

LA RESERVA DE DOMINIO COMO GARANTÍA FUNCIONAL DEL COMERCIO INTERNACIONAL: SU EFICACIA EN ESPAÑA

RETENTION OF TITLE CLAUSE AS A FUNCTIONAL SECURITY RIGHT IN INTERNATIONAL TRADE: ITS EFFECTIVENESS IN SPAIN

Rocío Caro Gándara*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS GARANTÍAS FUNCIONALES DE LOS TEXTOS INTERNACIONALES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO Y DEL DCFR. III. LA RESERVA DE DOMINIO EN DERECHO COMPARADO. IV. LA RESERVA DE DOMINIO EN DERECHO MATERIAL ESPAÑOL. V. LEY APLICABLE A LA RESERVA DE DOMINIO EN SUPUESTOS TRANSFRONTERIZOS. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En época de crisis, como en época de estabilidad económica, la disponibilidad de crédito constituye un elemento clave de financiación de la actividad empresarial. Pero en el mundo de los negocios no existe crédito sin garantía. En este sentido, la reserva de dominio simple, entendida como cláusula inserta en un contrato de venta de bienes muebles, que suspende la transferencia de propiedad hasta el pago completo del precio aplazado, constituye un económico mecanismo de financiación *inter partes*, una garantía de cumplimiento del pago aplazado y, por último, una eficaz garantía de satisfacción interés del vendedor, en caso de incumplimiento del comprador. Sin embargo, cuando se inserta en un contrato internacional, su efectividad se ve muy cuestionada como consecuencia de la discontinuidad espacial que provoca la aplicación de la regla *lex rei sitae*, como criterio de determinación de la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes muebles; esta discontinuidad de su eficacia está provocada, a su vez, por la diversidad de requisitos que exigen los legisladores nacionales para su oponibilidad frente a otros acreedores del comprador y terceros. En ese contexto, este trabajo analiza la eventual eficacia en España de las reservas de dominio pactadas en el extranjero y propone soluciones *de lege lata* y *de lege ferenda*, atendiendo a las novedades legislativas que, en diferentes ámbitos territoriales y materiales, ofrecen distintos modelos de regulación, mediante la elección o la combinación de técnicas materiales y conflictuales.

ABSTRACT: In time of crisis, as in time of economic stability, the availability of credit is a key element in financing business activity. But in the business world there is no credit without security. In this sense, the

Fecha de recepción del original: 8 de octubre de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 12 de noviembre de 2018.

* Profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Málaga (rcaro@uma.es). El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D+I del MINECO, DER2016-77053-P (AEI/FEDER, UE), denominado “Reserva de dominio y transmisión de propiedad en garantía: eficacia nacional y transnacional” (ReDoG), del que la autora es IP, junto con el Dr. Bruno Rodríguez-Rosado Martínez-Echeverría, a quien agradece sus valiosas observaciones.

retention of title clause, understood as a clause inserted in a contract for the sale of movable property, which suspends the transfer of property until the full payment of the deferred price, is a cheap inter-party financing mechanism, a guarantee of compliance of the deferred payment, and, finally, an effective guarantee of satisfaction of the seller interest, in case of default of the buyer. However, when it is inserted in an international contract, its effectiveness is highly questioned, as a consequence of the spatial discontinuity caused by the application of the lex rei sitae rule, as a criterion for determining the law applicable to rights in rem in case of movables. This discontinuity of its effectiveness is caused, in turn, by the diversity of requirements that national legislators demand for their effectiveness against other creditors of the buyer and third parties. In this context, this paper analyzes the possible effectiveness in Spain of retention of title agreed upon abroad and proposes de lege lata and de lege ferenda solutions, taking into account legislative developments, in different territorial and material areas, that offer different models of regulation, through the choice or combination of material and conflictual techniques.

PALABRAS CLAVE: Reserva de dominio, garantías mobiliarias, garantías funcionales, comercio internacional, *Eigentumsvorbehalt*, *réservede propriété*.

KEYWORDS: *Retention of title, security rights, functional security rights, Eigentumsvorbehalt, réserve de propriété, international trade.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Actualmente es lugar común sostener que la necesaria circulación del crédito, como motor de la actividad empresarial nacional e internacional, exige garantías seguras, baratas, flexibles y -por tanto- eficaces¹. Pero la eficacia internacional de una garantía depende de su “capacidad” para poder traspasar fronteras, es decir, de ser reconocida y plenamente eficaz, más allá del Estado donde ha sido pactada, creada o constituida. No obstante el elevado grado de internacionalización de las operaciones comerciales -y su dependencia del mercado crediticio-, el comercio internacional se encuentra con un obstáculo importante: la diversidad de sistemas y modelos de garantías nacionales, que ponen en peligro su eficacia internacional. Ello está propiciando en las últimas décadas un intenso y extenso debate en los círculos más especializados, junto con diversos

¹ *Vid.*, en este sentido, en la doctrina española, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Introducción”, en la obra dirigida por el mismo autor, *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 13-22; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras”, en MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (dir.), *Cuestiones actuales...*, *op. cit.*, pp. 69-92; MONTÁNCHÉZ RAMOS, M., “La reserva de dominio”, en PRATS ALBENTOSA, L. (dir.), *Tratado de Derecho civil. Las garantías*, Tomo I, Volumen 1, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 533- 606, esp. p. 538; en la doctrina extranjera, la literatura es muy amplia, *vid.*, entre otros, ORKUN AKSELI, N., *International Secured Transactions Law. Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments*, Routledge, Londres, 2011, pp. 49-50; STÜRNER, R., “Perfection and Priority of Security Rights”, en EIDENMÜLLER, H., y KIENNINGER, E.-M. (eds.), *The Future of Secured Credit in Europe, European Company and Financial Law Review*, vol. 5, 2008, special issue, pp. 166-172; BEALE, H., “The Future of Secured Credit in Europe: Concluding Remarks”, en EIDENMÜLLER, H., y KIENNINGER, E.-M. (eds.), *The Future...*, *op. cit.*, pp. 375-397, esp. p. 376; ARMOUR, J., “The Law and Economics Debate About Secured Lending: Lessons for European Lawmaking”, en EIDENMÜLLER, H., y KIENNINGER, E.-M. (eds.), *The Future...*, *op. cit.*, pp. 3-29.

procesos de reformas legislativas a tres distintos niveles territoriales -nacional, regional e internacional-; procesos que no corren paralelos, sino que se influyen recíprocamente.

2. En ese contexto, las páginas que siguen tienen por objeto indagar si -y en qué medida- aquéllos caracteres y esas circunstancias, predicables de las garantías mobiliarias, son extensibles a las fórmulas en las que el dominio reservado por el acreedor actúa como garantía del crédito lo que, en principio, puede hacerlas resistentes frente a otros acreedores -en procedimientos individuales y colectivos- y frente a terceros adquirentes². De hecho, se ha afirmado que la reserva de dominio, conocida en casi todos los países de nuestro entorno, constituye una de las garantías más seguras y eficaces, pues permite al comprador poder disponer de la cosa -con las limitaciones que veremos- y al vendedor, retener la propiedad de la misma hasta el completo pago del precio. Ello reduce el riesgo de que el comprador, una vez haya recibido la posesión de la misma, pueda apropiarse de ella sin satisfacer el interés del vendedor, pues si el comprador no cumple, el vendedor podrá recuperar el bien. Es decir, la reserva de dominio es considerada, en primer lugar, un instrumento de financiación interna entre las partes del contrato -que les evita acudir a las tradicionales instituciones de crédito-; en segundo lugar -y como ha señalado la doctrina alemana y recogido la española-, un importante medio de presión para que el comprador cumpla su obligación de pago (*Druckmittel*)³; por último -y no menos importante-, una garantía de la satisfacción del interés del vendedor en caso de incumplimiento del comprador. Además, en gran parte de los Estados que la regulan -no así en España-, resulta bastante económica, pues no se suele exigir su constancia en documento público ni inscripción registral, limitándose sus escasos costes a la negociación y a aquéllos necesarios para acreditar la certeza de la fecha del acuerdo⁴.

3. A pesar de esos buenos augurios, en los apartados siguientes analizaremos cómo, no obstante el encaje de la reserva de dominio en los textos internacionales reguladores de las garantías mobiliarias y el protagonismo que está alcanzando en otros países -principalmente de Europa-, la nebulosa en la que se encuentra su régimen jurídico en Derecho interno español, termina dificultando la efectividad en nuestro país de la pactada en el extranjero. Para poder abordar su eficacia en España, resulta imprescindible, previamente, tomar partido por una de las concepciones que sobre su naturaleza jurídica se sostienen entre la doctrina española. La elección de una u otra supone, como se verá, innumerables consecuencias en muy diversos sectores del Derecho patrimonial, como los remedios ante el incumplimiento contractual, el sistema de transmisión de la propiedad y

² Para un análisis paralelo de otra de las formas de garantía basada en la propiedad -en ese caso mediante su transferencia al acreedor-, puede consultarse CARO GÁNDARA, R., “La transmisión de propiedad en garantía o *fiducia cum creditore* en el comercio internacional: su validez y eficacia en España”, *AEDIPr*, T. XVII, 2017, pp. 249-302.

³ *Vid.*, entre otros, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva de dominio”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 139-244, p. 140; BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002, p. 412-413, quien señala cómo contribuye a agilizar el pago de los créditos, resultando mucho más competitiva que otras medidas como pudiera ser el recargo por alargamiento de los plazos.

⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CEE (LCEur 2000, 2084) y en la Ley 3/2004 (RCL 2004, 2678)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, pp. 93-119, pp. 94-95; ejemplo de ello lo constituye el tratamiento que recibe la reserva de dominio en los dos ordenamientos jurídicos objeto del estudio de Derecho comparado a que se dedica uno de los epígrafes de este trabajo: el Derecho alemán y el Derecho francés.

de transmisión de los riesgos, la atribución de los frutos, así como la eficacia del pacto frente a terceros adquirentes y frente a los acreedores del comprador en las ejecuciones singulares y colectivas. Precisamente se ha mantenido que la disparidad de la configuración y el tratamiento de todos estos aspectos en los distintos ordenamientos jurídicos, han impedido concluir con éxito un importante número de intentos de unificación material y conflictual de esta figura a nivel internacional y -especialmente-europeo, desde hace más de medio siglo⁵.

4. Este trabajo se limita al análisis de la reserva de dominio simple, a favor del vendedor de bienes muebles corporales, como mecanismo de financiación de la actividad empresarial internacional. Quedan excluidas del mismo, por tanto, la reserva de dominio en los contratos de consumidores, a favor de un financiador externo, así como sus fórmulas complejas -ampliadas o extendidas-, muy utilizadas en la práctica empresarial de algunos países, como Alemania, pero de difícil admisión en nuestro ordenamiento jurídico.

II. LAS GARANTÍAS FUNCIONALES DE LOS TEXTOS INTERNACIONALES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO Y DEL DCFR.

1. Introducción

5. En las últimas décadas y en distintos ámbitos territoriales -globales y regionales-, se vienen elaborando textos internacionales de Derecho uniforme que tienen como objetivo facilitar, con carácter general, la continuidad jurídica en el espacio de las garantías mobiliarias constituidas conforme a los ordenamientos jurídicos nacionales, así como la creación de auténticas garantías internacionales, que contribuyan a fomentar el crédito transfronterizo -especialmente para la pequeña y mediana empresa- en un contexto de seguridad jurídica nacional y de seguridad del tráfico internacional. La constitución de garantías internacionales se realiza mediante un procedimiento simplificado, que reduce al máximo su coste y que asegura su eficacia mediante la

⁵ Vid. en este sentido, DROBNIG, U., "The Rules on Proprietary Security in Book IX DCFR", en LAUROBA LACASA, E., (Dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 15-37, esp. p. 17; EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER, E.-M. (eds.), "Preface of the editors ECFR" y "Preface", *The Future...*, op. cit., p. VII; KIENINGER, E.-M., *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Nomos, Baden-Baden, 1996, *passim*; ROTH, W.-H., "Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU Mandate for Legislation", in EIDENMÜLLER, H., & KIENINGER, E.-M. (eds.), *The Future...*, op. cit., pp. 37-67, esp. p. 39; KREUZER, K., "La propriété mobilière en droit international privé", *Rec. des Cours*, T. 259, 1996, pp. 9-318, esp. pp. 243-247 y 256-259; *id.*, "Conflict-of-Law Rules for Security Rights in Tangible Assets in the European Union", en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER, E.-M. (eds.), *The Future...*, op. cit., pp. 298-310, esp. pp. 302-306; en la doctrina española, *vid.*, por todos, BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 92-96; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 277-280; *id.*, "Las tentativas de regulación de los efectos de la cláusula de reserva de dominio en el Consejo de Europa y en las Comunidades Europeas", *La Ley (Comunidades europeas)*, supl. 38, 30 de septiembre de 1988, pp. 1-11; *id.*, "La venta de mercancías con pago aplazado y cláusula de reserva de dominio en el Derecho comunitario", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. III, 1986, pp. 97-121.

creación de un registro internacional⁶. En uno y otro caso se parte de un concepto de garantía que viene determinado por la función que las mismas cumplen: otorgar un privilegio a su titular frente al resto de acreedores, mediante un sistema flexible que permite excepciones a la regla general por razón de la especialidad de la garantía⁷.

6. El concepto funcional y flexible de garantía acogido en los textos internacionales de Derecho uniforme se aproxima al contemplado en el art. 9 del *Uniform Commercial Code* (UCC) de EE.UU. y al de los Estados -principalmente de *common law*- que lo han utilizado como modelo⁸. Dicho concepto, en principio, resulta ajeno a los tradicionales sistemas continentales, incluido el español, caracterizados por su formalismo⁹. En el contexto de estos últimos, la naturaleza jurídica de las garantías mobiliarias es discutida y una muestra de ello es el distinto lugar que ocupan en la sistemática de los distintos Códigos civiles: en unas ocasiones se regulan entre los contratos, en otras entre los derechos reales. Sin embargo, existe una doble característica que es común a todas ellas y está presente más allá de una u otra consideración: se trata de su carácter accesorio a una obligación principal que otorga a su titular una preferencia

⁶ Vid. Guía Legislativa de la CNUDMI (2010), *Introducción*, Parte A, Finalidad de la Guía, apdo. 9; Ley Modelo de la OEA (2002), Preámbulo, Considerando primero; Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias (CNUDMI, 2016); Marco Común de Referencia (DCFR, 2009), Libro IX; Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (2002), disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_Ley_Modelo_Interamericana.pdf; Ley Uniforme de la OHADA sobre organización de las garantías de 15 de diciembre de 2010, que reformó la de 1997, disponible en <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Acte-Uniforme-2010-suretes.pdf>.

⁷ JEREZ DELGADO, C. “Reflexiones sobre una reforma de las garantías mobiliarias a la luz de los textos de UNCITRAL, UNIDROIT, OEA y DCFR”, en JEREZ DELGADO, C. (Coord.), *Textos internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis*, BOE, Madrid, 2017, pp. 19-60, esp. p. 28; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil”, *ADC*, 2012, fasc. 4, pp. 1605-1651; KIENINGER, E.-M., “Perspektiven für ein europäisches Mobiliar Sicherungsrecht”, *ZEuP*, 2016-1, p. 201; *íd.*, “The Scope and Limits of Security Interest: Commentary”, en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER E.-M., *The Future...*, *op. cit.*, pp. 216-222; RODRÍGUEZ OLMOS, J.-M., “Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el Derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos”, *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, nº 2, julio-diciembre 2014, pp. 3-27, esp. pp. 5-7; KOZOLCHYK, B., “Estado actual de implementación de la Ley Modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina”, en LAUROBA LACASA, E. (dir.), *Garantías reales...*, *op. cit.*, pp. 62-83; WILSON, J.M., “La nueva ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2003, p. 33-77.

⁸ McCORMACK, G., “UNCITRAL Security Rights and the globalisation of the US Article 9”, 2010, pp. 1-30, disponible en https://works.bepress.com/gerard_mccormack/2/; última consulta 19 agosto 2018; *ídem.*, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge, 2004, *passim*; TARABAL BOSCH, J., “El art. 9 UCC. Cautelas conceptuales para una lectura europea”, en LAUROBA LACASA, E. (dir.), *Garantías reales...*, *op. cit.*, pp. 85-106.

⁹ Vid., la distinción entre garantías formales y garantías funcionales en FIORENTINI, F., “Proprietary Security Rights in the Western European Countries”, en BUSSANI, M, WERRO., F. (eds.), *European Private Law: A Handbook*, vol. 1, Stämpfli, Berna, 2009, pp. 415-464; esp. pp. 442-452; VENEZIANO, A., *Le garanzie mobiliarie non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Giuffrè, Milán, 2000, p. 112-116; una comparación entre ambos modelos puede encontrarse en la doctrina española en FELIÚ REY, J., “El Derecho de garantías en contexto: una aproximación global”, *La Ley Mercantil*, nº 29, Sección de Derecho Mercantil Internacional, octubre 2016, pp. 1-23, esp. pp. 3-8.

o privilegio frente a otros acreedores¹⁰. En este concepto amplio, pragmático y funcional de garantías mobiliarias, se subsumen las basadas en la propiedad y más concretamente la reserva de dominio¹¹. A su configuración como tal en los textos supranacionales de Derecho uniforme, dedicamos los sucesivos apartados de este mismo epígrafe.

7. Como se verá, un concepto autónomo de garantía funcional es el acogido en el Convenio de Ciudad del Cabo sobre elementos de equipo móvil de 2001 -a través del concepto de “garantía internacional” (*international interest*)-. El Convenio y su Protocolo Aeronáutico incluyen expresamente en el mismo la reserva de dominio, aunque remiten a la *lex causae* su calificación¹². Frente al concepto unitario del Convenio de Ciudad del Cabo, el DCFR de 2009 opta por una concepción múltiple de las garantías mobiliarias, donde también caben todas las existentes en los distintos ordenamientos jurídicos de los países de Europa. El texto realiza una clara distinción entre las llamadas “garantías reales sobre activos muebles” en general (*proprietary security in movable assets*) y la retención de la propiedad (*retention of ownership*), a la que extiende el régimen de aquéllas (art. IX- 1:101), si bien le otorga un tratamiento especial y privilegiado (art. IX- 4:102). En este epígrafe se realizará una aproximación a esta garantía en cada uno de estos dos textos, seleccionados entre las distintas iniciativas internacionales existentes. El primero, por tratarse de un texto de *hard law* y alcance mundial, ratificado por España, que responde a un concepto de garantía uniforme. Junto a éste, se ha elegido el DCFR por constituir una iniciativa de *soft law* de ámbito regional europeo y responder al modelo de garantías múltiples, mayoritario en los países de nuestro entorno, incluido también el sistema español¹³.

2. La reserva de dominio como garantía funcional en el Convenio de Ciudad del Cabo

8. El Convenio celebrado a iniciativa de UNIDROIT y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO), relativo a las garantías internacionales sobre elemento de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 ha

¹⁰ Para un análisis comparativo de varios textos legislativos: códigos civiles y normas internacionales uniformes, *vid.* JEREZ DELGADO, C., “Reflexiones...”, *op. cit.*, pp. 35 y 40; concretamente al concepto de garantía funcional responde la reforma de las garantías mobiliarias llevada a cabo recientemente por el legislador belga, mediante la Ley de 11 de julio de 2013 y la Ley de 25 de diciembre de 2016; sobre la misma, puede consultarse NICAISE, V., “Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la Loi du 25 décembre 2016”, en DURANT, I. (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, Anthemis, Lieja, 2017, pp. 15-21.

¹¹ En este sentido, *vid.*, FIORENTINI, F., “Proprietary Security Rights...”, *op. cit.*, pp. 446-447.

¹² HEREDIA CERVANTES, I., “Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo”, *La Ley Mercantil*, nº 21, Sección Derecho Mercantil Internacional, 1 de enero de 2016, pp. 1-25, esp. p.4.

¹³ Un concepto unitario, funcional y flexible de garantía mobiliaria puede encontrarse también en la Ley Modelo de la CNUDMI de 2016 sobre garantías mobiliarias. Concebida como instrumento que promueva la modernización de los sistemas legislativos nacionales a través de normas uniformes de *soft law*, define la garantía internacional como todo contrato suscrito entre las partes que tenga como función la de garantizar el cumplimiento de una obligación, lo que incluye las garantías basadas en la propiedad. Para un análisis del mismo, *vid.* FELIÚ REY, J., “La Ley modelo de la CNUDMI sobre garantías mobiliarias”, en JEREZ DELGADO, C., *Textos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 147-197, esp. p. 162, respecto a la inclusión de la reserva de dominio en su ámbito de aplicación.

sido ratificado por España en 2013¹⁴. Su ámbito de aplicación material se refiere a las “garantías internacionales”, concepto autónomo que concilia distintas fórmulas contractuales con función de garantía sobre activos, más allá de la forma que adopten en las distintas tradiciones jurídicas. Respecto de las mismas establece un régimen uniforme de constitución, de producción de efectos, de remedios del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, de prelación en los procedimientos colectivos y publicidad, a través de su inscripción en un Registro Internacional, que otorga eficacia a todas esas garantías, con independencia del lugar donde se encuentren los bienes gravados¹⁵. Para poder conciliar su objetivo unificador con el respeto a la diversidad de tradiciones jurídicas de los Estados parte, el Convenio combina normas materiales con otras de remisión a las normas de conflicto del foro¹⁶.

A pesar de la innata internacionalidad (carácter transfronterizo o, incluso a-nacional) de los bienes objeto de la garantía, el Convenio se aplica no sólo a relaciones transfronterizas, sino también internas -ya que podrían devenir internacionales con el paso del tiempo-; salvo que el Estado parte haya declarado que no se aplique a las internas, mediante reserva contemplada en su art. 50. Ni España ni la mayor parte de los Estados han hecho uso de la misma¹⁷. Su ámbito de aplicación espacial viene determinado por la circunstancia de que el deudor esté situado en un Estado contratante en el momento de constitución de la misma (arts. 3 y 4). En cuanto a su ámbito de aplicación objetivo, el Convenio pretende facilitar la financiación de la adquisición y el uso de ciertos elementos de transporte aéreo, ferroviario y espacial (células y motores de aeronaves y helicópteros, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial -art. 2.3-), de fuerte importancia económica, carácter eminentemente transfronterizo y débil vinculación territorial, en los que la controvertida regla *lex rei sitae* resulta especialmente ineficaz¹⁸. Aunque el Convenio se acompaña de tres Protocolos (aeronáutico, ferroviario y espacial)¹⁹,

¹⁴ Instrumento de ratificación publicado en *BOE* nº 238, de 4 de octubre de 2013. Con anterioridad se produjo la adhesión de la CE al Convenio y al Protocolo aeronáutico, mediante depósito de su instrumento de adhesión el 28 de abril de 2009, que entraron en vigor para la CE el 1 de agosto de 2009; *vid.* la *Decisión del Consejo de 6 de abril de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico*, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (2009/370/CE), D.O. L 121/3, de 15 de mayo de 2009.

¹⁵ *Vid.*, GOODE, R. *Official Commentaries on the Convention on International Interest in Mobile Equipment and Protocols Thereto*, Unidroit, 3rd. edition, 2013, *passim*; disponible en <http://www.unidroit.org/official-commentary>.

¹⁶ Para un análisis del complejo sistema de coordinación de normas que establece el convenio, *vid.*, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “El concepto funcional...”, *op. cit.*, pp. 1605-1651; *id.*, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional, El Convenio de ciudad del Cabo y su Protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012; *id.*, “El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus protocolos”, en JEREZ DELGADO, C., *Textos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 61-146.

¹⁷ HEREDIA CERVANTES, I., “Análisis de la adhesión...”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸ Al internacionalizar el mercado de estas garantías mobiliarias lo hace más competitivo; *vid.*, en este sentido, ZASU, Y., SATO, I., “Providing credibility around the world: effective devices of the Cape Town Convention”, *European Journal of Law and Economics*, 21 de junio de 2011, pp. 1-25.

¹⁹ El art. 51 del Convenio permite la elaboración de otros protocolos no contemplados en su art. 2.3. Este es el caso del llamado Protocolo MAC (minero, agrícola y de construcción), que ha sido elaborado por un Grupo de Estudio en el seno de UNIDROIT; *vid.*, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “El Convenio de Ciudad del Cabo...”, *op. cit.*, pp. 68-69 y 91-96.

Convenio y Protocolos deben considerarse e interpretarse como un único instrumento (art.6.1). La adhesión al Protocolo aeronáutico en 2016²⁰, ha permitido la entrada en vigor en España del Convenio y su aplicación a ese tipo de bienes a partir del 1 de marzo de 2016²¹.

9. La garantía podrá constituirse mediante un contrato de los contemplados en el convenio (art. 2.2), entre los que se incluye el contrato de venta con reserva de dominio²². Su art. 7 establece sencillos requisitos de validez formal del mismo: debe constar por escrito, referirse a un objeto del que pueda disponer el otorgante, el vendedor condicional o el arrendador, debe identificarse el objeto de la garantía y la obligación garantizada (en caso de contrato constitutivo de garantía). La calificación del contrato, su validez de fondo, la capacidad y el consentimiento de las partes, y cualquier otro aspecto relativo a su eficacia y efectos, así como las cuestiones regidas por el Convenio, pero no reguladas expresamente en el mismo, quedan sometidas a la ley aplicable en virtud de las normas de conflicto del foro (arts. 5.2 y 3). De esta forma se salva la competencia legislativa de la UE por lo que se refiere a la ley aplicable al contrato, regulada en el Reglamento Roma I.

10. Una vez constituida válidamente la garantía conforme a la ley aplicable al contrato y cumplidos los sencillos requisitos de forma referidos, gozará de la consideración de garantía internacional en virtud del Convenio. A partir de entonces, será aplicable el régimen sustantivo uniforme de protección frente al incumplimiento del deudor, contemplado en su Capítulo III. Igualmente será aplicable el régimen de publicidad, eficacia y oponibilidad frente a terceros, derivado de su inscripción en el Registro internacional que crea cada Protocolo y que le otorga preferencia, incluso frente a las garantías nacionales constituidas con anterioridad que no hayan accedido a dicho Registro internacional²³.

11. La inscripción no se considera un requisito de validez de la garantía, sino de publicidad, eficacia y oponibilidad frente a terceras personas, lo que asegura su prioridad; por tanto, no es requisito para que el acreedor garantizado pueda gozar de las medidas de protección previstas por el Convenio en caso de incumplimiento del deudor, por tratarse de efectos *inter partes* derivados del contrato. Tales medidas se contienen en normas

²⁰ Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico publicado en *BOE* nº 27 de 1 de febrero de 2016.

²¹ En el complejo proceso de implementación deben tenerse en cuenta otros hitos, como determinadas declaraciones realizadas por España, así como la aprobación del nuevo Reglamento de Registro de Aeronaves, por R.D. 348/2015, de 22 de mayo de 2015, cuya DA 6ª está concebida para articular el funcionamiento de este registro nacional y el Registro internacional creado por el Convenio y regulado en su Protocolo aeronáutico; sin embargo contiene prescripciones incompatibles con esos textos, como la exigencia de previa inscripción de la garantía internacional en el Registro de Bienes Muebles antes de su inscripción en el Registro internacional; sobre esta y otras incoherencias *vid.*, HEREDIA CERVANTES, I., “Análisis de la adhesión...”, *op. cit.*, p. 8-10; *vid.* también, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo” (Parte I y II), *Bitácora Millenium*, nº 2, 2015, pp. 88-100; igualmente, GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., y HEREDIA CERVANTES, “El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial”, *RCDI*, nº 731, mayo 2012, pp. 1415-1449.

²² También mediante contrato constitutivo de garantía y contrato de arrendamiento.

²³ Las garantías nacionales también pueden protegerse y gozar de la prioridad de las garantías internacionales, mediante su inscripción previa en un registro nacional y la inscripción de un aviso de su creación en el Registro internacional que crea el Convenio (art. 1 t).

sustantivas (art. 8 a 10) y algunas de remisión a los protocolos específicos, a la autonomía de la voluntad de las partes o a la ley aplicable al contrato (art. 12), siempre que no contradigan las disposiciones imperativas del Convenio (art. 15). Los arts. 8 a 10 detallan las medidas de protección del acreedor garantizado, del vendedor reservatario o del arrendador, para el supuesto de incumplimiento del deudor previsto en el art. 11, entre las que se encuentran mecanismos de auto-ejecución²⁴. Por tanto, la previa calificación del contrato como constitutivo de garantía, como venta con reserva de dominio o como arrendamiento -atendiendo a las distintas categorías de acuerdos con función de garantía existentes en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales- determina la regulación de distintos remedios para el acreedor garantizado, vendedor reservatario o arrendador. Sin embargo, la aplicación de unos u otros dependerá de su consideración como titular de un derecho de garantía (arts. 8 y 9) o como titular de un auténtico derecho de propiedad (art. 10), lo que viene determinado por la ley aplicable al contrato²⁵.

Como ya se ha señalado, la oponibilidad de la garantía frente a acreedores y terceros -y su prioridad- se asegura mediante la inscripción en el Registro Internacional electrónico (arts. 16 y ss.), cuyos requisitos se establecen en cada Protocolo (art. 18). Los Estados pueden designar uno o varios puntos de acceso, que no forman parte del Registro Internacional y se rigen por el Derecho de cada Estado²⁶. El art. 16 contiene un elenco de garantías, derecho y acuerdos susceptibles de inscripción más amplio que el concepto de garantía internacional que crea el Convenio. La inscripción -que como ya se ha dicho no cumple una función calificadora-, otorga a la garantía preferencia sobre las que accedan al registro con posterioridad y sobre las que no accedan (art. 29)²⁷. La garantía internacional creada por el Convenio es compatible con las garantías nacionales constituidas conforme a los ordenamientos jurídicos internos -que se podrán hacer constar mediante aviso en el Registro Internacional de Garantías-. Incluso, las garantías nacionales constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del mismo y su Protocolo, mantendrán su prioridad, salvo que el Estado haga la declaración prevista en el art. 60²⁸. No obstante, la conversión de la garantía nacional en internacional le permitiría beneficiarse de los sistemas de ejecución y auto-ejecución creados por el Convenio²⁹. Por otra parte, éste prevé la eficacia de tales garantías en los procedimientos de insolvencia

²⁴ Vid. HEREDIA CERVANTES, I., “Análisis de la adhesión...”, *op. cit.*, pp. 4-5.

²⁵ Vid. en este sentido, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “El Convenio de Ciudad del Cabo...”, *op. cit.*, pp. 108-109.

²⁶ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “El Convenio de Ciudad del Cabo...”, *op. cit.*, pp. 115-116 y sobre las declaraciones realizadas por el Estado español en este sentido, pp. 135-145.

²⁷ No obstante, los Estados contratantes pueden formular declaraciones en las que especifiquen las garantías y derechos no contractuales que en su territorio sean equivalentes o incluso gocen de una prioridad superior a las de las garantías internacionales inscritas, sin que en algunos casos sea necesaria la previa inscripción (arts. 39 y 49); vid. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “El Convenio de Ciudad del Cabo...”, *op. cit.*, pp. 118-119 y sobre las declaraciones realizadas por el Estado español en este sentido, pp. 128-133.

²⁸ Sobre las reglas de prioridad, véase, DESCHAMPS, M., “Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap”, *Uniform Law Review*, vol. 7, issue 1, enero 2002, pp. 17-46.

²⁹ Téngase en cuenta que nuestro país ha hecho una declaración conforme al art. 54.2 del Convenio, en virtud de la cual, el acreedor no podrá beneficiarse de las medidas de auto-ejecución previstas por el mismo, porque necesita la autorización de un tribunal o una autoridad (declaración en relación al art. 53 del Convenio); vid. HEREDIA CERVANTES, I., “Análisis de la adhesión...”, *op. cit.*, pp. 6 y 12.

contra el deudor, siempre que hayan sido inscritas con anterioridad a la apertura de los mismos, salvo que la *lex concursus* no exija inscripción (art. 30)³⁰.

12. En definitiva, el Convenio de Ciudad del Cabo ha conseguido superar con fórmulas originales las enormes divergencias nacionales existentes en el tratamiento de las garantías mobiliarias. Sus logros parecen significativos: creación de un concepto autónomo de garantía internacional; creación de un conjunto de reglas -también uniformes- de protección del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, que conviven con otras previstas por la *lex causae*, incluso por la autonomía de la voluntad, siempre que ésta última y el propio Convenio las permita; creación de un importante sistema de publicidad de tales garantías mediante su inscripción en el Registro Internacional que regulan los Protocolos respectivos. Todo ello les otorga un importante grado de eficacia, a través de la oponibilidad frente a otros acreedores de la preferencia de la que gozan.

3. La reserva de dominio como garantía funcional y privilegiada en el DCFR

13. Por su parte, la iniciativa de naturaleza académica y ámbito europeo conocida como Proyecto de Marco Común de Referencia de 2009 (DCFR)³¹, no sólo contempla un régimen europeo del Derecho de los contratos, sino también de todo el Derecho de obligaciones y de la propiedad: especialmente adquisición y pérdida (Libro VIII), garantías reales sobre bienes muebles (Libro IX) y Trust (Libro X). Su principal objetivo es servir como modelo armonizador de inspiración europea en las respectivas reformas de los Derechos patrimoniales de los distintos sistemas nacionales³².

El capítulo 1 del Libro IX parte de una distinción fundamental entre dos tipos de garantías: las generales (*security rights*) -posesorias y no posesorias-, por un lado; y las basadas en la retención de la propiedad, por otro (arts. IX.-1:102 y IX.-1:103). Todas ellas entendidas en sentido amplio y funcional³³. Como señala la doctrina más cualificada, esta distinción -que constituye una auténtica “particularidad europea”-, no es meramente conceptual, sino que resulta de enorme trascendencia práctica: el vendedor retiene el derecho más fuerte que existe: la propiedad. Frente a él, el resto de acreedores -particularmente los que prestan dinero- tan solo puede obtener una “mera” garantía (*security right*), si pretende asegurar su crédito³⁴.

³⁰ En todo caso, téngase en cuenta el art. XI del Protocolo Aeronáutico y la situación particular de los Estados de la UE; *vid.*, en este sentido, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Claves para la aplicación en España del Convenio Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico (Parte I y Parte II)”, *Bitácora Millenium*, nº 3, 2016, pp. 100-114; *id.*, “El Convenio de Ciudad del Cabo...”, *op. cit.*, pp. 111-114; HEREDIA CERVANTES, I., “Análisis de la adhesión...”, *op. cit.*, pp. 15-16, sobre la compatibilidad de sus normas con las del Reglamento 2015/48 (especialmente arts. 8 y 10) y con la Ley Concursal (especialmente art. 201) Tales preceptos serán analizados infra en este trabajo, al hilo de la eficacia de la reserva de dominio en el concurso del comprador.

³¹ VON BAR, C., CLIVE, E. y SCHULTE-NÖLKE, H., (ed.), *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009.

³² DROBNIG, U., “The Rules on Proprietary...”, *op. cit.*, p. 19.

³³ El art. IX-1:103 (2) incluye en la definición de *retention of ownership*: “ownership of the supplier under a contract of hire-purchase” (b); “ownership of the leased assets under a contract of leasing” (c); “ownership of the supplier under a contact of consignment with the intention or the effect of fulfilling a security purpose” (d); sobre estos caracteres, *vid.* DROBNIG, U., “The Rules on Proprietary...”, *op. cit.*, p. 22.

³⁴ En la mayor parte de países de Europa la superación de las garantías posesorias a partir de la revolución industrial y el desarrollo del Derecho del consumo se ha producido mediante la introducción legal o

14. En los capítulos siguientes del Libro IX se establece una clara distinción entre la validez de la garantía (cap. 2) y su eficacia frente a acreedores del deudor y terceros (cap. 3). Concretamente, para su creación basta con un acuerdo entre las partes (normalmente deudor y acreedor), aunque se distingue entre las garantías constituidas - *granted*- por el deudor o garante, y las retenidas por el acreedor -en caso de reserva de propiedad- (art. IX-2:101). Para su oponibilidad frente a terceras personas se prevén distintos sistemas: la posesión o control y el registro (art. IX-3:102) -además de un registro especial para la financiación de adquisiciones (art. IX-3:107)-. El texto crea un Registro Central Europeo de garantías que operará electrónicamente (art. IX-3:302-303), donde deberán anotarse las mismas con un contenido mínimo (art. IX-3:308), con objeto de fijar su fecha a efectos de prelación. La preferencia o rango entre las garantías se establece en el capítulo 4, que parte de una regla general, a la que se formulan excepciones. La regla básica es la de la fecha de su eficacia conforme al capítulo 3 -lo que significa que una garantía eficaz posterior prevalece sobre una ineficaz creada con anterioridad- (art. IX-4:101). De enorme relevancia a los efectos de este trabajo resulta la excepción de la “superprioridad” (*superpriority*), consagrada en el art. IX-4:102, que otorga preferencia a la retención de propiedad sobre cualquier garantía mobiliaria ordinaria, incluso si ésta última ha sido creada y hecha efectiva con anterioridad. Por lo que las garantías mobiliarias basadas en la retención de la propiedad constituyen auténticas “supergarantías” en el DCFR.

El capítulo 5 regula la vida de las garantías, es decir, el período que va desde su creación hasta su terminación. En ella resulta relevante destacar que el art. IX-5:2013 autoriza al deudor a utilizar los bienes gravados adquiridos para uso industrial y emplearlos para la producción. El capítulo 6 regula la extinción de la garantía. En caso de pérdida por haber sido adquirido el bien gravado por un tercero de buena fe, el art. IX-6:102, remite al Libro VIII, relativo a la propiedad de los bienes (art. VIII-3:101).

Por último, el capítulo 7 se dedica a la ejecución de las garantías en caso de incumplimiento e insolvencia del deudor, distinguiendo si existen o no otros acreedores. En este segundo caso basta con que la garantía hubiera sido creada válidamente de acuerdo con el capítulo 2. Mientras que si existen otros acreedores del deudor, la garantía no sólo debe ser válida, sino también eficaz frente a terceras personas, de acuerdo con su capítulo 3. El art. IX-7:103 prevé dos mecanismos de ejecución: uno judicial y otro extrajudicial. El primero está excluido para las garantías basadas en la retención de la propiedad. La ejecución extrajudicial debe tener lugar de forma “comercialmente razonable” y, en la medida de lo posible, en cooperación con el deudor. Si la garantía está basada en la retención de la propiedad, el propietario acreedor puede resolver el contrato de acuerdo con las reglas generales del capítulo 3 sección 5 del Libro III. Si el comprador ha creado o transmitido derechos a favor de terceros sobre el bien gravado, la regla

jurisprudencial de una diversidad de figuras entre las que se encuentran las basadas en la propiedad. En el modelo de garantía del art. 9 UCC y en las legislaciones que lo siguen, como Canadá, Australia y Nueva Zelanda, los legisladores utilizan otros métodos menos ostensibles de privilegiar a los acreedores que aportan bienes tangibles frente a los que aportan dinero; *vid.* DROBNIG, U. “The Rules on Proprietary...”, *op. cit.*, p. 23.

general es que tales derechos se extinguen, aunque queda sujeta a ciertas excepciones (párrafo segundo del art. IX-7:301)³⁵.

15. Por tanto, el DCFR responde a un modelo múltiple y funcional de garantías que, partiendo de la diversidad propia de las existentes en los diversos países europeos, lo convierte en la primera de sus características principales. La segunda es el protagonismo que entre las mismas alcanza la reserva de dominio, cuyo tratamiento en el texto permite considerarla una auténtica “supergarantía”. Por último, crea un Registro de garantías, en este caso europeo, como requisito de oponibilidad de las mismas, asegurando así su eficacia.

III. LA RESERVA DE DOMINIO EN DERECHO COMPARADO

1. Introducción y justificación de la elección

16. Se acaba de analizar cómo en el DCFR la reserva de dominio se configura como retención de la propiedad a la que se atribuye una función de garantía³⁶. Aunque la misma consideración parece atribuirle el Derecho de la UE en la Directiva 2000/35/CE, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (sustituida por la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011) la redacción de su artículo 4 (actual art. 9) ha resultado más que polémica³⁷. Por su parte, en la actualidad y tras algunas reformas legislativas importantes llevadas a cabo por algunos legisladores nacionales, puede mantenerse que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno - europeo-, predomina la configuración de la reserva de dominio como un pacto que somete la transmisión de la propiedad a la condición suspensiva del completo pago del precio³⁸. Entre los ordenamientos jurídicos que así la reconocen se encuentran el Derecho alemán y el Derecho francés. La elección de estos y no otros para su análisis responde al hecho de que cada uno de ellos constituye el paradigma de un modelo de transmisión de la propiedad -el primero abstracto, el segundo consensual-, que divergen entre sí y del sistema español de transmisión mediante título y modo. Sin embargo y a pesar de sus diferencias, uno antes y otro después, han introducido una regulación general de la reserva de dominio en sus códigos civiles, que se coordina perfectamente con las normas que regulan sus efectos frente a terceros y acreedores -individuales y colectivos-, con consecuencias bastante similares.

La aproximación a ambos sistemas, aunque somera, cumple una triple función. En primer lugar, sirve para reforzar la opción por la tesis clásica o dominical que, acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio, se sigue de forma mayoritaria

³⁵ Vid., EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G. ZIMMERMANN, R., “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)”, traducción de Bruno Rodríguez-Rosado, *ADC*, 2009, pp. 1461-1522; RODRÍGUEZ OLMOS, J.M., “Algunas observaciones...”, *op. cit.*, pp. 3-27; DROBNIG, U., “The Rules on Proprietary Security”, *op. cit.*, pp.24-36.

³⁶ Su artículo IX.-I:103 (1) establece que existe pacto de reserva de dominio cuando el propietario retiene la propiedad de los bienes suministrados con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación.

³⁷ Vid. *infra*.

³⁸ Así se desprende del estudio de Derecho comparado que se realiza en KIENNINGER, E.M., *Security rights in movable property in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, *passim* y pp. 283-284.

en nuestra doctrina y jurisprudencia. Ésa es también la acogida aquí con objeto de solucionar los problemas de aplicación de las normas de conflicto en supuestos transfronterizos³⁹. Por último, aporta dos posibles paradigmas de cara a una eventual reforma del nuestro Derecho material, en el seno de los trabajos de actualización de nuestro Código civil que se llevan a cabo en la Sección Civil de la Comisión General de Codificación⁴⁰.

2. Reserva de dominio en Derecho alemán: *Eigentumsvorbehalt*

17. En virtud del § 433 *BGB*, el vendedor de una cosa se obliga a entregarla al comprador y a transmitirle la propiedad de la misma. A cambio, el comprador se obliga a pagarle el precio acordado. En Derecho alemán, la transmisión de los bienes muebles constituye el modelo de los negocios jurídico reales de disposición. Así, en virtud del § 929 *BGB* son necesarios un acuerdo real y la tradición. Sin embargo, el principio de la tradición en virtud del cual resulta necesaria la entrega de la posesión inmediata como presupuesto de la transmisión quiebra en distintas situaciones. A pesar de que la transmisión está sometida al principio de abstracción, la idea de que el comprador sólo se convierte en propietario con el pago del precio está completamente extendida y justifica ampliamente la reserva de dominio, considerada una quiebra del principio de abstracción permitida por el legislador⁴¹. Por tanto, la reserva de dominio simple se entiende como un pacto que condiciona suspensivamente la transmisión de la propiedad y constituye una excepción a la regla general del § 433 *BGB*⁴².

18. La Ley para la modernización del Derecho de las obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), en vigor desde el 1 de enero de 2002, modificó parcialmente el régimen de la reserva de dominio en Derecho alemán⁴³. El § 449 -que sustituye al anterior § 455-, establece que, si el vendedor de un bien mueble se hubiese reservado la propiedad hasta el pago del precio, en caso de duda debe interpretarse que se transmite la propiedad bajo condición suspensiva del pago total. En caso de mora del comprador, el vendedor podrá recuperar el bien, previa resolución del contrato. Es decir, el § 449 -como el anterior 455- contiene una regla interpretativa en virtud de la cual la reserva de dominio se entiende como un pacto que condiciona suspensivamente la transmisión de la propiedad. El precepto introduce como novedad la necesidad de solicitar

³⁹ *Vid. infra*.

⁴⁰ La Propuesta de Código civil, correspondiente a los Libros V y VI, elaborada por la Asociación de profesores de Derecho civil, no afecta a los bienes, la propiedad y los derechos reales, que se mantiene en el Libro III del Código civil; *vid.* Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*.

⁴¹ SERICK, R., *Garantías mobiliarias en Derecho alemán. Perfiles y principios* (traducción de A. Carrasco Perera de la obra original *Deutschen Mobiliarsicherheiten. Aufriss und Grundgedanken*), Tecnos, Madrid, 1990, p. 42.

⁴² Entre otros, WESTERMANN, H., WESTERMANN, H.P., GURSKY, D. EICKMANN, K-H., *Westermann Derechos reales*, Fundación cultural de Notariado, Madrid, 2007, pp. 494-495 (traducción española de A. Cañizares Laso, J.M. Miquel González, J.M. Rodríguez Tapia y B. Rodríguez-Rosado, de la obra *Sachenrecht*, 7. Auflage, Müller, Heidelberg, 1998).

⁴³ Para conocer los antecedentes históricos del *Eigentumsvorbehalt* puede consultarse RÜCKERT, J., SCHÄFER, F.L., *Schuldrecht: Besonderer Teil*, en SCHMOECKEL, M., RÜCKERT, J., ZIMMERMANN, R., *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2013, pp. 143-153.

la resolución del contrato para poder recuperar el bien, lo que demuestra la dependencia del negocio dispositivo respecto del contrato.

Jurisprudencia y doctrina distinguen entre “propiedad reservada” del vendedor y “propiedad expectante” del comprador (*Anwartschaftsrecht*). Si bien el vendedor no transfiere la propiedad al comprador hasta el pago total del precio -por lo que, durante el período de pendencia de la condición, el vendedor sigue siendo titular del bien entregado al comprador-, su propiedad resulta limitada por un derecho de este último, que, a medida que va pagando los respectivos plazos, va adquiriendo más valor, hasta el punto de poder transmitirlo. Si el comprador no paga el precio totalmente, el vendedor podrá resolver el contrato y solicitar la restitución del bien, pagando la diferencia, en caso de que el valor del mismo sea superior a la deuda. Durante el período de pendencia, al comprador corresponde el derecho a poseer el bien en virtud del § 986 *BGB*, por lo que si el vendedor lo enajena a un tercero -lo que puede hacer por ser propietario-, el comprador podrá oponer ese derecho frente al nuevo propietario⁴⁴. La posición del vendedor queda muy reforzada frente a los terceros adquirentes (salvo los de buena fe de los § 932 y ss. *BGB*) y los acreedores del comprador (en las ejecuciones individuales, al vendedor le corresponde una tercería de dominio del § 771 *ZPO*). El Derecho alemán no exige ningún requisito de forma para que la cláusula sea válida entre las partes. Aunque la mayor parte de las veces tiene lugar por escrito -inserta, incluso, en condiciones generales-, cabría un simple acuerdo verbal, incluso un pacto tácito⁴⁵. Para su oponibilidad frente a los acreedores del comprador y terceros adquirentes, tampoco se exige publicidad. Junto a la reserva de dominio simple, la jurisprudencia alemana ha desarrollado figuras extendidas, como la reserva de dominio prolongada (*verlängerten Eigentumsvorbehalt*) y la reserva de dominio ampliada (*erweiterten Eigentumsvorbehalt*)⁴⁶, excluidas del objeto de este trabajo por no estar admitidas en Derecho español.

⁴⁴Vid, entre otros, BREHM, W., BERGER, C., *Sachenrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tubinga, 2006, p. 470-480; BAUR, J.F., STÜRNER, R., *Sachenrecht*, 18. Auflage, Beck, Munich, 2015, pp. 824-861; WILHEIM, J., *Sachenrecht*, Berlin/ Nueva York, 4. Auflage, W. De Gruyter, 2010, pp. 948-963; LÜKE, W., *Sachenrecht*, 2. Auflage, C. H., Beck, Munich, 2010, pp. 206-222; SERICK, R., *Garantías...*, *op. cit.*, pp. 44-47 y 120-121.

⁴⁵ WESTERMANN, H., WESTERMANN, H.P., GURSKY, D. EICKMANN, K-H., *Westermann...*, *op. cit.*, pp. 497-502; LÜKE, W., *Sachenrecht*, *op. cit.*, p. 210-212; GRUNEWALD, B., en WERTERMANN, H.P., GRUNEWALD, B., MAIER-REIMER, G., *Erman Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, Otto Schmidt, Colonia, 14. Auflage bearbeitete, 2014, pp. 1857-1868; FAUST, F., en BAMBERGER, H.G., ROTH, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, §§ 1-610, Beck, Munich, 2012, 3. Auflage, 2129-2133; WESTERMANN, H.P., en SÄCKER, F.J., RIXECKER, R., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, Schuldrecht, Besondere Teil, §§ 433-610, Beck, Munich, 5. Auflage, 2008, pp. 304-344.

⁴⁶ BREHM, W., BERGER, C., *Sachenrecht*, *op. cit.*, pp. 481-492; BAUR, J.F., STÜRNER, R., *Sachenrecht*, *op. cit.*, pp. 852-861; LÜKE, W., *Sachenrecht*, *op. cit.*, pp. 223-240; WESTERMANN, H., WESTERMANN, H.P., GURSKY, D. EICKMANN, K-H., *Westermann...*, *op. cit.*, pp. 525-537; FAUST, F., en BAMBERGER, H.G., ROTH, H., *Kommentar...*, *op. cit.*, pp. 2133-2136; SERICK, R., *Garantías...*, *op. cit.*, pp. 61-73 y 127-134; en tales páginas, este último autor sostiene que solo las formulas extendidas de la reserva de dominio pueden aproximarse a la transmisión de propiedad en garantía, desde el punto de vista de la posición jurídica del vendedor reservatario en el concurso. Esta se equipara a la del acreedor pignoraticio, pues solo está legitimado para la realización del valor de la cosa. Habla así de prenda sobre cosa ajena -conocida en Derecho alemán- mediante la formulación de una regla de permeabilidad en la reserva de dominio prolongada y una regla de elasticidad en la reserva de dominio ampliada.

19. En los procesos colectivos contra los bienes del comprador, la *Insolvenzordnung (InsO)* de 5 de octubre de 1994, en vigor desde el 1 de enero de 1999, ha regulado expresamente la eficacia de la reserva de dominio en el concurso. Su § 107, párrafo segundo recoge finalmente las soluciones que la doctrina y la jurisprudencia venían aplicando durante la vigencia de la *Konkursordnung (KO)* de 1877, donde no aparecía regulada expresamente. Entonces doctrina y jurisprudencia aplicaban el §17 de la citada Ley, que contenía el régimen de los contratos bilaterales con prestaciones pendientes de ejecución por ambas partes, en el momento de apertura del concurso. En la mayor parte de los casos, como la reserva de dominio se consideraba una condición suspensiva, el vendedor conservaba la propiedad del bien, que no entraba a formar parte de la masa del concurso, funcionando así a modo de *exceptio inadimpleti contractus*⁴⁷. El vendedor reservista era así considerado un propietario pleno y se le reconocía un derecho de separación en el concurso⁴⁸. En la actualidad y de manera expresa, el § 107 se remite al § 103.2, que regula la eficacia de los contratos bilaterales pendientes de ejecución por ambas partes en el momento de apertura del procedimiento de insolvencia. Concretamente, al vendedor corresponde un derecho de separación (§ 47 *InsO*), por lo que los bienes no entrarán a formar parte de la masa, salvo que el administrador decida optar por el cumplimiento. Este derecho de opción que corresponde al administrador del concurso está vigente hasta pasado el llamado plazo de información, salvo que se trate de un bien perecedero (§ 107, párrafo 2, inciso segundo)⁴⁹.

3. Reserva de dominio en Derecho francés: *réserve de propriété*

20. Tradicionalmente, aunque no estuvo regulada en el *Code civil*, la cláusula de reserva de dominio ha sido admitida en Derecho francés, al entender la doctrina que los preceptos que vinculan la transferencia de propiedad a la perfección del contrato de compraventa *solo consensu*, no son imperativos (arts. 1196 -antiguo 1138- y 1583), si bien la jurisprudencia había limitado su eficacia frente a terceros con base en la regla “*en fait des meubles, possession vaut titre*” del art. 2276 *Code civil*. Esa limitación fue superada en la Ley 335 de 12 de mayo de 1980 y en la Ley de 25 de enero de 1985 sobre los procesos colectivos, consagrándose la oponibilidad de la cláusula de la reserva de dominio en determinadas condiciones⁵⁰.

21. Su introducción en el *Code civil* ha tenido lugar por la *Ordonnance* 2006-346, de 23 de marzo de 2006, que ha creado un Libro IV dedicado exclusivamente a las garantías (*Des sûretés*). Concretamente sus arts. 2367 a 2372 regulan “*la propriété retenue à titre de garantie*” entre las garantías reales mobiliarias, positivizando las

⁴⁷ MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 313-314 y doctrina allí citada.

⁴⁸ *Vid.*, en este sentido, SERICK, R., *Garantías...*, *op. cit.*, pp. 43 y 119.

⁴⁹ WESTERMANN, H., WESTERMANN, H.P., GURSKY, D. EICKMANN, K-H., *Westermann...*, *op. cit.*, p. 510.

⁵⁰ *Vid.* BOURASSIN, M., BRÉMOND, V., *Droit des sûretés*, 6ª ed., Dalloz, París, 2018, p. 478; MIGNOT, M., *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3e. éd., LGDJ, París, 2017, pp. 586-587; PICOD, Y., *Droit des sûretés*, 3e. mise à jour, P.U.F., París, 2016, pp.498-499; SIMLER, P., DELEBEQUE, P., *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 7ª ed., Dalloz, París, 2016, p. 694; AYNÉS, L., CROCQ, P., *Droit des sûretés*, 9ª ed., LGDJ, París, 2015, p. 434.

soluciones que la jurisprudencia había dado ya con anterioridad en el ámbito comercial⁵¹. En virtud del art. 2367, la propiedad de un bien puede ser retenida en garantía, por efecto de una cláusula de reserva de propiedad, que suspende el efecto traslativo de un contrato hasta el completo pago de la obligación que constituye la contraprestación. La propiedad así reservada es accesoria del crédito que garantiza⁵². Su naturaleza jurídica tampoco es una cuestión pacífica entre la doctrina francesa, si bien el texto del precepto no deja duda de que la cláusula supone la suspensión del efecto traslativo de la propiedad, que se atribuye al vendedor hasta el completo pago del precio. Además, la *Cour de cassation* ha considerado que, en defecto de pacto, los riesgos recaen sobre el vendedor en virtud de la regla “*res perit domino*”⁵³. El comprador, por tanto, recibe la cosa en calidad de poseedor y está obligado, en principio, a conservarla, pero si la transforma o la transmite a un tercero de buena fe, el vendedor/acreditor podrá reivindicar el precio (art. 2372 *Code civil* y L624-18 *Code de commerce*).

En virtud de esta cláusula -que ha de constar por escrito (art. 2368 *Code civil* y art. L. 624-16 *Code de commerce*) y debe ser convenida por las partes o, al menos, aceptada por el deudor⁵⁴-, el acreedor puede solicitar la restitución del bien, ante la falta de pago del comprador, a fin de recuperar su derecho de disposición sobre la misma; si bien deberá imputar el valor del bien, a título de pago, a la extinción del crédito garantizado. El vendedor deberá pagar al deudor la diferencia en caso de que el valor del bien sea superior a la deuda garantizada y exigible (art. 2371). De esta forma se evita que se produzca un enriquecimiento del vendedor. Además, como puede solicitar daños y perjuicios, podrá pedir la compensación⁵⁵. La realización de la garantía tiene lugar mediante la reivindicación del bien mismo o de su valor. En caso de que el comprador hubiere transmitido el bien a un tercero de buena fe o la cosa se hubiere perdido y estuviere asegurada, la reivindicación recaerá sobre el crédito del deudor contra los subadquirentes o sobre la indemnización del seguro. (arts. 2372 *Code civil* y L626-18 *Code de commerce*)⁵⁶. En estos supuestos la doctrina entiende que la reserva de dominio se

⁵¹ MIGNOT, M., *Droit...*, *op. cit.*, p. 587; ARANA DE LA FUENTE, I., “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *InDret*, 2/2012, p. 36.

⁵² BOURASSIN, M., BRÉMOND, V., *Droit...*, *op. cit.*, pp. 478-479; PICOD., Y., *Droit...*, *op. cit.*, p. 499; SIMLER, P., DELEBEQUE, P., *Droit...*, *op. cit.*, p. 694; CABRILLAC, M., MOULY, C., CABRILLAC, S., PETEL, P., *Droit des sûretés*, 10ª ed., Lexis-Nexis, París, 2015, p. 444 ; estos autores consideran que su carácter accesorio no deja duda de que se trata de una auténtica garantía, así consagrada expresamente por el *Code civil*; pero admiten que -a pesar de su carácter accesorio-, la extinción del crédito sin el pago no afecta a la propiedad reservada, que sólo se extingue por el pago total (condición suspensiva convencionalmente fijada, como ha tenido ocasión de determinar la *Cour de cassation*; véase AYNÉS, L., CROCQ, P., *Droit...*, *op. cit.*, p. 440).

⁵³ AYNÉS, L., CROCQ, P., *Droit...*, *op. cit.*, p. 439; CABRILLAC, M., MOULY, C., CABRILLAC, S., PETEL, P., *Droit...*, *op. cit.*, nota 42, p. 637; SIMLER, P., DELEBEQUE, P., *Droit...*, *op. cit.*, p. 696.

⁵⁴ MIGNOT, M., *Droit ...*, *op. cit.*, pp. 589-590; PICOD, Y., *Droit...*, *op. cit.*, p. 501.

⁵⁵ BOURASSIN, M., BRÉMOND, V., *Droit...*, *op. cit.*, p. 480; CABRILLAC, M., MOULY, C., CABRILLAC, S., PETEL, P., *Droit...*, *op. cit.*, p. 642; SIMLER, P., DELEBEQUE, P., *Droit...*, *op. cit.*, pp. 702-703; lo que para estos últimos es una manifestación más de su naturaleza de auténtica garantía; con reservas, MIGNOT, M., *Droit...*, *op. cit.*, p. 588.

⁵⁶El art. L624-16, párrafo segundo del *Code de commerce* establece como requisito para su reivindicación que se encuentran “en natura” en el momento de apertura del procedimiento. Aunque referida a los procesos colectivos, la doctrina lo considera un requisito de carácter general. El régimen se completa con los arts. 2369 y 2370 *Code civil* y L624-16 *Code de commerce* (MIGNOT, M., *Droit ...*, *op. cit.*, p. 592; CABRILLAC, M., MOULY, C., CABRILLAC, S., PETEL, P., *Droit...*, *op. cit.*, pp. 638-639, 643-644).

convierte en un derecho de realización del valor, a modo de otras garantías reales, perdiendo así su especificidad⁵⁷.

22. El vendedor también podrá reivindicar el bien en procedimientos colectivos abiertos contra el comprador -en virtud del art. L624-16.2º *Code de commerce*-, siempre que conste por escrito antes o en el momento de la entrega⁵⁸. La resolución del contrato (que no es obligatoria para su reivindicación) no puede tener lugar en ningún caso si se ha iniciado un procedimiento colectivo contra los bienes del comprador. En ese caso, el vendedor podrá ejercitar la acción reivindicatoria en el plazo de tres meses desde la publicación de la sentencia que ordene su apertura (art. L624-9 *Code de commerce*); salvo que el juez-comisario realice o autorice el pago inmediato o que el vendedor consienta un pago aplazado. La reivindicación debe realizarse obligatoriamente mediante una solicitud amistosa (*demande amiable*) dirigida, según los casos, al administrador, al deudor o al liquidador; si estos no se allanan a la misma en el plazo de un mes, el vendedor deberá reivindicar el bien ante el juez-comisario en el plazo de otro mes (art. L624-17 *Code de commerce*). Transcurrido el plazo establecido en la ley, el vendedor conserva la propiedad, pero no es oponible en el marco del procedimiento colectivo, pudiendo ejercitar su derecho a reclamar si ha sido regularmente declarado, pero no gozará de ningún derecho de preferencia⁵⁹.

23. El legislador francés no requiere la resolución del contrato para la reivindicación del bien⁶⁰. Tampoco exige ningún requisito de publicidad para su oponibilidad, lo que para algunos autores le atribuye una enorme fragilidad, pues la acción reivindicatoria del vendedor quiebra frente al tercer adquirente de buena fe en virtud del art. 2276 *Code civil*⁶¹. Frente a esta debilidad, la solución que defendía la comisión de reforma con base en el argumento de la transparencia y de la seguridad era el establecimiento de un sistema de publicidad obligatoria. Esta solución tampoco ha sido acogida en el Anteproyecto de reforma del Derecho de las garantías de septiembre de 2017, que, bajo los auspicios de la Asociación Henri Capitant, ha sido elaborado por la comisión presidida por Michel Grimaldi. En el mismo se introducen dos modificaciones con objeto de mejorar el régimen de la reserva de dominio: por un lado, se reafirma su carácter accesorio y, por otro, se determinan las excepciones oponibles por los subadquirentes a la aplicación de la reserva de dominio sobre el precio de reventa del bien sujeto a la misma⁶². Sin embargo, nada se dice de la creación de un sistema de publicidad, ni obligatorio ni facultativo. Este último es el que se contempla en el caso de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero (*crédit-bail*), instaurado por la Ley de 2 de julio de

⁵⁷ PICOD, Y., *Droit...*, *op. cit.*, p. 502; MIGNOT, M., *Droit...*, *op. cit.*, pp. 594-595.

⁵⁸ En el régimen especial contenido en el *Code de commerce* para los procedimientos colectivos (art. L624-16 y ss.), este precepto tiene por objeto preservar a los terceros frente a eventuales maniobras fraudulentas; *vid.*, en este sentido, PICOD, Y., *Droit...*, *op. cit.*, p. 501.

⁵⁹ MANHAEVE, C., *L'efficacité en procédure collective de la réserve de propriété*, ANTR, Villeneuve d'Ascq, 2012, *passim*; esp. pp. 100-129 y 177-228; BOURASSIN, M., BRÉMOND, V., *Droit...*, *op. cit.*, p. 482; CABRILLAC, M., MOULY, C., CABRILLAC, S., PETEL, P., *Droit...*, *op. cit.*, p. 642; AYNÉS, L., CROCQ, P., *Droit...*, *op. cit.*, p. 436; SIMLER, P., DELEBEQUE, P., *Droit...*, *op. cit.*, p. 699.

⁶⁰ *Vid.*, MIGNOT, M., *Droit...*, *op. cit.*, p. 592.

⁶¹ BOURASSIN, M., BRÉMOND, V., *op. cit.*, p. 481; PICOD, Y., *Droit...*, *op. cit.*, pp. 502-503; AYNÉS, L., CROCQ, P., *Droit...*, *op. cit.*, pp. 438 y 441; SIMLER, P., DELEBEQUE, P., *Droit...*, *op. cit.*, pp. 700 y 702.

⁶² BOURASSIN, M., BRÉMOND, V., *Droit...*, *op. cit.*, p. 483.

1966 y completada por el Decreto de 4 de julio de 1972: el contrato debe ser publicado en caso de solicitud del arrendador financiero ante el registro del Tribunal de comercio de su domicilio o sede, lo que le permitirá oponer su derecho de propiedad a los diferentes acreedores o causahabientes, incluso los de buena fe, impidiéndoles prevalerse del art. 2276 *Code civil*. En cualquier caso, la ausencia de dicha publicidad no impide al arrendador financiero acreditar su derecho de propiedad de cualquier otra forma⁶³.

IV. LA RESERVA DE DOMINIO EN DERECHO MATERIAL ESPAÑOL

1. La polémica naturaleza jurídica de la reserva de dominio en Derecho español: *status quaestionis*

24. La naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio no es cuestión pacífica en la doctrina y la jurisprudencia española. A ello ha contribuido la ausencia de una regulación específica sobre la misma en nuestro Código civil. Este vacío legislativo no ha impedido su utilización como un pacto vinculado a un contrato de compraventa con precio aplazado, en virtud del cual las partes establecen, en ejercicio de la autonomía de la voluntad material (art. 1255 Cc), que la transmisión de la propiedad del bien no se produzca hasta el pago total del precio por el comprador. De esta forma la cláusula cumple una función de garantía del cumplimiento de la obligación del comprador a favor del vendedor, que entrega la cosa a aquél, pero no recibe a cambio la totalidad del precio.

Las principales tesis acerca de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio en Derecho español son tres: la teoría clásica o de la titularidad dominical, que la considera una condición suspensiva del traspaso de la propiedad; la que la entiende como condición resolutoria y la que la asimila a un derecho real de garantía próximo a la prenda, también llamada teoría prendaria. En virtud de la primera se estima que, a pesar de haberse perfeccionado el contrato, en virtud de la cláusula de reserva de dominio, el vendedor conserva la propiedad de la cosa hasta el completo pago del precio que ha quedado aplazado; mientras que en virtud de las dos últimas se entiende que, a pesar de la cláusula de reserva de dominio, la propiedad de la cosa pasa al comprador desde el momento de la perfección del contrato. Las tres teorías se presentan aquí de forma somera, sin pretensiones de exhaustividad, con la única finalidad de optar por aquella que parece representar la comprensión más coherente sobre su naturaleza y efectos, pues - aún sin resolver todos los problemas que plantea- favorece o facilita la eficacia en España de las pactadas en el extranjero, cuyo análisis sí constituye el auténtico objetivo de este trabajo⁶⁴.

25. Los partidarios de la teoría clásica sostienen que la validez de la cláusula puede ser admitida con base en la libertad de pactos del art. 1255 Cc. Si la voluntad de las partes es la de no transmitir la propiedad hasta el pago total del precio por el comprador, nada

⁶³ PICOD, Y., *Droit...*, *op. cit.*, p. 505.

⁶⁴ No es este, por tanto, el lugar para realizar un análisis detallado de las mismas, aunque, por razones obvias, el epígrafe se centra y analiza con más detenimiento la que considera la reserva de dominio como condición suspensiva de la transmisión de propiedad del bien cuya propiedad se reserva el vendedor. Un abordaje más profundo de estas y otras teorías puede encontrarse en MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos...*, *op. cit.*, pp. 90-140.

se opone a ello y no vulnera el art. 609 Cc⁶⁵. Aunque el Código civil no regula expresamente dicha cláusula, había sido admitido por la jurisprudencia⁶⁶ y el Derecho anterior a la Codificación reconocía plenos efectos a los pactos de reserva de la propiedad como garantía del interés del vendedor.

Las condiciones se remontan al Derecho Romano preclásico, cuando, como ha señalado la doctrina, constituían el medio utilizado para resolver el problema derivado de la entonces falta de reciprocidad de las obligaciones, pues sólo existían las de carácter unilateral. De hecho, la *traditio* podía quedar sometida a condición, siendo el único modo de transmisión de la propiedad que permitía pactos sobre sus efectos traslativos, como el *pactum reservati domini*⁶⁷.

En el Derecho Justiniano (Instituciones II.1.41), se estableció -como excepción a la regla general de la transmisión de la propiedad mediante *traditio*- que las cosas vendidas y entregadas no se adquirirían por el comprador, a no ser que hubiese pagado el precio al vendedor o de otra forma le hubiese satisfecho, como habiéndole dado una prenda o presentado un fiador. El texto señalaba a continuación que esta regla no sólo se contenía ya en la Ley de las XII Tablas, sino que constituía, además, una norma “*iure gentium*, es decir, de derecho natural”, distinguiendo el supuesto en que el vendedor “se hubiese fiado del comprador”, en cuyo caso éste se hacía inmediatamente con (la propiedad de) la cosa. Dicha solución se mantuvo -aunque con excepciones- en el Derecho común europeo hasta la Codificación. Así, entre los postglosadores cabe destacar, por su influencia en la doctrina posterior, la opinión de Baldo, quien entendía, con base en las Instituciones II.1.41, que el pacto de reserva de dominio es conforme al Derecho natural y lo consideraba una condición suspensiva. A partir de él y a lo largo de los siglos, la doctrina no ha dudado de la validez del pacto y le ha atribuido una importante función vinculada a la circulación del crédito⁶⁸.

⁶⁵ Como señala la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 631/2000, de 20 de junio de 2000, F. J. 2º: “El art. 609 Cc., en orden a la adquisición de la propiedad, no es tan absoluto que no admita en su régimen adquisitivo modificaciones por voluntad de los interesados en el negocio jurídico de que se trate o en el que sea su consecuencia, ni es tan negativo que por mor de esas modificaciones arrastre la nulidad del título que las recoja, porque su incorporación al tipo la recoge el art. 1255 del propio Código, con carácter general, siempre que el tipo de contrato que así se cree no obedezca a una causa torpe que contraríe la ley, la moral o el orden público y más aún si la propia ley lo ha previsto”. En el mismo sentido, se había pronunciado con anterioridad el TS en su Sentencia 229/1993, de 12 de marzo, F.J. 3º, al afirmar que “El pacto de reserva de dominio (...) supone que el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, significa una derogación convencional del art. 609 del CC en relación con los arts. 1461 y concordantes y aunque se entregue la cosa no se transmite la propiedad, viniendo a constituir como cualquier otra cláusula que se establezca con tal fin, una garantía para el cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada, y verificado tal completo pago se produce *ipso iure* la transferencia dominical; no afecta, pues, a la perfección, pero sí a la consumación, sin que se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquélla por el libre consentimiento, del derecho a exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma.”

⁶⁶ Es el caso de las Sentencias del TS de 16 de febrero de 1894, de 6 de marzo de 1906, de 30 de septiembre de 1914 y de 20 de noviembre de 1915, entre las más antiguas. Significativa es la STS de 10 junio de 1958, al declarar que “(...) desde el momento en que ni la moral ni el derecho se oponen en modo alguno a que el comprador no adquiera la propiedad de la cosa comprada, mientras no satisfaga el precio convenido (...) es notorio que se trata de un pacto lícito en Derecho”.

⁶⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op. cit.*, p. 141, citando a Jhering.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 142-161, donde realiza un interesante análisis de la misma para concluir que la necesidad del pago del precio para transmitir la propiedad de la cosa vendida mediante *traditio*, constituía una regla dispositiva cuya excepción más relevante era aquélla en virtud de la cual la propiedad sí se transmitía si el vendedor se hubiese fiado del comprador. De esta forma el pacto de reserva de dominio vendría a confirmar la regla, evitando que se entendiera que la entrega supone la voluntad incondicional de transmitir la propiedad. El privilegio especial del vendedor no satisfecho vendría a constituir una alternativa más

Ya en las Partidas, la Ley 46, del Título XXVIII, de la Partida III, disponía que en las ventas al contado no se transmitía la propiedad sobre el bien vendido hasta que el comprador hubiera pagado la totalidad del precio. No ocurría lo mismo en las llamadas “ventas al fiado”, porque, basadas en la confianza del vendedor en la solvencia del comprador, en ellas, sí se producía el traspaso de la propiedad antes del pago. No obstante, el vendedor podía reservarse la titularidad sobre el bien vendido, siendo preferido frente al resto de acreedores, pues era considerado acreedor de dominio, en virtud de la Ley 30, del Título III, de la Partida V. Es decir, en las ventas al contado se consideraba que el vendedor debía quedar especialmente protegido frente al incumplimiento del comprador, porque no le había dado su confianza; por ello, en caso de incumplimiento del comprador, el ordenamiento permitía al vendedor recuperar la cosa entregada. La Ley 46 de la Partida III contenía, en realidad, una excepción al régimen general de transmisión de la propiedad (teoría del título y el modo), consistente en que, en las ventas al contado de bienes muebles, además, era necesario el pago del precio para transmitir la propiedad. Esa garantía del vendedor al contado no pasó, sin embargo, a nuestro Código civil, donde, por influencia del *Code civil* francés, desapareció la distinción entre ventas al contado y ventas “al fiado” desde el punto de vista de las garantías del vendedor, quedando todas sometidas al mismo régimen, contenido en el art. 1922.1 Cc, que tan sólo reconoce al vendedor de cosa mueble un privilegio especial para garantizar la satisfacción de su interés, una vez el bien ha sido entregado al comprador⁶⁹.

La reserva de dominio sí está regulada con carácter general en Derecho navarro (Capítulo VI del Título VII dedicado a las garantías reales, leyes 483 a 485 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra). Así, la ley 483 establece que en virtud del pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total del precio. Corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso; además corre con los riesgos y todos los gastos inherentes a aquélla; mientras que el vendedor queda obligado a no disponer de la misma. Una vez inscrita la venta en el Registro de la Propiedad u otro Registro, todo acto de disposición del bien por parte del vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador. En caso de embargo de bienes, concurso o quiebra del vendedor, quedará a salvo el derecho del comprador para adquirir la propiedad mediante pago íntegro del precio en los plazos convenidos. La ley 484 señala que la falta de pago por el comprador de cualquiera de los plazos del precio facultará al vendedor para resolver el contrato. En caso de resolución, el vendedor recobrará la libre disposición del bien y deberá restituir las cantidades percibidas, con derecho a reclamar la compensación por el uso de la cosa y daños y perjuicios ocasionados conforme a lo pactado o, en defecto de pacto, la correspondiente indemnización⁷⁰.

favorable a los intereses del resto de acreedores del comprador que no siempre era considerada incompatible con su derecho de propiedad.

⁶⁹ Véase el análisis de los textos, con base en la doctrina de la época, en BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, op. cit., pp. 398-401, donde se sostiene que dicho privilegio nació en el Derecho consuetudinario francés para garantizar al vendedor en las ventas a plazos, como alternativa a la reserva de dominio, conocida en los territorios de Derecho escrito que seguían el Derecho romano. No obstante, la doctrina no es unánime a este respecto (véase MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, op. cit., p. 158, citando a Feenstra, quien consideraba que se trataba de una regla de un antiguo derecho comercial internacional que no tenía su origen en Francia).

⁷⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Algunos apuntes para el estudio de la Ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 15, 1993, pp. 145-154.

La Ley 50/1965, de 17 de julio, de venta a plazos de bienes muebles reguló por primera vez sus efectos en nuestro Derecho común, si bien no definía lo que debía entenderse por tal. Derogada y sustituida por la actualmente vigente Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (en adelante LVPBM), ésta tampoco la define, pero regula sus requisitos de validez y eficacia. Su ámbito de aplicación queda limitado a los contratos de venta a plazos -por un tiempo superior a tres meses- de bienes muebles corporales, no consumibles e identificables y los contratos de préstamo destinados a financiar su adquisición (arts. 3 y 4)⁷¹. En virtud de la misma se considera válida la cláusula de reserva de dominio pactada si consta por escrito en el contrato de venta a plazos (art. 7.10). En cuanto a los efectos entre las partes, el art. 10 establece que en caso de impago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor podrá optar entre solicitar el pago de todos los plazos pendientes o la resolución del contrato, restituyéndose recíprocamente, en ese caso, las prestaciones realizadas. Si opta por reclamar el pago, su art. 16.2 establece un procedimiento especial para dirigirse directamente contra el bien -previo requerimiento notarial de pago al deudor- como opción residual, siempre que el contrato esté inscrito en el RBM y formalizado a través de un modelo oficial. El deudor deberá pagar o entregar la posesión de los bienes, procediéndose a su enajenación en pública subasta. También prevé que las partes puedan reclamarse recíprocamente las cantidades que correspondan si el bien tuviere un valor superior o inferior a la deuda reclamada, en caso de que el acreedor hubiere optado por la adjudicación de éste⁷². Si el deudor no paga ni entrega el bien o los bienes para su enajenación en pública subasta, el acreedor podrá reclamar la tutela sumaria de su derecho mediante el ejercicio de las acciones previstas en los números 10 y 11 del apartado primero del art. 250 LEC⁷³. La cláusula de reserva de dominio será oponible frente a terceros siempre que se inscriba en el RBM (art. 15.1), presumiendo que ese derecho así inscrito existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 15.2). El mismo precepto atribuye al vendedor una tercería registral en caso de embargo preventivo o ejecución forzosa de los bienes por los acreedores del comprador (15.3)⁷⁴.

⁷¹ Quedan excluidas expresamente las ventas a plazos de bienes muebles destinadas a la reventa al público y los préstamos destinados a su financiación, las ventas y préstamos ocasionales sin finalidad de lucro, los préstamos y ventas garantizados con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, los de cantidad inferior a la determinada reglamentariamente y los arrendamientos financieros (art. 5). Los contratos de consumo con precio aplazado se rigen por la Ley 16/2011 de contratos de crédito al consumo y supletoriamente por la LVPBM (art. 2 LVPBM).

⁷² El apdo. c) del art. 16.2 LVPBM, al regular la posible adjudicación del bien por el vendedor, se remite al art. 1872 Cc, por lo que aleja toda sospecha de vulneración de la prohibición del pacto comisorio contenida en el art. 1859 Cc.

⁷³ La acción prevista en el n° 10, que se sustancia mediante juicio verbal, va dirigida a obtener una sentencia condenatoria que permita una ejecución posterior dirigida exclusivamente contra el bien o bienes vendidos a plazos con reserva de dominio, mientras que el n° 11 se dirige exclusivamente a obtener la inmediata entrega del bien, previa resolución del contrato.

⁷⁴ Su art. 16.3 reconoce al vendedor con reserva de dominio inscrita, el derecho a reclamar el bien que se hallare en poder de persona distinta del comprador, cuando tras el requerimiento notarial al comprador éste se niegue a pagar o a entregar el bien, limitándose a señalar que se encuentra en poder de un tercero. Si éste no pagare ni entregare el bien, el vendedor podrá iniciar las acciones contempladas en el art. 250.1 apdos. 10 y 11 LEC, que permitan la ejecución u ordenen la entrega del bien; véase en este sentido, MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos...*, op. cit., pp. 61-62.

El régimen de la LVPBM se completa con la Ordenanza que regula el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles -actualmente integrado en el Registro de Bienes Muebles (en adelante RBM)-, aprobada por la Orden de 19 de julio de 1999. De su articulado se desprende su adhesión a la concepción dominical de la reserva de dominio. Así, su art. 4 c) apdo. 4 declara la nulidad de cualquier acto de enajenación o gravamen del comprador de un bien cuyo dominio se hubiese reservado el vendedor. Además, prohíbe el embargo de dichos bienes por deudas del comprador mientras que sí lo permite si se trata de deudas del vendedor. Su art. 24, párrafo tercero, presume la propiedad del beneficiado con la cláusula de reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador. Por último, su art. 29 contempla la protección registral de quien adquiera a título oneroso y de buena fe algún derecho susceptible de su inscripción en el Registro de quien según éste sea su titular con facultades de disposición⁷⁵.

26. La retención de la propiedad por parte del vendedor hasta el completo pago del precio, siguiendo la teoría clásica, cumple de este modo una función de garantía del cumplimiento de la obligación del comprador y no compromete la perfección del contrato, afectando tan sólo al traspaso de la propiedad⁷⁶. Ello resulta coherente con el equilibrio de las posiciones de las partes, pues el pago del precio también se encuentra aplazado, siendo justo que durante ese período de tiempo no se produzca el traspaso de la propiedad del bien, del vendedor al comprador. Lo contrario supondría un desequilibrio desproporcionado a favor de este último, que habría adquirido la propiedad del bien, sin haber pagado, a cambio, su precio. La cláusula, por tanto, es compatible con la causa del contrato de compraventa con precio aplazado y responde a un interés legítimo: entre las partes del contrato en el que se incluye una cláusula de reserva de dominio no existe otra voluntad que la de transmitir y adquirir la titularidad del bien objeto del mismo⁷⁷; si bien, en dicho sinalagma surge un crédito cuya satisfacción garantiza la cláusula⁷⁸. Por tanto, la cláusula no es abusiva, aunque la posición del vendedor quede muy reforzada, no sólo en las relaciones *inter partes*, sino también frente a terceros adquirentes y frente a acreedores del comprador.

Como pacto que es, la reserva de dominio no requiere ningún requisito especial, si bien, para que pueda producir efectos frente a los acreedores del comprador, la

⁷⁵ Sin embargo algunas sus prescripciones se consideran de dudosa legalidad, por haber traspasados los estrictos aspectos registrales para los que se había habilitado al Ministerio de Justicia en virtud del art. 15.1 in fine y de la D.F. 2ª de la LVPBM; véase en este sentido QUICIOS MOLINA, S., *Efectos de las garantías reguladas por la Ley de venta a plazos de bienes muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 183-184; GALICIA AIZPURUA, G., *Fiducia, Leasing y reserva de dominio*, Reus, Madrid, 2014, pp. 184-186; MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos...*, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁷⁶ Véase en este sentido MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos...*, *op. cit.*, p. 106 y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 498-2012, de 24 de julio de 2012 [RJ2012-9334], F.J. 4º: "...no se trata de una condición que afecte al contenido total del contrato de compraventa, pues las partes no quieren condicionarlo, sino que, con finalidad de garantía, supeditan la plenitud del efecto transmisivo al momento en que se complete el pago del precio".

⁷⁷ SANCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales...*, *op. cit.*, p. 40, entiende, sin embargo, que la consideración que recibe la reserva de dominio desde la teoría dominical contradice la causa del contrato de compraventa, que no es otra que la de transferir el dominio y sólo se explica en un sistema abstracto como el alemán.

⁷⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "La reserva...", *op. cit.*, pp. 175-176 y 193-195; igualmente, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, *op. cit.*, pp.419-420.

jurisprudencia tan sólo ha venido exigiendo que conste de manera cierta la fecha de la misma anterior al embargo o a la apertura del procedimiento colectivo (en virtud de los arts. 1218, 1227 y 1865 Cc por analogía)⁷⁹, hasta que la regulación especial, contenida en la LVPBM actual y en su predecesora, ha exigido, para que pueda producir efectos frente a los acreedores del comprador, la inscripción en el RBM. Para el resto de los supuestos de ventas a plazos no sujetos a las mismas, la jurisprudencia normalmente ha considerado suficiente el documento privado de fecha anterior al embargo⁸⁰. La tesis dominical es también la seguida por la DGRN⁸¹.

Desde la teoría clásica o dominical se sostiene que, en realidad, el vendedor tiene dos opciones frente al incumplimiento del comprador: resolución del contrato para recuperar la cosa (1124 Cc) o acción de cumplimiento⁸². Si opta por esta última y acude a la ejecución forzosa para cobrar el precio, está aceptando implícitamente la transmisión de la propiedad, y deberá compartir con el resto de los acreedores el precio de la venta, teniendo sobre ellos la preferencia de un acreedor privilegiado, en virtud del art. 1922.1º Cc -que reconoce a todo vendedor de cosa mueble en poder del comprador- y de los arts. 16 LVPBM y 90.1.4º LC, que no alteran la naturaleza jurídica de la reserva de dominio⁸³.

Frente a la teoría clásica alguna doctrina y jurisprudencia entiende la reserva de dominio una condición resolutoria expresa -la falta de pago del precio-. En virtud de dicha consideración -que aparece limitada casi exclusivamente al ámbito de los bienes inmuebles-, se sostiene que el comprador adquiere la propiedad del bien porque hay perfección del contrato (título) y entrega de la cosa (modo); en caso de impago del comprador tan sólo se reconoce al vendedor la facultad de resolver el contrato, incluso con eficacia frente a terceros⁸⁴. Dicha calificación de la reserva de dominio viene determinada por una interpretación particular de la legislación hipotecaria, al considerarse que, en virtud del art. 11 LH, es la única condición que puede inscribirse como garantía del precio, siendo necesario su acceso a un registro público para su eficacia frente a acreedores y terceros⁸⁵. A estos argumentos se ha objetado desde la teoría dominical que, para su eficacia frente a los demás acreedores del comprador, basta con la certeza de la fecha para su

⁷⁹ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, *op. cit.*, pp. 415-416 y doctrina y jurisprudencia allí citadas.

⁸⁰ Así, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 1175-2007, de 8 de noviembre [RJ 2007-7418], señala que procede la tercería de dominio porque en la fecha del embargo la propiedad la conservaba la vendedora en virtud de una cláusula de reserva de dominio que las partes habían pactado expresamente (F.J. 5º).

⁸¹ *Vid.* la doctrina de la DGRN en ARANA DE LA FUENTE, I., “Sobre la propiedad en función de garantía”, en DÍEZ-PICAZO, L., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 309-352, esp. p. 316.

⁸² La STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 498-2012, de 24 de julio de 2012 [RJ2012-9334], establece que cabe solicitar la resolución, aun cuando se había optado con anterioridad por solicitar el cumplimiento, porque este resulta imposible (F.J. 3º); *vid.* también ARANA DE LA FUENTE, I., “Sobre la propiedad...”, *op. cit.*, p. 321.

⁸³ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op. cit.*, pp. 184-188, donde explica que el legislador introduce la preferencia en el cobro, porque esta opción del vendedor es la que beneficia al resto de los acreedores (p. 215).

⁸⁴ Esta teoría ha recibido cierto apoyo por alguna jurisprudencia en supuestos de venta a plazos de bienes inmuebles que ha reconocido al comprador una tercería de dominio frente a los acreedores del vendedor, aunque constase en documento privado sin acceso al Registro de la Propiedad (véase, en este sentido, ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *La reserva de dominio en el concurso*, Comares, Granada, 2009, pp. 12-15).

⁸⁵ Principalmente la han sostenido PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho Reales. Derecho hipotecario*, Tomo II, 3ª ed., Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1999, pp. 393-400; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tomo III, Tecnos, Madrid, 5ª ed., 2008, pp. 786-787.

constitución. En segundo lugar, que tanto las condiciones suspensivas cuanto las resolutorias pueden acceder al Registro de la Propiedad en virtud del art. 23 LH. Por tanto, el art. 11 LH tan sólo tiene por objeto determinar cómo deben practicarse ciertas inscripciones, pero en ningún caso contiene una enumeración exhaustiva de las permitidas⁸⁶.

La tercera tesis considera la reserva de dominio como un derecho real de garantía asimilado a la hipoteca en caso de venta de bienes inmuebles o a la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento en el supuesto de venta bienes muebles -de ahí que se la conozca como teoría prendaria-. Viene avalada principalmente por una interpretación particular de la reserva de dominio en la LVPBM y en la LC. Sus partidarios sostienen que, si la finalidad de la reserva de dominio es servir de garantía del pago, se considera excesivo -incluso abusivo- que el vendedor conserve la propiedad y condicionan su eficacia a su inscripción en el RBM. En las relaciones *inter partes* tan sólo reconocen al vendedor una acción personal por incumplimiento y frente a los acreedores del comprador, una tercería de mejor derecho y el privilegio especial para la satisfacción del crédito, en caso de reserva de dominio inscrita (art. 1922.2 Cc, 16.5 I LVPBM y 90.1 4º y 90.2 LC)⁸⁷.

27. Contra la teoría prendaria y la teoría de la condición resolutoria se sostiene por los partidarios de la teoría dominical que aquéllas no respetan la voluntad de las partes que no han querido que se transmita la propiedad hasta el pago del precio, lo que se distingue netamente del privilegio del vendedor de cosa mueble, que garantiza su crédito cuando éste ha decidido transmitir la propiedad antes de dicho pago⁸⁸. Incluso, desde la teoría dominical se mantiene que la LVPBM no se opone a la consideración de la reserva de dominio como una condición suspensiva: piénsese en la tercería registral del art. 15.3 y en el hecho de que los bienes vendidos con reserva de dominio no se incluyen en la masa activa del concurso del comprador, según el art. 16.5 -precepto que no ha sido derogado expresamente por la LC ni se entiende que la contradiga-. Además, el art. 15.2 presume que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo; por lo que, en virtud del principio de determinación o exactitud de los derechos inscritos, si la ley permite que se inscriba una reserva de dominio a favor del vendedor, está admitiendo que éste conserve la propiedad de la cosa hasta el pago del precio⁸⁹.

Es cierto que la propiedad del vendedor está limitada, por eso se entiende que frente a esa titularidad interina del vendedor existe también una titularidad expectante del comprador, que junto con la posesión de la que ya goza éste, condiciona significativamente la propiedad del primero⁹⁰ y le atribuye cierta protección frente a los

⁸⁶ AMORÓS GUARDIOLA, M., “El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, N° 488, 1972, pp. 9- 41; BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, op. cit., pp. 416-417.

⁸⁷ En la doctrina española esta tesis ha sido defendida principalmente por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Moneda y Crédito, Madrid, 1971, *passim*; actualmente GALICIA AIZPURUA, G., *Fiducia...*, op. cit., pp. 95-204; CARRASCO, A., CORDERO, E., MARÍN, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo II, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 393-434; MARÍN LÓPEZ, M.J., Comentario a la STS de 5 de mayo de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 70, 2006, pp. 427-456.

⁸⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, op. cit., p. 171.

⁸⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, op. cit., p. 172-173.

⁹⁰ Vid. en este sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 498-2012, de 24 de julio de 2012 [RJ2012-9334], F.J. 4º; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 157; ARANA DE LA FUENTE, I., “Sobre la propiedad...”, op. cit., p. 320; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, op. cit., p. 179-180.

acreedores del vendedor⁹¹. El tratamiento de los riesgos en Derecho español no contradice esta consideración de la reserva de dominio, pues éstos se atribuyen al comprador no porque éste sea propietario, sino porque obtiene el provecho del mismo como poseedor del bien (art. 1452 Cc)⁹².

2. Consecuencias de la opción teórica y metodológica elegida

28. Por tanto, la opción teórica y metodológica seguida en este trabajo considera que, si bien la reserva de dominio cumple una función de garantía, no es un derecho real de garantía en cosa ajena, pues el bien sigue siendo del vendedor (acreedor). La reserva de dominio, en primer lugar y principalmente, pretende garantizar el cumplimiento del contrato de compraventa. Es decir, constituye una garantía del cumplimiento del contrato y ello porque funciona como un importante medio de presión para el comprador (*Druckmittel*)⁹³. En segundo lugar, en caso de incumplimiento del comprador -y a diferencia de los derechos de garantía clásicos-, persigue principalmente la restitución del bien al vendedor: su legítimo propietario, -aunque éste cuenta también con la realización del valor del bien como opción alternativa a la restitución-. Por ello, se ha sostenido que la protección otorgada al vendedor frente a terceras personas a través de la propiedad reservada, será la misma que la que se atribuye a la propiedad en general (*erga omnes*), considerándose eficaz incluso frente a los acreedores del comprador, sin necesidad de publicidad -y sin que quepa admitir que la posesión mobiliaria cumple dicha función, más allá de constituir un indicio con mero valor probatorio en el proceso-. La inscripción en un registro tan sólo será necesaria, entonces, para proteger al vendedor de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso (art. 1124.4 Cc)⁹⁴.

Según esta tesis, en los procedimientos de ejecución colectiva de los bienes del comprador corresponde al vendedor un derecho de separación (*separatio ex iure domini*)⁹⁵. La Ley Concursal no contradice esta afirmación. En efecto, El art. 56.1 a) LC (que ha de ser interpretado en relación con el art. 250. 1.11º LEC⁹⁶) permite al acreedor solicitar la inmediata entrega del bien, siempre que no sea necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. En caso de que lo fuera, se prevén dos opciones: o firmar un convenio que no puede afectar al ejercicio de ejecución o realización forzosa del bien o esperar el trascurso del plazo de un año sin que se haya producido la apertura de la liquidación. Por otro lado, el art. 90.1.4º LC reconoce como

⁹¹ ARANA DE LA FUENTE, I., *op. cit.*, p. 322-323 y jurisprudencia allí citada.

⁹² Entre los autores que defienden en Derecho español la regla en virtud de la cual se atribuye el riesgo al comprador desde la perfección del contrato (*periculum emptoris*), véase OLIVA BLÁZQUEZ, F., *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, *passim*; ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, *passim*.

⁹³ *Vid. supra*.

⁹⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op. cit.*, pp. 143-144 y 188-191. No obstante, el art. 16.3 LVPBM contempla un procedimiento para requerir a persona distinta al comprador que se encuentre en poder del bien vendido con reserva de dominio, para que en el plazo de 3 días pague o desampare el bien, siempre que el contrato se encuentre inscrito en el Registro de Bienes Muebles.

⁹⁵ Contemplado en el art. 80 LC. La LVPBM reconoce al vendedor reservista un derecho de ejecución separada en el concurso del comprador, si los contratos han sido otorgados en documento público o formalizados en modelo oficial y la reserva de dominio pactada se hubiese inscrito (art. 16.5 párrafo segundo).

⁹⁶ *Vid. supra*.

crédito privilegiado, con privilegio especial, el del vendedor reservista⁹⁷, siempre que se haya constituido con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica⁹⁸. Ambos preceptos no deben considerarse incompatibles⁹⁹. Como ya ha sido apuntado *supra*, también la LC da dos opciones al vendedor reservista, que podrá elegir entre uno u otro medio de salvaguardia de sus intereses: mientras que el art. 56.1 a) le permite recuperar directamente el bien de su propiedad (reservada), el art. 90. 1. 4º le reconoce un crédito con privilegio especial, como cualquier otro acreedor con garantía real (reguladas en los arts. 55.4, 56 y 57 LC). En ninguno de los dos casos, el bien entra a formar parte del patrimonio concursal.

V. LA LEY APLICABLE A LA RESERVA DE DOMINIO EN SUPUESTOS TRANSFRONTERIZOS

1. Introducción

29. Los aspectos internacional-privatísticos que se abordan en este apartado se centran en determinar la ley aplicable por los órganos jurisdiccionales españoles a la validez de la cláusula de reserva de dominio pactada en un contrato comercial internacional¹⁰⁰, sujeta a un ordenamiento jurídico extranjero -especialmente al Derecho alemán o al Derecho francés-; a las relaciones entre las partes de dicho contrato, así como a la oponibilidad de esa cláusula frente a terceros adquirentes y a acreedores individuales y colectivos del comprador.

El análisis de la ley aplicable a los derechos reales exige distinguir entre aspectos obligacionales y aspectos reales. Así, con carácter general, la validez del contrato (título) y todos los aspectos relativos al contenido obligacional de los derechos reales se regulan por la *lex contractus* (art. 12 RRI). Por su parte, la constitución de los derechos reales, su transmisión o adquisición, el contenido y los efectos, así como su publicidad, se rigen por la *lex rei sitae* (art. 10.1 Cc). Sin embargo, este esquema no puede aplicarse apriorísticamente sin resolver previamente la cuestión de su calificación: es decir, si en virtud de la cláusula de reserva de dominio se constituye un derecho real en cosa ajena -que garantiza el pago del precio-, o si dicha garantía la constituye el derecho real que se reserva el vendedor, bajo la condición suspensiva del completo pago del precio. Dicha calificación queda sujeta a la *lex fori* (art. 12.1 Cc)¹⁰¹. El problema deriva del hecho de que si la *lex fori* es la española, la solución no es nada pacífica, pues el legislador español ni define qué deba entenderse por reserva de dominio, ni regula sus efectos con carácter

⁹⁷ Ello supone, en virtud de los arts. 154 y 155. 3 LC, que tiene preferencia para el cobro sobre cualquier otro acreedor.

⁹⁸ Aunque el art. 15.1 LVPBM sólo prevé la inscripción como requisito de su oponibilidad frente a terceros, el concepto de tercero ha sido interpretado de forma extensiva en la Sentencia AP Burgos (Secc. 3ª), de 8 de febrero de 2011, al rechazar la consideración de privilegio especial de la reserva de dominio, porque no estaba inscrita en el Registro de Bienes Muebles (F.J. 6º).

⁹⁹ De contradicción entre ambos habla CARRASCO PERERA, A., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 490.

¹⁰⁰ Por las razones alegadas en la Introducción a este trabajo, del mismo quedan excluidos los contratos de consumidores.

¹⁰¹ En este sentido véase la Sent. de la AP de Barcelona (Sección 15), de 13 de septiembre de 1989, nota de SÁNCHEZ LORENZO, S., en *REDI*, 1990-2, pp. 644-646.

general, limitándose a hacerlo en normas especiales de carácter sectorial y de manera aparentemente contradictoria¹⁰². Esta circunstancia ha dado lugar a distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de su naturaleza y sus efectos, que han sido analizadas en el epígrafe anterior con el exclusivo objeto de elegir una de ellas a efectos de abordar la eficacia en España de una reserva de dominio pactada conforme a un ordenamiento jurídico extranjero.

Si se opta -como se hace aquí- por considerarla una cláusula inserta en un contrato de compraventa que suspende el efecto traslativo de la propiedad hasta el pago total del precio aplazado¹⁰³, se entiende que el derecho real que ostenta el vendedor, como garantía del pago del precio, es la propiedad que ya tenía y que re-tiene hasta ese momento¹⁰⁴. Será entonces cuando se produzca la transmisión de la propiedad del bien al comprador, por voluntad de las partes, siendo así el título (contrato) el que condiciona suspensivamente la transmisión de la propiedad.

Enfocada la reserva de dominio exclusivamente desde su función de garantía del vendedor reservista, se ha excluido el análisis de la oponibilidad del derecho del comprador reservatario frente a los acreedores de aquél. Por la misma razón, el análisis de los aspectos concursales queda limitado al concurso del comprador.

2. Validez de la cláusula y efectos personales

30. Partiendo del supuesto general planteado -que se litigue ante los tribunales españoles-, la calificación de la cláusula de reserva de dominio deberá hacerse conforme al Derecho español (art. 12.1 Cc), con objeto de determinar la ley aplicable en los litigios transfronterizos entre las partes del contrato o frente a acreedores del comprador y terceros. Considerada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos -también el alemán y el francés- como pacto incorporado por voluntad de las partes a un contrato de compraventa que suspende la transmisión de la propiedad del vendedor al comprador, la ley aplicable al contrato regirá también la validez sustancial de la propia cláusula¹⁰⁵. Esta

¹⁰² *Vid. supra.*

¹⁰³ Como ya ha sido analizado en los epígrafes anteriores, ésta es la consideración que mantiene la doctrina civilista española mayoritaria y es también la acogida en la legislación de la mayoría de los Estados de la UE, así como en el Derecho institucional europeo.

¹⁰⁴ Así debe entenderse también el F.J. 6º de la Sent. de la AP de Burgos (sección 3ª), de 8 de febrero de 2011, aunque referido a la eficacia en el concurso del acreedor de la cláusula de reserva de dominio: “tratándose de una cuestión de propiedad sobre un bien mueble, la norma de conflicto es el art. 10.1 Cc”); para un análisis de la misma en su contexto, *vid. infra.*

¹⁰⁵ La validez sustancial del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, así como los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (art. 4º CV). En Derecho internacional privado español la norma de conflicto viene determinada por el Reglamento (CE) 593/2007 Roma I (RRI). En defecto de elección, se regirá por la ley del país donde el vendedor tuviera su residencia habitual, salvo que del conjunto de las circunstancias se desprenda claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, en cuyo caso se aplicará la ley de ese otro país. Igualmente se aplicará la ley de los vínculos más estrechos cuando no pudiera determinarse de acuerdo con las presunciones de los apdos. 1 y 2 (apdos. 3 y 4 art. 4 RRI). Téngase en cuenta que el art. 3.1 RRI permite que las partes designen la ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, sin embargo parece que no sería posible someter la cláusula a una ley distinta de la que rigiera el resto del contrato (*depeçage*), sin afectar a la coherencia interna del mismo, véase SÁNCHEZ LORENZO, S., *La cláusula de reserva de dominio en el Derecho internacional privado*

cuestión resulta relevante porque si la cláusula no fuera válida no se produciría el efecto suspensivo de la transmisión de la propiedad. Esta ley determinará si se exige como requisito de validez sustancial su introducción en el contrato antes de la perfección del mismo o bien cabe insertarla posteriormente; si es necesaria su constancia expresa, si se permite su inclusión en condiciones generales o basta un acuerdo tácito, o si, incluso, se exige una forma solemne como escritura pública o inscripción registral. Sin embargo, no es fácil determinar si la legislación de un Estado considera estos requisitos como condiciones de validez sustancial de la cláusula (*ad solemnitatem*), de validez formal (*ad probationem*), o de oponibilidad frente a terceros del derecho de propiedad del vendedor reservista. En el primer caso quedarían sometidos a la *lex contractus*, en el segundo rige el principio *favor negotii*¹⁰⁶, mientras que en el tercero se someterían a la *lex rei sitae*¹⁰⁷. Queda fuera del ámbito de aplicación de la *lex contractus* la capacidad de las partes, que se regirá, con excepciones (art. 13 RRI), por su ley nacional (art. 9.1 Cc).

31. Se ha mantenido que, en principio, la *lex contractus* extranjera podría ser rechazada por vulneración del orden público internacional español si se entiende que la cláusula vulnera la prohibición del pacto comisorio contenida en el art. 1859 Cc¹⁰⁸. Sin embargo, parece que no resultaría posible alegar en este caso la excepción del orden público (art. 21 RRI y 12.3 Cc) porque, como ya se ha indicado, si el vendedor se reserva el dominio, nada sale del patrimonio del deudor/comprador -a diferencia de lo que ocurre en la transmisión de la propiedad en garantía o fiducia *cum creditore*, donde el deudor es vendedor-¹⁰⁹; además, si la *lex contractus* es la alemana, el vendedor, ante el incumplimiento del comprador no podrá recuperar la cosa sin solicitar la resolución del contrato; si es la francesa no necesitará solicitar la previa resolución, pero en ambos ordenamientos se prevé devolución de las prestaciones recíprocas y eventual reclamación de daños y perjuicios (coincidiendo con las soluciones que aporta nuestro legislador en el Cc -o en su caso el art. 10 LVPBM-, y el art. 250.1º 11 LEC¹¹⁰).

(*problemas de derecho aplicable en el sistema español*), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, p. 130; *idem*, *Garantías reales...*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁶ El art. 11 CV establece que el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma, pudiendo probarse por cualquier medio, incluso por testigos. Por su parte, el art. 11 del RRI, permite que el pacto sea válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos previstos bien en la *lex contractus* bien en la ley del país donde se haya celebrado, entre personas que se encuentren en un mismo Estado en el momento de la celebración. Si por el contrario el contrato se celebró entre personas que se encontraban en países diferentes en ese momento o por medio de representantes, será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos previstos por la ley que lo rija en cuanto al fondo o por la ley del país en el que se encuentre cualquiera de las partes o cualquiera de sus representantes en el momento de la celebración, o por la ley del país de la residencia habitual de cualquiera de las partes.

¹⁰⁷ En este sentido, la jurisprudencia española considera de manera reiterada que la inscripción registral que exige la actual LVPBM -y su antecesora- constituye un requisito de oponibilidad frente a terceros (véase *supra*).

¹⁰⁸ Aunque dudando de su oponibilidad en la actualidad, véase SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales...*, *op. cit.*, pp. 79-80; no obstante, otros autores siguen sosteniéndolo, véase GALICIA AIZPURUA, G., *Fiducia...*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁰⁹ En cuanto a la posibilidad o no de aplicar la excepción de orden público por contravención de la prohibición del pacto comisorio en la transmisión de propiedad en garantía, véase CARO GÁNDARA, R., *La transmisión...*, *op. cit.*, pp. 38-39.

¹¹⁰ Así lo ha entendido también la STS 390/2010, de 24 de junio (RJ 2010/5410), en cuyo fundamento de Derecho quinto ha establecido que, si bien el TS “tiene declarado que el pacto comisorio configurado

32. La *lex contractus* regirá también los efectos personales u obligacionales del contrato¹¹¹. Concretamente será aplicable a la obligación del vendedor de transmitir la posesión al comprador -con todos los atributos que acompañan a ésta-; a su obligación de realizar cualquier acto necesario para completar la consolidación de la propiedad en el comprador, una vez se haya cumplido la condición suspensiva (pago total); a la obligación del vendedor de permitir que el comprador realice los pagos aplazados; a la obligación de

como la apropiación por el acreedor de lo dado en garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado... las razones que en su día justificaron los recelos del legislador no son aplicables a determinadas modalidades de garantía, como lo demuestra el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo... que... admite de forma expresa la licitud de la apropiación en el primer párrafo del art. 11.1". En el caso objeto del recurso "los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente -la Bolsa de Nueva York-, en un procedimiento paralelo al previsto en el art. 322 del Código de comercio", por lo que "no aprecia la concurrencia de posibles causas de orden público para rechazar la licitud de la ejecución prevista en el contrato sujeto al Derecho inglés". En el mismo sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 498-2012, de 24 de julio de 2012 [RJ 2012-9334]; *vid.* también ARANA DE LA FUENTE, I., "Sobre la propiedad...", *op. cit.*, pp. 321 y 324; MIQUEL, J.M., "La reserva...", *op. cit.*, p. 184; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La reserva...*, *op. cit.*, p. 102; Sobre la polémica acerca de calificar el pacto comisorio como cuestión obligacional o real, *vid.*, BOUZA VIDAL, N., *Las garantías...*, *op. cit.*, pp. 140-144; El pacto comisorio entendido como modo de realización de la garantía -que, como ya se ha dicho, no es el caso de la reserva de dominio- quedaría sometido a la *lex rei sitae*, que coincidiría con la ley del lugar de ejecución; *vid.*, en este sentido, en la doctrina francesa, AUDIT., B., D'AVOUT, L., *Droit international privé*, Economica, Paris, 2013, p. 755; AUDIT., B., *Droit international privé*, 2, Economica, París, 2010, p. 675; en la doctrina española, FORNER DELAYGUA, J.J., "Garantías reales mobiliarias. Las garantías internacionales: La Ley aplicable", en LAUROBA, M.E. y MARSAL, J. (eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 139-164, esp. p. 149, se decanta por la aplicación de la *lex rei sitae* o por la ley del lugar de ejecución.

¹¹¹ Se ha sostenido que la distinción entre efectos *inter partes* y frente a terceros de los derechos reales es meramente académica, porque en la práctica totalidad de los casos, las acciones reales las insta el titular contra otros acreedores del deudor y terceros adquirentes. *Vid.*, en este sentido, en la doctrina española, BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias...*, *op. cit.*, p. 139; en la doctrina francesa CACHARD, O., *Droit international privé*, 6ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 242-243; AUDIT., B., D'AVOUT, L., *Droit...*, *op. cit.*, p. 755. A partir de esa afirmación, las soluciones han sido diversas, así LAGARDE, P., "Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem critique pour une convention mort-née", en BORRÁS, A. et al (eds), *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A. Droz*, Martinus Nijhoff, La Haya 1996, pp. 151-172, esp. pp. 171-172, criticando la regulación de los efectos de la reserva de dominio en el Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958, sobre la ley aplicable a la transferencia de propiedad en caso de venta internacional (que nunca llegó a entrar en vigor), ha propuesto retomar la antigua distinción entre efectos personales y efectos reales del contrato y de aplicar la *lex rei sitae* también a la transferencia de propiedad entre las partes; así lo considera, en la doctrina española, SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales...*, *op. cit.*, pp. 94-100; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 10ª ed., 2018, p. 747. Otro sector de la doctrina española considera, sin embargo, que todos los efectos entre las partes son de naturaleza contractual y, por tanto, quedan sujetos a la *lex contractus*: GARAU JUANEDA, L., "La reserva de dominio en el comercio internacional", *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 275-282, p. 279; FORNER DELAYGUA, J.J., "Garantías reales...", *op. cit.*, pp. 144 y 152; no obstante, SÁNCHEZ LORENZO, S., *La cláusula...*, *op. cit.*, p. 92, después de exponer los distintos esfuerzos doctrinales por reducir, desde un punto de vista funcional, todas las relaciones *inter partes* a la *lex contractus*, concluye que, en puridad, no es posible dicha interpretación del art. 10.1 Cc, que incluye, desde su punto de vista, la constitución y cesión de tales derechos también entre las partes, teniendo en cuenta que su párrafo tercero sería una mera aplicación de la regla a un determinado tipo de bienes -en tránsito-. Optar por una u otra consideración tiene importantes consecuencias, no solo teóricas sino también prácticas, a efectos de la tesis sostenida en este trabajo sobre la naturaleza jurídica y los efectos de la reserva de dominio. Pero esta cuestión será objeto del epígrafe siguiente, dedicado a la transferencia y el contenido de la propiedad retenida por el vendedor.

éste último de conservar la cosa hasta el último plazo; a su responsabilidad por incumplimiento del deber de conservación, pérdida o deterioro de la cosa; a la transmisión de los riesgos¹¹²; así como a las facultades del vendedor de solicitar el cumplimiento o la recuperación de la cosa¹¹³.

3. Transmisión y contenido del derecho real de propiedad

33. Si la cláusula de reserva de dominio se considera un pacto incluido en un contrato de compraventa que produce el efecto de suspender la transmisión de la propiedad, el vendedor ostenta el derecho de propiedad sobre el bien hasta el cumplimiento de la condición del pago total del precio de la venta. Se justifica que la transmisión de ese derecho del vendedor al comprador quede sometido a la *lex rei sitae* (art. 10.1 Cc)¹¹⁴, desde una consideración funcional de la misma, por entenderse que es la ley que mejor protege las expectativas de quienes confían en que el régimen jurídico de los bienes quede sujeto a ley del lugar donde se encuentren¹¹⁵. Ésta determinará, en principio, el modo de transmisión o adquisición de la propiedad (*solo consensu*, mediante título y modo o a través de negocio traslativo), incluido el momento de dicha transferencia, así como el contenido de los derechos subjetivos del titular de ese derecho de propiedad.

Si la *lex rei sitae* del lugar donde se encontraba el bien en el momento de perfeccionarse el contrato¹¹⁶ -normalmente la del domicilio del vendedor-, es la alemana o la francesa, ambas aceptan que las partes suspendan la transmisión de la propiedad hasta el pago total del precio. Ése será el momento relevante a efectos adquisitivos, con independencia de que la *lex rei sitae* contemple un sistema de adquisición de la propiedad *solo consensu* (Francia), mediante negocio abstracto traslativo (Alemania), o mediante título y modo (España)¹¹⁷, pues todos estos sistemas reconocen dicho efecto suspensivo

¹¹² La CV establece como principio general de transmisión de los riesgos la puesta a disposición de las mercaderías (arts. 66-69); *vid.*, AUDIT, B., *Droit...*, *op. cit.*, p. 665.

¹¹³ La facultad de recuperar el bien en caso de incumplimiento del comprador deriva del contrato. Por eso el ordenamiento jurídico alemán -*vid. supra*- y la jurisprudencia española exigen la previa resolución de aquél (STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 24 de julio de 2012). También deriva del contrato en Derecho francés, aunque en ese ordenamiento la previa resolución no sea necesaria (*vid. supra*).

¹¹⁴ Salvo que éste se encontrara en tránsito o fuera un bien destinado a la exportación, en cuyo caso el bien se considerará situado en el Estado de expedición, salvo que vendedor y comprador hubieran convenido expresa o tácitamente que el bien se considerara situado en el Estado de destino (art. 10.1 III Cc).

¹¹⁵ Se trata de una afirmación que puede encontrarse de forma generalizada en toda la doctrina internacional-privatista, como presupuesto de partida; entre otros, MARTINY, D., "Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private international Law", *IPRax*, 2012, Heft 2, pp. 119-133; KREUZER, "La propriété...", *op. cit.*, pp. 54-56; CACHARD, O., *Droit...*, *op. cit.*, pp. 242-243; AUDIT, B., & D'AVOUT, L., *Droit...*, *op. cit.*, p. 751-755; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, pp.741-743; SÁNCHEZ LORENZO, S., *La cláusula...*, *op. cit.*, pp. 187-197.

¹¹⁶ Con carácter general, por ser la más previsible para determinar el momento relevante a efectos de la transmisión de la propiedad, ya que no puede conocerse *ex ante* el lugar donde vaya a encontrarse el bien en ese momento (véase SÁNCHEZ LORENZO, S., *La cláusula...*, *op. cit.*, pp. 192-197; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 747).

¹¹⁷ *Vid.* DROGNIG, U., "Transfer or Property", en HARTKAMP, A., et al., *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., revisada y ampliada, Kluwer, The Netherlands, 2011, pp. 1003-1023; DUBARRY, J., *Le transfert conventionnel de la propriété. Essai sur le mécanisme traslatif à la lumière des droits français et allemand*, LGDJ, París, 2014, *passim*. En nuestro sistema -que a diferencia del alemán no exige un negocio traslativo especial ni una especial declaración de voluntad al respecto-, se presume que la transmisión se produce con

de la transmisión de la propiedad. Armonizada su naturaleza jurídica como retención de la propiedad por efecto de la transposición de la Directiva de lucha contra la morosidad¹¹⁸ -que ha venido acompañada de otras reformas legislativas de mayor alcance, llevadas a cabo por los legisladores nacionales en los últimos años¹¹⁹-, desaparecen los tradicionales problemas de conflicto móvil que plantea con carácter general el punto de conexión lugar de situación del bien -formulado sin concreción temporal-, en los supuestos de transmisión, adquisición o constitución de derechos reales sobre bienes muebles en el comercio internacional. Es decir, no surgen problemas de adquisición incompleta del derecho real de propiedad¹²⁰. En efecto, en la venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio son las partes las que concretan el momento relevante en el que se produce la transmisión del derecho real de propiedad del vendedor al comprador¹²¹.

34. La *lex rei sitae* determina también el contenido del derecho de propiedad retenido por el comprador, es decir, los derechos subjetivos de su titular. En este sentido, la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales y la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011 (refundición) -que la deroga y sustituye- fijan, para todos los Estados miembros, el contenido de las reservas de dominio pactadas entre vendedor y comprador.

Como destacan sus considerandos, el retraso en los pagos es utilizado como forma de financiación barata de los deudores morosos a costa de sus acreedores -por los reducidos intereses de demora que deben pagar en la mayoría de los EE. MM.-, ocasionándoles un enorme perjuicio que constituye una de las principales causas de la insolvencia de las empresas -sobre todo de las PYME- y amenaza su supervivencia (considerando 7 y 3 respectivamente). En este sentido, señalan las Directivas que existen grandes diferencias entre los Estados miembros por lo que se refiere a las normas y prácticas de pago, que constituyen un serio obstáculo para el funcionamiento del mercado interior, pues reducen el número de operaciones transfronterizas, al suponer mayores riesgos que las ventas en el mercado nacional (considerando 9 y 10, de la primera y 5 de la segunda). Para eliminar esas diferencias y erradicar esa morosidad tan perniciosa, las Directivas introducen una serie de medidas sustantivas aplicables a los pagos realizados como contraprestaciones en operaciones comerciales entre empresas y entre empresas y administraciones públicas (arts. 1 y 2)¹²². Entre esas medidas se contempla la posibilidad de que las partes puedan pactar en sus contratos de compraventa una cláusula de reserva de dominio, pues se considera que su utilización generalizada puede disuadir a los deudores de incurrir en mora, al funcionar como una potente garantía del vendedor que amenaza al deudor con desposeerle del bien adquirido en caso de incumplimiento de su obligación de pago¹²³.

la entrega, pero nada impide que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad acuerden posponer este efecto traslativo para asegurar el pago total del precio por el comprador, como ya ha sido analizado *supra*; véanse concretamente en este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op. cit.*, p. 172; ARANA DE LA FUENTE, I., “Sobre la propiedad...”, *op. cit.*, p. 318.

¹¹⁸ *Vid.*, en este sentido FORNER DELAYGUA, J.J., “Garantías...”, *op. cit.* p. 151.

¹¹⁹ *Vid. supra*.

¹²⁰ Sobre el problema de la adquisición incompleta del derecho real de propiedad y las distintas soluciones, véase LAVAL, S., *Le tiers et le contrat. Étude de conflit de lois*, Larcier, Bruselas, 2016, pp. 73-77; SÁNCHEZ LORENZO, S., “La cláusula...”, *op. cit.*, pp. 300-332.

¹²¹ Como señala BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias...*, *op. cit.*, p. 148, cuando se utiliza la propiedad con fines de garantía, las partes pueden evitar que el traspaso posesorio (en sistemas abstractos como el alemán o causales como el español) o el mero consentimiento de las partes (en sistemas de transmisión de la propiedad *solo consensu*, como el francés), produzca los efectos traslativos que le son propios.

¹²² Quedando excluidas las operaciones con consumidores (art. 3 Directiva 200/35/CE).

¹²³ OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La reserva...”, *op. cit.*, pp. 94-95.

El art. 2.3 de la Directiva de 2000 y el 2. 9 de la Directiva de 2011 definen la reserva de dominio como “la estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio”. Se ha señalado que con esta definición el legislador de la UE pretende alcanzar cierto grado de armonización respecto a la naturaleza y efectos de la cláusula de reserva de dominio en todos los Estados miembros, entendida como retención de la propiedad por el vendedor¹²⁴. No obstante, resulta necesario completarla con la previsión contenida en el art. 4 de la Directiva de 2000 y 9 de la Directiva de 2011: “los Estados miembros dispondrán, de conformidad con la ley aplicable según el Derecho internacional privado, que el vendedor conserve la propiedad de la cosa hasta el pago total del precio, en caso de reserva de dominio pactada expresamente entre comprador y vendedor”. Si bien el precepto parece pretender asegurar un efecto mínimo de las cláusulas de reserva de dominio simples en todos los Estados miembros -que el vendedor conserve la propiedad de la cosa vendida hasta el pago total del precio por el comprador-, introduce un confuso inciso referido a la necesaria conformidad con la ley aplicable según el derecho internacional privado.

El considerando 21 de la Directiva de 2000 podría haber ayudado a clarificar dicha referencia a la ley aplicable según el DIPr. En éste se decía: “es deseable garantizar que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio con carácter no discriminatorio en toda la Comunidad, si la cláusula de reserva de dominio es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con el Derecho internacional privado”. La validez de la misma, como cláusula contractual que es, vendría determinada por la *lex contractus*¹²⁵. Por tanto, podría entenderse que el legislador de la UE obliga a los Estados miembros a garantizar que el vendedor conserve la propiedad hasta el pago total del precio por el comprador, siempre que, en los supuestos de tráfico externo, la cláusula sea válida conforme a la ley aplicable al contrato. En este sentido, se ha sostenido que su eficacia no puede entenderse subordinada al hecho de que venga reconocida por la ley aplicable al derecho real en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro (en nuestro ordenamiento, el art. 10.1 Cc, que considera aplicable a la propiedad -reservada- del vendedor la *lex rei sitae*), pues esta interpretación convertiría en superfluo el precepto: ese efecto ya se producía antes de que existiera la Directiva¹²⁶.

Por superflua que parezca, a esta última interpretación parece abocar la propia redacción del texto, si se la compara con la Propuesta de Directiva y se indaga en el largo y tenso *iter* legislativo hasta su versión definitiva. Conocerlos ayudará a explicar los

¹²⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op cit.*, p. 173.

¹²⁵ *Vid. supra*.

¹²⁶ *Vid.*, KIENINGER, E.-M., “Der Eigentumsvorbehalt in der Verzugsrichtlinie – Chronik einer verpassten Chance”, en BASEDOW, J., et al., *Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max Planck Institut für Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2001, pp. 151-166. MCCORMACK, G. (“Retention of Title and the EC Late Payment directive”, *Journal of Corporate Law Studies*, 2001, pp. 501-518, esp. p. 505) y OLIVA BLÁZQUEZ, F., (“La reserva...”, *op. cit.*, pp. 106-108), entienden que solo cabría excluir la eficacia frente a terceros de la cláusula cuando, en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro, resultara aplicable la ley de un tercer Estado que no reconociera la eficacia de dicha cláusula. Para justificar el reducido efecto, FORNER DELAYGUA, J.J., “Garantías...”, *op. cit.*, pp. 151-152, señala que la base jurídica de la Directiva de 2000 no era el entonces art. 65 CE (actual 81 TFUE), sino en el art. 95 CE (actual 114 TFUE), por lo que no suponía la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en las situaciones transfronterizas.

motivos de la reducción de las aspiraciones armonizadoras originarias de la Comisión y el Parlamento europeos. En efecto, según el Consejo, la clave se encuentra en la falta de acuerdo entre los Estados miembros respecto a la eficacia de la cláusula frente a otros acreedores y terceros¹²⁷.

El considerando 13 de la Propuesta de Directiva presentada por el Consejo el 23 de abril de 1998¹²⁸ entendía que, debido a una serie de divergencias en las legislaciones nacionales, era necesario garantizar que los acreedores pudieran ejercer la reserva de dominio en todo el territorio “utilizando una única cláusula reconocida por todos los Estados miembros”¹²⁹. Su artículo 2 contenía una fórmula similar, aunque menos perfeccionada que la dada en la redacción definitiva y su art. 4 era mucho más ambicioso, pues contemplaba la obligación para los Estados miembros de asegurar que el vendedor conservara la propiedad, estableciendo que éste podía reclamar que se le devolvieran los bienes en cuestión; además introducía una previsión en virtud de la cual los riesgos se transmitían al comprador desde el momento en que tomara posesión de los mismos¹³⁰. Posteriormente la Propuesta modificada de Directiva presentada por el Consejo el 29 de octubre de 1998¹³¹, perfeccionaba la redacción anterior, exigiendo un acuerdo escrito entre las partes (que podía constar en diversos documentos), regulando su eficacia frente a acreedores incluso en el concurso del comprador. Sin embargo, el Consejo presentó una Posición común¹³² en la que desaparecía la reserva de dominio y para ello daba varios argumentos que resultan relevantes para entender la redacción final de la Directiva: en primer lugar, sostenía que los Estados miembros tenían serias dudas acerca de que esta garantía sirviera para acelerar los pagos, pues entendían que su objetivo se limitaba a proteger al acreedor de los riesgos de insolvencia del deudor y ese no era el objetivo de esta Directiva; en segundo lugar, que resultaba incompatible con la legislación de algunos Estados miembros en materia de propiedad e insolvencia. Este último argumento era especialmente sensible pues se planteó como un problema de falta de competencia legislativa de la Unión europea en materia de derecho de propiedad en virtud del entonces art. 295 TCE, por lo que debía dejarse su regulación a los legisladores nacionales¹³³.

En definitiva, las razones dadas por el Consejo constituyen el auténtico talón de Aquiles de la regulación de la reserva de dominio en la Directiva. Un significativo botón de muestra del fracaso armonizador de la misma¹³⁴ viene dado por su ley de transposición¹³⁵, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de

¹²⁷ Sobre esta cuestión, *vid.*, MONTI, G., NEJMAN, G., REUTER, W.-J., “The Future of Reservation of Title Clauses in the European Community”, *ICLQ*, vol 46, 1997, pp. 866-907, esp. pp. 892-894; DAVIES, I. (ed.), *Retention of Title Clauses in Sale of Goods Contracts in Europe*, Brookfield, Aldershot, 1999, *passim*.

¹²⁸ DOC/1998/168/13.

¹²⁹ La Propuesta de Directiva incluía un Anexo que contenía una fórmula concreta para la cláusula, que debía ser reconocida en todos los Estados miembros, o, en su caso, una equivalente.

¹³⁰ Como señala OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La reserva...”, *op. cit.*, p. 102, la solución se basaba en el art. 67.1 de la Convención de Viena sobre los contratos de Compraventa internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, que establece como principio general de transmisión de los riesgos la puesta a disposición de las mercaderías; *vid.* también AUDIT, B., *Droit...*, *op. cit.*, p. 665.

¹³¹ DOC/1998/347/4

¹³² DOC/1999/7/-8 1.3.87

¹³³ Esa interpretación podía resultar discutible y así lo había puesto de manifiesto la doctrina especializada; *vid.*, ROTH W.-H., “Secured...”, *op. cit.*, pp. 61-66; en la doctrina española, OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La reserva...”, *op. cit.*, pp. 104-105. Sobre la competencia legislativa de la UE *vid. infra*.

¹³⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La reserva...”, *op. cit.*, p. 108.

¹³⁵ Aunque la cláusula de reserva de dominio ya había sido objeto de transposición con anterioridad en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre de 2002, que reformó el art. 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, si bien no se pronunciaba sobre su eficacia. En el citado artículo, que regula el pago a proveedores entre comerciantes, introdujo un inciso en su párrafo segundo con el siguiente tenor: “Si todas o algunas de las mercancías estuvieran afectadas por una cláusula de reserva de dominio, la factura

lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales¹³⁶. Así, su artículo 10 prescribe que “en las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquél conservará la propiedad de los bienes vendidos, hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre vendedor y comprador antes de la entrega de los bienes”. Con esta redacción, que se aparta de la contenida en el art. 10 del Proyecto de Ley¹³⁷, el legislador español pone de manifiesto la falta de unanimidad, también en nuestro país, acerca de los efectos frente a terceros de la cláusula de reserva de dominio. Dicha redacción ha sido muy contestada por la doctrina civilista española, al considerar que desvirtúa la cláusula¹³⁸. Incluso se ha llegado a decir que supone un incumplimiento de la Directiva, al reducir los efectos del pacto a las relaciones entre las partes¹³⁹.

La STJUE de 26 de octubre de 2006 (asunto C-302/05, Comisión contra Italia) parece cuestionar esa última afirmación¹⁴⁰. Ésta resuelve el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra la República italiana, por entender que había incumplido el art. 4 de la Directiva al incluir en su legislación ciertos requisitos para que la cláusula fuera oponible frente a terceros¹⁴¹. En su apdo. 30, el TJCE sostiene que las normas nacionales sobre la oponibilidad de la cláusula de reserva de dominio frente a terceros cuyos derechos no se vean afectados por la Directiva, quedan fuera de su ámbito de aplicación y sometidas al Derecho de los EE.MM; por lo que concluye, en su apdo. 31, que la República italiana no ha incumplido las obligaciones impuestas por el art. 4.1 de la Directiva, al exigir para su oponibilidad frente a los acreedores del comprador que la cláusula deba ser confirmada en cada una de las facturas de fecha cierta anterior a la apertura del procedimiento de embargo y consten registradas en los libros contables. La sentencia se alinea así con la posición que durante el largo proceso de elaboración de la Directiva mantuviera el Consejo frente a la Comisión y al Parlamento, y recuerda que su objetivo se limita a contemplar la cláusula como garantía del pago o medio de presión al comprador que evite su morosidad (*Druckmittel*), excluyendo de su ámbito de aplicación los efectos frente a terceros¹⁴². En cualquier caso, no cabe discutir que la Directiva obliga a los EE.MM. a considerar que el vendedor conserva el dominio hasta el pago total del

expresará asimismo esta circunstancia, que deberá responder en todo caso a un acuerdo entre proveedor y comerciante documentado con anterioridad a la entrega”.

¹³⁶ Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE núm. 314, de 30 de diciembre de 2014).

¹³⁷ Su art. 10 contenía un párrafo 4, en el que se regulaban sus efectos frente a terceros estableciendo su otorgamiento en escritura pública e inscripción en el correspondiente registro (para un análisis del mismo, véase, PULGAR EZQUERRA, J., “El Proyecto de Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 604, 2003, pp. 1-6).

¹³⁸ *Vid.*, en este sentido, CARRASCO PERERA, A., “Morosidad y reserva de dominio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 663, 2005, p. 3; igualmente CARRASCO, A., CORDERO, E., MARÍN, M.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 409

¹³⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op. cit.*, p. 174; OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La reserva...”, *op. cit.*, pp. 113-116.

¹⁴⁰ ECLI: EU:2006:683.

¹⁴¹ El apdo. 26 de la sentencia establece que deberá haberse pactado expresamente antes de la entrega de los bienes para que produzca el efecto de retención de la propiedad y sus apdos. 27 y 28 señalan que deberá reconocerse ese efecto a la cláusula si es válida conforme a la ley aplicable según las normas de DIPr del foro.

¹⁴² Apdo. 29.

precio por parte del comprador, lo que, en sí, ya es un logro, aunque de escasas consecuencias prácticas¹⁴³. Por tanto, -y con independencia de los argumentos de política legislativa-, la limitada eficacia de la Directiva sigue poniendo de manifiesto la falta de uniformidad en los distintos EE.MM. acerca de los requisitos para la eficacia frente a acreedores y terceros de las cláusulas de reserva de dominio¹⁴⁴.

No obstante la respuesta del TJUE en esta sentencia, algunas cuestiones no planteadas en el caso siguen pendientes: concretamente, si tales exigencias impuestas por la *lex rei sitae* pueden ser consideradas restricciones a las libertades fundamentales de la UE en caso de conflicto móvil. En este sentido, parte de la doctrina entiende que cualquier norma o práctica que impida el reconocimiento o la eficacia de una garantía válidamente constituida o pactada conforme a la ley de otro Estado miembro, significaría una restricción a la libre circulación de bienes y capitales, o supondría una “medida de efecto equivalente”, prohibidas por el Derecho UE. Si bien el interés de un Estado miembro por proteger la seguridad jurídica, así como otras normas tendentes a proteger a ciertos acreedores, podrían ser consideradas restricciones legítimas a tales libertades¹⁴⁵. Volveremos sobre este último argumento en los epígrafes siguientes.

En conclusión, teniendo en cuenta el texto de la(s) Directiva(s) y su interpretación por el TJUE, la expresión “en las relaciones entre vendedor y comprador” que contiene el art.10 de la Ley española de lucha contra la morosidad, no puede significar que el legislador español limite la eficacia de la cláusula de reserva de dominio a sus efectos *inter partes*, -no lo ha hecho en el resto de normas que la regulan y que han sido analizadas en el epígrafe anterior-, sino que simplemente ha excluido del ámbito de aplicación de dicha Ley -al igual que la Directiva que traspone- los requisitos para la eficacia frente a terceros de la cláusula de reserva de dominio, sin prejuzgar el alcance de su eficacia -que queda sometido, como decimos, al resto de las normas dictadas por el legislador español, analizadas *supra*-¹⁴⁶.

El art. 10 de la ley española de lucha contra la morosidad lleva hasta sus últimas consecuencias la discutible distinción entre efectos *inter partes* y frente a terceros de la transferencia de propiedad¹⁴⁷, negando la naturaleza real del derecho de propiedad y

¹⁴³ Como señala CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 3, la utilidad de la reserva de dominio se prueba cuando aparecen acreedores o terceros adquirentes, pues contra el comprador el vendedor ya tiene la acción de resolución del art. 1124 Cc.; igualmente CARRASCO, A., CORDERO, E., MARÍN., M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo II, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, , 2015, pp. 393-434, p. 409; en el mismo sentido, KIENINGER, E.M.-, “Der Eigentumsvorbehalt...”, *op. cit.*, p. 151.

¹⁴⁴ MONTI, G., NEJMAN, G., REUTER, W.-J., “The Future...”, *op. cit.*, pp. 906-907; VON BAR, Ch., DROBNIG, U. (eds.), *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, Sellier, Munich, 2004, pp. 325-326.

¹⁴⁵ KIENINGER, E.-M. *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Nomos, Baden-Baden, 1996, pp. 63-121; ROTH, W.-H., “Secured...”, *op. cit.*, pp. 46-67; WENDEHORST, Ch., “Art. 43 EGBGB” en *Münchener Kommentar BGB*, Band 11, 7. Auflage, C. H. Beck, Munich, 2018, nº 154; MARTINY, D., “Lex rei sitae...”, *op. cit.*, p. 122-125; RUTGERS, J.W., “Secured Credit and Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU’s Mandate for Legislation”, en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER, E.-M., *The Future...*, *op. cit.*, pp. 68-82, esp. pp. 74-79; KREUZER, K., “La propriété...”, *op. cit.*, p. 242.

¹⁴⁶ FORNER DELAYGUA, J.J., (“Garantías...”, *op. cit.*, pp. 151-152), considera, sin embargo, que, excluida cualquier eficacia *erga omnes* del pacto de reserva de dominio, la validez y eficacia (*inter partes*) de la cláusula quedaría sometida a la *lex contractus*.

¹⁴⁷ Sobre la eliminación de esa clasificación *vid.* nota *supra*, al hilo de los efectos obligacionales del contrato de venta con reserva de dominio.

reduciéndolo a un simple derecho de crédito. El derecho real de propiedad atribuye a su titular un conjunto de facultades *erga omnes*. Si el vendedor es propietario, lo es frente a todos; no puede ser propietario frente al comprador y no serlo frente a terceros. O se es propietario o no se es propietario, frente al comprador-deudor y frente a cualquiera (acreedores y terceros, incluidos)¹⁴⁸; cosa distinta es que existan objetivos de política legislativa, vinculados a la seguridad jurídica, que prioricen el interés de ciertos terceros. Este argumento será desarrollado en los epígrafes siguientes.

4. Oponibilidad de la propiedad reservada frente a terceros adquirentes

35. Tradicionalmente se ha sostenido que la facultad que el derecho real de propiedad otorga a su titular de perseguir la cosa frente a todos, al afectar a terceras personas, debe quedar sometida a la *lex rei sitae*, por ser la ley que mejor protege las expectativas de los terceros que confían en que el régimen jurídico de los bienes esté sujeto a ley del lugar donde se encuentren¹⁴⁹. En consecuencia, la *lex rei sitae* determinará los efectos de la propiedad reservada por el vendedor frente a terceros adquirentes, incluida la publicidad -registral o no registral-, entendida como requisito de oponibilidad del derecho real.

35. En caso de que el bien mueble se haya desplazado a otro Estado después de la perfección del contrato, la *lex situs* plantea problemas de conflicto móvil. La solución que ha venido manteniendo la mayor parte de la doctrina consiste en aplicar la ley del lugar de situación del bien en el momento en que tienen lugar los actos determinantes de su transferencia al tercero (*lex rei sitae* actual), por entender que es la que mejor preserva sus intereses y, en definitiva, los del tráfico, según las reglas de ese mercado. De esta forma se protegen las legítimas expectativas de los terceros que pretenden adquirir o constituir un nuevo derecho real, teniendo en cuenta las normas del Estado donde se encuentra el bien, con independencia de su procedencia anterior¹⁵⁰.

Atendiendo a esos postulados, corresponde verificar conforme a las normas de este Estado si se han producido nuevos actos con trascendencia para la constitución de un nuevo derecho real (exigencia de requisitos de publicidad, reglas sobre adquisición a non domino, etc...). Es decir, a la *lex rei sitae* actual quedan sometidos tanto los requisitos objetivos -la exigencia o no de publicidad, o la eficacia de los derechos no inscritos-, cuanto los subjetivos, es decir, quiénes se consideren esos terceros y, por tanto, la protección que en su territorio se otorga al tercer adquirente de buena fe¹⁵¹.

¹⁴⁸ En este sentido, LAGARDE, P., “Sur la loi applicable...”, *op. cit.*, p. 154-155; KREUZER, K., “La propriété...”, *op. cit.*, pp. 104-105; LAVAL, S., *Le tiers...*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴⁹ MARTINY, D., “Lex rei sitae...”, *op. cit.*, p. 119; AUDIT, B., *Droit...*, *op. cit.*, p. 666; AUDIT, B., & D’AVOUT, *Droit...*, *op. cit.*, p. 751; CACHARD, O., *Droit...*, *op. cit.*, p. 242; KREUZER, K., “La propriété...”, *op. cit.*, p. 253-255; en la doctrina española, BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias...*, *op. cit.*, p. 155; SÁNCHEZ LORENZO, S., “La cláusula...”, *op. cit.*, p. 192.

¹⁵⁰ AUDIT, B., & D’AVOUT, *Droit...*, *op. cit.*, p. 755; CACHARD, O., *Droit...*, *op. cit.*, p. 243; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 749-750; sobre los problemas de conflicto móvil provocados por otro desplazamiento ulterior del bien y a favor de aplicar esa ley, BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias...*, *op. cit.*, 217-224.

¹⁵¹ BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias...*, *op. cit.*, p. 211.

37. Los requisitos de oponibilidad frente a terceros varían entre los Estados¹⁵². En muchos de ellos no suele exigirse publicidad a estos efectos, sino tan sólo que la reserva de dominio conste por escrito, como ocurre en Derecho francés¹⁵³. En Derecho alemán, por su parte, ni siquiera se exige acuerdo expreso ni documento escrito¹⁵⁴. En Derecho español, como sabemos, existen distintos regímenes. En principio, si la *lex rei sitae* actual es la española y sostenemos que la reserva de dominio no es garantía real en cosa ajena, sino propiedad retenida por el vendedor, ésta -como cualquier propiedad-, debe ser eficaz *erga omnes*, sin necesidad de publicidad, salvo frente a terceros protegidos. La cuestión de quién deba entenderse tercero protegido no resulta nada pacífica en nuestro ordenamiento. Parece razonable la postura de quienes consideran que entre los terceros protegidos no puede incluirse sin más el de buena fe que adquiere *a non domino*. En este sentido, se ha sostenido con bastante fundamento que el art. 464.I Cc., tan sólo contiene una regla probatoria, en virtud de la cual la posesión funciona como prueba del título cuando el poseedor alega haber adquirido la propiedad, pero no convalida una adquisición defectuosa por proceder de un no propietario. En Derecho español no existe una regla general en virtud de la cual el tercero de buena fe adquiere *a non domino* con base en la mera apariencia derivada de la posesión del transmitente, siendo necesario para que el tercero quede protegido que concurren, además, otros requisitos, como venta en pública subasta, en establecimiento mercantil, el transcurso de tres años, etc., contemplados en los párrafos 2, 3 y 4 del art. 464 Cc, en el art. 1955.1 Cc y en otras normas específicas¹⁵⁵.

Esa solución debe ser aplicada a los contratos de venta de bienes muebles corporales con reserva de dominio celebrados conforme a un Derecho extranjero que no queden incluidos en el ámbito de aplicación de la LVPBM¹⁵⁶. Sólo si los contratos se subsumen en el ámbito de la LVPBM, será aplicable el requisito de la inscripción registral para la protección del vendedor frente a terceros. En estos últimos supuestos, el vendedor debería ser considerado propietario en virtud del principio de determinación o exactitud de los datos del registro (art. 15.2)¹⁵⁷. La interpretación estricta del art. 15 LVPBM sirve también para excluir a los terceros de mala fe o que hayan adquirido a título gratuito. Y ello porque, aunque el precepto no diga nada, debe interpretarse de acuerdo con el art. 1124.IV Cc, que sólo protege a los terceros de buena fe y a título oneroso, frente a la resolución del contrato, pues remite a los arts. 1295 y 1298 Cc (acciones resolutorias). Por tanto, la reserva de dominio contenida en un contrato sometido a la LVPBM no podrá ser oponible frente a terceros de buena fe que han adquirido a título oneroso. Frente a los

¹⁵² KREUZER, K., “La propriété...”, *op. cit.*, pp. 236-238; MARTINY, D., “Lex rei sitae...”, *op. cit.*, pp. 120-121.

¹⁵³ *Vid. supra.*

¹⁵⁴ *Vid. supra.*

¹⁵⁵ Véanse los argumentos en MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op. cit.*, pp. 196-199.

¹⁵⁶ Quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la LVPBM los contratos de venta a plazos -por un tiempo superior a tres meses- de bienes muebles corporales, no consumibles e identificables y los contratos de préstamo destinados a financiar su adquisición (arts. 3 y 4). Quedan excluidas expresamente las ventas a plazos de bienes muebles destinadas a la reventa al público y los préstamos destinados a su financiación, las ventas y préstamos ocasionales sin finalidad de lucro, los préstamos y ventas garantizados con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, los de cantidad inferior a la determinada reglamentariamente y los arrendamientos financieros (art. 5). Los contratos de consumo con precio aplazado se rigen por la Ley 16/2011 de contratos de crédito al consumo y supletoriamente por la LVPBM (art. 2 LVPBM).

¹⁵⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op.cit.*, p. 211-213.

terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito, el vendedor debería poder ejercitar la acción reivindicatoria aunque la reserva de dominio no estuviera inscrita¹⁵⁸.

5. Oponibilidad de la propiedad reservada frente a acreedores individuales del comprador

38. La *lex rei sitae* determinará, igualmente, los efectos del derecho de propiedad retenido por el vendedor frente a una ejecución instada por un tercero acreedor individual del comprador, además de la posición que ocupe ese derecho en el orden de preferencias o prelación, así como las condiciones y los efectos de la publicidad registral (art. 10.1 Cc), cuando ésta funcione como requisito de oponibilidad. Lo más común será que se planteen problemas de conflicto móvil, derivados de la circunstancia de que el bien se encuentre en el momento del embargo en un Estado distinto al de su situación en el momento de la celebración del contrato, pues normalmente será trasladado del Estado del domicilio del vendedor al del comprador. La elección entre la *lex rei sitae* anterior y la actual exige solucionar el conflicto de intereses entre vendedor reservista y tercer acreedor embargante, entre seguridad jurídica interna y seguridad del tráfico internacional. Resolverlo a favor de la ley del lugar donde se encuentre el bien en el momento de trabarse el embargo, supone optar por la protección de los intereses del tráfico nacional afectado. Sin embargo, esa solución no resulta satisfactoria desde el punto de vista de las legítimas expectativas de las partes y de la protección del tráfico internacional¹⁵⁹. De hecho, se ha mantenido que someter la propiedad (reservada) del vendedor a la ley del estado de nueva situación del bien, supone desconocer un auténtico derecho de propiedad que ya existe conforme a la *lex situs* anterior. Es decir, aunque la reserva de dominio cumpla una función de doble garantía del vendedor (de pago y tras el impago), sigue siendo, ante todo, dominio (reservado) del vendedor, también cuando el bien traspase las fronteras¹⁶⁰.

39. En la práctica, la *lex rei sitae* posterior coincide con la *lex fori* como ley del embargo. Ésta determinará el tipo de acción (tercería de dominio o de mejor derecho), además de los efectos de la misma sobre el proceso de ejecución y los medios de acreditación del título, incluyendo la publicidad como requisito de oponibilidad frente al resto de acreedores¹⁶¹. Como ya se ha dicho, los requisitos de oponibilidad frente a acreedores individuales varían entre los Estados¹⁶². En muchos de ellos no suele exigirse publicidad a estos efectos, sino tan sólo que la reserva de dominio conste por escrito con

¹⁵⁸ Aunque no es una opinión unánime es la más coherente con el art. art. 1124 Cc; *vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op. cit.*, pp. 206-211.

¹⁵⁹ Critican esa solución que de manera casi constante aplica la *Cour de Cassation* francesa (“la ley francesa es la única aplicable a los derechos reales sobre bienes muebles situados en Francia”), por considerarla poco adecuada a las necesidades del tráfico internacional, AUDIT, B., D’AVOUT, L., *Droit...*, *op. cit.*, p. 756.

¹⁶⁰ Sobre el carácter de la reserva de dominio como derecho real de propiedad pleno, aunque en función de garantía, lo que impide tratarla como un derecho real en cosa ajena, *vid.* LAGARDE, P. “Sur la loi applicable...”, *op. cit.*, pp. 168-170 y 172; en el mismo sentido se pronuncia SERICK, R. “Garantías...”, *op. cit.* pp. 119, 126, 130.

¹⁶¹ BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias...*, *op. cit.*, pp. 224-229; SÁNCHEZ LORENZO, S., “La cláusula...”, *op. cit.*, pp. 429-449; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 749-751.

¹⁶² KREUZER, K., “La propriété...”, *op. cit.*, pp. 236-238; MARTINY, D., “Lex rei sitae...”, *op. cit.*, pp. 120-121.

fecha anterior al embargo, como ocurre en Derecho francés¹⁶³. En Derecho alemán, por su parte, ni siquiera se exige acuerdo expreso ni documento escrito¹⁶⁴. En Derecho español, como sabemos, existen distintos regímenes.

Si el embargo se traba en España, los contratos de venta de bienes muebles corporales con reserva de dominio celebrados conforme a un Derecho extranjero que no queden incluidos en el ámbito de aplicación de la LVPBM no podrán acceder al RBM¹⁶⁵. En ese caso se sostiene -y así lo considera la jurisprudencia del TS- que el comprador podrá oponer su propiedad reservada ejercitando una tercería de dominio¹⁶⁶, además de gozar de la preferencia que el art. 1922.1 Cc atribuye al vendedor de cosa mueble si el bien está en poder del comprador¹⁶⁷. Por tanto, se entiende que sólo en el caso de una compraventa sometida a la LVPBM, el art. 15 LVPBM exige la inscripción en el RBM de las reservas de dominio como requisito de oponibilidad. En estos últimos supuestos, el vendedor debería disponer de los remedios de un propietario en virtud del principio de determinación o exactitud de los datos del registro (art. 15.2) y de la tercería registral (art. 15.3)¹⁶⁸. Además gozará de la preferencia y prelación establecidas en los arts. 1922.2 y 1926.1 Cc¹⁶⁹.

Si se aceptara que el art. 15 LVPBM contiene un concepto amplio que incluya también a los acreedores, entonces se está admitiendo que el art. 15 LVPBM exige a la propiedad mobiliaria una publicidad que el legislador español no exige a la inmobiliaria. Por ello se ha propuesto partir de una interpretación estricta, en virtud de la cual los acreedores no son terceros protegidos por la supuesta apariencia de publicidad derivada de la posesión de comprador¹⁷⁰. *De lege lata*, esta interpretación solventaría el problema de la exigencia de publicidad como requisito de oponibilidad, frente a los acreedores, de la propiedad reservada por el vendedor conforme a un ordenamiento jurídico extranjero,

¹⁶³ *Vid. supra*.

¹⁶⁴ *Vid. supra*.

¹⁶⁵ Recuérdese que quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la LVPBM los contratos de venta a plazos -por un tiempo superior a tres meses- de bienes muebles corporales, no consumibles e identificables y los contratos de préstamo destinados a financiar su adquisición (arts. 3 y 4). Quedan excluidas expresamente las ventas a plazos de bienes muebles destinadas a la reventa al público y los préstamos destinados a su financiación, las ventas y préstamos ocasionales sin finalidad de lucro, los préstamos y ventas garantizados con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, los de cantidad inferior a la determinada reglamentariamente y los arrendamientos financieros (art. 5). Los contratos de consumo con precio aplazado se rigen por la Ley 16/2011 de contratos de crédito al consumo y supletoriamente por la LVPBM (art. 2 LVPBM).

¹⁶⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 1175-2007, de 8 de noviembre [RJ 2007-7418].

¹⁶⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op.cit.*, pp. 195-196.

¹⁶⁸ Como ha mantenido la DGRN y ha recogido MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op.cit.*, p. 211-213.

¹⁶⁹ Aunque la LVPBM (art. 16) privilegie o prefiera la acción de cumplimiento, porque favorezca más a los demás acreedores del comprador, ello no impide el ejercicio del resto de los remedios de los que dispone el vendedor en caso de incumplimiento de aquél, según sostienen MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op.cit.*, p. 221; ARANA DE LA FUENTE, I., “Sobre la propiedad...”, *op. cit.*, p. 319.

¹⁷⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op.cit.*, pp. 206-209. Igualmente proponen reducir la consideración de terceros protegidos en Derecho francés AUDIT, B., D’AVOUT, L., *Droit...*, *op. cit.*, p. 751.

como pudiera ser el Derecho alemán o el francés¹⁷¹; sin embargo, esa solución no parece suficiente desde el punto de vista de los intereses del tráfico internacional.

40. Para solventar los problemas de la falta de eficacia de la reserva de dominio cuando el bien es desplazado de un Estado a otro, provocados por la diversidad de regímenes materiales de oponibilidad de la misma¹⁷², se han defendido reformas conflictuales de distinto calado. Una de las propuestas de mayor peso es la de someter tales requisitos a la *lex rei sitae* anterior o ley del Estado de la situación del bien en el momento en que se produce el hecho con trascendencia jurídico-real: la celebración del contrato que contiene la cláusula de reserva de dominio. El argumento parte de la consideración de los intereses del vendedor/acrededor y de la seguridad del tráfico internacional, en el sentido de que toda adquisición -en este caso conservación- de un derecho real, válida conforme a la *lex rei sitae* del momento en que se produce el acto con trascendencia jurídico-real (en este caso celebración del contrato), debería ser reconocida por la *lex rei sitae* posterior. Lo contrario supondría un estado de inseguridad jurídica insoportable en el comercio internacional, ya que el vendedor, para asegurarse de la eficacia de la reserva de dominio, estaría obligado a informarse de los requisitos exigidos en el Estado de destino -en ocasiones desconocido-, lo que terminaría disuadiéndole de contratar¹⁷³.

También se han propuesto otras soluciones *de lege ferenda*, como la concesión de un período de gracia al estilo de las legislaciones suiza o estadounidense, o la aplicación prospectiva de la *lex rei sitae* posterior siempre que sea conocida¹⁷⁴. Incluso se ha defendido la aplicación de la ley de la fuente (*lex contractus*) a todos los efectos del mismo, tanto los contractuales cuanto los reales, lo que supondría también acabar con la distinción entre efectos obligacionales y reales del contrato y dar entrada a la autonomía de la voluntad¹⁷⁵. En estos casos, quedarían a salvo los intereses del tráfico interno, a través de las leyes de policía del Estado de situación actual del bien¹⁷⁶.

¹⁷¹ Requisito exigido en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 8 de febrero de 2011.

¹⁷² Téngase en cuenta que los ordenamientos jurídicos analizados *supra* son solo una muestra, aunque suficientemente significativa.

¹⁷³ Vid. SCHULTE-BRAUCKS, R., ONGENA, S., “The LatePayment Directive -a step towards an emerging European Private Law?”, *European Review of Private Law*, 2003-4, pp. 519-544, p. 535; AUDIT, B., D’AVOUT, L., *Droit...*, *op. cit.*, p. 756; CACHARD, O., *Droit...*, *op. cit.*, p. 243; LAGARDE, P., “Sur la loi applicable...”, *op. cit.*, p. 169; LAVAL, S., *Le ties ...*, *op. cit.*, p. 78 y 84, habla de “*fiction de continuité*”; DESCHAMPS, M., “Conflict- of-Law Rules for Security Rights: What Should Be the Best Rules?”, en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER E.-M., *The Future...*, *op. cit.*, pp.284-296, esp. pp. 292, donde sigue las recomendaciones de la Guía Legislativa de la CNUDMI de 2010 sobre operaciones garantizadas. En la doctrina española, VIRGÓS SORIANO, M., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 262; HEREDIA CERVANTES, I., “Reserva de dominio y concurso internacional”, en CARRASCO PERERA, A. (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 253; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 428, quien se refiere a un “principio de reconocimiento o de continuidad” de los derechos reales constituidos conforme a la *lex rei sitae* anterior.

¹⁷⁴ En este sentido KREUZER, K., “La propiedad...”, *op. cit.*, pp. 289-292.

¹⁷⁵ Es la solución adoptada en el art. 37 de la Ley china de DIPr., cuya versión en inglés puede consultarse en *IPRax*, 2011, p. 203 (traducción de W. LONG); en este sentido, *vid.*, MARTINY, D., “Lex rei sitae...”, *op. cit.*, p. 124; AUDIT, B., D’AVOUT, L., *Droit...*, *op. cit.*, p. 755-756; LAVAL, S., *Le tiers...*, *op. cit.*, pp. 78-84, propone la “recalificación de la transferencia de propiedad en contrato”.

¹⁷⁶; ROTH, W.-H., “Secured credit...”, *op. cit.*, p. 39.

Por último -y ante las dificultades que presenta la unificación o armonización de las normas de conflicto-, se ha defendido cierta armonización material mediante la creación de una garantía internacional -o al menos europea- que, configurada como garantía única o múltiple, pero en todo caso flexible y funcional, pudiera coexistir con las previstas en los ordenamientos jurídicos internos. Junto a ella, se ha propuesto la creación de un registro internacional -o, al menos, europeo-operado electrónicamente¹⁷⁷. Garantía y registro supranacional constituirían adecuadas respuestas especialmente adaptadas a las necesidades del tráfico internacional, que -respetando los intereses del tráfico interno- permitirían generalizar y/o institucionalizar las soluciones ya contenidas en la Guía Legislativa de la CNUDMI de 2010 sobre operaciones garantizadas, la Ley Modelo de la CNUDMI de 2016 sobre garantías mobiliarias, el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001 relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, y la Propuesta Académica del DCFR de 2009, que han sido citadas y/o analizadas *supra*.

6. La reserva de dominio en el concurso del comprador

41. A la *lex concursus* queda sometida la incidencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre los créditos contra el comprador y su rango o posición en el concurso, salvo las excepciones previstas por el legislador. Entre estas se encuentran la reserva de dominio del vendedor, a la que se refiere el art. 10 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante RI) y el art. 201 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El RI sólo se aplica a los concursos europeos, entendiéndose por tales los que se abran respecto de deudores cuyo centro de intereses principales (COMI) se localice en un Estado miembro de la UE, mientras que si se localiza en un tercer Estado será aplicable el régimen de la LC, fuertemente inspirada en su Reglamento predecesor¹⁷⁸.

RI y LC regulan un procedimiento principal, de carácter universal, en el Estado donde el deudor tenga su centro de intereses principales (art. 3.1 RI y 10.1 LC), a cuya ley quedan sometidos -en principio- todos los bienes, se encuentren o no en ese Estado (*lex fori concursus principalis*). Esta ley resulta aplicable a todos los aspectos sustantivos y de procedimiento (art. 7 RI y 200 LC), con una serie de excepciones (arts. 8-18 RI, en relación a otros Estados miembros y 201-

¹⁷⁷ Entre otros, KREUZER, K., “La propriété...”, *op. cit.*, pp. 292-294; *id.*, “Conflict-of-Laws...”, *op. cit.*, pp. 314-317; AUDIT., B., D’AVOUT., L., *Droit...*, *op. cit.*, p. 756; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 752; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales...*, *op. cit.*, pp. 146-155; BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias...*, *op. cit.*, pp. 153-154; DROBNIG, U., “Choosing the Right Approach for European Laemaking: Commentary”, en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER E.-M., *The Future...*, *op. cit.*, pp. 102-110; VENEZIANO, A., “Attachment/Creation of a Security Interest”, en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER E.-M., *The Future...*, *op. cit.*, pp. 113-134; LWOUWSKI, H.-J., “Quiet Creation of Security Interest or Filling”, en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER E.-M., *The Future...*, *op. cit.*, pp. 174-179; BRIDGE, M., “The Scope and Limits of Security Interest”, en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER E.-M., *The Future...*, *op. cit.*, pp. 181-214; BEALE, H., “The Future...”, *op. cit.*, pp. 384-388. Para ROTH, W.-H., (“Secured Credit...”, *op. cit.*, p. 66), la creación de una garantía opcional y alternativa mediante un Reglamento europeo dejaría a salvo la cuestión de la competencia legislativa de la UE, respetando el principio de subsidiariedad; sobre la competencia legislativa de la UE, *vid.*, también RUTGERS, J.W., “Secured Credit...”, *op. cit.*, pp. 68-82, quien aprecia dicha competencia de la UE para la armonización del Derecho privado en los supuestos en que la regla *lex rei sitae* posterior junto con las normas materiales internas suponen una vulneración de las libertades fundamentales (pp. 74-79).

¹⁷⁸ Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

209 LC en relación a terceros Estados); además tanto el RI como la LC permiten abrir un procedimiento territorial en España, pese a que el deudor tenga su COMI en el extranjero, si tiene un establecimiento aquí (art. 3.2 Reglamento y 10.3 II LC), ya se haya abierto -el procedimiento territorial- antes o después del principal. En estos casos la masa activa sólo se compone de los bienes situados en España y será aplicable la ley española¹⁷⁹.

42. El art. 10.1 RI establece que la apertura de un procedimiento de insolvencia contra el comprador no afectará a los bienes vendidos con reserva de dominio, con anterioridad, que se encuentren, en el momento de apertura del concurso, en un EM distinto al de apertura del procedimiento¹⁸⁰. Como ha señalado la doctrina, el precepto consagra una regla de inmunidad de alcance material, porque impide que en dicho procedimiento los derechos del vendedor puedan quedar sometidos no solo a la *lex fori concursus principalis*, sino también a las del Estado miembro donde se encuentre el bien (*lex rei sitae* actual), por eso se la califica también como una regla de “no reconocimiento” del procedimiento de insolvencia, o de “no afectación” del mismo a los derechos del vendedor. Esos derechos solo quedarían sometidos a un procedimiento territorial de insolvencia en el Estado donde se encuentre el bien siempre que el deudor disponga allí de un establecimiento (inmunidad relativa). Si no se diera tal coincidencia, la inmunidad sería absoluta¹⁸¹.

Se ha sostenido que el objetivo de política legislativa del precepto es proteger la seguridad jurídica de las transacciones en los demás Estados miembros, evitando que el vendedor pudiera verse sorprendido por un procedimiento concursal extranjero que no previó cuando se reservó la propiedad¹⁸². En ese momento habría calculado la resistencia de sus derechos ante un eventual procedimiento de insolvencia atendiendo a las normas de la *lex rei sitae* anterior, por lo que la aplicación de la *lex concursus* o de la *lex rei sitae* posterior acabaría frustrando sus expectativas. Sin embargo, ese riesgo derivado de la internacionalidad de la transacción podría haberse evitado simplemente estableciendo una regla conflictual como la introducida en los arts. 11 y siguientes RI o como la introducida en el art. 201 LC, en virtud de la cual esos derechos quedarán sometidos a la *lex rei sitae* del momento de la celebración del contrato de venta con reserva de dominio¹⁸³. Tampoco parece convincente la justificación basada en la simplificación de los procedimientos concursales transfronterizos como objetivo institucional del Reglamento, pues la mayoría de las excepciones del Reglamento obliga a la aplicación combinada de ordenamientos¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Vid., CUNIBERTI, G., NABET, P., RAIMON, M., *Droit européen de l'insolvabilité*, LGDJ, París, 2017, pp. 25-161; HESS, B., et al., *The implementation of the New Insolvency Regulation. Improving Cooperation and Mutual Trust*, Nomos, Germany, 2017, *passim*; DE MIGUEL ASENSIO, P., “Los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre la tramitación de litigios en el extranjero”, *La Ley. Unión Europea* (Sección Tribuna), nº 61, 31 de julio de 2018; VIRGÓS SORIANO, M. Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 17-33; CAMPUZANO DÍAZ, B., *Aspectos internacionales del Derecho concursal*, Laborum, Murcia, 2004, pp. 61-68.

¹⁸⁰ Las reglas de localización de los bienes a estos efectos se encuentran en el art. 2. 9) RI. El art. 8. 2 b) de la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito reproduce el mismo contenido del art. 10 RI.

¹⁸¹ Sobre su interpretación, véase la dada al art. 7 de su predecesor Reglamento 1346/2000, en VIRGÓS SORIANO, M. Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Comentario...*, pp. 105-106 y 110-111; HEREDIA CERVANTES, I., “Reserva de dominio...”, p. 256.

¹⁸² Vid. tales fundamentos en el *Informe VIRGÓS/SCHMIT, sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia*, nº 97, al que se remite el nº 112.

¹⁸³ CUNIBERTI, G., NABET, P., RAIMON, M., *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 280.

¹⁸⁴ HEREDIA CERVANTES, I., “Reserva de dominio...”, *op. cit.*, p. 256.

Entonces tan solo queda admitir que el art. 10 RI tiene por objeto evitar que la declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia impida al vendedor resolver la venta y recuperar el bien en caso de impago, por eso ha sido calificada como norma de derecho material uniforme¹⁸⁵.

En el mismo sentido, el apartado 35 de la STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-292/08, German Graphics¹⁸⁶, considera que el art. 7.1 (actual 10.1) RI constituye una “norma material cuya finalidad es proteger al vendedor con reserva de dominio en lo que atañe a los bienes que se encuentran fuera del Estado miembro de insolvencia”. Además, esta sentencia excluye del ámbito de aplicación del RI una acción del vendedor reservista contra el síndico, que tenía por objeto solicitar la restitución del bien cuya propiedad se había reservado, por considerar que presentaba una insuficiente conexión con el procedimiento de insolvencia (apdos 30 y 31).

La regla presupone la validez y eficacia de esos derechos conforme a la *lex rei sitae* anterior, que regula la transmisión del derecho de propiedad del vendedor al comprador, ley del Estado donde estuviera situado el bien en el momento de la celebración del contrato¹⁸⁷. Esta ley determinará también la naturaleza de la reserva de dominio¹⁸⁸. En relación a la eficacia se ha sostenido que la interpretación más razonable y más acorde con la continuidad de las relaciones y situaciones jurídicas en el espacio supone entender que la adquisición -en este caso pudiéramos llamar conservación- de un derecho real -la propiedad del vendedor reservista-, operada válidamente conforme a la *lex rei sitae* inicial del bien, debe ser reconocida en el Estado de la nueva situación. De dicha regla sólo quedarían excluidos los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. Es decir, los requisitos de oponibilidad del derecho de propiedad del vendedor, válidamente retenido

¹⁸⁵ Como sostiene la mayor parte de la doctrina, aunque no es una cuestión pacífica, ni siquiera en la jurisprudencia del TJUE, especialmente a partir de la sentencia de 5 de julio de 2012, asunto 527/10, ERSTE Bank Hungary (ECLI:EU:C:2012:37), apdo. 42, que parece interpretar el art. 5 dedicado a los derechos reales de terceros (actual art. 8) como una norma de conflicto; *vid.* el debate también en BRINKMANN, M., “The Position of Secured Creditor in Insolvency”, en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER E.-M., *The Future...*, *op. cit.*, pp. 249-272; esp. pp. 270-272; EIDENMÜLLER, H., “Secured Creditors in Insolvency Proceedings”, en EIDENMÜLLER, H. & KIENINGER E.-M., *The Future...*, *op. cit.* pp. 274-283, esp. pp. 282-283, donde critican la solución dada en el Reglamento a las garantías; decantándose por la posición mayoritaria, McCORMACK, G., & BORK, R. (eds.), *Security Rights and the European Insolvency Regulation*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 27-44; en la doctrina española, CAMPUZANO DÍAZ, B., *Aspectos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 171-172. Frente a las críticas de sobreprotección del vendedor debe tenerse en cuenta que esos efectos se producirán en muy contadas ocasiones, pues en la mayoría de los casos el bien se encontrará en el Estado del domicilio del deudor. Además, recuérdese que el RI permite que el administrador del procedimiento principal inste la apertura de un procedimiento territorial en el Estado de situación del bien si se dan las condiciones establecidas en el Reglamento, por lo que su posición en el concurso quedará sometida a la ley de este Estado (Considerando 68).

¹⁸⁶ ECLI:EU:C:2009:544.

¹⁸⁷ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Comentario...*, *op. cit.*, p.111; HEREDIA CERVANTES, I., “Reserva de dominio...”, *op. cit.*, p. 252; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 744-745, aunque solo se refiere a la existencia. El Considerando 68 RI habla de fundamento, validez y alcance: en este mismo sentido se pronuncia la STJUE de 26 de octubre de 2016, asunto C-195/15, SCI Senior Home (ECLI:EU:C:2016:804), apdo. 18-19 y la STJUE de 5 de julio de 2012, asunto 527/10, ERSTE Bank Hungary (ECLI:EU:C:2012:37), apdo. 41.

¹⁸⁸ Recuérdese en este sentido que la Directiva de lucha contra la morosidad obliga a los Estados a reconocer que el vendedor conserva la propiedad hasta el completo pago del precio por el comprador, si bien la STJUE de 26 de octubre de 2006, As. C-302/05, Comisión c. Italia ha establecido que los requisitos para la oponibilidad a terceros cuyos derechos no se vean afectados por la Directiva seguirá rigiéndose por los Derechos nacionales (*vid.* comentario *supra*).

conforme a la *lex rei sitae* inicial, deberán quedar sometidos a la misma con excepción de ciertas reglas de protección de determinados terceros¹⁸⁹.

No ha sido esa, sin embargo, la solución dada por la Sent. de la AP de Burgos (Secc. 3ª) de 8 de febrero de 2011, que aplicó a la eficacia de la reserva de dominio sobre los bienes situados en España la ley española (*lex rei sitae* actual). Como la reserva de dominio no había sido inscrita en el RBM, no consideró el crédito del vendedor garantizado con la reserva de dominio como crédito privilegiado del art. 90.1 4º LC.

43. Por su parte, las consecuencias que contempla el art. 201 LC, son muy diferentes. Según éste, los efectos del concurso sobre los derechos del vendedor respecto de los bienes vendidos al concursado con reserva de dominio, que en el momento de la declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado, se regirán exclusivamente por la legislación concursal de ese otro Estado. Si el RI es aplicable cuando el COMI se encuentre en un EM ¿Cuándo va a aplicar este artículo un tribunal español? En principio, cuando se abra aquí un procedimiento principal, pero entonces serán aplicables las normas del RI, cuyo artículo 10 sólo prevé que el procedimiento de insolvencia abierto en España no afectará a los derechos del vendedor con reserva de dominio sobre un bien que esté situado antes de la apertura del procedimiento en otro EM. Por tanto, se ha sostenido que el art. 201 se aplicará cuando, estando el COMI en España y conociendo el tribunal español del procedimiento principal -en virtud del art. 3.1 RI-, el bien vendido con reserva de dominio esté situado en un tercer Estado. Deberá aplicar, en el mismo procedimiento, el art. 10 RI a las reservas de dominio sobre bienes situados en otro EM y el art. 201 LC a las reservas de dominio sobre bienes situados en terceros Estados¹⁹⁰.

44. El problema se plantea, entonces, si el bien se encuentra en España en el momento de apertura del concurso. La LC tan solo considera privilegios especiales los contemplados en la misma (art. 89. 2 y 90)¹⁹¹. A su vez, el art. 90.2 LC establece que tales privilegios deben estar constituidos con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. ¿Significa eso que las reservas de dominio no inscritas en el RBM no serán consideradas créditos privilegiados en el concurso abierto en España¹⁹²?

Aunque, en principio, parece que el art. 90.2 LC -en relación con el art. 56 LC- requiere la inscripción de la reserva de dominio en el RBM para que esta tenga eficacia en el concurso como privilegio especial del art. 90.1.4º LC-, si no ha ocurrido así -bien porque el contrato de compraventa no esté incluido en el ámbito de aplicación de la LVPBM¹⁹³, bien porque el contrato se celebró conforme a lo establecido en otro ordenamiento jurídico-, podría entenderse que éste está pendiente de cumplimiento por

¹⁸⁹ Como ya se ha sostenido *supra*, según esta interpretación, sólo debería aplicarse la *lex rei sitae* actual a la oponibilidad de la propiedad retenida frente a terceros adquirentes de buena fe a título oneroso; en este sentido LAGARDE, P., “Sur la loi...”, *op. cit.*, p. 168-172, esp. p. 170; en la doctrina española, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 428; HEREDIA CERVANTES, I., “Reserva de dominio...”, *op. cit.*, pp. 249-259, esp. pp. 253-254; en el mismo sentido, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S., “Compraventa con pacto de reserva de dominio y concurso: la cuestión de la ley aplicable”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 26, 2012, pp. 495-509; OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La reserva...”, *op. cit.*, p. 107.

¹⁹⁰ HEREDIA CERVANTES, I., “La reserva de dominio...”, *op. cit.*, p. 251.

¹⁹¹ Salvo la excepción de los contenidos en leyes especiales, como el RD Ley 5/2005 sobre garantías financieras.

¹⁹² Así lo ha considerado la SAP Burgos (Sección 3ª), de 8 de febrero de 2011.

¹⁹³ *Vid. supra*.

ambas partes. Esta cuestión queda sometida a la *lex contractus*. Si ésta permitiera llegar a dicha conclusión¹⁹⁴, entonces sería aplicable el art. 61.2 LC (la declaración de concurso no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y las prestaciones a que esté obligado el concursado se harán con cargo a la masa, salvo que concursado o administración soliciten la resolución y las partes la acuerden o el juez la ordene). Por tanto, si el vendedor opta por la resolución del contrato, recupera la cosa -salvo que la administración concursal decida cumplir-¹⁹⁵. En definitiva, ante el incumplimiento del comprador, ya resuelva el vendedor o lo haga el juez, aquél recuperará la cosa vendida¹⁹⁶.

En el caso de reserva de dominio inscrita en el RBM, el art. 16.5. II LVPBM reconoce al vendedor con reserva de dominio un derecho de ejecución separada en el concurso (se llevará a la masa el sobrante si eligió la acción de cumplimiento), y un derecho de separación *ex iure domini*, como acción recuperatoria del bien, previa resolución del contrato -en este caso, con los límites del art. 56.1 II LC-. Este precepto no ha sido derogado expresamente por la ley concursal. Tampoco puede ser considerado una norma contraria o incompatible en el sentido del apartado 4 Disposición derogatoria única. De hecho, el art. 80 LC establece un derecho de separación a favor de los propietarios. El privilegio especial del vendedor con reserva de dominio del art. 90.1 4º LC puede entenderse, entonces, como una alternativa al ejercicio de las acciones derivadas de su derecho de propiedad en caso de incumplimiento del comprador, alternativa ciertamente preferida por el legislador ya que beneficia al resto de los acreedores¹⁹⁷.

VI. CONCLUSIONES

45. La reserva de dominio es conocida en la mayor parte de los países de nuestro entorno como cláusula inserta en un contrato de venta que suspende el efecto traslativo de la propiedad del bien hasta el pago total del precio aplazado. La propiedad retenida por el vendedor en función de garantía se ha insertado también en los últimos textos supranacionales de *soft y hard law*, que regulan las garantías mobiliarias. Esa es también la consideración que tímidamente le otorga el legislador de la UE. A pesar de que nuestro Código civil no la regula, el régimen general de los contratos, las normas de transposición

¹⁹⁴ Así ocurre en Derecho alemán, *vid. supra*.

¹⁹⁵ Pero si la cosa estuviera en poder de un tercer adquirente, es entonces cuando alcanza relevancia la inscripción de la reserva de dominio en el RBM.

¹⁹⁶ En este sentido se ha reinterpretado el criticado artículo 10 de la Ley de lucha contra la morosidad, pues aunque establece que el vendedor con reserva de dominio conserva la propiedad hasta el pago del precio “en las relaciones entre comprador y vendedor”, si la compraventa con reserva de dominio se entiende como un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, los acreedores concursales no se consideran terceros, porque se subrogan en la posición del comprador (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op. cit.*, pp. 200-205).

¹⁹⁷ Vid., en este sentido ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La reserva...*, pp. 229-230, quien afirma que el art. 90 LC no convierte la reserva de dominio en un derecho real de garantía, porque la venta forzosa se produce sólo si se opta por el cumplimiento. Según MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La reserva...”, *op. cit.*, pp.211-217, esta tesis puede mantenerse incluso si la reserva de dominio es a favor del financiador, pues este se subroga en la posición del vendedor (art. 1210 Cc).

del Derecho UE, incluso la legislación especial, permiten sostener que presenta la misma naturaleza jurídica en Derecho español. Por tanto, y a pesar de las particularidades nacionales -de las que son una significativa muestra los derechos alemán y francés, junto con el español aquí analizados-, su eficacia en España en supuestos transfronterizos no plantea problemas de reconocimiento ni de calificación. Por el contrario, el escollo se encuentra en su eficacia frente a otros acreedores del comprador y terceros. El limitado ámbito de aplicación del RMB español reduce significativamente la eficacia internacional de esta garantía basada en la propiedad. La solución *de lege lata* podría pasar por una interpretación restrictiva del concepto de tercero protegido, si bien no ha sido acogida decididamente por nuestra jurisprudencia. *De lege ferenda*, su regulación con carácter general en nuestro Cc, como ocurre en Alemania o Francia, afianzaría la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico. Pero la seguridad del tráfico internacional exige, además, aplicar a la eficacia de la reserva de dominio frente a los acreedores del deudor, la *lex rei sitae* del momento de celebrarse el contrato, así como la creación de una garantía y/o un registro electrónico internacional, o al menos europeos, a semejanza de los contemplados en el Convenio de Ciudad del Cabo, la Guía Legislativa y la Ley Modelo de la CNUDMI, y el DCFR.