas, si es que ha recobrado la propiedad sobre ellas.

En cuanto a la segunda cuestión, existe cierto consenso entre la doctrina alemana en negar la concesión de un plazo de gracia al deudor o, en su caso, al prestador de la garantía, para el cumplimiento. Lo que sí debe existir, en todo caso, es el aviso previo al ejercicio de la facultad de realización del valor de la cosa, lo que –por otra parte– se suele cumplir suficientemente con la reclamación de la entrega de la posesión inmediata¹⁶³.

Sea como sea, una vez que la cosa dada en garantía está bajo posesión inmediata del tomador de la garantía, puede satisfacerse sobre ella procediendo a la realización del valor de la misma, ya que es éste –y no otro– el derecho de que dispone¹⁶⁴. Este procedimiento, sin embargo, carece de una regulación específica y detallada, al estilo de la que existe respecto de la prenda en los §§ 1220 y ss. BGB. Por ello, es necesario ver qué se ha pactado al respecto en el acuerdo de garantía, para ver cómo se debe proceder¹⁶⁵. De hecho, en la práctica, la forma o modo de la ejecución y la persona que se va encargar de la misma –tomador de la garantía, prestador, deudor o un tercero¹⁶⁶– se suele regular en las condiciones generales que a menudo acompañan al acuerdo de garantía. La duda, no obstante, es qué ocurre cuando no existe tal regulación en condiciones generales, o, directamente, nos encontramos ante un supuesto en que no hay condiciones

¹⁶¹ Igualmente, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 240) y BÜLOW (2007, p. 410).

¹⁶² Ver al respecto BÜLOW (2007, pp. 410-411) y OECHSLER (2009, p. 1117). El primero indica que se puede pactar así, de hecho, en el acuerdo de garantía (pp. 417-418).

¹⁶³ Así lo afirman WIEGAND (2011, p. 353) y OECHSLER (2009, p. 1129). Por este motivo, se considera nula una disposición en condiciones generales conforme a la que se disponga que la realización del valor de la cosa se pueda hacer sin previo aviso al prestador de la garantía (REINICKE/TIEDTKE, 2006, p. 243).

¹⁶⁴ Aunque la puntualización no es realmente necesaria, señalan REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 247), VIEWEG/WERNER (2010, p. 361) y WOLF/WELLENHOFER (2011, p. 206) que el derecho que asiste al tomador de la garantía no le legitima para utilizar la cosa dada en garantía o aprovecharse de ella (ej.: darla en arrendamiento), salvo que se haya pactado lo contrario en el acuerdo de garantía.

¹⁶⁵ A este acuerdo se remite unánimemente la doctrina. Por todos, WIEGAND (2011, p. 351), OECHSLER (2009, p. 1128) o BAUR/STÜRNER (2009, pp. 786 y 806).

¹⁶⁶ Cualquiera de ellos es posible. De hecho, según REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 246), es lícito el pacto que legitime al tomador de la garantía para exigirle al prestador que ejecute la cosa o que colabore a ello.

generales y las partes no han establecido en el acuerdo de garantía previsión alguna sobre la realización del valor de la cosa, en caso de incumplimiento. En tal caso, la mayoría de la doctrina alemana niega que se pueda acudir analógicamente a la regulación que contiene el BGB para la prenda, puesto que, precisamente, la transmisión en garantía surge en contra de esta regulación¹⁶⁷.

Ahora bien, esta negativa no es unánime, ya que, más allá de la posición minoritaria de autores como BÜLOW (2007, pp. 418-419), que entienden que la regulación de la prenda responde a las exigencias de la buena fe y que, en ese sentido, es aplicable, o OECHSLER (2009, p. 1125) y KINDL (2012, p. 2049), que admiten la aplicación de preceptos puntuales de esa regulación, donde exista un paralelismo entre ambas figuras (concretamente, los §§ 1228 y 1274 BGB), existen también opiniones que abogan por resolver caso por caso, admitiendo la aplicación a efectos internos (BAUR/STÜRNER, 2009; pp. 794 y 807) y el pacto expreso de la aplicación de la regulación de la prenda (WIEGAND, 2011; p. 351). En todo caso, no se puede negar aquí, como señalan REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 246), el papel orientador de estas normas, que pueden tenerse en cuenta a la hora de interpretar la voluntad tácita de las partes que pueda extraerse de sus actuaciones y del acuerdo de garantía, en la medida en que se trata de normas que responden a las circunstancias actuales y que presentan una regulación equilibrada para ambas partes.

A falta de una regulación más concreta, la doctrina afirma que deberán respetarse, al menos, ciertos principios generales en este procedimiento, que se deducen de la propia esencia del acuerdo de garantía. En concreto, como destaca WEBER (2006, p. 16), la realización del valor de la cosa se ha de llevar a cabo siempre conforme a derecho y teniendo en cuenta y respetando las pretensiones del prestador de la garantía a las que tenga derecho. Por tanto, producido el incumplimiento del deudor, no se puede proceder a la enajenación de la cosa de cualquier forma, sino de la manera más cuidadosa y que resulte más óptima y provechosa¹⁶⁸; respondiendo en caso contrario el tomador de la garantía, si obra negligentemente. Del mismo modo, en atención a estos intereses, JAUERNIG (2009, p. 1287) afirma que, en caso de que se hubieran dado en garantía varios bienes, sólo ha de procederse a la venta de aquél bien o bienes que sean necesarios para la satisfacción del acreedor¹⁶⁹.

El objetivo, en todo caso, es conseguir a través de esta realización del valor de la cosa el producto más elevado posible, de manera que cubra, como mínimo, tanto el valor del crédito garantizado, como los costes asociados a la gestión del mismo y la ejecución. Para ello, lo habitual en la práctica es que se acuerde la realización del valor de la cosa a través de una ejecución extrajudicial, generalmente, en licitación privada; es más, la mayoría de la doctrina entiende, en defecto de pacto expreso, que ésta es la voluntad tácita de las partes¹⁷⁰. Esto, en principio, no

¹⁶⁷ Entre otros, LWOWSKI (2000, p. 517), WEBER (2006, p. 177) o REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 243).

¹⁶⁸ Doctrina mayoritaria. Entre otros, LWOWSKI (2000, p. 517) y JAUERNIG (2009, pp. 1286 y 1287). Por ello, según OECHSLER (2009, p. 1129), no cabe la venta a bajo precio y es contrario a la moral el pacto que así lo establezca.

¹⁶⁹ Igualmente, KINDL (2012, p. 2050). No obstante, BÜLOW (2007, p. 422) puntualiza que esta limitación (que deriva del § 803 ZPO) se debe aplicar con cuidado, puesto que a priori no se sabe qué precio alcanzarán las cosas ejecutadas, por lo que no necesariamente se ha de entender contraria al acuerdo de garantía una realización del valor de todas ellas. Lo que genera deber de indemnización *ex* § 280 BGB es proceder a realizar el valor de cosas cuando ya se haya satisfecho la finalidad de garantía.

¹⁷⁰ En este sentido, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 246). Igualmente, en apoyo de la venta libre WEBER (2006, pp. 176-177), KINDL (2012, p. 2049) o WOLF/WELLENHOFER (2011, p. 206). Frente a ello, sin embargo, minoritariamente, WESTERMANN (2007, p. 607) y BAUR/STÜRNER (2009, p. 807) abogan por la ejecución en subasta pública.

contradice las reglas generales expuestas, en tanto que la subasta pública es un procedimiento caro, difícil y, a menudo, infructuoso, y en tanto que se entiende que la licitación privada no perjudica necesariamente los intereses del prestador de la garantía, que quedará protegido por el acuerdo de garantía contra la actuación negligente del tomador¹⁷¹. No obstante, la realización del valor de la cosa puede hacerse también a través de subasta pública, aunque en el acuerdo de garantía se haya contemplado la facultad del tomador de la garantía de acudir a una licitación privada, e incluso se considera obligado acudir a esta forma de ejecución o a cualquier otra, cuando con ello se pueda alcanzar un producto sustancialmente más elevado¹⁷². La clave, por tanto, está en el principio general de llevar a cabo la realización del valor de la cosa de la forma que resulte más provechosa, lo que, como puntualiza BÜLOW (2007, p. 419), obligará a optar en cada caso por la vía que, a priori, ofrezca mejores perspectivas. Corresponderá al prestador de la garantía, en su caso, la prueba de esta vía alternativa más provechosa, cuando quiera hacer valer la responsabilidad del tomador por comportamiento negligente en la ejecución.

En esta línea, se plantea la doctrina alemana si, al igual que ocurre en el caso de la prenda (§ 1229 BGB), rige también para la transmisión en garantía la prohibición del pacto de *lex commissoria*. La respuesta no es unánime, puesto que las posiciones van desde los que afirman claramente la aplicación del § 1229 BGB a la transmisión en garantía, sobre la base de que no es una norma propia de la prenda, sino un principio general (WIEGAND, 2011, p. 353; KINDL, 2012, p. 2049 y JAUERNIG, 2009; p. 1287), a quienes restringen tal aplicación únicamente a los pactos de *lex commissoria* incluidos en condiciones generales (REINICKE/TIEDTKE, 2006, p. 244), o quienes, más acertadamente, niegan la aplicación de este precepto a la transmisión en garantía (WEBER, 2006, p. 181 y WESTERMANN, 2007, p. 608). Esta última opinión, en concreto, tiene en cuenta, por un lado, que la transmisión en garantía se estructura de forma distinta –e incluso opuesta y contraria– a la prenda, así como, sobre todo, los derechos y obligaciones que surgen del acuerdo de garantía y la subsiguiente posición de las partes implicadas, que priva de sentido el suplemento de protección al deudor que supone la prohibición del pacto comisorio. Así, por un lado, en este tipo de garantía, el tomador tiene una posición más libre en la ejecución, como se ha visto, que la que tiene el acreedor pignoraticio. Por otro lado, para la protección del prestador de la garantía puede ser suficiente con un pacto en el acuerdo de garantía por el que el tomador se obligue a entregarle el exceso del valor de la cosa respecto del valor del crédito garantizado, previo sometimiento a peritaje, por ejemplo, para determinar el valor de la cosa cuya propiedad consolida el tomador de la garantía¹⁷³. Sólo cuando no se respetaran esos límites podría considerarse ilícito, por contrariedad a la moral (§ 138 BGB), el pacto que permitiera al tomador de la garantía consolidar su propiedad sobre la cosa en pago del crédito garantizado.

Sea cual sea la respuesta a esta cuestión, sobre lo que sí hay unanimidad entre la doctrina es sobre que pueda ser el propio tomador de la garantía quien adquiera para sí la cosa en la ejecución, controlando, eso sí, que no se haga un uso indebido de este derecho (*v. gr.*, si se rechaza la enajenación a un tercero que está dispuesto a ofrecer más por la cosa); es decir, dentro de los límites del deber del tomador ya

¹⁷¹ Así lo destacan diversos autores, como REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 245) y OECHSLER (2009, pp. 1104 y 1128).

¹⁷² REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 247).

¹⁷³ Ver para ambas cautelas CROCQ (2006, p. 171) y REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 244). Por su parte, VIEWEG/WERNER (2010, pp. 370-371) afirman la licitud, siempre que el prestador tenga derecho a reclamar el exceso del valor.

analizado, implícito en todo acuerdo de garantía, de ejecutar la cosa de la manera más provechosa posible y respetando los intereses del prestador de la garantía¹⁷⁴.

Una vez producida la venta de la cosa, el tomador de la garantía ha de rendir cuentas de ello, salvo que se prevea algo distinto en el acuerdo de garantía. El producto obtenido por la venta de la cosa (*Erlös*) se descuenta del crédito que tiene el acreedor frente al deudor, para extinguir en esa medida la obligación¹⁷⁵. Si el producto es superior al valor de su crédito, el tomador de la garantía ha de reintegrarle el exceso al prestador, descontando previamente los gastos de la ejecución si éstos han sido sufragados por el tomador de la garantía, puesto que han de ser asumidos por el prestador¹⁷⁶. En cambio, si el producto obtenido no es suficiente para cubrir plenamente el crédito garantizado del acreedor, el deudor seguirá quedando obligado al pago del resto de la deuda, si bien sobre ésta no recaerá ya la garantía¹⁷⁷.

Hay que tener en cuenta, en todo caso, que el acuerdo de garantía sólo permite al tomador de la garantía la facultad de realizar el valor de la cosa dada en garantía, para cobrarse su crédito; en virtud de tal acuerdo, no cuenta, además, con una facultad de agresión directa sobre el resto del patrimonio del prestador, por lo que éste sólo ha de soportar la ejecución forzosa –tal y como se haya convenido en el acuerdo de garantía– sobre el bien objeto de la garantía, y puede oponerse contra una ejecución del resto de su patrimonio, en la medida en que el bien dado en garantía sea suficiente para satisfacer al acreedor¹⁷⁸. Si no es suficiente, habrá que entender que el acreedor puede dirigirse –ya por los procedimientos habituales; por tanto, al margen del acuerdo de garantía–, contra el resto del patrimonio del deudor¹⁷⁹ (y no del prestador de la garantía, en la medida en que sea una persona distinta al deudor).

5. Modalidades de transmisión en garantía

El esquema de funcionamiento que se acaba de exponer responde a la transmisión en garantía sencilla o simple. Ahora bien, dando un paso más, y en el contexto de las necesidades del tráfico, en la práctica alemana se han desarrollado ciertas formas especiales de transmisión en garantía que buscan explorar todas las potencialidades de la misma, sobre la idea de la dimensión dinámica de los bienes y del posible rendimiento derivado de su circulación (SERICK, 1990, p. 107). En ello, la transmisión en garantía sigue la estela de la reserva de dominio, que es donde tales formas especiales se han ido generando originariamente y donde más se han elaborado (pudiendo aplicarse igualmente a este caso, *mutatis mutandi*). Las más importantes aquí son las

¹⁷⁴ Así lo aceptan, entre otros, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 244) y OECHSLER (2009, p. 1129). Este último autor admite que el tomador en garantía pueda quedarse con la cosa ejecutada, incluso aunque no se haya hecho un intento previo de venta; el prestador de la garantía recibe suficiente protección frente a la venta a bajo precio. El acuerdo es lícito, en la medida, eso sí, que el precio acordado sea realista.

¹⁷⁵ No se produce, por tanto, aquí una subrogación real, como ocurre en la prenda; el tomador de la garantía adquiere propiedad exclusiva sobre el dinero procedente de la realización del valor de la cosa. Así, WEBER (2006, p. 180), REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 247) y VIEWEG/WERNER (2010, p. 375).

¹⁷⁶ Entre otros, WEBER (2006, p. 180), REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 247) y BÜLOW (2007, p. 417).

¹⁷⁷ Ver al respecto, WIEGAND (2011, p. 352) o WEBER (2006, p. 180).

¹⁷⁸ WEBER (2006, pp. 136 y 179). Igualmente, KESSAL-WULF (2005, p. 413) indica que, fuera de esto, no se puede solicitar ninguna prestación del deudor.

¹⁷⁹ Es interesante en este sentido, la remisión que hace WEBER (2006, pp. 136 y 179) a un posible beneficio de excusión y los límites al mismo en la práctica a través de las condiciones generales.

llamadas transmisión en garantía prolongada y transmisión en garantía ampliada¹⁸⁰, con cuyo análisis se concluye la aproximación a esta peculiar figura del Derecho alemán.

5.1. Transmisión en garantía prolongada (*verlängerte Sicherungsübereignung*)

La transmisión en garantía simple permite al prestador de la garantía mantener la cosa bajo su poder, pero, como hemos visto, no puede actuar sobre ella (modificarla o transmitirla a un tercero); en esto, por tanto, la situación es igual a la que existe en el caso de la prenda sin desplazamiento. Sin embargo, existen determinados bienes (bienes dinámicos), cuyo valor reside, precisamente, en el tráfico de los mismos, por lo que mantenerlos inmovilizados en posesión del prestador no acaba de satisfacer los intereses de éste ni, indirectamente, del acreedor garantizado, pues el deudor no puede conseguir el efectivo con el que satisfacer la prestación inicialmente garantizada. Sobre esta idea se desarrollan las formas de prolongación de la garantía, que pivotan sobre el concepto de que el tomador de la garantía se apropia del subrogado que el prestador obtiene a partir de la cosa dada en garantía, subrogado que también recibe con función de garantía¹⁸¹, y que puede obtener únicamente en parte, si así se acuerda, cuando el valor del mismo sea superior al del bien originariamente dado en garantía, a fin de evitar supuestos de sobregarantía¹⁸².

Por tanto, las formas de prolongación de la transmisión en garantía juegan con la idea de que se modifica el objeto sobre el que recae la garantía, no el crédito garantizado; en palabras de SERICK (1990, p. 52), se produce una extensión en sentido vertical. De hecho, el resultado o producto de las operaciones del prestador de la garantía se mantiene como el objeto o el crédito sobre el que recae la garantía que se había acordado inicialmente para el crédito garantizado, sin que éste se vea afectado o modificado por ello. Con todo, este esquema de prolongación puede manifestarse bajo dos modalidades –transmisión de la cosa dada en garantía o transformación de la misma–, que pueden plantearse separadamente o unidas (el tomador de la garantía pasa a ser primero propietario de la cosa transformada o modificada y, posteriormente, cesionario en garantía del crédito derivado de su venta); veámoslas.

a. Prolongación por transmisión de la cosa dada en garantía

En el acuerdo de garantía se establece que el tomador de la garantía autoriza al prestador a transmitir a su vez la cosa dada en garantía, que se encuentra en posesión de este último¹⁸³; la

¹⁸⁰ En el marco de la reserva de dominio existe también la reserva de dominio continuada (*weitergeleitete*) y la reserva de dominio en cadena (*nachgeschaltene*). Aunque podría llegar a imaginarse la adaptación de estas figuras –al menos la primera– a la transmisión en garantía, no se han dado, sin embargo, en la práctica, por lo que no interesa aquí su estudio.

¹⁸¹ Así lo puntualiza SERICK (1990, p. 128).

¹⁸² Véase tal precisión, por ejemplo, en SERICK (1990, pp. 65-66) y en KESSAL-WULF (2005, p. 432). Según el primer autor, sólo se requiere en estos casos que se pueda saber a partir de la cláusula pactada en el acuerdo de garantía en qué cuota resultará copropietario quien resulte favorecido por ella.

¹⁸³ En caso de bienes dinámicos, WESTERMANN (2007, p. 617) y OECHSLER (2009, p. 1123) admiten incluso que la autorización se produzca aún sin pacto expreso –de forma tácita–, pues es necesaria para cumplir con lo que las partes perseguían por medio de la transmisión en garantía. Frente a ello, sin embargo, SERICK (1990, pp. 55-56 y 112) considera que la autorización del propietario en garantía es necesaria.

transmisión se ha de hacer en el marco de la gestión ordinaria de los negocios o del ejercicio habitual de la actividad empresarial: como actividad, por tanto, normal, de la actuación profesional del deudor¹⁸⁴. Esta autorización incrementa, sin duda, el riesgo del tomador de la garantía, en tanto que permite que, aun permaneciendo insatisfecho el crédito garantizado, la cosa dada en garantía se transmita a un tercero, que la adquiere, esta vez sí, sin necesidad de acudir a la protección de la buena fe, pues el prestador de la garantía cuenta con el consentimiento del tomador: § 185.1 BGB. Con ello, el tomador pierde, en principio, su garantía, por lo que necesita un valor sustitutorio que venga a ocupar su lugar en el momento en que la cosa se enajena: éste se concreta en el crédito que surja, en su caso, a favor del prestador de la garantía frente al comprador como consecuencia de esa venta de la cosa transmitida en garantía. Por ello, el prestador cede al tomador anticipadamente este crédito¹⁸⁵, de manera que, en caso de que la cosa se enajene, la garantía del tomador se transforma y pasa a recaer sobre el crédito que surge (subrogación de la garantía por otra garantía sustitutoria)¹⁸⁶.

En este punto, la discusión se encuentra en si, producida la venta, la cesión opera automáticamente por la transformación de la garantía y la autorización del adquirente en garantía a la venta, o si hay un paso previo por la persona del deudor, aunque sea en un “segundo lógico”. SERICK (1990, p. 54) se limita a dejar la cuestión abierta, pero WEBER (2006, p. 313) entra en el tema y se muestra favorable a la adquisición por vía indirecta (*Durchgangserwerb*). Concretamente, según este autor, la cesión de un crédito futuro se presenta como una cesión condicionada suspensivamente al surgimiento del crédito cedido. Esto supone que el cesionario adquiere los créditos si nacen, y éstos sólo pueden nacer si son creados por el cedente. Por tanto, es en el patrimonio de éste en el que primero se constituyen¹⁸⁷.

Completando el esquema, en ocasiones, esta fórmula de transmisión en garantía va acompañada también de una autorización al prestador de la garantía para cobrar el crédito cedido en interés del tomador de la garantía, pero en nombre propio, a fin de que el tercero, que no conoce ni tiene por qué conocer del hecho de la cesión del crédito producida entre ambos, no tome conocimiento de ello¹⁸⁸. Así, el prestador de la garantía no se ve obligado a hacerle saber al comprador el hecho de la cesión previa, al tiempo que se le ahorra al comprador la molestia de ponerse en contacto y cumplir frente a un sujeto con quien no ha negociado en el proceso de compra de la cosa; por este motivo es un pacto bastante habitual. Si el tomador de la garantía-cesionario desea revocar tal autorización, le basta con hacer patente al comprador la cesión y hacer valer el crédito por sí

¹⁸⁴ Así, puntualiza LWOWSKI (2000, p. 497) que esto excluye una venta a bajo precio, una venta de saldo (salvo en artículos de temporada) o la propia transmisión en garantía de las cosas.

¹⁸⁵ Pese a que la cesión se produce sobre un crédito futuro, no se pone en duda por la doctrina y la jurisprudencia que esté determinado el crédito así cedido, pues se identifica el objeto del mismo y se puede conocer ya quién es la persona del concedente de la garantía, quién es el deudor, cuál es su causa y su alcance. WEBER (2006, pp. 213 y 305) señala en este sentido que no hay objeciones a la cesión de créditos futuros, siempre que sean determinados o determinables, y que para tal determinación es suficiente con la posibilidad de individualización del crédito en su momento de constitución, por el tipo de crédito, el vendedor y su cuantía (es decir, extensión y contenido).

¹⁸⁶ La pretensión crediticia sobre el precio de venta constituye el subrogado de la garantía original (SERICK, 1990; pp. 53 y 112). Por su parte, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 222) contemplan este mismo esquema en un contexto algo distinto: la transmisión en garantía que recae sobre las mercancías de un almacén, aplicando correspondientemente el principio de subrogación real sobre las nuevas mercancías que ingresan en el almacén en sustitución de las vendidas por el prestador de la garantía, de acuerdo con el ejercicio habitual de los negocios por parte del prestador.

¹⁸⁷ Igualmente, REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 223), para el caso de adquisición de nuevas mercancías a cambio de las transmitidas.

¹⁸⁸ Para la autorización al cobro ver SERICK (1990, pp. 56-57).

mismo¹⁸⁹.

Planteado así el esquema de la prolongación por transmisión de la cosa dada en garantía, son varias las cuestiones que suscita en la práctica. Una de las más relevantes se refiere a la distinción de esta forma especial de transmisión en garantía con respecto a la llamada cesión global de créditos (*Globalzession*), fórmula bastante utilizada en el tráfico jurídico alemán, que, sin embargo, plantea en ocasiones ciertas dudas, especialmente por las limitaciones a que queda sometido el deudor cedente, así como por su potencial colisión con otros acreedores cuya garantía implique o pueda implicar también una cesión de créditos. En la cesión global, como garantía de su deuda, el deudor cede en masa al acreedor una serie de créditos –presentes o futuros– que tenga o pueda tener frente a terceros. Ello plantea tres diferencias básicas con la transmisión en garantía prolongada. En primer lugar, la cesión global puede referirse tanto a créditos presentes, como futuros (en caso de la prolongación, sólo futuros); en segundo lugar, la cesión global se determina en función de datos exclusivamente personales (se ceden los créditos que el cedente adquiera, sin importar cuál sea el negocio causal), mientras que, en las formas de prolongación, la cesión anticipada se determina en función de la cosa (se ceden los créditos que se adquieran frente al comprador de la cosa transmitida en garantía); finalmente, la cesión global otorga al acreedor una garantía directa o, por así decirlo, primera garantía (cesión directa de los créditos, sean presentes o futuros) y no indirecta o de segundo grado, como derivados de la enajenación previa de la cosa dada en garantía por parte del deudor, previa autorización del acreedor¹⁹⁰.

La diferencia, por tanto, es clara, si bien el hecho de que en ambos casos se produzca una cesión de créditos puede llevar a que se produzca el riesgo de colisión entre los distintos acreedores garantizados por medio de la cesión (concretamente, cuando el prestador de la garantía había acordado previamente una cesión global de créditos en garantía y, posteriormente, se produce una transmisión en garantía prolongada con cesión al tomador de la garantía del crédito derivado de la posterior venta de la cosa dada en garantía). Como ya se indicó, la doctrina alemana parece inclinarse aquí por el principio de prioridad en la cesión, como criterio para solucionar la colisión¹⁹¹; y es el criterio que se ha de entender preferible, pues, como afirma LWOWSKI (2000, pp. 498-499), la situación que se plantea en la práctica habitual de la transmisión en garantía no es igual que la que se produce en la reserva de dominio, donde ya se señaló que se ha elaborado una solución diferente para el caso de colisión entre una previa cesión global y una reserva de dominio posterior. Esta distinta solución se justifica, según el autor citado, por el hecho de que, en la transmisión en garantía, donde generalmente es un banco el tomador de la garantía y es un banco el acreedor de la cesión global de créditos, no hay razones para preferir o proteger a uno sobre otro. Por tanto, el banco que garantiza sus derechos primero con una cesión global de créditos no tiene por qué contar con que posteriormente otro banco se haga transmitir bienes en garantía de sus derechos y pacte la cesión de créditos derivados de la transmisión de los mismos¹⁹². No obstante, quizá habría que replantear la solución en el caso –menos frecuente

¹⁸⁹ En este sentido, WEBER (2006, p. 214).

¹⁹⁰ Ver para todo ello, SERICK (1990, pp. 116-117).

¹⁹¹ Muestra de ello son SERICK (1990, pp. 96-97), LWOWSKI (2000, p. 498) o KESSAL-WULF (2005, p. 412).

¹⁹² En igual sentido, OECHSLER (2009, p. 1115). Por su parte, KESSAL-WULF (2005, pp. 438-439) distingue según esta colisión deriva o no de una situación de sobregarantía de uno de los acreedores, situación que suele plantearse de

en la práctica– de que la posterior cesión de crédito se acuerde en el marco de una transmisión en garantía fuera del ámbito bancario.

Otra posible colisión que puede plantear la fórmula de la transmisión en garantía prolongada se produce con respecto a la posible prohibición de cesión que pueda contenerse en las condiciones generales del comprador posterior de la cosa dada en garantía, ya que tal cláusula –cuya licitud no se pone en duda por la mayoría de la doctrina alemana– es habitual en el marco de la reserva de dominio, cuando se trata de bienes de comercio y existe una pluralidad de proveedores¹⁹³. Como sostiene WEBER (2006, p. 216), la prohibición de cesión convierte en nula la cesión previa del crédito derivado de la venta realizada por el prestador de la garantía a favor del tomador, por lo que tal crédito se conservaría en el patrimonio del prestador, pudiendo ser ejecutado por sus acreedores a través de ejecución forzosa o concurso, y el tomador de la garantía habría perdido con ello su posición garantizada. Como solución a este conflicto, según este autor, la doctrina alemana considera que, en este caso, no entra dentro del concepto de gestión ordinaria de los negocios la venta de la cosa al comprador cuyas condiciones generales contienen la prohibición de cesión, por lo que no existe consentimiento del tomador de la garantía a esta venta, y el prestador no puede disponer entonces de la cosa.

b. Prolongación por transformación o modificación de la cosa dada en garantía

En el acuerdo de garantía, el tomador de la garantía puede autorizar también al prestador a utilizar la cosa dada en garantía para trabajar sobre ella y transformarla en otra cosa, destinada al comercio, en el marco de una ordenada explotación empresarial¹⁹⁴. El § 950 BGB establece en estos casos la regla de que la propiedad se atribuye al que lleva a cabo la transformación (*Verarbeitung*), por lo que, aplicada tal norma a este caso, la elaboración o transformación de la cosa dada en garantía supondrían la pérdida de la propiedad en garantía sobre la cosa: la propiedad de ésta se atribuiría al que ha modificado la cosa, por razón de la especificación misma, y al tomador de la garantía sólo le quedaría frente a él, en su caso, una acción de enriquecimiento injusto¹⁹⁵. Para evitar esto, se aplica la figura de la prolongación, conforme a la cual, se entiende que la garantía de que disponía el tomador sobre la cosa dada en garantía se traslada al producto elaborado a partir de ella. El tomador de la garantía pasa a ser, por tanto, propietario en garantía de dicho producto; incluso, como afirma LWOWSKI (2000, p. 501), contra la voluntad del transformador.

El autor citado puntualiza, no obstante, que deberá tenerse en cuenta si se han empleado para la transformación también materiales de otros sujetos, en cuyo caso éstos pasarán a ser copropietarios del producto final, junto al tomador de la garantía, en la proporción correspondiente (2000, p. 502).

forma especialmente intensa aquí, por la posible concurrencia con una previa cesión global de créditos en garantía. En caso afirmativo, aplica la doctrina sobre la sobregarantía ya analizada en su momento

¹⁹³ Ver WEBER (2006, p. 215), que indica que los compradores suelen incluir tales cláusulas de prohibición de cesión a fin de no hacer más difícil con estas cesiones la contabilidad de las operaciones y de los pagos.

¹⁹⁴ En caso de bienes dinámicos, OECHSLER (2009, p. 1124) admite incluso que esta autorización se produce aún sin pacto expreso, de forma tácita.

¹⁹⁵ En este sentido, SERICK (1990, p. 62).

La discusión se centra, en este punto, en si esta transmisión del producto final al tomador de la garantía se produce automáticamente por subrogación, una vez elaborada la cosa (doctrina de SERICK, 1990; p. 63) o si hay una transmisión por parte del prestador de la garantía al tomador de la garantía, de manera que el primero adquiere la propiedad sobre la cosa elaborada o modificada en un “segundo lógico”. Como es obvio, la cuestión no es baladí, pues determina qué acreedores (si los del tomador de la garantía o los del prestador) pueden hacer presa sobre la cosa, al ingresar ésta en el patrimonio de su respectivo deudor¹⁹⁶. Quizá aquí lo más apropiado sea distinguir, como hace BÜLOW (2007, p. 449), según quién haya llevado a cabo la transformación de la cosa: si es el prestador de la garantía, el tomador adquiere directamente el producto, en virtud del acuerdo de garantía; si es un tercero, en cambio, generalmente la adquisición es indirecta (a través del prestador de la garantía, que adquiere primero).

5.2. Transmisión en garantía ampliada (*erweiterte Sicherungsübereignung*)

La transmisión en garantía simple asegura al tomador de la garantía respecto de uno de los créditos que tiene con respecto a un deudor. Sin embargo, puede ocurrir que las relaciones entre el tomador de la garantía y el deudor se establezcan de manera continuada o, al menos, estable, por lo que les resulte gravosa la continua constitución y extinción de la garantía para cada nuevo crédito, sobre todo cuando el bien o los bienes que se prestan en garantía son siempre los mismos. Por este motivo, surge la fórmula de la ampliación de la garantía, que permite trasladar y extender la garantía constituida por la transmisión de un bien para garantizar uno o varios créditos determinados a otros créditos nuevos o distintos, presentes o futuros, entre el mismo acreedor y deudor, que se añaden a los originalmente garantizados o los sustituyen, según se haya dispuesto a este respecto en el acuerdo de garantía¹⁹⁷.

Este esquema, que puede complicarse en gran medida en la práctica¹⁹⁸, muestra dos diferencias con la fórmula anterior. En primer lugar, se trata de una fórmula que tiene sentido, especialmente, cuando el bien transmitido en garantía es un bien estático (esto es, con vocación de permanecer en el patrimonio del deudor), no dinámico, como en el caso anterior, pues, de otra forma, a falta de un pacto de prolongación de la garantía, ésta desaparecería en el momento en que el deudor transmitiese ese bien a un tercero y éste consolidase su adquisición de acuerdo con las reglas de la buena fe, o en el momento en que se transformara o modificara la cosa, estando pendientes aún los créditos sucesivamente garantizados¹⁹⁹. En segundo lugar, en este caso lo que se modifica es el crédito garantizado (que varía, se extiende o amplía), no la cosa dada en garantía. Por tanto, o bien se varía la descripción de los créditos garantizados pactada inicialmente en el acuerdo sobre la finalidad de garantía que contiene el acuerdo o bien se hace uso de la posibilidad de ampliación ya pactada desde un inicio en dicho acuerdo. La clave para poder realizar esta ampliación, en todo caso, reside en la no accesoriedad de la transmisión en

¹⁹⁶ Para la discusión doctrinal, ver BÜLOW (2007, pp. 447-450).

¹⁹⁷ El hecho de que, a diferencia de la prenda, la transmisión en garantía se pueda constituir no sólo respecto de un crédito determinado, sino también como garantía de una completa relación crediticia, es lo que permite este fenómeno de la ampliación. Ver OECHSLER (2009, p. 1118) o JAUERNIG (2009, p. 1285).

¹⁹⁸ Ver al respecto, especialmente, WEBER (2006, pp. 210-212).

¹⁹⁹ SERICK (1990, pp. 115 y 129).

garantía, que desvincula ésta del crédito o crédito garantizados y, consiguientemente, de la existencia o inexistencia de éstos, haciendo posible la sustitución de los mismos sin afectar a la existencia o subsistencia de la garantía.

Dicho esto, no obstante, la dificultad que existe en Alemania con esta fórmula reside, por un lado, en la licitud de este tipo de pactos, en la medida en que se encuentren recogidos en las condiciones generales típicas de la práctica bancaria; han de pasar, por tanto, como ya se vio, el control de los §§ 305 y 307 BGB (cláusulas sorprendentes o contrarias a las exigencias de la buena fe)²⁰⁰. Por otro lado, el problema reside en el peligro de la sobregarantía, al que también se ha hecho ya referencia, y en la determinación de si ésta es originaria (con la consiguiente nulidad del acuerdo de garantía) o posterior (aplicándose entonces la cláusula implícita de liberación o remisión, por el exceso de valor de la garantía respecto del crédito garantizado)²⁰¹.

Más allá de ello, sin embargo, la práctica muestra que se trata de una fórmula muy habitual en el tráfico, especialmente en el contexto de los préstamos bancarios²⁰², por la flexibilidad que ofrece a los potenciales tomadores de la garantía.

6. *Recapitulación*

Con esto se concluye la exposición de la figura de la transmisión en garantía en el Derecho alemán, cuyos rasgos, como ha quedado patente, la alejan de las formas de garantía real existentes en el Derecho español, pero cuya flexibilidad, bajo coste y adaptación a las exigencias del tráfico jurídico muestran su atractivo en un contexto de crisis y de necesidad de acudir a la financiación externa para el desarrollo económico. Quedan abiertas, así, las puertas a una nueva reflexión sobre la eventual conveniencia de introducir una figura similar en nuestro ordenamiento, o, al menos, de replantear aquellos principios –como el de la cuestionada eficacia real del pacto fiduciario, el de la publicidad de la posesión mobiliaria o los límites de la prohibición del pacto comisorio– y figuras existentes que impiden su reconocimiento. Tal es la tarea que puede afrontar a partir de aquí la doctrina española, al igual que en su momento hizo la alemana, en la medida en que se considere por quien pretenda emprender ese camino que esta figura pueda ser un buen aporte o complemento a nuestro Derecho de garantías reales mobiliarias.

²⁰⁰ Esto no significa que sean nulas todas las garantías en que se amplíen los créditos garantizados, pues existe un claro margen para la licitud, como señala OECHSLER, p. 1119. Sin embargo, sí se suele considerar sorprendente la extensión de la garantía a todos los créditos presentes y futuros de un tercero, fuera de las relaciones entre las partes; ver al respecto WEBER (2006, p. 14) y VIEWEG/WERNER (2010, p. 368).

²⁰¹ Vid. supra 3.2. El acuerdo de garantía.

²⁰² Así lo afirman REINICKE/TIEDTKE (2006, p. 228), que señalan que suele incluirse esta cláusula en las condiciones generales del contrato.

7. Tabla de Jurisprudencia

Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof)

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Publicado en</i>
BGH 14.11.1983	II ZR 39/83. Stuttgart	NJW 1984, 728
BGH 2.2.1984	IX ZR 8/83. Bamberg	NJW 1984, 1184
BGH 8.10.1986	VIII ZR 342/85. Schleswig	BGHZ 98, 303
BGH 30.10.1990	IX ZR 9/90. Oldenburg	NJW 1991, 353
BGH 27.11.1997	GSZ 1 u. 2/97; Ergangen auf Vorlagbeschluß des IX u. des XI Zivilsenats	BGHZ 137, 212
BGH 8.12.1998	XI ZR 302/97. Frankfurt a.M.	WM 1999, 126
BGH 3.7.2000	II ZR 314/98. Dresden	NJW 2000, 2898

8. Bibliografía

J. ADOLPHSEN (2009), “Kapitel 41: Die Rechtstellung dinglich gesicherter Gläubiger in der Insolvenzordnung”, en Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e. V. (Eds.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3ª ed., ZAP Verlag, Münster, pp.1326-1372.

P. BASSENGE (2012), “§ 930 BGB”, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 71ª ed., C.H. Beck, Munich, pp. 1507-1510.

J.F. BAUR y R. STÜRNER (2009), *Sachenrecht*, 18ª ed., C.H. Beck, Munich.

P. BÜLOW (2007), *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen*, 7ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg.

P. CROCQ (2006), “Las propiedades en garantía en Europa”, en Elena LAUROBA/Juan MARSAL (Eds.), *Garantías mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 165-176.

O. JAUERNIG (2009), “§ 930 BGB”, en O. JAUERNIG, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (Auszug)*, 13ª ed., C.H. Beck, Munich, pp. 1283-1290.

S. KESSAL-WULF (2005), “Recht der Kreditsicherung”, en Michael MARTINEK, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier de Gruyter, Berlín, pp. 405-448.

J. KINDL (2012), “§ 930 BGB”, en BAMBERGER/ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, T. 2: §§ 611-1296. AGG. ErbbauVo. WEG, 3ª ed., C.H. Beck, Munich, pp. 2037-2050.

H.-J. LWOWSKI (2000), *Das Recht der Kreditsicherung*, 8ª ed., Erich Schmidt Verlag, Berlín.

J. OECHSLER (2009), “Anhang nach §§929-936 BGB. Sicherungseigentum-Sicherungsübereignung”, en R. GAIER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, T. 6: Sachenrecht. §§854-1296, 5ª ed., C.H. Beck, Munich, pp. 1100-1134.

H. PRÜTTING (2009), “§ 930 BGB”, en PRÜTTING/WEGEN/WEINRICH, *BGB Kommentar*, 4ª ed., Luchterhand, Colonia, pp. 1841-1842.

D. REINICKE y K. TIEDTKE (2006), *Kreditsicherung (durch Schuldbeitritt, Bürgschaft, Patronalserklärung, Garantie, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pool-Vereinbarungen, Pfandrechten beweglichen Sachen und Rechten, Hypothek und Grundschuld)*, 5ª ed., Luchterhand, Neuwied.

R. SERICK (1990), *Garantías mobiliarias en Derecho alemán. Perfiles y principios (Deutschen Mobiliarsicherheiten: Aufriß und Grundgedanken)*, Á. CARRASCO (Traductor), Tecnos, Madrid.

K. VIEWEG y A. WERNER (2010), *Sachenrecht*, 4ª ed., Carl Heymans Verlag, Colonia.

H. WEBER (2006), *Kreditsicherungsrecht*, 8ª ed., C.H. Beck, Munich.

H. WESTERMANN *et al.* (2007), *Derechos reales (Sachenrecht)*, Ana CAÑIZARES/José Mª MIQUEL/José Miguel RODRÍGUEZ/Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO (Traductores), Fundación Cultural del Notariado, Madrid.

W. WIEGAND (2011), “Anhang zu §§929-931 BGB”, en K.-H. GURSKY/A. PFEIFER/ W. WIEGAND, *J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, T. 3: Sachenrecht. §§925-984; Anhang zu §§929 ff. Sonderformen der Übereignung (Eigentum 2), nueva edición, Sellier de Gruyter, Berlín, pp. 252-383.

P. WOHLGEMUTH (2005), *Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden.

M. WOLF y M. WELLENHOFER (2011), *Sachenrecht*, 26ª ed., Verlag C.H. Beck, Munich.