

TESIS DOCTORAL



2015

Negocio fiduciario y simulación

AUTOR:

D. Sergio Tudela Chordà

Licenciado en Derecho

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

FACULTAD DE DERECHO

UNED

DIRECTOR:

Dr. D. Juan Carlos Menéndez Mato

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO**

UNED

TESIS DOCTORAL:

Negocio fiduciario y simulación

AUTOR:

D. Sergio Tudela Chordà

Licenciado en Derecho

DIRECTOR:

Dr. D. Juan Carlos Menéndez Mato

Profesor Titular de Universidad UNED

A María Antonia, mi compañera y apoyo incondicional.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS 17
INTRODUCCIÓN 23

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

I. DEFINICIÓN DE NEGOCIO FIDUCIARIO 29

A. GENERALIDADES..... 29

B. SU CONCEPTO SEGÚN LA DOCTRINA CIENTÍFICA 32

 1. *Con base en el derecho romano* 32

 2. *Concepción partiendo de la contradicción entre el medio jurídico empleado y el fin perseguido* 35

 3. *Concepto partiendo de la confianza* 38

C. CONCEPTO DE FIDUCIA CUM AMICO Y CUM CREDITORE 42

D. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE NEGOCIO FIDUCIARIO 46

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS 57

A. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN 57

 1. *Generalidades*..... 57

 2. *El negocio fiduciario como contrato indirecto*..... 60

 3. *El negocio fiduciario como negocio abstracto*..... 62

 4. *El negocio fiduciario como negocio jurídico patrimonial*..... 65

 5. *Conclusiones* 67

B. TEORÍA DEL DOBLE EFECTO 70

C. LA CAUSA FIDUCIAE..... 81

D. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL NEGOCIO FIDUCIARIO: DISTINCIÓN ENTRE PROPIEDAD FORMAL Y PROPIEDAD MATERIAL..... 86

E. EL NEGOCIO FIDUCIARIO: DERECHO OBLIGACIONAL O REAL 92

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS Y CONFIDURADORES DEL NEGOCIO

FIDUCIARIO

I. LA CAUSA EN LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS..... 98

A. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN 98

1. Introducción..... 98

2. La influencia de la causa en el sistema contractual 100

3. La causa en el ordenamiento jurídico español 103

4. La causa en el negocio fiduciario: teoría de la titularidad fiduciaria 106

B. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CAUSA 111

C. CONCEPTO DE CAUSA 115

1. Planteamiento de la cuestión..... 115

2. Concepto doctrinal de causa..... 116

a. La causa de los contratos típicos 116

b. La causa de los contratos atípicos..... 118

3. Diferencia entre causa y motivos del negocio jurídico 121

D. CAUSA DE LA OBLIGACIÓN 122

E. CAUSA EN EL CÓDIGO CIVIL 128

1. Generalidades..... 128

2. El requisito causal del artículo 1274 del Código civil 129

3. Los artículos 1275 y 1276 del Código civil 133

a. El artículo 1275 del Código civil 133

b. El artículo 1276 del Código civil 134

c. El negocio fiduciario y la exigencia de causa en los contratos en el Código civil	138
F. LOS REQUISITOS CAUSALES DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.....	140
1. <i>Generalidades</i>	140
2. <i>Existencia de causa</i>	142
3. <i>Veracidad de la causa</i>	146
G. LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS: LA CAUSA FIDUCIAE	154
1. <i>La causa de los negocios fiduciarios según la doctrina científica</i>	154
2. <i>La causa de los negocios fiduciarios según la doctrina jurisprudencial</i>	158
H. LA CAUSA DE LA FIDUCIA CUM CREDITORE.....	160
I. LA CAUSA DE LA FIDUCIA CUM AMICO	161
II. LA CONFIANZA COMO ELEMENTO ESENCIAL EN EL NEGOCIO FIDUCIARIO.....	162
A. LA RELEVANCIA DE LA CONFIANZA EN LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS CUM AMICO Y CUM CREDITORE	163
B. NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y NEGOCIOS DE CONFIANZA	167
C. LA CONFIANZA ANTE LA CRISIS MATRIMONIAL Y LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS	169
III. LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO	186
A. INTRODUCCIÓN	186
B. DEFINICIÓN Y NATURALEZA DEL PACTO COMISORIO ANTE EL NEGOCIO FIDUCIARIO.....	187
C. ORIGEN HISTÓRICO DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO.....	189
D. JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO Y EFECTOS	194
1. <i>La necesidad de seguir las formalidades procesales y procedimentales y la imposibilidad de autosatisfacción</i>	194
2. <i>La defensa del deudor y la inmoralidad del pacto</i>	195

3. El respeto al principio de par conditio creditorum y la protección de terceros acreedores	196
E. EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO	198
F. PROBLEMÁTICA DEL PACTO COMISORIO EN LA FIDUCIA CUM CREDITORE	199
G. JURISPRUDENCIA RELATIVA AL PACTO COMISORIO EN LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS CUM CREDITORE	202

CAPÍTULO TERCERO

VALIDEZ, EFICACIA E INCUMPLIMIENTO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

I. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS	213
A. PREVIO. GENERALIDADES.....	213
B. LICITUD DEL NEGOCIO FIDUCIARIO	213
C. EFECTOS DEL NEGOCIO FIDUCIARIO CON CAUSA ILÍCITA O FRAUDULENTA	220
II. EFECTOS DEL NEGOCIO FIDUCIARIO	227
A. INCUMPLIMIENTO DEL FIDUCIARIO.....	227
1. Generalidades.....	227
2. Incumplimiento de la retransmisión del bien dado en fiducia.....	227
3. Acción reivindicatoria y declarativa de dominio ante el incumplimiento del pacto fiduciario.....	232
B. LA USUCAPIÓN EN LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS	235
C. LA POSICIÓN DE LOS ACREEDORES DEL FIDUCIANTE Y DEL FIDUCIARIO ANTE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS	242
1. Introducción.....	242
2. El acreedor del fiduciante no concursado.....	243
a. Acción rescisoria en los negocios de fiducia cum amico y cum creditore .	243
b. Acción subrogatoria.....	248

3. El negocio fiduciario ante la quiebra o concurso de acreedores	249
a. La teoría del doble efecto	249
b. La denominada titularidad fiduciaria	252
c. El derecho de retención del fiduciario	256
d. El derecho de separación del fiduciante en el concurso de acreedores del fiduciario	258
e. La acción de reintegración al patrimonio del fiduciante deudor: Ley concurzal 22/2003, de 9 de julio	259

CAPÍTULO CUARTO

TIPOLOGÍA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y DISTINCIÓN CON EL NEGOCIO

SIMULADO

I. FIDUCIA CUM CREDITORE Y FIDUCIA CUM AMICO	267
A. INTRODUCCIÓN	267
B. FIDUCIA CUM CREDITORE	269
1. <i>Fiducia cum creditore en la jurisprudencia</i>	<i>269</i>
2. <i>Derecho de retención del fiduciario y realización de la garantía.</i>	<i>273</i>
C. FIDUCIA CUM AMICO.....	280
1. <i>Fiducia cum amico en las leyes.....</i>	<i>280</i>
2. <i>Fiducia cum amico en la jurisprudencia</i>	<i>282</i>
D. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.....	295
II. SIMULACIÓN Y NEGOCIOS FIDUCIARIOS.....	296
A.SIMULACIÓN	296
1. <i>Concepto.....</i>	<i>296</i>
2. <i>El acuerdo simulatorio.....</i>	<i>299</i>

3. <i>Simulación absoluta y relativa</i>	301
a. Diferencia entre simulación absoluta y relativa	301
b. La finalidad de los negocios simulados.....	305
4. <i>Efectos de los negocios simulados</i>	305
a. Efectos de los negocios simulados según la doctrina científica	305
b. Efectos de la simulación absoluta con base en la jurisprudencia.	307
c. Efectos de la simulación relativa con base en la jurisprudencia	310
B. SIMULACIÓN RELATIVA Y FIDUCIA	313
1. <i>Diferencia entre negocio fiduciario y simulación relativa según la doctrina científica</i>	313
a. Autores de la doctrina científica que identifican los negocios fiduciarios con la simulación relativa	313
b. Autores de la doctrina científica que diferencian los negocios fiduciarios con la simulación relativa	320
2. <i>Efectos de los negocios fiduciarios si son considerados como simulados relativamente</i>	323
3. <i>Diferencia entre negocio fiduciario y simulación relativa según la jurisprudencia</i>	325
a. Planteamiento de la cuestión.	325
b. La causa de la transmisión de la propiedad en los negocios fiduciarios y en los simulados relativamente.	327
c. Efectos de los negocios fiduciarios y simulados relativamente en relación a la transmisión de la propiedad.	330
d. El pacto comisorio ante el negocio fiduciario y la simulación relativa	340
4. <i>Consideraciones finales</i>	345

CONCLUSIONES.....	349
BIBLIOGRAFÍA	367
ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.....	375
TRIBUNAL SUPREMO (SALA CIVIL)	375
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	400
AUDIENCIAS PROVINCIALES	400
RESOLUCIONES DGRN.....	408

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADC	: Anuario de Derecho Civil
AP	: Audiencia Provincial
art. (s)	: Artículo (s)
BOE	: Boletín Oficial del Estado
Cc.	: Código Civil
C.Com.	: Código de Comercio
C.E.	: Comunidad Europea
cfr.	: Confróntese
D.	: Decreto
Dº.	: Derecho
DGRN	: Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	: Directiva
ed.	: Edición
EDJ	: El Derecho Jurídico
ej.	: Ejemplo
fasc.	: Fascículo
FD	: Fundamento de Derecho
FJ	: Fundamento Jurídico

L.	: Ley
LEC	: Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	: Ley Hipotecaria
L.O.	: Ley Orgánica
loc. cit	: Lugar citado
L.O.P.J.	: Ley Orgánica del Poder Judicial
n.	: Nota de pie de página
nº	: Número
op. cit.	: Obra citada
p. ej.	: Por ejemplo
pg. (s)	: Página (s)
RDP	: Revista de Derecho Privado
Res.	: Resolución
RJA	: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
S. (S)	: Sentencia (s)
S.A.	: Sociedad Anónima
S. (S) A.P.	: Sentencia (s) de la Audiencia Provincial
sec.	: Sección
S.L.	: Sociedad Limitada
S. (S) T.S.	: Sentencia (s) del Tribunal Supremo

ss. : Sigüientes

t. : Tomo

TS : Tribunal Supremo

vid. : Véase

vol. : Volumen

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La relevancia del estudio de los negocios fiduciarios radica, desde mi punto de vista, en la casuística de la institución y la proliferación de esta figura negocial en el tráfico jurídico español.

La seña de identidad del negocio fiduciario consiste en mostrar algo diferente a terceros, frente a lo pactado realmente entre las partes. Esta dinámica genera multitud de conflictos y de confusiones jurídicas y, por ende, de litigiosidad. Se trata de contratos cuya finalidad entre otras, consiste en una transmisión patrimonial de bienes o derechos con una trascendencia jurídica singular.

El principal escollo encontrado en el estudio del negocio fiduciario viene de la mano de la doctrina científica española, que niega la validez, licitud e incluso existencia de la institución –como negocio autónomo– por considerarla ayuna de causa, o por contravenir la norma (prohibición del pacto comisorio en su modalidad *cum creditore*). Frente a esta postura se hace obligatorio acudir a la jurisprudencia, cuyas resoluciones aceptan la existencia y validez del negocio fiduciario, a pesar de que en muchas ocasiones la fundamentación no contiene todo el rigor que sería deseable.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo concluye de forma unánime –en los últimos quince años– en dar validez al negocio con una línea argumental clara y reiterada. Si bien la jurisprudencia menor concluye en el mismo sentido, en ocasiones incurre en una fundamentación jurídica antigua que puede ser contradictoria con el fallo.

La justificación del presente estudio nace ante la gran cantidad de resoluciones judiciales que tratan el negocio fiduciario, la falta de regulación legal, el espaldarazo que da la doctrina a la institución, y la inseguridad jurídica que puede generar el que se estudie el negocio fiduciario como negocio simulado. De hecho, en la gran mayoría de los manuales se equipara al negocio simulado, no se le da validez

o simplemente no se estudia. Esta confusión conlleva que se cometan errores en la interpretación del negocio y pueda acarrear perjuicios importantes. Ello unido a que es el adecuado caldo de cultivo para el fraude, hace necesaria su concreción y delimitación a través de las resoluciones de los tribunales: máximos intérpretes de la norma.

El presente trabajo intentará –a través del estudio de la doctrina científica y sobre todo de la jurisprudencia– determinar el concepto, la naturaleza jurídica, y la causa de negocio fiduciario. La trascendencia del estudio de la causa responde a que en función de su existencia se estará en presencia de negocios fiduciarios o simulados de forma absoluta o relativa. Este es el principal argumento de la doctrina para negar la validez en el ordenamiento jurídico español del negocio fiduciario. El otro argumento dado por la doctrina científica es la existencia del pacto comisorio en los negocios fiduciarios *cum creditore*, extremo que trataré de discernir en cuanto a su operatividad en el negocio fiduciario. Una vez determinados estos extremos se estará en disposición de valorar cómo opera la confianza en este tipo negocial y la existencia, la validez, la licitud, sus efectos y su alcance. En todo caso el estudio de estos elementos y características es común para las dos modalidades de fiducia (*cum amico* y *cum creditore*).

Por último, se determinará si los negocios fiduciarios se identifican con los negocios simulados absoluta o relativamente o si, por el contrario, son diferentes, autónomos y con efectos propios. Todo ello, habida cuenta que la doctrina científica identifica los negocios fiduciarios con los negocios simulados y la jurisprudencia los diferencia.

He considerado oportuno centrarme en el estudio jurisprudencial, sobre todo, de los últimos quince años del Tribunal Supremo, pues se ha mantenido una línea clara y pacífica en relación a los negocios fiduciarios en sus dos vertientes – fiducia *cum amico* y *cum creditore*–, configurando el negocio en todos sus aspectos, tanto de forma, como de contenido y eficacia. Por esta razón no se ha estudiado el derecho comparado, pues el objeto ha sido la determinación y el alcance del

negocio fiduciario en la jurisprudencia española frente a la doctrina nacional; y, en concreto, respecto a la evolución jurisprudencial desde principios de este siglo, frente a la posición estática de la doctrina desde los años ochenta y noventa del siglo pasado.

Con todo, la trascendencia e interpretación de los negocios fiduciarios trae causa también de su relevancia no solamente en Derecho civil, que si bien es dónde se debe determinar y acotar la institución, ésta tiene vigencia en el ámbito mercantil, administrativo y penal. La falta de armonización entre doctrina y jurisprudencia puede generar confusión en los operadores jurídicos y provocar situaciones de inseguridad jurídica y resoluciones contradictorias, con el inherente perjuicio para el justiciable.

Por tanto, dada la relevancia jurisprudencial de la figura en todos los ámbitos jurídicos, no se puede obviar la institución y declarar su inexistencia o ilicitud, sino que habrá que acotar su alcance y efectos, desde el Derecho civil.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

I. DEFINICIÓN DE NEGOCIO FIDUCIARIO

A. GENERALIDADES

El negocio fiduciario es una figura creada por la doctrina pandectista alemana a finales del siglo XIX. REGELBERGER, a quien el negocio fiduciario debe su nombre y su calificación como negocio jurídico en derecho alemán, lo define del tenor literal siguiente: “el negocio fiduciario se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos –como ellos saben– exceden de aquel fin; por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito, cesión de un crédito para su cobro. Del negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del presupuesto. Quien transmite lo hace en la confianza de que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible”¹.

Pero este concepto no es compatible en un sistema causalista como el español, por lo que la doctrina debe adecuar el concepto de negocio fiduciario a la legislación nacional. GINÉS CASTELLET² considera que el artífice de la entrada del negocio fiduciario en el Derecho español es GONZÁLEZ MARTÍNEZ, a través de una resolución del DGRN de 14 de junio de 1922 que calificó como fiduciario al adjudicatario de unos bienes con la finalidad de pago de deudas, en interés ajeno y por motivos de confianza. Esta concepción era, en principio, incompatible con el sistema causal español. Critica GINÉS CASTELLET, en relación al concepto de negocio

¹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, Reimpresión 1997, pg. 380.

² Cfr. GINÉS CASTELLET, *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2004, pg. 197.

fiduciario, que GONZÁLEZ MARTÍNEZ consideraba que podían ser negocios fiduciarios: “los actos por los que una persona se coloca en el puesto del deudor principal para afianzar el crédito; los giros aceptados por deudas probables; la cesión de títulos a un banco para asegurar una cuenta corriente; la adquisición por otro para facilitar sus negocios; la venta de un establecimiento, quedando el comprador frente al público como agente o representante del vendedor; las empresas llevadas por cuenta de personas (por ejemplo, comunidades y extranjeros) que carecen de capacidad para implantarlas; las concesiones obtenidas por orden de quien no puede ser concesionario; las cesiones de letras únicamente para su cobro, pero con endoso perfecto; las transferencias temporales de acciones para legitimar votaciones; las cesiones de bienes a personas determinadas para facilitar su reparto; las constituciones de hipoteca con recibo de cantidad, aunque tan solo se abra una cuenta de crédito; las adjudicaciones para fines específicos.”

La recepción en derecho español del negocio fiduciario –ajeno a nuestro ordenamiento jurídico– y con amplitud conceptual como la descrita por su precursor genera una serie de reacciones en la doctrina y jurisprudencia en orden a su conceptualización y determinación como a continuación expongo.

La dificultad de encontrar un concepto válido de negocio fiduciario en derecho español radica en la complejidad misma de la institución, ya que carece de antecedentes históricos en el derecho patrio y no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico positivo, así como que ampara supuestos de hecho muy diversos. Fuera del Derecho común se regula en el Derecho civil de Navarra (Compilación o Fuero nuevo de Navarra de 1973) la fiducia *cum creditore* en la Ley 466³. Pero sin tradición en el ordenamiento jurídico común y con una regulación alejada de la propugnada por el Tribunal Supremo, y en todo caso contraria a la legislación nacional.

³ Vid. Ley 466 del Fuero nuevo de Navarra: “Por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros”. El instituto foral navarro admite cualquier tipo de bienes y fórmula para transferirlos, y con base en la fiducia romana lo configura con base en la teoría del doble efecto, admite la transmisión definitiva e incluso la apropiación de bien por el acreedor en caso de impago por el deudor (pacto comisorio).

La doctrina no ha dado un concepto unitario de negocio fiduciario; la jurisprudencia, sin embargo, ha ido evolucionando con respecto al concepto de negocio fiduciario hasta establecer unos criterios configuradores del mismo, aunque dicho sea de paso, con falta de rigor jurídico y contradicciones como a lo largo del capítulo expongo⁴.

La jurisprudencia ha conceptualizado el negocio fiduciario a través de las diferentes teorías que han interpretado la institución, si bien los tribunales –con afán de hacer justicia– siempre han defendido su validez y licitud. A pesar de ello, el concepto ha ido evolucionando en función de la teoría interpretativa utilizada. Con todo, no ha existido unidad de criterio ni jurisprudencial ni doctrinal y ello, unido a la falta de tipicidad, hace complicada la labor definitoria de la institución. Así, ALBALADEJO⁵, en relación al concepto de negocio fiduciario afirma que pueden existir tantos como estudios se realicen y DE LOS MOZOS⁶ califica de difuso el concepto de negocio fiduciario. Además debe tenerse en cuenta que ha existido una evolución en el estudio y contenido, y por tanto, en la concepción de lo que se puede considerar negocio fiduciario: desde dudar de su validez y existencia por gran parte de la doctrina; hasta la normalización y validez de la institución por la jurisprudencia.

La evolución de la figura a lo largo del tiempo junto con las críticas de la doctrina ha hecho que la jurisprudencia vaya adaptando el concepto del negocio fiduciario, con la finalidad de justificar la eficacia y validez de la institución. Las teorías aplicadas por orden cronológico son: teoría del doble efecto; teoría de la *causa fiduciae* y teoría de la propiedad fiduciaria o propiedad formal.

Respecto a la doctrina, y a pesar de los cambios constantes por parte de los autores que han estudiado la institución, expondré de forma breve los diferentes conceptos: desde DE CASTRO, principal estudioso de la institución y al que han

⁴ Cfr. *infra*, capítulo primero, I, D.

⁵ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, "Prólogo" a FUENTESECA DEGENEFTE, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997, pg. 8.

⁶ Cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, "Negocio fiduciario", *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1986, pg. 30.

seguido el resto de autores –casi todos a favor de su postura–; hasta JORDANO BAREA –acérrimo defensor de la teoría del doble efecto y de la validez de los negocios fiduciarios–, quien, en un artículo del año 1983 en el *Anuario de Derecho Civil* titulado “Mandato de adquirir y titularidad fiduciaria”, reconsidera su tesis publicada en “El negocio fiduciario”, y se retracta de su postura valedora del negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto para concebirlo como un negocio sin causa.⁷

En este contexto es imposible encontrar un concepto unitario de negocio fiduciario, pero se pueden extraer las notas características: por un lado, la búsqueda de un antecedente en el derecho romano válido; y por otro, la existencia de un amplio sector doctrinal –encabezado por DE CASTRO– que conciben el negocio fiduciario partiendo de una desproporción o incongruencia entre el medio jurídico empleado y el fin perseguido. Será esta incongruencia la que lleva a determinar o a calificar el negocio fiduciario como simulado relativamente. También encontraremos la nota en la que todos los tratadistas deberían confluir: «la confianza», a pesar de que muchos autores la desechan en la fiducia *cum creditore*.

B. Su concepto según la doctrina científica

1. Con base en el derecho romano

Existe un sector doctrinal que justifica el antecedente de los negocios fiduciarios en el derecho romano y, a pesar de que la institución no es exactamente como la nuestra, existen similitudes como expone la doctrina.

JORDANO BAREA⁸ considera que los negocios fiduciarios han sido el referente de los negocios fiduciarios en el sistema latino. En el derecho romano que el

⁷ Cfr. *infra*, capítulo segundo, I, A.

⁸ Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959, pg. 31.

fiduciario ostentaba un poder pleno e ilimitado sobre el bien dado en fiducia, pero con la obligación de retransmitir el bien al fiduciante o tercero designado por éste una vez se haya cumplido lo acordado entre las partes.

O'CALLAGHAN define el negocio fiduciario a través del derecho romano como: “negocio basado en la fiducia –consiste en una transmisión de la propiedad por *mancipatio* o *in iure cessio*–, pero que desde el punto de vista económico sólo daba al adquirente una seguridad para el crédito –fiducia *cum creditore*– o una posibilidad de administración libre y segura de la cosa confiada –fiducia *cum amico*–: el adquirente devenía propietario quedando obligado a devolver la cosa tras la extinción de la deuda o de la administración”. Entiende O'CALLAGHAN que es un doble negocio. Por tanto, el negocio fiduciario se compone de la unión de dos negocios: 1º) una atribución patrimonial: negocio positivo; 2º) una obligación de usar dentro de límites y de restituir en su momento, negocio negativo. El primero tiene carácter real y el segundo obligacional. Este segundo no siempre puede impedir que, con base en el primero, el adquirente abuse de su atribución. El supuesto que se plantea con frecuencia es que el fiduciario transmita la cosa objeto del negocio fiduciario a un tercero de buena fe, tanto más si es inmueble y éste ha inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad quedando así protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.⁹ En este mismo sentido, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE¹⁰ considera que la configuración del negocio fiduciario se basa en la fiducia romana y en la existencia de dos negocios –real y obligacional–, si bien advierte este autor de la falta de adecuación al derecho continental y que, sin embargo, encaja en el derecho alemán donde tienen cabida los negocios abstractos.

⁹ Cfr. O' CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, t. I, Edersa, Madrid, 2004, pg. 181.

¹⁰ Cfr. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1978, pg. 23. En este sentido el autor concluye: “Los negocios fiduciarios subsisten en la vida moderna con la misma estructura compleja que recibieron en el derecho romano, esto es, como combinación de una transmisión real y de un pacto que impone ciertas obligaciones al *accipiens*.”

NAVARRO MARTORELL¹¹ parte del derecho romano para justificar el negocio fiduciario y afirma que existían dos elementos característicos de esta institución:

- El real o material, que suponía la transmisión de la propiedad.
- El intencional, por el cual existía la obligación de retransmitir la propiedad del bien cumplido el pacto que originó la transmisión.

CÁMARA LAPUENTE, que también considera que el origen del negocio fiduciario tiene lugar en el derecho romano, entiende que la *fides* del derecho arcaico romano constituyó la base de diversas instituciones jurídicas, cuyo denominador común era la confianza como fundamento negocial. Eran negocios basados en la lealtad y la confianza a lo pactado entre las partes, cuyo incumplimiento conllevaba la infamia, con lo que esto podía suponer en una sociedad como la de la antigua Roma. Del tronco común de la *fides* surgieron dos manifestaciones institucionales. Una con trascendencia *mortis causa*, y cuyo objeto era hacer llegar los bienes al heredero o beneficiario designado por el causante. Y la otra institución era la fiducia, conceptuada como: “negocio que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el llamado fiduciante, realiza a favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista”¹².

Por otro lado, DÍEZ PICAZO, para configurar el concepto de negocio fiduciario, insiste en la incongruencia de los medios elegidos frente al fin buscado y en la característica de la confianza –el fiduciante deposita su confianza en el fiduciario: “se encomienda a la fe de éste «*fidem committere*»–, justificando, de esta forma, el origen del negocio fiduciario en el derecho romano¹³. El negocio fiduciario tenía dos

¹¹ Cfr. NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950, pg. 31.

¹² Cfr. CÁMARA LAPUENTE, “Operaciones fiduciarias o *trust* en Derecho Español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 654, 1999, pg. 1762 y ss.

¹³ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios, Dictámenes Jurídicos*, 1ª ed., Civitas, Navarra, 1987, pg. 29. En esta obra DÍEZ PICAZO afirma: “Parece admitido que en el Derecho Romano se conoció la fiducia testamentaria. Por medio de ella el testador ordenaba

vertientes: una *inter vivos*, que se correspondían con la fiducia *cum amico* y *cum creditore*, y otra *mortis causa*. En nuestro actual derecho positivo, la fiducia testamentaria debe entenderse prohibida a tenor de lo dispuesto en el párrafo 4º del artículo 785 del Código civil, que ordena que no surtan efecto las disposiciones que tengan por objeto dejar a una persona todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según las instrucciones reservadas que le hubiera comunicado al testador. En cambio, la fiducia en los negocios *inter vivos* opera al amparo del principio general de libertad de pactos y de autonomía de la voluntad en la contratación¹⁴.

Con todo, y en completa armonía con lo concluido por LACAL FUENTES¹⁵, considero que el negocio fiduciario nace en el derecho romano ante el rigor formalista de aquel ordenamiento jurídico, al igual que en la actualidad, el negocio fiduciario es una consecuencia de la rigidez del sistema contractual español.

2. Concepción partiendo de la contradicción entre el medio jurídico empleado y el fin perseguido

DE CASTRO¹⁶ configura el concepto de negocio fiduciario partiendo de la incongruencia entre el negocio verdaderamente pactado entre las partes y el que se muestra al exterior: “cuando se trata del negocio fiduciario, se acostumbra a decir que el fenómeno práctico a dilucidar se caracteriza por la incongruencia del medio jurídico elegido (enajenación) y el fin económico o práctico perseguido (garantía,

que sus bienes y derechos fueran adquiridos, en su sucesión, por un fiduciario, con el fin de que éste les diera el destino previsto según las instrucciones del testador. *Fidei alicuius committere* –dice SCHULZ- significa encomendar algo a la buena fe de una persona”.

¹⁴ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Operaciones fiduciarias...*, pg. 29.

¹⁵ Cfr. LACAL FUENTES, “El tema del negocio fiduciario”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, octubre, 1950, pg. 778.

¹⁶ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 383 *in fine*.

administración), discordancia de la que nace el peligro para el fiduciante y la posibilidad de abuso para el fiduciario.”

Generalmente, y refiriéndose a la fiducia *cum creditore*, el medio jurídico empleado sería la compraventa, mientras que el fin económico perseguido sería un afianzamiento de crédito. En el caso de la fiducia *cum amico*, el medio jurídico empleado sería también cualquier contrato –válido– que transmita el dominio del bien, y el fin perseguido no iría más allá de un derecho de representación o mandato. De esta incongruencia nace el elemento esencial del negocio fiduciario: la fiducia o confianza. Son negocios en los que la confianza tiene un *plus* de importancia frente a cualquier otro tipo de negocio real, ya que se confía en que el fiduciario no abusará del derecho que tiene frente a terceros, pero que en todo caso podría transmitir, ya que jurídicamente tiene capacidad para hacerlo¹⁷. Según el profesor DE CASTRO, las partes recurren a fingir la voluntad, pues los contratantes no querían transmitir la propiedad, sino que únicamente tenían la intención de afianzar una deuda; pero que, para poder conseguir que el bien sirva de garantía, debían realizar la venta y por tanto la voluntad es fingida¹⁸. La doctrina parte de esta tesis para tildar de negocio simulado a los negocios fiduciarios.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, por su parte, conceptúan el negocio fiduciario como instrumento, ni siquiera como negocio jurídico autónomo: “instrumento a través del cual se llevan a cabo transmisiones o atribuciones patrimoniales de una persona a otra, pero para conseguir unos fines distintos y más débiles de los típicos de tales desplazamientos patrimoniales, que se concretan en un acto o acuerdo”.¹⁹ En esta obra, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS dejan patente que la voluntad de las partes difiere de la transmisión patrimonial; es decir, las

¹⁷ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 383 y 384.

¹⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 385 y 386.

¹⁹ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil II*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, pg. 67. Conciben el negocio fiduciario como un negocio simulado, puesto que la voluntad y finalidad no es de transmitir ni adquirir la propiedad y en este sentido concluye: “Las partes no quieren transmitir ni adquirir, sino conseguir fines distintos. Para ello se inviste a una parte de la titularidad del bien porque la otra confía en que hará uso de ella de acuerdo con lo pactado”.

partes no quieren transmitir, pero se ven abocadas a la transmisión del bien para poder conseguir el fin de garantía o representación en su caso.

En este mismo sentido, ALBALADEJO –al igual que la gran mayoría de la doctrina– niega la existencia autónoma del negocio jurídico fiduciario en nuestro derecho y afirma que es un negocio simulado, con simulación relativa. Los sujetos involucrados no tienen voluntad verdadera de transmitir la cosa objeto del contrato, sino que declaran una voluntad falsa (de transmitir) para encubrir o disimular la verdadera (de dar en garantía o en fianza para ocultar, etc.). Y define el negocio fiduciario como aquel por el que se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa el fin perseguido, obligándose, el que la recibe, a usarla dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido²⁰.

Por tanto, se emite una declaración de voluntad –de transmitir la cosa– que no responde a la voluntad verdadera. Hay una voluntad auténtica, en la que están conformes los sujetos, consistente en una transmisión limitada al fin pactado de garantía o representación. No se trata de una simulación absoluta, con falta de causa, que produce la inexistencia del negocio jurídico, sino de una simulación relativa. Se declara una voluntad de transmitir, que no es cierta, y se disimula lo verdaderamente querido. El negocio simulado no es válido, pero sí lo es el disimulado: se expresa una causa falsa –de transmitir– y se oculta la verdadera y lícita –de garantizar, por ejemplo– que sí es válida (artículo 1276 del Código civil). Con todo no se puede olvidar que las partes quieren la transmisión, pero con unos efectos y garantías consensuados en el pacto fiduciario. Las partes han buscado la incongruencia, la desproporción, la transmisión y la apariencia creada frente a terceros. Esta es la teoría que sostiene la gran mayoría de la doctrina, que con base en la tesis de DE CASTRO, consideran el negocio fiduciario como un negocio simulado relativamente.

De este modo, si un tercero de buena fe –que no lo es el que conoce la realidad del negocio fiduciario– adquiere la cosa objeto del mismo, tendrá absoluta

²⁰ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, pg. 221.

protección su adquisición, por el artículo 464 del Código civil si es mueble y con base en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si es inmueble. Sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad en que incurra el fiduciario.

DÍEZ PICAZO considera la confianza como elemento configurador del negocio fiduciario²¹ y por tanto de su concepto, pero esta confianza –según este autor– no es capaz de transformar las voluntades y/o los motivos en causa, por lo que la falta de causa produce como consecuencia la simulación relativa del contrato.

3. Concepto partiendo de la confianza

Existen autores que –partiendo también de la desproporción o contradicción entre el negocio jurídico empleado y la finalidad buscada– le dan más importancia a la confianza para conceptuar el negocio fiduciario que aquellos otros que optan por la característica de la incongruencia, que conlleva necesariamente a concebir el negocio fiduciario como negocio simulado.

PANTALEÓN PRIETO²² también describe el negocio fiduciario partiendo de la existencia de contradicción entre el medio jurídico empleado y el fin buscado, pero

²¹ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Operaciones fiduciarias...*, pg. 29. Concluye: “por virtud del negocio en cuestión, se proporciona a una persona, llamada fiduciario, una posición jurídica superior y más amplia que aquella que es estrictamente exigida por el fin económico al que se pretende llegar. En el negocio fiduciario las partes se proponen obtener unos efectos distintos y más restringidos que los que son propios del tipo negocial que ponen en juego. Se dice que el negocio fiduciario existe cuando se lleva a cabo la transmisión de la propiedad de una cosa o la transferencia de la titularidad de un derecho para lograr una finalidad para la cual no son jurídicamente necesarias tal transmisión o tal transferencia”.

²² Vid. PANTALEÓN PRIETO, “Negocio fiduciario”, en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pg. 4407 y ss. Define el negocio fiduciario textualmente: “Los negocios fiduciarios se caracterizan por una incongruencia o desproporción entre el efecto jurídico querido por las partes durante la vigencia de la relación fiduciaria y la finalidad económica o práctica que las partes persiguen con dicha relación: se quiere la transmisión de la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho del fiduciante al fiduciario, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación (*fiducia cum creditore*), o de que la cosa sea administrada o gestionado el ejercicio del derecho por el fiduciario (*fiducia cum amico*). La finalidad económica pretendida se manifiesta, y su consecución se instrumenta, mediante un convenio entre fiduciante y fiduciario (*pactum fiduciae*) por el que el segundo se obliga a restituir al primero la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho

deja patente que las partes buscan y convienen la forma con la que se construye el negocio fiduciario. Queda claro, consecuentemente, que su voluntad es que exista esa desproporción o incongruencia entre el efecto jurídico querido por las partes durante la vigencia de la relación fiduciaria y la finalidad económica buscada. Asimismo resalta que existe un riesgo de abuso de poder del fiduciario frente al fiduciante, por lo que la confianza debe ser plena. Sin embargo, cuando el negocio no es querido, como pretenden afirmar algunos autores, la confianza debe ser absoluta, ya que, según el concepto dado por PANTALEÓN PRIETO, las partes sí que quieren transmitir y adquirir, y ello forma parte del negocio jurídico que han convenido.

Para JORDANO BAREA “el negocio fiduciario consistirá en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva”²³.

Al no existir una correspondencia en cuanto a la apariencia jurídica con lo realmente pretendido por las partes, nos encontramos con que el fiduciante entrega un bien al fiduciario en propiedad –aun cuando el fin verdadero no es ese–, confiriéndole una titularidad definitiva al fiduciario, con lo que puede existir un abuso por parte de éste. De este peligro de abuso se obtiene una de las más importantes características de esta figura jurídica: la confianza. La confianza es el elemento característico e indispensable en el negocio fiduciario. Por eso el fiduciante pone en práctica voluntariamente el negocio confiando en la lealtad del fiduciario²⁴ ya que, efectivamente abuse o no de la apariencia jurídica, lo que está claro es que existe una desproporción entre lo pretendido y lo verdaderamente mostrado a terceros a través de la publicidad registral.

objeto del negocio, en su caso con los rendimientos que haya producido su administración, o lo obtenido de la realización del derecho; en el momento en que la obligación garantizada se extinga, si de fiducia *cum creditore* se trata, o a voluntad del fiduciante, en la fiducia *cum amico*”.

²³ Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pg. 13.

²⁴ Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pg.13.

Partiendo de la base de que el negocio fiduciario tiene como premisa principal la confianza existente entre las partes, ZANNONI lo define del siguiente modo: “el acto jurídico fiduciario –del latín: *fiduciae*, fe, confianza– es aquel que se celebra para constituir o transmitir un derecho a quien, de acuerdo con la intención real de las partes, tiene que transmitirlo a su vez más tarde, mediante otro acto o negocio a un tercero”²⁵. En esta obra, ZANNONI también recoge el concepto dado por FERRARA, que manifiesta: “el acto fiduciario impulsa, pues, un negocio real por medio del cual el fiduciante constituye o transmite un derecho al fiduciario, si bien esa constitución o transmisión está vinculada o afectada-modificada, por la obligación del fiduciario de hacer un uso determinado del derecho mismo. Por tanto el fiduciario tiene la obligación personal de usar el derecho adquirido sólo para aquel fin restringido que las partes quieren, y por lo tanto, para restituirlo eventualmente al constituyente o transmitente –fiduciante– o a terceras personas.”²⁶ Obviamente estamos ante un negocio que, frente a terceros, otorga la propiedad de un bien a una persona –fiduciario–, pero que tiene unas limitaciones no establecidas por la Ley, ni tan siquiera –en la mayoría de los casos– pactadas de forma escrita, pero que deben ser respetadas por el fiduciario para el buen fin del negocio jurídico. Esta obligación casi espiritual que podría ser la base del negocio rezuma la característica de confianza *inter partes*.

Como ha quedado patente, el concepto de negocio fiduciario dado por la doctrina, en general, carece de relevancia: en primer lugar, porque va cambiando y modificando el propio concepto; y en segundo lugar, y el más importante, porque no se le reconoce una virtualidad y autonomía como negocio independiente, sino que es concebido por la doctrina mayoritaria como un negocio simulado relativamente.

Con todo, algunos autores han realizado el esfuerzo de buscar un concepto válido actualizado. Este es el caso de MARTÍN LEÓN²⁷, que entiende que con respecto

²⁵ ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986, pg. 362.

²⁶ Cfr. ZANNONI, *op. cit.*, pg. 362 y ss.

²⁷ MARTÍN LEÓN, *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2012, pg. 29.

al concepto “debe subrayarse el eclecticismo imperante en doctrina y jurisprudencia, en orden a proporcionar un concepto de negocio fiduciario: en claro contraste con lo que ocurría en épocas anteriores, en las que se definía el negocio fiduciario con arreglo a las premisas de la teoría del doble efecto y se caracterizaba como un negocio que operaba una transmisión plena y efectiva de la propiedad, que se distancia de la desprestigiada teoría del doble efecto y que con suma prudencia no se pronuncia acerca del traspaso o no de la propiedad.”

GALGANO²⁸, por su parte, lo define como una categoría contractual determinada, definida como contrato o negocio fiduciario, en virtud del cual la propiedad de un bien resulta transferida de un sujeto a otro a través del pacto fiduciario *–pactum fiduciae–*, que el segundo utiliza para un determinado fin, alcanzado el cual debe volver a transferir el bien al primero. Así, GALGANO ya no parte de la incongruencia o desproporción entre lo mostrado y publicitado y lo verdaderamente pretendido por las partes, y lo reconoce como categoría contractual; además, también debo destacar de GALGANO que entiende en su concepto que en el negocio fiduciario no existe una transmisión de la propiedad definitiva, sino que debe ser transferido otra vez al fiduciante alcanzado lo pactado.

Pero no todos los autores entienden que exista confianza en los negocios fiduciarios. DURÁN RIVACOBÁ considera que la confianza en la fiducia *cum creditore* proviene solo de ideas abstractas, ya que no existe tal confianza si el acreedor exige una garantía tan desproporcionada frente al préstamo, y tampoco respecto del deudor, que exige una garantía tan grande²⁹.

²⁸ Cfr. GALGANO, *El negocio jurídico*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, pg. 87.

²⁹ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía; prohibición del pacto comisorio*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pg. 169.

C. Concepto de *fiducia cum amico* y *cum creditore*

DE ÁNGEL YAGÜEZ con base en el derecho romano y en la causa del negocio distingue dos especies de negocios fiduciarios: *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*. La primera responde a fines de favor o complacencia y la segunda por razones de garantía y seguridad³⁰. El concepto de negocio fiduciario dado por la doctrina científica es tan dispar y poco clarificador que en este apartado voy a explicar el concepto dado por la jurisprudencia. Si bien es cierto que este concepto jurisprudencial puede ir cambiando según la época de la sentencia y de la teoría utilizada en el momento, no es menos cierto que, con respecto a la conceptualización del negocio fiduciario *cum amico* y *cum creditore*, se ha mantenido invariable desde finales del siglo XX hasta la fecha.

La jurisprudencia considera que en función de la causa del negocio fiduciario se distinguen dos tipologías de institución fiduciaria. La causa vendrá determinada por el *pactum fiduciae*, es decir, lo verdaderamente querido por las partes. Entiendo que será el *pactum fiduciae* o, mejor dicho, el objeto del mismo, el que determinará el tipo de negocio fiduciario. Los negocios fiduciarios a pesar de su heterogeneidad pueden ser clasificados en dos grandes grupos:

1º.- Los pertenecientes a la denominada “*fiducia cum amico*”

2º.- Los pertenecientes a la denominada “*fiducia cum creditore*”

Así la jurisprudencia viene a distinguir dentro del negocio fiduciario ambas instituciones según su finalidad. Cuando existe un fin de garantía, será *fiducia cum creditore*, y cuando la finalidad sea la representación, sustitución o mandato para gestionar o administrar el bien estaremos ante una *fiducia cum amico*, como

³⁰ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 1973, pg. 50.

concluye el Tribunal Supremo en las sentencias—por todas— de fecha de 4 de febrero de 1994 y 22 de junio de 1995³¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica respecto a la distinción entre ambas formas fiduciarias, y así la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 21 de junio de 2010 resume la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y describe el patrón estructural de las sentencias: primero se justifica el negocio fiduciario a través del derecho romano, con cita de las Instituciones de Gayo y dándosele carta de naturaleza a través de la cita de varias sentencias del Tribunal Supremo que conciben la institución como válida, existente y posible, salvo finalidad fraudulenta³².

En segundo lugar, respecto a la diferencia entre la fiducia *cum amico* y *cum creditore*, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo —por todas— de 4 de febrero de 1994 y 22 de junio de 1995 de la siguiente manera: “aquel negocio que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o

³¹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1994 y sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995. En el sentido expuesto lo definen como: “negocio que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de revertirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. De lo que se trata es de crear una apariencia lo más real posible para que los terceros destinatarios de la misma (ya sea con el fin de garantizar el pago de una deuda, que sería el caso de la fiducia "*cum creditore*", o la fiducia hecha con el fin de sustituir al fiduciante en la gestión y realización de un negocio, fiducia "*cum amico*") lleguen a creérsela.”

³² Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 junio 2010. En su Fundamento de Derecho primero recoge: “A los efectos de la resolución del presente procedimiento, conviene recordar la STS de 13 de julio de 2009, cuando con referencia a la figura Jurídica de la fiducia, nos dice: “ciertamente en el caso nos encontramos ante una “fiducia *cum amico*” cuyo precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, “*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*”) y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (entre las más recientes sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000; 5 de marzo y 16 de julio de 2001; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007).”

Continúa la sentencia reconociendo como novedad y resultado de la evolución jurisprudencial que “en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza”.

derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de revertirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. De lo que se trata es de crear una apariencia lo más real posible para que los terceros destinatarios de la misma –ya sea con el fin de garantizar el pago de una deuda, que sería el caso de la fiducia "*cum creditore*" o la fiducia hecha con el fin de sustituir al fiduciante en la gestión y realización de un negocio, fiducia "*cum amico*"– lleguen a creérsela."

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2006, con cita de la sentencia de 16 de julio de 2001, define la fiducia *cum amico*: "en esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero –beneficiario–, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la fiducia "*cum amico*" la forma pura o genuina del negocio fiduciario."

La jurisprudencia, para distinguir las dos modalidades negociales, parte de determinar a quién beneficia el negocio fiduciario. Así y en esencia, la fiducia *cum amico* beneficia y se contrae en provecho del fiduciante, ya que el fiduciario tendrá la carga de administrar o gestionar el bien de conformidad con lo pactado. La fiducia *cum creditore* se celebra en provecho del fiduciario, el ejemplo típico son las transmisiones de la propiedad con finalidad de garantía, a favor de un acreedor.

De lo arriba expuesto se pueden extraer las siguientes notas características:

a) La fiducia *cum creditore*

- Se contrae en interés del fiduciario (que es el acreedor cuyo crédito se garantiza a través de una transmisión patrimonial de la cosa).
- Existe la titularidad de una cosa en nombre propio y por cuenta propia.

- La doctrina llega a calificarla como fiducia egoísta frente a la altruista (*cum amico*).
- La nota de confianza no es tan absoluta como en la fiducia *cum amico*, pero es mayor al estándar que exige cualquier contratación.

b) La fiducia *cum amico*

- Se concluye en interés del fiduciante o de un tercero beneficiario (ya que el fiduciario ostenta un derecho de representación y tiene la carga de cumplir con lo pactado)
- Titularidad en nombre propio (del fiduciario) y por cuenta ajena (fiduciante o tercero designado)
- Basada en la confianza (generalmente se da entre familiares, amigos, personas de confianza que deben lealtad...)

De estas notas se concluye que, dependiendo de la finalidad y por tanto del tipo de negocio fiduciario, se beneficiará a una parte –fiduciante en la fiducia *cum amico*– u otra parte –fiduciario en la fiducia *cum creditore*–. Para JORDANO BAREA los casos de fiducia *cum amico* son siempre, al mismo tiempo, verdaderos negocios de confianza; mientras que los casos de fiducia *cum creditore*, como negocios en interés propio, quedan al margen de aquellos³³.

En este punto –y como a lo largo del trabajo se trata de explicar– debe resaltarse que la fiducia *cum creditore* necesita también la nota de confianza, no tanto en la persona, sino en la palabra dada, en el sentido de compromiso de cumplir lo pactado. Dicha nota de confianza es diferente en el negocio fiduciario *cum amico* por los sujetos que intervienen, ya que siempre suele existir una relación de confianza entre fiduciante y fiduciario –relación de amistad o familiar–, cuya confianza, *a priori*, es intrínseca a la propia relación interpersonal. Cuestión que en la fiducia *cum creditore* –donde el fiduciante deposita la confianza en el fiduciario–

³³ Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pg.21.

no es habitual que exista esa relación interpersonal anterior a la celebración del negocio. Por tanto, la confianza depositada y su alcance es diferente.

D. Evolución jurisprudencial del concepto de negocio fiduciario

La jurisprudencia solía conceptuar como negocio fiduciario aquel negocio en el que existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego –sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993, 7 de marzo de 1990, 28 de octubre de 1988–, cuya naturaleza y efectos responde a la tesis del doble efecto, procedente de la doctrina alemana. Esto es: negocio de naturaleza compleja, producto de dos contratos independientes: real, con transmisión plena del dominio y eficaz frente a todos; y obligacional el otro, válido entre las partes, por el que el adquirente había de actuar sujeto a lo convenido de forma que no impidiera el rescate de los bienes por el transmitente.

El Tribunal Supremo aplicó el concepto de negocio fiduciario concebido a través de la teoría del doble efecto –en sus propios términos y con los efectos que ello conlleva– en pocos supuestos, como en la sentencia de 18 de febrero de 1965³⁴. La doctrina que se deduce de la citada sentencia ha evolucionado en un sentido que viene a desterrar la concepción de la fiducia desde el punto de vista de negocio con

³⁴ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 12 de julio de 2011. Esta sentencia transcribe el concepto de negocio fiduciario basado en la teoría del doble efecto que fue aplicado por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 18 de febrero de 1965: “Es un contrato por virtud del cual una persona fiduciante transmite la propiedad de una cosa a otra, fiduciario, generalmente en garantía del pago de una deuda, sin excluir otros posibles fines y con la obligación por parte del último de devolverla a su transmitente una vez cumplida la finalidad perseguida por los contratantes, todo ello al amparo de la libertad de pactos reconocida por el art. 1255 Cc., negocio jurídico que se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos interdependientes, uno real de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional válido inter partes que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente”.

doble efecto, ya que esto implica la inexistencia de causa en el negocio y por tanto no es compatible con el ordenamiento jurídico español. Con la finalidad de paliar esta falta de requisito causal, los tribunales han llegado a entender –no sin críticas de orden conceptual– que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal –fiduciaria o de dominio impropio–, como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material. El fiduciante conserva la titularidad real y material de los bienes; y el fiduciario la titularidad formal que debe respetar los pactos que la originan.

El concepto jurisprudencial del negocio fiduciario es una cuestión pacífica desde los años noventa. No obstante, desde esa década la jurisprudencia ha ido matizando el concepto desde el punto de vista de la propiedad, apostando por una concepción de la propiedad fiduciaria específica que la identifica con una propiedad formal.

La jurisprudencia menor define el negocio fiduciario a través de una recopilación de sentencias del Tribunal Supremo que, de forma pacífica y sistemática, transcriben en sus fundamentos de derecho. En el concepto –típico y tópico– dado por la jurisprudencia, intenta dar validez y eficacia a la institución –a través de una descripción poco afortunada– y lo define como:

“Atribución de fiduciante a favor de fiduciario de un derecho o bien, para que sea utilizado por el fiduciario según el pacto acordado *inter partes*; con la obligación de retransmisión una vez alcanzado el pacto.”

Hasta aquí el concepto es correcto y limpio, además se explica que es un negocio basado en la confianza y con la característica de la divergencia entre lo pactado y lo publicitado frente a terceros³⁵. Ahora bien, no se puede obviar que

³⁵ Cfr. sentencia Audiencia Provincial Guipúzcoa de 14 de Septiembre de 2006, Sección segunda, sentencia Audiencia Provincial Murcia de 4 de octubre de 2007, Sección cuarta, sentencia Audiencia Provincial de Albacete de 20 de mayo de 2010, Sección segunda, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de marzo de 2012, Sección 12ª, todas estas sentencias de las Audiencias provinciales reiteran la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al concepto y alcance del negocio fiduciario.

muchas sentencias recientes siguen utilizando para conceptuar el negocio fiduciario la trasnochada teoría del doble efecto, concibiéndolo como dos negocios independientes: uno de carácter real y otro de carácter personal. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo de 2004³⁶ en su Fundamento de Derecho sexto – con cita expresa de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002– da el siguiente concepto de negocio fiduciario:

“El negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz "*erga omnes*", y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado (sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997 y 16 de noviembre de 1999) o, como dice la sentencia de 5 de marzo de 2001, "el negocio fiduciario

“El negocio fiduciario es una figura definida por la Doctrina y jurisprudencia, a falta de una expresa regulación legal, como consistente en la atribución que uno de los intervinientes (fiduciante) realiza a favor del otro (fiduciario), para que éste utilice el derecho adquirido según la finalidad convenida (pacto de fiducia), con la obligación del adquirente de retransmitir la cosa o derecho al enajenante o a un tercero, una vez cumplida dicha finalidad; se trata de un negocio basado en la "confianza" o fiducia, caracterizado por la divergencia entre el fin económico que se persigue y el medio jurídico que se utiliza, de tal modo que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico que ponen en juego. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de marzo de 2004 tiene declarado que"...El negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquél convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz "*erga omnes*", y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se de el supuesto obligacional pactado (sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997 y 16 de noviembre de 1999) o, como dice la sentencia de 5 de marzo de 2001 , "el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista". Por otra parte, siguiendo al Tribunal Supremo en su distinción entre fiducia "*cum amico*" que es cumplir determinado encargo, y fiducia "*cum creditore*" que consiste en dar garantía a una obligación ya existente, aquí nos interesa la primera de las categorías, que caracteriza el negocio por ser contraído en favor del fiduciante, siendo esencial la actuación del fiduciario en nombre propio, y recurriendo las partes a convenciones y actos para unos fines que, normalmente corresponden al mandato. Igualmente, dado el carácter antiformalista de nuestro ordenamiento jurídico (art.1279 Cc.) el citado negocio para su validez o existencia no requiere forma escrita. Por último, la existencia de pacto fiduciario no se desvirtúa por la inscripción registral a nombre del fiduciario, que, a tenor del art.38 de la Ley Hipotecaria , sólo tiene el valor de presunción "*iuris tantum*" y, por consiguiente, se neutraliza por prueba en contrario (en este sentido SSTs de 31 de octubre de 2003 y 5 de marzo de 2001).”

³⁶ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004.

consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista", y en parecidos términos se pronuncia la sentencia de 16 de julio de 2001."

Esta fórmula definitoria del negocio fiduciario ha sido muy utilizada por el Tribunal Supremo –a pesar de su desafortunada redacción– en cuanto a la composición de dos negocios independientes, uno de carácter real y otro de carácter personal, ya que con esta concepción estaríamos frente a un negocio abstracto³⁷.

Con todo, a pesar de que no se aplica la teoría del doble efecto en la parte dispositiva de la resolución, el negocio se ha definido a través de esta teoría, cuyos efectos no son admitidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Las primeras sentencias que definen el negocio fiduciario a espaldas de la teoría del doble efecto son del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982 y 2 de junio de 1982. No obstante la jurisprudencia sigue describiendo al negocio fiduciario a través de esta teoría. El Tribunal Supremo abandonó, casi por completo, en el año 2000 el concepto basado en la teoría del doble efecto.

Si bien, en la actualidad, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales siguen aplicando esta fórmula definitoria; como por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 14 de septiembre de 2006³⁸, donde a pesar de

³⁷ Vid. *infra*, capítulo primero, II, B.

³⁸ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 14 de septiembre de 2006. Fundamento de Derecho segundo "El negocio fiduciario es una figura definida por la Doctrina y jurisprudencia, a falta de una expresa regulación legal, como consistente en la atribución que uno de los intervinientes (fiduciante) realiza a favor del otro (fiduciario), para que éste utilice el derecho adquirido según la finalidad convenida (pacto de fiducia), con la obligación del adquirente de retransmitir la cosa o derecho al enajenante o a un tercero, una vez cumplida dicha finalidad; se trata de un negocio basado en la "confianza" o fiducia, caracterizado por la divergencia entre el fin económico que se persigue y el medio jurídico que se utiliza, de tal modo que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico que ponen en juego.

reconocer la validez del negocio fiduciario, es definido a través de la teoría del doble efecto, lo que significa que a pesar de consignarlo en el concepto no se aplica en los términos descritos en su concepto.

En mi opinión, creo que la aplicación de estas fórmulas se debe a que generalmente los fundamentos de derecho son copiados de unas resoluciones a otras de forma sistemática en los fundamentos jurídicos de las sentencias. Por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de octubre de 2007³⁹ y de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de mayo de 2010, recogen un Fundamento de Derecho idéntico al de la sentencia de fecha de 14 de septiembre de 2006 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa arriba transcrito. Estas sentencias parten de la tesis que concibe el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto como convenio anómalo en el que concurren dos contratos –uno de carácter real de transmisión plena del dominio y otro obligacional–, esta reproducción del Fundamento de Derecho en cuestión se hace sin que el Tribunal llegue a percatarse del alcance de definir el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto y que puede ser contradictorio con el resto de la resolución. Así sucede con la

Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de marzo de 2004 tiene declarado que "...El negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquél convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz "*erga omnes*", y otro obligacional, válido inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se de el supuesto obligacional pactado (sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997 y 16 de noviembre de 1999) o, como dice la sentencia de 5 de marzo de 2001 , "el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista". Por otra parte, siguiendo al Tribunal Supremo en su distinción entre fiducia "*cum amico*" que es cumplir determinado encargo, y fiducia "*cum creditore*" que consiste en dar garantía a una obligación ya existente, aquí nos interesa la primera de las categorías, que caracteriza el negocio por ser contraído en favor del fiduciante, siendo esencial la actuación del fiduciario en nombre propio, y recurriendo las partes a convenciones y actos para unos fines que, normalmente corresponden al mandato. Igualmente, dado el carácter antiformalista de nuestro ordenamiento jurídico (*art.1.279 C.C.*) el citado negocio para su validez o existencia no requiere forma escrita. Por último, la existencia de pacto fiduciario no se desvirtúa por la inscripción registral a nombre del fiduciario, que, a tenor del *art.38 de la Ley Hipotecaria*, sólo tiene el valor de presunción "*iuris tantum*" y, por consiguiente, se neutraliza por prueba en contrario (en este sentido SSTs de 31 de octubre de 2003 y 5 de marzo de 2001).

³⁹ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de octubre de 2007, Fundamento de Derecho tercero.

sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete arriba referenciada donde, a pesar de definir el negocio fiduciario como dos negocios independientes, sin embargo, se considera que la propiedad transmitida al fiduciario es una propiedad formal y que no ostenta una titularidad real, pues no es el auténtico dueño⁴⁰.

No obstante, estas contradicciones respecto a definir el negocio fiduciario como dos negocios independientes –pero aplicando en las resoluciones la tesis de un solo negocio con una sola causa– se van corrigiendo en las Audiencias Provinciales, y adaptando el contenido de la teoría a la doctrina jurisprudencial.

Con todo, los tribunales no entran a valorar estos extremos, a no ser que se plantee por las partes un conflicto en relación a la interpretación del negocio fiduciario, su validez con base en la causa y se cuestione la teoría del doble efecto. Parece ser que las sentencias copiaron los Fundamentos Jurídicos de otras, sin prestar atención a estos extremos que no eran objeto del litigio.

⁴⁰ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de mayo de 2010, Fundamento de Derecho segundo. Respecto de la contradicción con la definición con base en la teoría del doble efecto, sin embargo y en el mismo fundamento jurídico concluye que la propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal: "(.....) Cabe recordar con la STS de 23 de junio de 2006 que la "fiducia *cum amico*" "ha sido contemplada dice la sentencia de 16 de julio de 2001 - por muchas sentencia de esta Sala (28 de diciembre de 1973, 4 de diciembre de 1976, 30 de abril de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de junio de 1995, 5 de julio y 2 de diciembre de 1996, 24 de marzo y 19 de junio de 1997, 15 de marzo de 2000, 10 de febrero de 2003, etc...) como una modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza, de ahí que algunos autores (sigue la sentencia) consideran que la "fiducia *cum amico*", constituye la forma pura del negocio fiduciario. Y, como ha dicho la sentencia de 5 de marzo de 2001, el negocio fiduciario en general, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Y, dentro del género, la fiducia *cum amico* implica la creación de una apariencia, un caso de intestación en el que el fiduciante sigue siendo el dueño".

El problema principal que plantea el negocio fiduciario es siempre el de la naturaleza y alcance de la situación que el negocio proporciona al fiduciario: propiedad fiduciaria o titularidad fiduciaria. Hoy se ha impuesto la tesis según la cual en virtud del negocio fiduciario se produce una diversificación: hay una propiedad formal y una propiedad real. La propiedad fiduciaria es eficaz frente a terceros de buena fe. Inter partes produce también sus efectos en tanto no se hayan cumplido las finalidades de la fiducia. El fiduciario puede, pues, oponerse justamente a retransmitir la cosa al fiduciante o al tercero destinado para ello, en tanto que dichas finalidades no se hayan cumplido. El fiduciante es, sin embargo, tanto inter partes como frente a terceros que no sean adquirentes de buena fe de los bienes, el propietario real.

Sin embargo, la tendencia del Tribunal Supremo en esta última década – como ya se ha adelantado– es la siguiente: la sentencia de 31 de octubre de 2012⁴¹, que recoge las sentencias de esta Sala de 13 de julio de 2009⁴², y de 28 de marzo de 2012⁴³, se refiere al negocio fiduciario afirmando que “su precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.” Como se desprende del párrafo transcrito, en la actualidad, el concepto que parte de dos negocios independientes ha sido obviado, y por el contrario, se centra en definir que la propiedad del fiduciario es meramente formal.

La tesis de conceptualizar el negocio fiduciario a través de dos negocios independientes tiende a desaparecer. Las Audiencias Provinciales han cambiado la fundamentación jurídica, a pesar de no vincularles el planteamiento de la dualidad negocial a la hora de dictar la resolución ya que, como se ha explicado, en muy pocas resoluciones ha sido aplicada esta tesis en sus propios términos⁴⁴, pero es más acorde con los efectos jurídicos que los tribunales están dando a los negocios fiduciarios.

En relación a esto, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de junio de 2014, en su Fundamento de Derecho tercero, explica la evolución jurisprudencial del concepto del negocio fiduciario: dictamina que, una vez superada la tesis del doble efecto, la jurisprudencia descarta aquella concepción por ser

⁴¹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012.

⁴² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009.

⁴³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012.

⁴⁴ Vid. *infra*, capítulo primero, II, B.

contraria al requisito causal; para concluir que la titularidad que ostenta el fiduciario sobre los bienes es una titularidad formal y aparente, frente a la titularidad real y material que conserva el fiduciante⁴⁵.

Abundante doctrina jurisprudencial reitera que en el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz, frente a terceros de buena fe y por título oneroso, con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1973, 2 de junio de 1982, 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988, 19 de marzo de 1989, 5 de julio 1989, 30

⁴⁵ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de junio de 2014, en su Fundamento de Derecho tercero establece: "(...) la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004 declara que (...) En el negocio fiduciario existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 , 7 de marzo de 1990 , 28 de octubre de 1988), cuya naturaleza y efectos -del negocio fiduciario- puesta de manifiesto por la jurisprudencia, responde a la ya superada tesis del doble efecto, procedente de la doctrina alemana: negocio de naturaleza compleja, producto de dos contratos independientes, real el uno con transmisión plena del dominio, eficaz frente a todos, obligacional el otro, válido entre las partes, por el que el adquirente había de actuar sujeto a lo convenido de forma que no impidiera el rescate de los bienes por el transmitente; si bien es de advertir que el Tribunal Supremo, que aplicó en muy pocos casos, como en la S. de 18 de febrero de 1965 , esa doctrina con los enérgicos efectos que de ella lógicamente derivan, ha evolucionado en un sentido que viene a descartar aquella concepción de la fiducia que, en sistema, como el de nuestro ordenamiento jurídico, resulta de difícil adecuación dada la relevancia de la causa en los contratos, de forma que se ha llegado, no sin críticas de orden conceptual, a entender que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal, o una titularidad que se califica de fiduciaria o de dominio impropio, como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material, conservando el fiduciante la titularidad real y material de los bienes, quedando aquella formal del fiduciario en estricta dependencia de los pactos que la originan y con el alcance de ellos derivado. Abundante doctrina jurisprudencial reitera que en el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso... con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (SS. de 28 de diciembre. 1973 , 2 de junio de 1982 , 9 de octubre de 1987 , 8 de marzo de 1988 , 19 de marzo de 1989 , 5 de julio de 1989 , 30 de enero de 1991 , 30 de abril de 1992 , 5 de julio de 1993, ... etc.), de tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante (SS. 9 de octubre de 1987 , 8 de marzo de 1988), pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (S. 19 de mayo de 1989). Asimismo, y desde otro punto de vista, también la jurisprudencia ha tenido ocasión de diferenciar el negocio simulado -en su especie de simulación absoluta o carente de causa- y la fiducia, ya que 1) el simulado es un negocio ficticio, no real, mientras el fiduciario es un negocio serio, querido con todas las consecuencias jurídicas, 2) el simulado es un negocio simple mientras que el otro es complejo, 3) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derechos, y el fiduciario es válido (S.T.S. de 28 de octubre de 1988), 4) el negocio simulado carece de causa, por lo que lo hace radicalmente nulo, mientras que el fiduciario lleva insita la "*causa fiduciae*" (S.T.S. de 30 de enero de 1991)".

de enero de 1991, 30 de abril 1992, 5 de julio de 1993, etc.). De tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante –sentencias de 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988–, pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (sentencia de 19 de mayo de 1989).”

Un concepto de negocio fiduciario válido en todo momento, con independencia de qué teoría interpretativa se aplique y qué defina el contenido del instituto con independencia de la modalidad de negocio fiduciario –*cum amico o cum creditore*–, es el recogido por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre otras las de 2 de diciembre de 1996 y sentencia del Tribunal Supremo 5 de Marzo de 2001 y 17 de julio de 2001: “aquel que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Siendo válido y eficaz negocio cuando no encierre fraude de ley⁴⁶.”

De este concepto dado por la jurisprudencia se extraen las siguientes características:

1. Se ha sustituido la transmisión de la propiedad por «atribución patrimonial». El cambio es significativo habida cuenta de que la atribución patrimonial conlleva de forma intrínseca el carácter de la propiedad fiduciaria, que no es una propiedad plena sino limitada por el *pactum fiduciae*.
2. Además se limita el poder de disposición al *pactum fiduciae*: “para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron”

⁴⁶ Cfr. sentencias del Tribunal Supremo 2 de diciembre de 1996 y 5 de marzo y 17 de julio de 2001.

3. Se insiste en la obligación de retransmisión cuando se haya cumplido la finalidad prevista.

4. La exigencia de que no encierre fraude de ley es otra nota característica de esta figura: "será válido y eficaz cuando no encierre fraude de ley". La jurisprudencia apela a la libertad de pactos recogida en el artículo 1255 del Código civil para justificar la existencia o la cabida del negocio fiduciario en nuestro sistema jurídico; y las salvedades serán que no vayan en contra de la ley, la moral y el orden público.

Respecto a esta nota característica, entiendo que hace referencia, a la protección que la legislación debe dar a los terceros de buena fe, ajenos al negocio fiduciario, ya que éstos no pueden conocer el contenido de este negocio por la propia naturaleza del mismo. El límite establecido en el artículo 1255 del Código civil es cuestionado por la última jurisprudencia y parte de la doctrina, no tanto por la libertad de pactos, sino porque no puede ser el único sustento para amparar el negocio fiduciario en un sistema causalista como el nuestro. Todo ello será explicado más adelante⁴⁷, con el abandono de la teoría del doble efecto y con la base normativa del artículo 1274 del Código civil; ya que este precepto determina que, en los contratos onerosos, la causa es la prestación o promesa de una cosa o servicio. En este punto se contempla también que no vaya en contra de la norma, entre otras, la prohibición del pacto comisorio para la fiducia *cum creditore* que abordo en otro apartado⁴⁸.

De estas características obtenemos que es un negocio cuya apariencia frente a terceros es diferente a lo pactado, ya que los efectos *inter partes* no se muestran al exterior. Este espíritu conlleva implícito una nota importantísima dentro de la fiducia, que es la confianza: debe existir una gran confianza para respetar un pacto

⁴⁷ Vid. *infra*, capítulo segundo, I.

⁴⁸ Vid. *infra*, capítulo segundo, III.

interno que solo conocen las partes y cuya obligación para su cumplimiento dependerá de la formulación del propio negocio jurídico.

Con todo, podemos extraer cuatro elementos comunes a los negocios fiduciarios, que CÁMARA LAPUENTE ha denominado tópicos que son los que la jurisprudencia ha asumido como definitorios del negocio fiduciario⁴⁹ :

- a) Utilización de un medio indirecto para obtener un resultado al que podría haberse llegado de forma directa.
- b) Desproporción entre el medio empleado y el fin práctico obtenido.
- c) Riesgo de abuso del fiduciario, debido a la posibilidad de que quiebre la confianza puesta en él por el fiduciante si procede deslealmente, generando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción o resistiéndose infundadamente a la restitución.
- d) Rango superlativo de la confianza (fiducia), que alcanza en este tipo negocial su máxima expresión; superior a la que, en mayor o menor grado, acompaña a toda contratación.

⁴⁹ CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1809.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

A. Planteamiento de la cuestión

1. Generalidades

El negocio fiduciario, como negocio jurídico, es una institución de génesis contractual y, por tanto, amparada apriorísticamente en la libertad de pactos reconocida en el artículo 1255 del Código civil. La determinación de la naturaleza jurídica del negocio fiduciario, con base en los criterios típicos de la clasificación contractual, resulta compleja debido a la falta de tipicidad de la institución. Así, CASTÁN o DÍEZ PICAZO parten de una fórmula clásica para determinar la naturaleza jurídica de los contratos⁵⁰. Sin embargo, esta fórmula no puede aplicarse a los

⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16ª ed., Reus, S.A., Madrid, 1992 y DÍEZ PICAZO (Cfr. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pg. 94) realizan una clasificación nítida de los contratos; los dividen en función de los vínculos que producen en: unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos; por la finalidad en: onerosos que a su vez pueden ser conmutativos y aleatorios y por otro lado los gratuitos; además en función de la incorporación de la causa: serán causales o abstractos –éstos últimos prohibidos por el ordenamiento jurídico español–; por los requisitos para la formación: consensuales o formales; y por último por su naturaleza independiente o relacionada: preparatorios, principales y accesorios.

Los negocios fiduciarios son, negocios jurídicos bilaterales, puesto que son negocios formados por dos o más personas que emiten sus voluntades a través del propio negocio para la consecución de fines determinados. Así DÍEZ PICAZO entiende que “en términos muy generales, el negocio jurídico bilateral ha sido identificado con el contrato.” Afirmando que es “contrato todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica de naturaleza patrimonial, viene a distinguirlo el contrato de las convenciones, entendiendo que el primero debe referirse a negocios jurídicos que recaen sobre relaciones de naturaleza patrimonial y los de otro tipo deberán entenderse como convenciones, serán convenciones por ejemplo la celebración del matrimonio, en el que existen declaración de voluntades y es negocio jurídico bilateral pero crea relaciones jurídico personales y familiares.”

Entiendo que con base en esta distinción no debe calificarse la fiducia como contrato sino como negocio jurídico patrimonial de carácter real, aunque también caben en los negocios fiduciarios definirlo como un negocio jurídico patrimonial puro (con contenido exclusivamente económicos y/o mixto (con contenido y finalidad económico, pero con fines de otra naturaleza que puede ser también personal o familiar).

negocios fiduciarios habida cuenta de su diversidad, por lo que se deberá estar a lo verdaderamente pactado entre las partes y a la teoría interpretativa aplicada –teoría del doble efecto, *causa fiduciae* y titularidad formal– para concebir la naturaleza jurídica de la Institución. Así las cosas y con base en la configuración clásica propuesta, la teoría interpretativa y lo pactado por las partes, se podría calificar como: negocio jurídico atípico bilateral o plurilateral, de carácter patrimonial de eficacia real y/o obligacional –dependerá de lo pactado–, oneroso, formal o no formal dependiendo del contrato típico utilizado, etc.

La doctrina pandectista alemana concibió el negocio con base en el derecho romano, e interpretó la institución a través de la teoría del doble efecto como la unión de dos negocios: uno de carácter real y otro de carácter obligacional.

DE CASTRO señala que es dudosa la fundamentación de la teoría del doble efecto en la fiducia romana, y hace referencia a las diferentes formas de *mancipatio* con pacto fiduciario para afirmar que las formas primitivas usadas en derecho romano –*mancipatio* como procedimiento formal en la fiducia *cum creditore*– producían la transmisión de la titularidad dominical de forma definitiva. A la *mancipatio* se unía el *pactum fiduciae* que generaba una obligación de retransmisión o *remancipatio* del fiduciario frente al fiduciante, si se llegaba a pagar la deuda. Continúa DE CASTRO exponiendo que en los textos de GAYO se describe también la fiducia *cum amico* para aquellos supuestos en los que, temiéndose tiempos de peligro, se ponen los bienes a nombre de un amigo más poderoso que los pueda salvaguardar y devolver pasado dicho periodo⁵¹. Por otro lado, CÁMARA LAPUENTE

Los negocios fiduciarios también podrán ser negocios dispositivos y/o de administración. Esta distinción de los negocios jurídicos hace referencia respecto a los primeros a los que se transforma, modifica o extingue un derecho subjetivo, esto es negocios traslativos de dominio, constitución de gravamen y extintivos del propio derecho. Por otro lado los negocios de administración son los dirigidos a la conservación y defensa de bienes que forman parte de un patrimonio, no siendo incompatibles los negocios dispositivos y los de administración, entendemos que los negocios fiduciarios pueden ser dispositivos y/o de administración.

⁵¹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pg. 390 y ss. La construcción del doble efecto para la fiducia romana tiene la virtud de la claridad, pero se ha puesto en duda respecto de sus dos afirmaciones fundamentales: la separación tajante de los dos negocios, uno con carácter real y otro de carácter obligacional; que el fiduciario adquiera un dominio pleno y definitivo en la cosa confiada.

parte de la correspondencia de los negocios fiduciarios con la *fides* del derecho romano –negocios basados en la confianza y secretos frente a terceros–, cuyo incumplimiento era castigado con la infamia, y por tanto con un alto valor ético y moral⁵².

El negocio fiduciario es una figura no aceptada por la doctrina científica, pero que opera en el tráfico jurídico de forma constante, por lo que su configuración jurídica es necesaria. Ello a pesar de que la doctrina no lo concibe como negocio autónomo, sino como un negocio simulado.

Se han escrito monografías sobre ella, y en casi todos los manuales de Derecho civil se estudia la figura, pero de una forma crítica y poco constructiva, concluyendo que es una forma de simulación contractual relativa. La doctrina no ha conseguido consensuar ningún aspecto del negocio fiduciario⁵³.

Por otro lado, la jurisprudencia ha confirmado la validez y eficacia del negocio fiduciario, pero respecto su naturaleza jurídica y configuración –lejos de esclarecer la institución– la ha enturbiado y enmarañado según MARTÍN LEÓN⁵⁴. Con

En efecto, se advierte que dentro de la misma fórmula de la “*mancipatio*” usada para constituir la fiducia, se menciona la especialidad de la causa (“*fide fiduciae causa mancipio accepit*”); y que la cosa entregada en fiducia se califica de prenda (“*cum creditore pignoris iure*”, G. 2, 60; “*reis ibi pignoratae*”, “*creditor pignus suum*”, P. 2, 13, 1 y 4)

La doctrina generalmente ha entendido que la fiducia desaparece cuando se abandonan las formas primitivas de la “*mancipatio*” y la “*in iure cessio*”; y también que fue siendo reemplazada o superada por las figuras más modernas de la prenda y de la hipoteca; las cuales, sin la injustificada dureza para el deudor, propia de la fiducia, garantizaban cumplidamente al acreedor. Tendencia favorable al deudor, que se completará en ellas con la prohibición de la “*lex commissoria*”.

Se ha pensado que ese proceso favorable al deudor hubo de darse respecto de la misma fiducia, por obra de los jurisprudentes. De modo que si bien originariamente podría decirse, con razón, que la fiducia se separaba en dos negocios bien distintos; después, dicha separación se irá reduciendo hasta convertirse en un simple formulismo. El esfuerzo jurisprudente se dirige a fundirlos en una unidad, conforme a la finalidad teleológica de la fiducia, e irá aumentando así la importancia del “*pactum conventum*”, hasta dejar reducidos “*mancipatio*” e “*in iure cessio*” a la condición de actos formales de cumplimiento del “*pactum fiduciae*”. Evolución que se explica por haberse ido dando más valor a la conciencia común natural, por atenderse mejor al fin económico, al nexo orgánico de la operación fiduciaria y a la protección del deudor respecto a los abusos de los prestamistas.

⁵² Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1766.

⁵³ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1762.

⁵⁴ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 28.

todo, lo cierto es que, como afirma DÍEZ PICAZO, a pesar de que es una institución muy criticada por la doctrina no debe ser rechazada, pero deben matizarse sus consecuencias y considerarla como un fenómeno social⁵⁵. Por tanto, a pesar de ser una figura poco popular para la doctrina, sin embargo es aceptada por la jurisprudencia –aunque con cierto desorden conceptual y de configuración jurídica–, y su estudio viene determinado por la exigencia del tráfico jurídico.

2. El negocio fiduciario como contrato indirecto

Determinar la naturaleza jurídica del negocio fiduciario es una tarea compleja. Comenzaré por determinar si el negocio fiduciario tiene cabida en alguna de las diferentes tipologías contractuales o negociales típicas.

La fiducia podría calificarse de contrato indirecto. PUIG BRUTAU⁵⁶ lo define como aquel negocio que utiliza algún contrato típico conocido con la intención de alcanzar un fin distinto al tipificado en el propio contrato. Las partes celebran un contrato típico, pero para conseguir la finalidad de otro contrato. Según PUIG BRUTAU podría decirse que los efectos directos son los que corresponden a la causa del contrato; y los indirectos, a los motivos o intención final de los contratantes; siendo queridas ambas consecuencias –directa e indirecta– por los contratantes.

GINÉS CASTELLET explica que existen tres posiciones doctrinales: una que identifica los negocios fiduciarios con los negocios indirectos –si bien, indica esta autora que en España no ha tenido adeptos–; una segunda postura que califica a los negocios fiduciarios como una especie o clase de negocio indirecto⁵⁷ –postura más

⁵⁵ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Operaciones fiduciarias...*, pg. 30.

⁵⁶ Cfr. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, t. II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pg. 309.

⁵⁷ Cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pg. 339. La autora en su nota de pie de página número 812 recoge a los juristas que consideran el negocio fiduciario como una especie del negocio indirecto: CÁRCABA FERNÁNDEZ, CASTÁN TOBEÑAS, DE CASTRO Y BRAVO, DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, GARRIGUES CAÑABETE Y GÓMEZ GÁLLIGO.

aceptada—; y una tercera postura que los concibe como negocios distintos. GINÉS CASTELLET, siguiendo la postura de NAVARRO MARTORELL, considera que los negocios fiduciarios no pueden ser considerados como indirectos.

NAVARRO MARTORELL estima que los negocios indirectos se distinguen de los fiduciarios porque los primeros no tienen el exceso de medio sobre fin y tienen la exigencia de negocio causal⁵⁸.

SAPENA TOMÁS, sin embargo, considera que los contratos indirectos engloban a los simulados, fiduciarios y en fraude de acreedores⁵⁹. Y en el sentido de englobar a los negocios simulados, fiduciarios y en fraude de acreedores se encuentran también, CÁRCABA FERNÁNDEZ⁶⁰ y PUIG BRUTAU⁶¹, si bien este último estima que a pesar de ser indirectos, los simulados relativamente y los fiduciarios son negocios diferentes, y basa esta tesis en las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha de 28 de Diciembre de 1946, 23 de febrero de 1951, 28 de diciembre de 1955, 22 de mayo de 1956, 18 de febrero de 1965 y 4 de abril de 1972, que concluyen que cuando existe un verdadero negocio fiduciario: “no se trata de un negocio ficticio o relativamente simulado, sino de un negocio real, existente y querido por las partes que lo elaboraron mediante un acto formal y complejo”⁶².

Considero que el contrato indirecto no es un contrato simulado, porque en el indirecto nada se finge ni oculta. No es una simulación relativa con la que se da apariencia de compraventa a una donación para evitar el régimen legal de las atribuciones gratuitas, sino que ha querido celebrar una verdadera compraventa, aunque consciente de que es favorable al vendedor. Tampoco se confunde con el negocio fiduciario porque éste persigue una finalidad única, y no doble, como el

⁵⁸ Cfr. NAVARRO MARTORELL, *op. cit.*, pg. 138 y 139.

⁵⁹ Cfr. SAPENA TOMÁS, “Actualidad de la fiducia *cum creditore*”, *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1957, pg. 161-162.

⁶⁰ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Hijos de José Bosch, S.A., Barcelona, 1986, pg. 52.

⁶¹ Cfr. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, vol. II, pg. 304.

⁶² Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1946, 23 de febrero de 1951, 28 de diciembre de 1955, 22 de mayo de 1956, 18 de febrero de 1965 y 4 de abril de 1972.

indirecto. La eficacia típica del negocio indirecto no está limitada por un convenio ulterior o paralelo –como en el negocio fiduciario–, sino precisamente con aquella eficacia peculiar consigue la de otro tipo de negocio.

En mi opinión, el negocio fiduciario no es un negocio indirecto. El negocio indirecto consiste en la creación de un negocio típico a través de otro negocio típico –compraventa a través de una donación–. Sin embargo, el negocio fiduciario es la creación de un negocio que no está regulado por el ordenamiento jurídico –fiducia *cum amico* o *cum creditore*–, y que, para poder operar en el tráfico jurídico, requiere de una forma típica: compraventa, donación o cualquier contrato típico que transmita la propiedad. Siendo esto válido para el caso de que no contravenga la ley, la moral ni el orden público.

En este mismo sentido se pronuncia LACRUZ, que considera que los negocios fiduciarios no pertenecen a la categoría de los indirectos: en primer lugar, porque los indirectos buscan una doble finalidad mientras que en los fiduciarios la finalidad es única; en segundo lugar, en el indirecto, la eficacia del contrato típico no es limitada por un pacto con eficacia *inter partes*, y la eficacia conseguida a través del contrato típico es la propia de la de un contrato distinto por la distribución de sus elementos⁶³.

3. El negocio fiduciario como negocio abstracto

Los negocios abstractos son aquellos negocios jurídicos que aparecen desligados e independizados de su causa, y que funcionan con completa independencia de ella.

⁶³ Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil II*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2003, pg. 194.

El antecedente en derecho romano de los negocios abstractos es la *estipulatio*; en esta modalidad negocial no se expresaba la causa por la que se compromete el deudor y su validez es independiente de esa causa⁶⁴.

Los negocios abstractos están prohibidos en nuestro sistema jurídico; el problema de la admisibilidad de los negocios fiduciarios en el ordenamiento jurídico español depende en gran medida del concepto de la causa en los negocios jurídicos, y por tanto, de la relevancia de la causa en éstos.

DÍEZ PICAZO⁶⁵ clasifica el negocio jurídico con base en el concepto de la causa en: abstracto, típico y atípico o indirecto. Determina que la simulación –tanto relativa como absoluta– no es una cuestión de vicio de consentimiento, ni discordancia entre la voluntad y la declaración, sino que, como dice con palabras textuales, “existe voluntad negocial de crear la apariencia” y esta es una voluntad enteramente libre y sin vicios. Concluye que el problema no radica en la voluntad, sino en la causa: “El problema no radica en la voluntad sino en la causa, o que las partes no han querido – lo que han excluido de una manera expresa–, es la efectiva producción del resultado empírico que normalmente de su negocio debía derivar.” No hay causa en el negocio. El negocio se funda, según esto, en una “causa inexistente”.

DÍEZ PICAZO considera que todos los contratos tienen causa, siendo los contratos abstractos aquellos que aparecen desligados e independizados de su causa. Existe una transmisión de dominio abstracta cuando se realiza la transmisión sin tener en cuenta la causa: el tradente pierde el dominio y el accipiente lo adquiere: si la pérdida careció de causa, el tradente únicamente podrá reclamar de forma personal una indemnización equivalente al valor del bien, pero en ningún caso cabría una acción reivindicatoria. Pero esto únicamente cabe en un sistema no causalista, ya que en un sistema causalista un contrato carente de causa no será válido, y el tradente podrá reclamar la propiedad de forma directa y recuperarla.

⁶⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 426.

⁶⁵ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 274.

Como se puede apreciar, DÍEZ PICAZO no niega la existencia de causa, sino que la causa no obedece a la transmisión realizada⁶⁶.

PUIG BRUTAU⁶⁷ entiende que no cabe afirmar que, con base en el artículo 1277 del Código civil, se halle admitido el negocio jurídico abstracto. El negocio abstracto produce, en los sistemas que lo permiten, un desplazamiento patrimonial con independencia de la expresión y de la prueba de la causa. En nuestro sistema –como en el siguiente apartado explico– no caben los negocios sin causa o abstractos, si bien existen excepciones, ya que en derecho cambiario –artículo 33 de la Ley cambiaria de 16 de julio de 1985– el aceptante de la letra de cambio, en el momento del vencimiento, deberá abonarla al tenedor; todo ello a pesar de que no exista causa, ni relación de causalidad directa entre la causa de la obligación del aceptante y la del tenedor. A pesar de que algún autor, como ZURIMENDI ISLA⁶⁸ justifica la dinámica de la letra de cambio al considerar que se produce con la entrega de ésta un nuevo contrato: el contrato de entrega, con este nuevo contrato se pacta una nueva forma de pago, diferente a la inicial. En un sentido similar se pronuncia PAZ-ARES RODRÍGUEZ⁶⁹, al afirmar que ni siquiera la obligación cambiaria es abstracta en el sentido estricto del término, con base en que existen acciones cambiarias oponibles entre acreedor o deudor. En mi opinión, la obligación existente entre tenedor y el aceptante carece de causa, y es el típico ejemplo de contrato abstracto puro.

Los negocios abstractos fueron adaptados al ordenamiento jurídico alemán, por la doctrina de ese país, con la intención de facilitar el tráfico jurídico, ya que en una economía liberal el sistema causal no tiene cabida, pues limita la autonomía privada, como en otro apartado de este trabajo trato de forma específica⁷⁰.

⁶⁶ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 276.

⁶⁷ Cfr. PUIG BRUTAU, *Compendio..*, t. II., pg. 206.

⁶⁸ Cfr. ZURIMENDI ISLA, *Los fundamentos civiles del Derecho cambiario*, Comares, Granada, 2004, pg. 12 y ss.

⁶⁹ Cfr. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “Naturaleza jurídica de la letra de cambio”, en AA.VV., *Derecho cambiario, Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigido por Aurelio Menéndez Menéndez, Civitas, Madrid, 1986, pgs. 164.

⁷⁰ Cfr. *infra*, capítulo segundo, I, A.

DÍEZ PICAZO, por su parte, considera que no caben en nuestro sistema los contratos abstractos –a pesar de que algunos autores basan su validez en el principio de la autonomía privada para la contratación reconocida en el artículo 1255 del Código civil–, ya que existen normas imperativas que la prohíben expresamente; siendo, justamente, el límite a la autonomía de la voluntad no contravenir la ley⁷¹. GINÉS CASTELLET, parte de la falta de causa en los negocios fiduciarios cuando se conciben con base en la teoría del doble efecto para calificarlos como negocios abstractos, y por tanto sin amparo legal en nuestro sistema jurídico⁷².

Con todo, según la teoría con la que se conciba en negocio fiduciario se identificará con el abstracto. Si se parte de la teoría del doble efecto, como la unión de dos negocios autónomos –uno con efecto real y otro con efecto obligacional–, cada uno requerirá de su propia causa y el real necesitará de una causa que justifique la transmisión del dominio y otra causa para el contrato obligacional. Los contratos abstractos no tienen cabida en el ordenamiento jurídico español⁷³. En este mismo sentido se ha pronunciado de forma reiterada y es doctrina pacífica del Tribunal Supremo, entre otras y por todas: sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1993, 22 de julio de 1996 y 28 de septiembre de 1998.

4. El negocio fiduciario como negocio jurídico patrimonial

En este apartado se debe valorar si el negocio fiduciario es un negocio jurídico patrimonial: “el negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y

⁷¹ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 279.

⁷² Cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pg. 301.

⁷³ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO. *op. cit.*, pg. 406.

establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes.”⁷⁴

DÍEZ PICAZO clasifica los negocios jurídicos en patrimoniales –cuando versan sobre materia económica– y negocios jurídicos de derecho de familia –relaciones jurídicas de derecho de familia–. Pudiendo ser los negocios jurídicos patrimoniales puros o mixtos. Estos últimos se dan cuando el objeto del negocio jurídico es económico pero con matices personales o familiares, como el contrato de capitulaciones matrimoniales.

Los negocios fiduciarios, por tanto, serán negocios jurídicos patrimoniales de carácter real, aunque también podrían calificarse como negocios jurídicos patrimoniales puros o mixtos, ya que en la fiducia *cum amico* suele existir un elemento personal. Las notas características del negocio jurídico patrimonial son las siguientes:

- a) Autonomía de la voluntad con las limitaciones del artículo 1255 del Código civil.
- b) Conmutatividad de las prestaciones, esto es, que exista causa y equilibrio entre las prestaciones.
- c) Existencia de buena fe *inter partes* y frente a terceros.

Con esta base, se determinará si los negocios fiduciarios cumplen los requisitos para clasificarlos como negocios jurídicos, y por tanto válidos en el sistema jurídico español. La respuesta a esta cuestión depende, de la concepción e interpretación que del instituto fiduciario se determine y de la teoría interpretativa aplicada como a continuación se estudia.

⁷⁴ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 91.

5. Conclusiones

La determinación de la naturaleza jurídica del negocio fiduciario –como sucede con cualquier estudio que se realiza de la institución– está cargada de contradicciones. No es contrato indirecto, como se ha visto en el apartado precedente, porque el fiduciario persigue una finalidad única; la diferencia básica es que el mecanismo indirecto consiste en la creación de un negocio típico a través de otro típico. Tampoco es un negocio abstracto, porque tiene causa: *causa fiduciae*⁷⁵. Sí que es un negocio jurídico patrimonial, como se ha visto arriba, pero su verdadera naturaleza jurídica viene determinada según la teoría de interpretación que se aplique. No ha existido unanimidad de criterios doctrinales, sino que han cambiado a lo largo del tiempo, incluso los propios autores, según el momento en que realicen el estudio muestran una interpretación diferente.

La jurisprudencia también ha ido variando respecto de la concepción de los negocios fiduciarios. Doctrina y jurisprudencia –aunque con diferentes puntos de vista– han interpretado los negocios fiduciarios con base en la teoría del doble efecto, la teoría de la causa fiducial y la teoría de la propiedad formal. Mientras que la doctrina ha utilizado las diferentes teorías para desvirtuar este instituto, la jurisprudencia a través de las diferentes teorías interpretativas, ha justificado y dado validez a este tipo negocial. Por último, se podría afirmar –respecto al Tribunal Supremo– que desde hace más de 10 años es jurisprudencia pacífica la que considera que es un negocio completamente válido y eficaz.

Sin embargo, la doctrina entiende que el negocio fiduciario no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico actualmente. La gran mayoría de autores por considerar la figura ayuna de causa –DE CASTRO, DE LOS MOZOS, DÍEZ PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, LACAL FUENTES, DE ÁNGEL YAGÜEZ por poner unos de ejemplos de los autores más clásicos. JORDANO BAREA y ALBALADEJO GARCÍA, que con posterioridad la conferencia

⁷⁵ Vid. *infra*, capítulo segundo, I, G.

pronunciada por DE CASTRO en la Academia Matritense del Notariado cambiaron su tesis para concluir la falta de validez de los negocios fiduciarios en el ordenamiento nacional. Y por último los autores con publicaciones más recientes como: CÁMARA LAPUENTE, MARTÍN LEÓN, GALICIA AIZPURUA y un largo etcétera—. Otro sector doctrinal considera también su falta de validez en nuestro sistema por entender –respecto de la fiducia *cum creditore*– que no respeta la prohibición del pacto comisorio, entre los que destaca DURÁN RIVACOBÁ⁷⁶.

En este contexto, la determinación de la naturaleza jurídica es verdaderamente compleja porque a pesar de que la finalidad última de la institución es la garantía, la administración o la representación, existe toda una serie de problemas con la determinación de la transmisión de la propiedad que opera en este negocio.

GALICIA AIZPURUA⁷⁷, concibe el negocio fiduciario como un negocio en que concurren dos planos: uno real y otro obligacional, sea a través de un negocio doble o bien a través de un negocio complejo. Y ello tanto si se estudia el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto –como la unión de dos negocios independientes– o si se estudia a través de la *causa fiduciae* –como un único negocio aunque de estructura y efectos complejos–.

Por último, el problema radica en el tratamiento jurídico que se le da a la denominada propiedad fiduciaria y al desdoblamiento, por tanto, del derecho de propiedad en formal y propiedad material. DÍEZ PICAZO⁷⁸, en relación a la propiedad

⁷⁶ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio fiduciario* (Estudio crítico de la teoría del doble efecto), Reus, S.A., Madrid, 1972, pg. 27 y ss. Se trata de la famosa conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 14 de noviembre de 1966, “el negocio jurídico”, pg. 409; DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, pg. 1026 y ss.; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS, *op.cit.*, pg. 68; LACAL FUENTES, *loc. cit.*, pg. 777 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *loc. cit.*, pg.47 y ss.; JORDANO BAREA, “Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, Madrid, 1983, pgs. 1435 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, “El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente”, *Actualidad civil*, nº 4, Madrid, 1993, pg. 663 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1815; MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 123; GALICIA AIZPURUA, *Causa y garantía fiduciaria*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg. 261; DURÁN RIVACOBÁ, *op. cit.*, pg. 141.

⁷⁷ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 183.

⁷⁸ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 76.

fiduciaria, advierte que, para constituir un derecho real, es necesario el requisito de la tradición o entrega de la cosa; es decir, el traspaso de la posesión de la cosa sobre la cual el derecho recae. Este problema es resuelto por la jurisprudencia de una forma muy poco ortodoxa, ya que considera que no se da en su plenitud el requisito de la *traditio*. La justificación radica en que el componente patrimonial permanece dentro de una comunidad entre las partes; es decir, justifica la institución a pesar de que en realidad el requisito de la *traditio* no se da, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004⁷⁹.

El artículo 609 del Código civil dispone que: “la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.” El artículo 1095 del Código civil preceptúa, en cambio, que “el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla”, pero que “no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.” El fiduciante –en los negocios fiduciarios– sigue ostentando la posesión de la cosa. Esta solución ha sido criticada –según CÁMARA LAPUENTE–, ya que supone la creación de un tipo especial de derecho real. Así, DE CASTRO ha defendido la opción de denominarlo titularidad fiduciaria, lo que para CÁMARA LAPUENTE, no es más que un intento de disfrazar con terminologías para no “mancillar la venerable designación de propiedad”⁸⁰.

Por tanto, en los negocios fiduciarios, generalmente, no opera la *traditio*, pues no suele existir verdadera entrega del bien de fiduciante a fiduciario.

La jurisprudencia considera que sí que existe *traditio*, aunque no en su forma plena, por lo que los tribunales califican el negocio fiduciario como un derecho real.

⁷⁹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 en el Fundamento de Derecho sexto establece: “en los contratos fiduciarios el requisito de la “*traditio*”, aunque no se cumpla en su dimensión material o máxima cuando el componente patrimonial surge y permanece dentro de una comunidad entre las partes, por lo que, la presencia de su objeto queda embebida en tal situación, lo que no determina la inexistencia del derecho oculto que provendrá del cumplimiento de lo pactado en el *negocio aparente*”.

⁸⁰ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1778.

Con todo y dependiendo de lo pactado, en ocasiones el fiduciario ostenta la posesión del bien.

B. Teoría del doble efecto

El negocio fiduciario, como ya se ha dicho al comienzo de este capítulo, es una figura creada por el pandectismo alemán y cuya primera concepción se realizó a través de la denominada teoría del doble efecto⁸¹. Esta teoría concibe a la fiducia como aquel negocio con un doble efecto: uno de carácter real y otro de carácter obligacional. El primero con eficacia *erga omnes*, y el segundo que vincula sólo a las partes contratantes. Esta teoría formulada por REGELSBERGER con base en la fiducia romana y más concretamente en la *mancipatio*⁸², no genera problemas al incorporarse al derecho alemán, donde caben los negocios abstractos.

Sin embargo, su introducción en los sistemas causalistas genera incompatibilidades. En el ordenamiento jurídico español choca de pleno con los artículos 1261 y 1274 del Código civil. Al aplicar estas normas –por ejemplo, a la fiducia *cum creditore*–, resulta que el negocio transmisor de la propiedad (la compraventa) carece de causa típica –al no haber precio–, porque no puede servir de precio el pacto fiduciario, puesto que se ha considerado que existe independencia total entre los dos negocios, el transmisivo de eficacia real y el pacto de mera eficacia obligatoria⁸³.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981 recoge la jurisprudencia que definía el negocio con base en esta teoría, concibiéndolo como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes: uno real, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*; y otro obligacional, válido

⁸¹ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 183.

⁸² Cfr. *infra*, capítulo segundo, I, A.

⁸³ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 406.

inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado⁸⁴.

La jurisprudencia entendió y justificó el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto –de “forma pura”– en muy pocas ocasiones y lo aplicó hasta la mitad del siglo XX. Sin embargo, la doctrina se mostró dividida desde el principio en dos sectores. Ambos partiendo de la teoría de la dualidad negocial. Esta teoría conlleva la transmisión definitiva de la propiedad de la cosa o del derecho para fin de administración o garantía. La consecuencia más importante es que el fiduciario adquiere la titularidad plena, con la obligación de retransmitir el bien alcanzado el fin propuesto.

Un primer sector la concibe como un negocio complejo, integrado por dos negocios diferentes pero interrelacionados entre sí. El primer negocio transmite de forma plena la propiedad de la cosa o del derecho y el segundo de carácter obligatorio que da origen a la retransmisión del derecho o de la cosa al fiduciante.

Esta postura es defendida GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE⁸⁵, NAVARRO MARTORELL⁸⁶ y ALBALADEJO GARCÍA⁸⁷, entre otros.

El otro sector doctrinal, considera el negocio fiduciario unitariamente, con una única causa, peculiar y compleja. Esta segunda postura es la que propugnó JORDANO BAREA⁸⁸.

El profesor DE CASTRO concluye que con base en la teoría del doble efecto el negocio fiduciario consistirá: “en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva”.

⁸⁴ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981.

⁸⁵ Cfr. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *op. cit.*, pg. 21.

⁸⁶ Cfr. NAVARRO MARTORELL, *op. cit.*, pg. 135.

⁸⁷ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *El negocio...*, pg. 223.

⁸⁸ Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pg. 135.

Según este concepto, el fiduciante transmite al fiduciario y éste último será dueño con todas las garantías y frente a todos; quedando el fiduciante únicamente con un derecho de crédito contra el fiduciario que se podrá ejercitar para el caso de que se contravenga lo pactado entre las partes –incluso para terceros adquirentes de mala fe–.

DE CASTRO⁸⁹ considera que el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos de los pactados. Quien transmite lo hace con la confianza de que se respetará lo pactado. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible.

Con respecto a la aplicación de la teoría del doble efecto según el profesor DE CASTRO⁹⁰: “pueden citarse muchas sentencias en las que se incluyen la definición y caracterización del negocio fiduciario con arreglo a la teoría del doble efecto, pero sólo una o dos aplican en sus fallos dicha teoría del modo brutal que exige la lógica de la construcción.”

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1965 se pronuncia sobre un caso de fiducia *cum amico*. El demandante simuló vender al demandado la mitad de una finca con el fin de poder así obtener entre ambos un crédito hipotecario a nombre del demandado. Más adelante, el demandado defrauda la esperanza del fiduciante de recuperar dicho bien al enajenarlo a un tercero, hermano de los dos anteriores, que inscribió la transmisión. El Supremo entendió que se trataba de un negocio fiduciario y que el tercero era tercer adquirente protegido, por lo que el fiduciario debía indemnizar daños y perjuicios al fiduciante, por haber incumplido el *pactum fiduciae*⁹¹. Por ello, el Tribunal Supremo consideró

⁸⁹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 379 y ss.

⁹⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 405.

⁹¹ Vid. sentencia de 18 de febrero de 1965, que define el negocio fiduciario con base en la teoría del doble efecto y lo dota de “validez y eficacia del negocio fiduciario cuando no envuelve fraude de ley, declarando que es un contrato por virtud del cual una persona fiduciante transmite la propiedad

válida la venta, a pesar de la mala fe del tercer adquirente, que conocía el pacto interno. Pero esta fue de las pocas sentencias del Tribunal Supremo en que se aplicó con todos sus efectos y contundencia la teoría del doble efecto.

Respecto a la teoría del doble efecto ZANONI⁹² recoge la tesis de FERRARA – máximo divulgador de la teoría del doble efecto– que concibe el primer negocio como contrato real y positivo, consistente en la transmisión de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto e irrevocable. El segundo es un contrato obligatorio negativo, que vincula al fiduciario respecto del fiduciante a usar tan solo en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al primero o a un tercero⁹³.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1964⁹⁴ recogía los fundamentos de la teoría del doble efecto. El supuesto de hecho, que origina el fallo,

de una cosa a otra, fiduciario, generalmente en garantía del pago de una deuda, sin excluir otros posibles fines y con la obligación por parte del último de devolverla a su transmitente una vez cumplida la finalidad perseguida por los contratantes, todo ello al amparo del artículo 1255 CC, negocio jurídico que se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos independientes: uno real, de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido inter partes, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en la forma que no impida el rescate por el transmitente con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea, restitución de la misma cosa o abona de su valor económico.”

⁹² Vid. ZANNONI, *op. cit.*, pg. 362 y ss.

⁹³ No se puede olvidar que FERRARA –igual que otros valedores de la teoría del doble efecto– cambiaron de opinión respecto a la interpretación de la institución del negocio fiduciario a través de esta teoría, acogiéndose a la nueva tesis que formuló DE CASTRO Y BRAVO respecto a la falta de causa del negocio fiduciario. Respecto de este extremo: cfr. *infra*, capítulo segundo, I, A.

⁹⁴ La jurisprudencia con base en la teoría del doble efecto venía a entender que el negocio fiduciario, en su modalidad de “pacto de fiducia *cum creditore*”, se puede considerar, como lo define la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1963, como un contrato, por virtud del cual una persona llamada “fiduciante” transmite la plena propiedad de una cosa a otra, denominada “fiduciario”, en garantía del pago de una deuda y con la obligación, por parte del último, de devolverla a su antiguo dueño, una vez que se haya cumplido la obligación asegurada (*pactum fiduciae*), habiendo surgido al amparo de la libertad de contratación, reconocida en el artículo 1255 del Código Civil en el terreno práctico, del que ha trascendido a la doctrina y a la jurisprudencia que lo configura como un negocio válido, real y existente, que no constituye por tanto simulación, sino una convención compleja, integrada por dos contratos o negocios que pueden estimarse como complementarios, interdependientes o yuxtapuestos, con unidad intencional que aspira a la consecución de un fin jurídico de aseguramiento o garantía [...] con la consciente discrepancia, entre lo pactado y la intención práctica perseguida, siendo un negocio real que el intérprete ha de captar en todas las circunstancias del acto, anteriores, concomitantes y posteriores, a su formación, para dar al problema el tratamiento adecuado a su específica naturaleza, no dejándose arrastrar por la estructura de forma

cuyo Fundamento de Derecho ha sido transcrito en pie de página, es el típico de fiducia *cum creditore*, en la que el fiduciante transmite la propiedad –transmisión plena de la propiedad, según recoge la sentencia– al fiduciario en concepto de garantía de devolución de un préstamo de dinero. La obligación de devolver el inmueble al fiduciante se hace entre las partes de forma verbal –considera la sentencia que el negocio al amparo del artículo 1255 del Código civil es válido, real, existente y no constitutivo de simulación–. Evidentemente en este supuesto el elemento más complicado estriba en demostrar, o más bien estriba en probar cuál fue la intención de los contratantes, y para interpretarlo –“el intérprete ha de captar todas las circunstancias del acto, anteriores, concomitantes y posteriores a su formación”– se estará a las circunstancias que rodean el negocio. Esta sentencia reafirma el carácter real y voluntario del negocio: las partes quisieron que existiera esa transmisión dominical para garantizar la deuda. La sentencia del Tribunal Supremo reconoce la validez del negocio fiduciario, en cuanto transmisión válida de la propiedad, que deberá ser restituida una vez sea saldada la deuda. Mientras tanto, el acreedor fiduciario responderá frente al deudor fiduciante en caso de que no le dé el fin pactado.

CÁMARA LAPUENTE⁹⁵ –respecto de la teoría del doble efecto– remarca que la consecuencia más grave consiste en el poder dominical, titularidad plena, que ostenta el fiduciario frente a terceros –incluso terceros de mala fe y el propio

y contenido que se utiliza como simple medio vehicular; y señalándose en la de 3 de mayo de 1955, como requisitos del mismo, además de esa dualidad de convenciones que le caracterizan como negocio complejo, los del evidente desproporción entre el medio empleado y el fin de garantía; la posibilidad de quiebra de la confianza, puesta por el fiduciante en el fiduciario, si éste procede deslealmente y abusa del poder excesivo que se le confió, bien creando terceros adquirentes, frente a los cuales el fiduciante carezca de acción, si merecen la calificación de terceros, o si, llegado el caso, le asiste el cumplimiento de la obligación restitutoria y, en fin, el uso de un medio indirecto, fuera de los cuadros típicos de la Ley, para obtener un resultado que pudo ser perseguido por la vía directa y típica del préstamo con afianzamiento, prevista en el ordenamiento jurídico y pudiendo añadirse a todo lo dicho que, el reintegro de la cosa transmitida, no se confía, como en el retracto convencional que, tan a menudo, envuelve un préstamo, al ejercicio de una acción real que se confiere al vendedor, para resolver la venta una vez devuelta la suma prestada, que figuró como precio en la transmisión, con los resarcimientos consiguientes, sino a una obligación de carácter personal, que asume el comprador, si bien sujeta a la condición suspensiva de que se le devuelva la cantidad que entregó, antes o al tiempo de perfeccionarse el negocio jurídico concertado”

⁹⁵ CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1769 y ss.

fiduciante– y, frente a este poder, el fiduciante solamente tiene una acción personal para exigir resarcimiento de daños y perjuicios, pero no tiene capacidad coercitiva frente al fiduciario, ya que “se ha despojado de su derecho real sobre el bien.”

La crítica de DE CASTRO a la teoría del doble efecto comienza por cuestionar si realmente el fiduciante quería –en la fiducia *cum creditore*– los resultados tan duros, desproporcionados o injustificados que conlleva⁹⁶. Este autor considera que la teoría del doble efecto intenta asentarse en el respeto a la autonomía de la voluntad, y demostrar que ambas partes quisieron esa duplicidad de efectos.

DE CASTRO –con respecto a la fiducia *cum creditore*– se pregunta: “¿es real si quiera normal y verosímil, que el fiduciante haya querido transmitir y de una manera definitiva la propiedad de la cosa que confía al fiduciario?” Continúa afirmando que “quien hace una venta para garantizar al prestamista la devolución de lo prestado, quiere conseguir el préstamo y porque no puede otra cosa pasa por aquella imposición.”

En este contexto y bajo este punto de vista subjetivo es con el que DE CASTRO aborda el estudio de la teoría del doble efecto y de los negocios fiduciarios en general. Aunque, como trato de explicar a lo largo del presente trabajo, y a pesar de las dificultades que tiene la institución para integrarse en el ordenamiento jurídico nacional, no se puede dar la espalda o cerrar las puertas a una figura que tiene plena vigencia en el tráfico jurídico. DE CASTRO considera que, como no existe verdadera voluntad de transmitir, sino solamente garantizar, la venta por tanto es nula por simulada. El único título válido será el disimulado –garantía–, el cual no puede justificar una pérdida de propiedad de modo pleno y definitivo⁹⁷. Para concluir, voy a transcribir la afirmación que DE CASTRO realiza respecto de los efectos de la teoría del doble efecto: “repugna al principio general de la buena fe, que hace considerar indignas de protección jurídica normal las adquisiciones hechas de mala fe.” Esta

⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 385.

⁹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 409.

reflexión es del todo acertada y fue el motor que motivó el cambio de interpretación y acotó los efectos de esta teoría.

GALICIA AIZPURUA, siguiendo la tesis de DE CASTRO concluye también que la teoría del doble efecto atenta contra el requisito causal exigido por el Código civil para dar validez al negocio fiduciario⁹⁸.

Así, la teoría del doble efecto justifica que el fiduciario ostente la titularidad dominical de la cosa frente a todos, incluyendo al mismo fiduciante. Y el fiduciante, en el caso de que se incumpla el pacto por parte del fiduciario –bien por haber transmitido la cosa a un tercero, bien por no querer cumplir con lo pactado (devolución de la cosa)– únicamente podrá reclamarle daños y perjuicios, no asistiendo por tanto al fiduciante, al amparo de la teoría del doble efecto, la posibilidad de entablar la acción declarativa de dominio. Asimismo, en el supuesto de quiebra del fiduciario, el bien transmitido ingresa en la masa de la quiebra, no pudiendo el fiduciante pedir su separación alegando ser el verdadero dueño.

Con todo, se puede entender que las consecuencias que encierra la teoría del doble efecto son las siguientes:

- a) El fiduciario obtiene una titularidad dominical plena a través del negocio jurídico real con eficacia *erga omnes*, que le permite disponer la propiedad y no restituirla, con las consecuencias que le pueda generar dicho incumplimiento. Si no tuviese esta capacidad estaríamos ante un negocio simulado o cualquier otro de transmisión dominical.
- b) Si el fiduciario transmite la propiedad por cualquier medio –faltando al pacto de confianza *inter partes*–, el fiduciante únicamente tendrá derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado, y que pueda probar en el oportuno procedimiento judicial. En este punto, y con una interpretación extrema de esta teoría,

⁹⁸ GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 182.

se alcanzaría idéntica conclusión incluso cuando el adquirente de la propiedad fuera de mala fe.

- c) El negocio fiduciario, con base en la teoría del doble efecto, exige que los acreedores del fiduciario, en caso de quiebra, puedan integrar el bien fiduciario en la masa de la quiebra; ya que el bien fue adquirido con efectos *erga omnes*. Por tanto, si se llega a demostrar el pacto obligacional entre las partes, el fiduciante tendrá un crédito privilegiado, en el mejor de los casos, frente a la masa de la quiebra.
- d) Todas estas consecuencias jurídicas se daban con base en el artículo 1255 del Código civil –libertad de pactos– en el que se justificaba el contrato con un doble efecto: el obligacional entre fiduciante y fiduciario, y el real con eficacia frente a terceros.

Los detractores de la teoría del doble efecto conciben el negocio fiduciario como un solo negocio, pero de naturaleza compleja, ya que del mismo derivan efectos reales –*erga omnes*– y personales –limitado al fiduciante y fiduciario–. Este negocio, que es único, tiene una causa –*causa fiduciae*– en la que asientan todos los efectos pactados por las partes. Esta teoría es la que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia están aplicando en la actualidad.

El negocio fiduciario es una institución sin regulación jurídico positiva, desempeñando la jurisprudencia y la doctrina la función moderadora e interpretadora de su alcance y características. Para evitar los inconvenientes de la teoría del doble efecto, la jurisprudencia –con el apoyo de un sector doctrinal– buscó una forma distinta de concebir la titularidad dominical del fiduciario.

La finalidad de esta reinterpretación es doble: en primer lugar, que el fiduciante pudiera ejercitar la acción declarativa de dominio para recuperar la propiedad contra el fiduciario y, sobre todo, en segundo lugar, que los terceros adquirentes del fiduciario que conocieran el pacto de fiducia no quedaran protegidos.

En tal sentido, la jurisprudencia y la doctrina vienen a desdoblar el derecho de propiedad en dos: una propiedad material, que corresponderá al fiduciante; y una propiedad formal, que tiene como titular el fiduciario. Esa propiedad formal le investiría de la titularidad dominical frente a todos, menos frente al fiduciante, lo que serviría para reivindicarla del fiduciario alegando su condición de verdadero dueño de la cosa⁹⁹.

Respecto a la crítica de la teoría del doble efecto del profesor DE CASTRO, debe hacerse constar la conferencia impartida por el profesor DE CASTRO en el 14 de noviembre de 1966 en la Academia Matritense del Notariado en la que demostró la inadmisibilidad del negocio fiduciario en el ordenamiento jurídico español, y propuso, como fórmula compatible con éste, la teoría de la titularidad fiduciaria que no implica transmisión de la propiedad al fiduciario¹⁰⁰. Esta teoría ha servido a la jurisprudencia para justificar el negocio fiduciario.

La tesis de CÁMARA LAPUENTE¹⁰¹ parte de la explicación del profesor DE CASTRO para negar la validez de la teoría del doble efecto. De este modo, si se parte de la existencia de dos negocios, la compraventa carecería de causa propia pues falta el precio. Si se considera que es un único contrato con una causa unitaria –*causa fidei*– sería inadecuado en el sistema causalista para transmitir la propiedad: se alega que no existe reciprocidad de las prestaciones propia de un contrato con causa onerosa. Así, la causa no se corresponde con la realidad ya que la entrega de la cosa

⁹⁹ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 12 de julio de 2011.

¹⁰⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio fiduciario...*, pg. 27 y ss.

Argumenta su crítica en los siguientes puntos: 1) El apoyo histórico del doble efecto no presenta suficiente consistencia, pues en las fuentes romanas existen algunos mecanismos que permiten dudar de que el fiduciario adquiriese el dominio pleno, además de que el auge de la fiducia tuvo lugar en época primitiva y en correlación con el formalismo, y tales circunstancias se han desvanecido. 2) La doctrina alemana e italiana, la han abandonado. 3) Las injustas consecuencias que se derivan de la aplicación lógica y directa de sus postulados (desprotección total del fiduciante, tutela infundada de terceros adquirentes de mala fe, anomalías en relación con los acreedores, etc.) ponen en tela de juicio la bondad y utilidad de la construcción. 4) El principio de autonomía de la voluntad, que se dice servir de fundamento, se enfrenta abiertamente con lo que en realidad las partes quisieron (no transmitir la propiedad; recuérdese la frecuente contradicción del documento público con un documento privado). 5) Pero, sobre todo, como argumento capital, esa duplicidad de efectos no encaja con un sistema causalista como el español.

¹⁰¹ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1778.

no es por precio, sino como fin de garantía. El título disimulado será el de garantía o mandato, que es insuficiente para transmitir.

Por último, con la intención de limitar la propiedad del fiduciario, se ha buscado una solución que propugna la distinción entre la propiedad del fiduciario –meramente formal y con eficacia frente a terceros de buena fe– y la propiedad del fiduciante –propiedad material no desprendiéndose por tanto del dominio–. El nudo gordiano del negocio fiduciario se encuentra en decidir si hay o no transmisión de la propiedad.

La jurisprudencia, hasta los años ochenta, concebía el negocio fiduciario con base en la teoría del doble efecto, aunque no se aplicó con el rigor que esta tesis exigía. Al ser una institución tan casuística –por su peculiaridad intrínseca– venía a entender la absoluta validez del negocio real traslativo de dominio con los efectos anteriormente indicados. Si bien la extensión en la aplicación en cada supuesto de hecho que se planteaba se iba justificando con un afán de “hacer justicia”.

En realidad, en la práctica judicial, en muy pocas ocasiones se aplicó con tanta contundencia como permitía la teoría del doble efecto¹⁰². En definitiva, a pesar de que la teoría del doble efecto no era aplicada con todo el rigor y peso, sin embargo la institución era definida basándose en esta teoría¹⁰³.

En este contexto, y desde los años ochenta, se comienza a cambiar la visión del negocio fiduciario para entenderlo no ya como un negocio con doble efecto –el obligacional y el real– sino como un negocio jurídico con una causa única: la *causa fidei*. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982¹⁰⁴ es una de

¹⁰² Vid. sentencia de 18 de febrero de 1965 comentada en este mismo apartado.

¹⁰³ Cfr. *supra*, capítulo primero, I, D. En relación a la contradicción existente en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales, que definían el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto, pero aplicaban los efectos de la teoría de la propiedad fiduciaria.

¹⁰⁴ Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982. La base fáctica utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para abandonar la teoría del doble efecto consiste en interpretar el negocio fiduciario con base en: “El *pactum fidei cum creditore*, que aun no regulado especialmente en nuestro ordenamiento, puede enmarcarse dentro del amplio criterio de libertad de contratación mantenido, por el art. 1255 Cc. y con reflejo en el número tercero del artículo segundo de la Ley Hipotecaria, consistiendo en un negocio en virtud del cual una persona (fiduciante)

las pioneras en separarse de la teoría del doble efecto. Esta sentencia entiende el negocio fiduciario como un negocio causal –*causa fiduciae*–, no asentándose ya en la base normativa del artículo 1255 del Código civil, para ampararlo bajo el manto del artículo 1274 del Código civil.

El supuesto de hecho que da pie al fallo versaba sobre la declaración de quiebra del fiduciante deudor. Así, con base en la teoría del doble efecto, se defendería que el fiduciario acreedor podría apropiarse del inmueble y hacerlo suyo, separándolo de la masa de la quiebra en virtud de ser propietario *erga omnes*. La sentencia reconocía que se crearía una situación injusta, habida cuenta que los acreedores no podrían acceder a un inmueble y el fiduciario se quedaría con un bien cuyo valor es muy superior a la deuda contraída entre las partes.

A pesar de la sentencia del Tribunal Supremo arriba indicada, el concepto de negocio fiduciario concebido a través de la teoría del doble efecto ha seguido reiterándose en algunas sentencias del Tribunal Supremo hasta el año 2004, y

transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda con la obligación por parte de éste de retransmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido (*pactum fiduciae*), sin que, por tanto, pueda motejarse de contrato ficticio aparente o simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes que lo elaboran mediante un acto formal mixto integrado por dos interdependientes, como enseña la sentencia de 8 de marzo de 1963, pero de finalidad unitaria, uno de naturaleza real por el que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional que constriñe a la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia que el primero asegura se haya saldado, constituyéndose en su conjunto en un contrato causal, conforme al art. 1264Cc en el que la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde y es justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía que, no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio inter partes, se revela de cara o frente a los otros acreedores del fiduciario a la manera de un crédito privilegiado que gozará de preferencia para hacer efectiva sobre la finca aquella parte del capital del mutuo que restaba por devolver”.

“La actora no puede obtener más que la devolución íntegra de la cantidad reconocidamente adeudada, sin que pueda accederse a la solicitada incorporación a su patrimonio, por modo definitivo, del derecho de propiedad sobre la finca objeto de la compraventa ya que no fue ésta, la finalidad perseguida, sino que se quiso solo el garantizar la efectividad de la devolución de la cantidad, de tal modo que acceder a lo pretendido significaría en el fondo atribuir al contrato una calificación diferente de la que se acomoda a su verdadera naturaleza jurídica, dando por existente una voluntad de comprar y vender en abierta pugna con la reconocida voluntad de las partes, lo que no puede tener acogida en el terreno de la ética ni de la legalidad de que aquella es fuente, cual acontecería si la demandante-recurrente lograra la incorporación a su patrimonio, sin traba alguna, de lo que se trató como mera garantía de una operación de préstamo y que representa un valor muy superior.”

también en algunas Audiencias Provinciales. De hecho, todavía hoy se sigue utilizando esa conceptualización de dualidad negocial en algunas sentencias de las Audiencias provinciales. Todo ello ha sido estudiado en este trabajo en el apartado que hace referencia a la evolución jurisprudencial del concepto de negocio fiduciario¹⁰⁵.

La naturaleza jurídica del negocio fiduciario y su estructura en general, se presentaba de forma diferente según se considerara que en el negocio fiduciario existían dos negocios distintos –teoría del doble efecto–, o bien un negocio, con una causa única –la *causa fiduciae*–. Esta última concepción es la tesis contraria a la del doble efecto.

C. La causa fiduciae

El estudio exhaustivo de la causa en los negocios fiduciarios lo llevo a cabo en otro capítulo de este trabajo¹⁰⁶; en el presente apartado voy a analizar la denominada *causa fiduciae* desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la institución.

El profesor DE CASTRO afirma que si se entiende el negocio fiduciario con base en la teoría del doble efecto existirán dos causas: una causa para el negocio real transmisivo de la propiedad y otra causa para el negocio obligacional. Por otro lado si se concibe el negocio fiduciario a través de la *causa fiduciae* se entenderá que existe una única causa compleja. Los defensores de la construcción del doble efecto han abandonado por insostenible en el derecho español la teoría de la dualidad

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, capítulo primero, D.

¹⁰⁶ Vid. *infra*, capítulo segundo, I.

negocial, y consideran el negocio fiduciario unitariamente con una propia y peculiar causa: la que denominan *causa fiduciae*.¹⁰⁷

La *causa fiduciae* nace como justificación o contrapartida a la teoría del doble efecto o teoría de la dualidad negocial –expresión más gráfica para denominarla–. La *causa fiduciae* se corresponde con el pacto sobre el que recae la transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario. Este pacto consiste en la contraprestación por el que uno transmite la propiedad a otro con la obligación de este último de restituirla cuando se haya cumplido lo pactado.

CÁMARA LAPUENTE explica que los partidarios de la teoría del doble efecto –que justifican la existencia de un único negocio– consideran que la obligación de retransmitir la propiedad una vez alcanzado el fin pactado entre las partes: “surge por el carácter transitorio o temporal de la *causa fiduciae*, que limita personalmente la facultad de disposición del fiduciario; pero no existe duplicidad negocial sino un único negocio causal”¹⁰⁸.

Esta construcción doctrinal deriva de la imposibilidad que existe en nuestro sistema jurídico de los contratos sin causa, con base en el artículo 1274 del Código civil: “en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”. - La prestación es la que realiza el fiduciante –transmisión de la cosa– a cambio de la promesa de un servicio por el fiduciario. La *causa fiduciae* consistirá en servirse de la *res fiduciae* por el fiduciario con la finalidad y limitaciones previstas *inter partes*. Así, el fiduciario no llega a integrar nunca en su patrimonio el bien, sino que únicamente lo tiene de forma fiduciaria, esto es, con una limitación que fija la propia *causa fiduciae*.

DÍEZ PICAZO considera que la *causa fiduciae* no encaja en el artículo 1274 del Código civil; ya que considera que no se trata de una causa gratuita y en este sentido afirma: “es inconcebible que el fiduciante proceda como bienhechor haciendo una mera liberalidad en favor del fiduciario. Pero si es un contrato con causa onerosa,

¹⁰⁷ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 406.

¹⁰⁸ Vid. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1773.

¿dónde se encuentra la reciprocidad propia de los mismos? Las obligaciones que asume el fiduciario no cabe valorarlas como contraprestación de la entrega que realiza el fiduciante. No ha recibido nada por lo que ha dado”.¹⁰⁹

DE CASTRO¹¹⁰ concibe que las obligaciones asumidas por el fiduciario no pueden ser valoradas como contraprestación de la pérdida de la propiedad que sufriría el fiduciante; no son un “*quid pro quo*”. Discrepo con esta afirmación, pues dependerá del supuesto concreto, ya que negar la posibilidad genérica no está justificada; puesto que el ordenamiento jurídico dispone de mecanismos de control para limitar los abusos *inter partes*: la Ley contra la usura, la prohibición de pacto comisorio, etc.

DE CASTRO continúa afirmando que: “el fiduciario recibe la propiedad, por lo tanto recibe también la garantía y en contraprestación nada ha dado, de nada se ha desprendido; el fiduciante pierde la propiedad, se desprende de ella para garantizar a otro y nada ha recibido, ni por lo uno ni por lo otro¹¹¹.” Discrepo también de esta afirmación, ya que en realidad el fiduciario –en la fiducia *cum creditore*– ha entregado una cantidad de dinero y además existe una promesa futura de devolver la propiedad cuando se cumpla la obligación entre las partes. Y en la fiducia *cum amico*, recibe el bien transmitido con una finalidad de representación o administración, que favorece al fiduciante. No puede olvidarse que es un negocio basado en la confianza y con esta premisa debe ser analizado y valorado.

Los negocios de garantía no son negocios independientes, sino que para su existencia requieren la de aquel crédito de cuyo cumplimiento responden. La venta en garantía –corrientemente– se usa para garantizar un préstamo. El por qué y para qué del negocio fiduciario consiste en dotar al prestamista de una seguridad más de cobro. Ésta será la finalidad de la fiducia *cum creditore*.

¹⁰⁹ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pg. 68.

¹¹⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 406.

¹¹¹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 406.

La pluralidad de funciones del negocio fiduciario dificulta la determinación de la naturaleza jurídica, por ello, habrá que negar que el negocio fiduciario constituya una categoría unitaria. En verdad, resulta antinatural incluir bajo la misma rúbrica la fiducia *cum creditore* –en la que la situación fiduciaria se impone por el fiduciario y en su exclusivo beneficio–, y la fiducia *cum amico*, –en la que el fiduciario actúa a la conveniencia del fiduciante–.

El problema de la institución radica en la transmisión de la propiedad. En nuestro sistema se requiere para la transmisión un título o causa adecuada. La doctrina critica el negocio fiduciario por considerar que la garantía de un cobro o el cumplimiento de un encargo no son títulos que puedan justificar, respectivamente, una pérdida y una adquisición de propiedad, de modo pleno y definitivo.

Para salvar esta discordancia, los autores han propuesto limitar la eficacia transmisiva del negocio. Se ha pensado que el fiduciario recibe una propiedad formal –*dominium impropiae dictum*– que confiere un poder dispositivo, mientras que el fiduciante conserva la propiedad material –poder de goce–; distinguiéndose correlativamente una relación interna –entre fiduciante y fiduciario– y otra externa, –entre fiduciario y terceros–.

Esta interpretación ha venido a disminuir la discordancia que existe entre el verdadero título constitutivo y la consecuencia real atribuida al negocio fiduciario; sobre todo, con ella se evitan las injusticias que origina la teoría del doble efecto. Implica la creación de un tipo especial de derecho real, lo que iría contra la tendencia al cierre del número de derechos reales; y, en lo que aquí importa, supone admitir el negocio fiduciario como una verdadera figura de negocio jurídico.

En definitiva, la *causa fiduciae* de este único negocio será la que fundamente la transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario, y consistirá en el juego de aquella atribución patrimonial frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la cosa conforme a lo pactado y de restituirla al fiduciante o a un tercero.

La *causa fiduciae* será completamente diferente para el caso de la fiducia *cum amico*, en la que se transmite la cosa con una finalidad de representación, administración o encargo, beneficiando por tanto la *causa fiduciae* al fiduciante. En la fiducia *cum creditore*, la *causa fiduciae* –a priori– es impuesta por el fiduciario y en su único beneficio, con la finalidad de garantizar la operación crediticia. Con todo deberá estarse al supuesto concreto y valorar las intenciones a través de la causa de cada negocio.

DE CASTRO¹¹² considera que la intención de poder limitar la eficacia de la transmisión en el negocio fiduciario se ha desdoblado en el derecho de propiedad en: una propiedad formal –que sería la que recibe el fiduciario– y una propiedad material –que la conservaría el fiduciante–. Todo ello para concluir que el fiduciario en realidad ostenta frente al fiduciante un “*ius retinendi*”, no pudiendo integrar en su patrimonio el bien que de forma contradictoria ha recibido en propiedad, y con una traslación de dominio en forma jurídica válida.

Con todo, considero que la *causa fiduciae* justifica el abandono de la teoría del doble efecto con la finalidad de buscar una justificación a la transmisión del dominio que no sea plena. Todo ello y como se ha expuesto hasta ahora, a consecuencia de las situaciones injustas que se podían crear con la teoría del doble efecto que, si bien se ha aplicado en muy pocas ocasiones en la práctica de forma plena, sí existía la posibilidad de aplicarla con base en aquella argumentación. Y así, consecuentemente, lo ha venido reflejando la jurisprudencia como a continuación explico. La jurisprudencia busca adaptar y justificar las construcciones jurídicas a supuestos de hecho con la finalidad de “hacer justicia”.

La jurisprudencia ha configurado la nueva teoría de la *causa fiduciae* frente a la teoría del doble efecto como se ha expuesto. Así sucede en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de noviembre de 2011¹¹³, que viene a

¹¹² Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 408.

¹¹³ La Audiencia Provincial de Baleares en la sentencia de 15 de noviembre de 2011, resume la tendencia de los tribunales, para afirmar que: “La jurisprudencia ha ido abandonando progresivamente la teoría del doble efecto señalando la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio

recoger la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo que deja patente la tendencia que concibe el derecho de propiedad en los negocios fiduciarios, de modo que el bien no llega a integrarse definitivamente en el patrimonio del fiduciario, sin perjuicio del derecho de retención.

D. El derecho de propiedad en el negocio fiduciario: distinción entre propiedad formal y propiedad material

Para el profesor DE CASTRO¹¹⁴ la interpretación de los negocios fiduciarios, a través de la teoría del doble efecto, conlleva resultados que pueden ser injustos; ya que se da preferencia a la forma externa –frente a lo verdaderamente pactado por las partes– atentando contra el principio de autonomía de la voluntad. Concluye el profesor DE CASTRO, con base en argumentos de NAVARRO MARTORELL, que las críticas realizadas frente a la teoría del doble efecto obedecen a un sentimiento paternalista a favor del fiduciante en la fiducia *cum creditore*. El fiduciante es la parte menos protegida dentro de este negocio jurídico: el fiduciante, ante la necesidad de dinero

de 1992, con referencia a las de 2 de junio de 1982, 6 de abril de 1987 y 8 de marzo de 1988, que la doctrina científica más reciente se aparta del doble efecto en el negocio fiduciario, prescindiendo de la sustantividad de la *causa fiduciae* como comprendida en el art. 1274Cc, no obstante lo cual la titularidad formal derivada del negocio fiduciario habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada-artículos 1255 y 1286Cc- y la validez de lo acordado entre las parte, asistiéndole al fiduciario en tanto no se produzca el cumplimiento un *ius o titulus retinendi* que no permite se le imponga la restitución, al no haber un simple préstamo, sino un contrato que entraña mayores efectos, pues ocasiona una transmisión basada en la buena fe, con efectos vinculantes para el fiduciante y el fiduciario. En definitiva el fiduciario lo que ha de pretender es la devolución del préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esta la finalidad del negocio concertado, sin perjuicio del derecho de retención que se le reconoce. (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1988, 30 de enero de 1991, 6 de julio de 1992, 5 de julio de 1993, 22 de febrero de 1955, 2 de diciembre de 1996, 4 de julio de 1998, 16 de noviembre de 1999 y 4 de diciembre de 2.002).”

¹¹⁴ Vid. *supra*, capítulo primero, II, C; respecto de crítica de la teoría del doble efecto realizada por el profesor DE CASTRO Y BRAVO.

acude a un tercero para que le facilite un préstamo dando en garantía, por lo general, un bien de muchísimo más valor que el crédito concedido¹¹⁵.

El negocio fiduciario –como ya se ha dicho a lo largo del presente trabajo– carece de una regulación jurídica específica, así como de un antecedente histórico real en nuestro sistema jurídico; siendo una institución de creación doctrinal y jurisprudencial. Las resoluciones judiciales que abordan los negocios fiduciarios, muchas veces en un afán de búsqueda constante de “hacer justicia”, e incluso proteger a la parte más desamparada, adaptan la configuración al supuesto de hecho; en ocasiones con construcciones forzadas y no afortunadas en su fundamentación jurídica y redacción.

La interpretación del negocio fiduciario con base en la teoría del doble efecto estuvo vigente hasta los años 80 del siglo XX. Una resolución pionera en la interpretación del instituto –por la claridad de la forma y la concisión del contenido– es la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982¹¹⁶. Esta resolución venía a recoger lo que una parte de la doctrina, encabezada por el profesor DE CASTRO, reivindicaba desde hacía tiempo: abandonar la interpretación del negocio fiduciario con base en la teoría del doble efecto. Todo ello, porque al realizar la interpretación con esta teoría se podían dar situaciones o consecuencias excesivamente graves y perjudiciales para el fiduciario. Así, con base en aquella teoría, el fiduciante podría encontrarse ante la imposibilidad de recuperar la propiedad, incluso ante una transmisión a un tercero de mala fe, que a pesar de conocer la situación o el pacto entre fiduciante y fiduciario, adquiriría de este último. En este supuesto, el fiduciante sólo podía reclamar daños y perjuicios al fiduciario, pero no podía recuperar la propiedad.

La solución adoptada por aquella sentencia, y reiterada a *posteriori* por la jurisprudencia, opta por desdoblar el derecho de propiedad en el negocio fiduciario: propiedad formal –que es ostentada por el fiduciario– y propiedad material –que la

¹¹⁵ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 420.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, capítulo primero, II, B.

ostenta el fiduciante—. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2003¹¹⁷ recoge la tesis jurisprudencial del alto tribunal, por la que se llega a la conclusión de que, a pesar de la transmisión a favor del fiduciario, éste no integra el bien en su patrimonio, porque no es la finalidad pactada y convenida con el fiduciante.

Con todo y como titularidad formal, fiduciaria o de dominio impropio –según las sentencias arriba indicadas–, el fiduciante conserva la titularidad real y material de los bienes. Pero en realidad, esto únicamente opera –como se recoge en la propia sentencia– entre las partes: fiduciante y fiduciario o aquellas otras que por su posición pudieran conocer del pacto de fiducia. La transmisión es completamente válida para los terceros de buena fe y a título oneroso, amparados por la publicidad registral mostrada.

Frente a la teoría que se acaba de exponer, y cuya construcción jurisprudencial puede ser forzada o poco ortodoxa, se alza la doctrina mostrando su disconformidad con la concepción de una propiedad que se desdobra en formal y material. En contra de esta doctrina se pronuncian, RODRÍGUEZ-ROSADO¹¹⁸ junto con DE ÁNGEL YAGÜEZ¹¹⁹, argumentando que si el derecho de propiedad es poder pleno y absoluto sobre un bien, no caben dos poderes tales sobre el mismo bien. Ambos autores sostienen que a pesar del esfuerzo loable por la búsqueda de una finalidad más justa, ésta no puede ser a costa de aplicar una fórmula jurídica tan forzada que no tenga cabida en nuestro sistema. Continúa RODRÍGUEZ-ROSADO indicando que para

¹¹⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2003, en su Fundamento de Derecho quinto –con base en otra sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 22 de febrero de 1995–, establece: "se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario...".

¹¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pg. 120.

¹¹⁹ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *loc. cit.*, pg. 53.

ROJO AJURIA, “la teoría del negocio fiduciario o se mantiene pura, es decir, basada en el doble efecto o queda desvirtuada en su esencia.” Y para concluir GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE¹²⁰: el fiduciante no puede reivindicar la propiedad ya que para eso debería existir una separación en el derecho de propiedad, formal y material; separación que en nuestro derecho no cabe, ya que se es o no se es propietario, pero no cabe la posición intermedia. Para concluir RODRÍGUEZ ROSADO que “no me parece posible aceptar que se haya operado una transmisión de la propiedad con efectos frente a terceros, pero que en las relaciones internas no haya tenido lugar la transmisión.”

CÁMARA LAPUENTE¹²¹ considera plenamente admitida la titularidad fiduciaria – como limitadora de la eficacia real de la propiedad del fiduciario– y de la que se derivan varios efectos, que sin perjuicio de ser tratados en otro apartado de este trabajo¹²², son:

a). Respecto de la fiducia *cum creditore*.

- El derecho de retención del fiduciario.
- Preferencia en el cobro garantizado con la fiducia.

b). Comunes a ambas modalidades fiduciarias (*cum amico* y *cum creditore*).

- Poder limitado por el disfrute del fiduciante.
- Obligación de retransmitir tras cumplirse los fines acordados.
- La imposibilidad de usucapir por parte del fiduciario.
- La garantía de que los terceros de buena fe, a título oneroso, no saldrán perjudicados por la apariencia creada.
- El derecho de separación del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario; entre otros.

¹²⁰ Cfr. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *op. cit.*, pg. 67.

¹²¹ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1779 y ss.

¹²² Vid. *infra*, capítulo tercero, II; respecto de las limitaciones de la eficacia real, la titularidad fiduciaria en el concurso de acreedores, etc.

Con todo, y a pesar de los detractores esta doctrina, es la que se está aplicando en la práctica judicial. Con la finalidad de apartarse de la teoría del doble efecto que la concibe como dos negocios jurídicos –uno de carácter real y el otro obligacional–, pasa a entenderse el negocio fiduciario, como un único negocio complejo, basado en la *causa fiduciae*, que conlleva entender que el derecho de propiedad deja de ser pleno para desdoblarse en propiedad formal y material.

En esta misma línea argumental, BADOSA COLL¹²³ concibe la denominada propiedad fiduciaria como propiedad única, pero con descomposición de facultades, esto es: el fiduciante ostenta la titularidad material –*ius separationis* y la acción reivindicatoria– frente al fiduciario y sus herederos. El fiduciario tiene una propiedad formal con poder de disposición frente a terceros de buena fe y con base en lo acordado en el pacto fiduciario se pueden haber negociado otras facultades.

Respecto al pacto fiduciario, MARTÍN LEÓN¹²⁴ lo concibe como un instrumento que limita internamente el alcance de la transmisión realizada mediante escritura pública e inscrita en el registro de la propiedad; estipulando los límites respecto de la propiedad: administración, garantía, el alcance y las condiciones de la retransmisión, etc. El pacto fiduciario suele instrumentarse a través de documento privado o de forma verbal, aunque existe la posibilidad de realizar una escritura independiente de la transmisión fiduciaria.

Concluye BADOSA COLL¹²⁵ afirmando que el efecto legitimador del fiduciario, respecto de la propiedad, se basa en una anomalía, ya que existe una inscripción formal de su propiedad a pesar de que no ostenta la propiedad material.

La titularidad formal ha sido duramente criticada por un sector de la doctrina –respecto al desdoblamiento de la propiedad en formal y material–, ya que supone

¹²³ Cfr. BADOSA COLL, *Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho español*, en AA.VV., Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo, 1ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pg. 225.

¹²⁴ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 45.

¹²⁵ Cfr. BADOSA COLL, *op. y loc. cit.*, pg. 125 y ss.

la creación de derechos reales extraños al ordenamiento jurídico, pero nada impide que el pacto fiduciario tenga capacidad limitadora del derecho real.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN¹²⁶ recogen la reflexión de DE CASTRO –acerca de la titularidad fiduciaria– que hacen suya, equiparando el negocio fiduciario a la simulación relativa, pues conciben que la transmisión fiduciaria es simulada por falta de causa. DE CASTRO considera que en la simulación relativa no existe poder sobre el bien por parte del falso dueño. Sin embargo, en el negocio fiduciario la limitación del poder está en el pacto de fiducia. El fiduciante tendrá acción reivindicatoria frente al fiduciario y terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito.

En esta misma línea, respecto a los derechos y obligaciones dimanantes del negocio fiduciario, se mantiene GALICIA AIZPURUA¹²⁷. No obstante concibe el negocio fiduciario como válido, lícito y existente –negando la simulación relativa en el negocio fiduciario– y basa dicha afirmación en la voluntad de las partes que han querido de forma verdadera dicha forma negocial. Concluye este autor afirmando que el fiduciante entrega al fiduciario la propiedad meramente formal y conserva al propiedad material de la cosa confiada. Además, añade que el fiduciante, como propietario real –*inter partes* y frente a terceros adquirentes que no sean de buena fe–, puede hacer suyos los frutos y productos de la cosa –*ius fruendi* y *ius utendi*–. Califica el dominio como *dominium impropieae dictum*, explicando que se equipara a una posición intermedia entre ser propietario y no serlo.

En mi opinión el problema ínsito a esta construcción no es otro, precisamente, que el del desdoblamiento de la propiedad en una vertiente material y otra formal, puesto que ello comporta la creación de una categoría especial del derecho real –un nuevo tipo de dominio– extraña a nuestro ordenamiento.

DÍEZ PICAZO concluye respecto del régimen de propiedad que la doctrina se divide en dos tesis contrapuestas. La primera considera que la propiedad transmitida

¹²⁶ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pg. 68.

¹²⁷ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 188 y ss.

al fiduciario es plena y verdadera propiedad, siendo el fiduciante un mero acreedor. La segunda tesis, por la que el propio DÍEZ PICAZO aboga, la define como una propiedad “minada” por el pacto obligatorio. No es, por tanto una propiedad eficaz inter partes y concluye: “en virtud del negocio fiduciario se produce una diversificación: hay una propiedad formal y una propiedad real¹²⁸.”

E. El negocio fiduciario: derecho obligacional o real

El problema surge con la calificación del derecho de propiedad que ostenta el fiduciario: CÁMARA LAPUENTE lo concibe como un nuevo derecho de propiedad, denominada propiedad fiduciaria¹²⁹. Concluye este autor que el negocio fiduciario debe ser incluido en el sistema de los derechos reales y no como un derecho de obligaciones, pese a que en todos los manuales y tratados el negocio fiduciario aparece al hilo de los negocios jurídicos.

Para DE CASTRO “los actos dispositivos que realice el fiduciario como titular dominical serán plenamente eficaces a favor del tercero de buena fe por título oneroso, en virtud de la responsabilidad del fiduciante al haber creado tal situación”¹³⁰.

Comparto plenamente esta argumentación, ya que el fiduciante tampoco puede ser protegido a toda costa como si de un menor o un incapaz se tratara, y menos aún, frente a terceros de buena fe. Por lo que deberá responder siempre el fiduciario con la acción de daños y perjuicios, pero no se podrá desproteger al

¹²⁸ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Operaciones fiduciarias...*, pg. 35.

¹²⁹ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1779 y ss. Este autor califica la propiedad fiduciaria como un derecho real o cuasi real que tiene el fiduciario, cuyas expresiones para denominarlo suelen ser: titularidad fiduciaria, titularidad formal, *dominium impropiae dictum*; llegando a denominarla como una nueva propiedad.

¹³⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 424.

tercero de buena fe, debiendo asumir el fiduciante las consecuencias que conlleva el pacto fiduciario entablado.

Así, la jurisprudencia es casi unánime al afirmar que, en el negocio fiduciario, el fiduciante conserva la propiedad material de la cosa y el fiduciario la formal. Del mismo modo que a los terceros de buena fe no les afecta este desdoblamiento de la propiedad. Por tanto el fiduciante debe asumir el riesgo de la pérdida del bien, reservándose en todo caso la acción de daños y perjuicios frente al fiduciario. Esta teoría sirve de base para justificar el *ius separationis* en la quiebra o procedimientos concursales, ya que los acreedores concursales se subrogan en la posición del deudor y asumen, por tanto, el pacto *fiduciae*. Sin embargo en el embargo el tercer acreedor de buena fe podrá entablar traba frente al bien dado en fiducia, sin que quepa, a priori que el fiduciario pueda entablar tercería de dominio.

Con respecto a esto, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 5 de diciembre de 2005¹³¹ afirma que el negocio fiduciario parte del presupuesto de la atribución patrimonial que el fiduciante hace de un bien o derecho a favor del fiduciario, dicha atribución es únicamente formal y para la finalidad que ambos pactan; cumplida la finalidad, el fiduciario debe devolver el bien o el derecho al fiduciante (sentencias de 5 de julio de 1993, 15 de octubre de 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998).

En este mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011¹³², 8 de octubre de 2012¹³³ y de 25 febrero 2013¹³⁴ en todas ellas se repite la argumentación: “*en la fiducia*, el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico.”

¹³¹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005.

¹³² Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011.

¹³³ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2012.

¹³⁴ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013.

Por último, y con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica del negocio fiduciario, como se ha adelantado en la parte introductoria del presente capítulo, se deberá estar a la teoría interpretativa de la institución para poder determinarla. La tesis aceptada en la actualidad, para la determinación de la naturaleza jurídica del negocio fiduciario es la basada en el desdoblamiento de la propiedad fiduciaria – propiedad formal y propiedad real o material–. Con esta base, únicamente queda por determinar si el negocio fiduciario es un derecho real u obligacional. Resulta interesante acudir a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2012¹³⁵, que recogía un supuesto de venta del bien que había sido transmitido de forma fiduciaria. El supuesto de hecho consiste en la transmisión de la mitad proindivisa de un bien a favor del otro comunero fiduciario; éste vende el bien a un tercero de buena fe y a título oneroso. El fiduciante reclamaba –como no puede ser de otra forma– daños y perjuicios, a lo que el fiduciario demandado se opuso por considerar que estaba prescrita la acción personal.

En la sentencia recurrida se califica la acción como real, pues se sustenta en la titularidad dominical con el siguiente criterio: “Ciertamente no estamos ante un mero reconocimiento de deuda ni ante el ejercicio de un derecho de crédito sino ante una acción en que se reclama el importe de lo obtenido con la venta de un bien cuya mitad correspondía al actor, por lo que su reclamación trae causa del derecho de propiedad que ostentaba sobre la finca, siendo por tanto, el plazo de prescripción el correspondiente a la acción real. El cómputo del *dies a quo* debe ser cuando se pueda ejercitar la acción y según el tribunal, es a partir de que *se le violan sus derechos como propietario*”.

Con todo, con base en la sentencia arriba transcrita y teniendo en cuenta la configuración actual de la institución comparto la tesis de CÁMARA LAPUENTE que considera el negocio fiduciario como un derecho real o cuasi real, con las limitaciones y facultades establecidas en el pacto fiduciario.

¹³⁵ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2012.

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS Y
CONFIGURADORES DEL NEGOCIO
FIDUCIARIO

PREVIO

En este capítulo se van a estudiar los elementos característicos del negocio fiduciario que considero determinantes para su constitución y validez.

Así, se estudia la causa y la prohibición del pacto comisorio, como elementos que podrían resultar invalidantes del negocio fiduciario. La relevancia de estos institutos viene determinada, también, por la crítica que respecto de los mismos se hace por parte de la doctrina.

Con todo, si existe causa en los negocios fiduciarios y se da la prohibición del pacto comisorio, son afirmaciones que determinarán la validez y licitud del negocio.

Por último es necesario realizar el estudio de la confianza, como elemento distintivo de los negocios fiduciarios. No se estudia la forma y el objeto de forma directa en este capítulo, por desprenderse del estudio general del trabajo.

I. LA CAUSA EN LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

A. Planteamiento de la cuestión

1. Introducción

La regulación del sistema contractual en el ordenamiento jurídico español es causalista. El Código civil –norma rectora de las obligaciones y los contratos– establece como requisito para la validez del contrato la existencia de la causa, por lo que en nuestro sistema no tienen cabida los contratos que carezcan de ella o con abstracción de ésta.

En derecho comparado, sin embargo, y más concretamente en aquellos países que han promulgado nuevos códigos civiles, se ha prescindido del requisito causal. En el Código civil holandés de 1992, así como en normativa europea reciente relativa a contratación, se ha omitido la causa de forma deliberada, siendo ésta la tendencia en los países con tradición causal¹³⁶.

La actual regulación española sobre la causa hace que tengamos un sistema contractual encorsetado, limitado por la exigencia de causa. La doctrina patria apuesta por una regulación legal nueva en la que tengan cabida los negocios abstractos o sin causa; y entiendo que una de las formas para forzar una reforma legislativa consiste en que la doctrina se afiance en una postura restrictiva, sin admitir interpretaciones de la norma que la harían pervivir. Sin embargo la jurisprudencia la interpreta de una forma más laxa y da cabida a los negocios fiduciarios, justificando la validez de su causa.

¹³⁶ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 15.

En la actualidad, la importancia de la determinación de la causa en cualquier tipo contractual es vital, puesto que con el marco legal vigente es ineludible, y en los negocios fiduciarios se podría decir que es doble:

- a) Por un lado, porque la propia norma prevé que cualquier tipo contractual requiere de la existencia de causa; y teniendo en cuenta la complejidad de los negocios fiduciarios es difícil su determinación apriorística.
- b) Por otro lado, porque gran parte de la doctrina ataca la validez y vigencia de los negocios fiduciarios alegando que carecen de causa.

El estudio de la causa en los negocios fiduciarios es una tarea compleja e importante. Porque para determinar cuál es la causa primero se tratará el concepto de causa y su regulación en el Código civil. Además, con consideración a la especial naturaleza jurídica –en concreto por ser negocios atípicos–, el estudio de la causa en los negocios fiduciarios no está determinada por la norma y su concreción depende de cada negocio.

El concepto de causa, la exigencia de ésta y su alcance han tenido una gran relevancia a lo largo de la historia, ya que la causa ha sido utilizada como limitadora del sistema jurídico contractual. Así, en función de la virtualidad e importancia que se le dé a la exigencia de la causa y a su concepto en el sistema contractual, se estará ante ordenamientos jurídicos más paternalistas o más liberales.

La causa se ha configurado en algunos sistemas jurídicos como el límite natural de la autonomía privada. Por tanto, en los sistemas en los que la exigencia causal es necesaria para la validez del contrato existen causas tasadas y perfectamente tipificadas, que limitan la contratación a un catálogo cerrado de contratos. Pero la evolución de la sociedad y de las necesidades contractuales hace que proliferen los contratos atípicos, con la complejidad que entrañan estas formas respecto de la determinación de la causa.

2. La influencia de la causa en el sistema contractual

En concreto, el ordenamiento jurídico español condiciona la validez de los contratos a la existencia de una causa válida. En los contratos típicos, la causa viene determinada por la ley, a diferencia de los contratos atípicos, en los que la causa no opera *ipso iure*. En los contratos atípicos, en cambio, la determinación de la causa es dificultosa: éste es uno de los problemas principales para determinar la causa en los negocios fiduciarios.

La doctrina viene castigando esta forma contractual y denunciando los negocios fiduciarios por estar huérfanos de causa: su falta determina –aduce la doctrina– que estemos ante contratos abstractos –estando prohibidos en nuestro sistema jurídico–, y por tanto se trataría de negocios que adolecen de simulación relativa o absoluta. Si bien hubo una época en la que la doctrina defendía la existencia de causa en esta forma negocial, los autores han ido cambiando de tesis y en la actualidad, la mayoría, conciben los negocios fiduciarios como negocios simulados relativamente, pero sin unidad de criterio. Tanto es así que DURAN RIVACOBÁ considera estéril el estudio de la doctrina respecto a los negocios fiduciarios, decantándose por el estudio jurisprudencial de la institución¹³⁷.

Contrariamente a lo aducido por gran parte de la doctrina, la jurisprudencia entiende completamente válidos los negocios fiduciarios, siempre que contengan una causa lícita. Así, los tribunales estudian los supuestos de hecho y a través de la prueba se determina la causa, existencia y licitud del negocio.

La mayoría de la doctrina española niega la validez y licitud de los negocios fiduciarios, alegando por un lado la falta de causa y, por otro, que llevan implícito el

¹³⁷ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *op. cit.*, pg. 138. En esta obra DURÁN RIVACOBÁ, explica cómo diversos autores modifican su tesis respecto de los negocios fiduciarios y así: ALBALADEJO GARCÍA afirma que “El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente”, rectificando su obra “negocio jurídico”. En el mismo sentido JORDANO BAREA, “Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria”, variando su primera opinión que plasmó en “El negocio fiduciario”. Insistiendo que el que primero expuso el problema de la falta de causa fue DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio jurídico”.

pacto comisorio¹³⁸ –éste únicamente operaría en la fiducia *cum creditore* y no en la fiducia *cum amico*–. Por tanto, la causa es el requisito más importante a estudiar para la determinación de la licitud y validez de los negocios fiduciarios.

El estudio de la causa se justifica porque a pesar de considerar la doctrina la carencia de este requisito, la jurisprudencia afirma la existencia de causa en los negocios fiduciarios.

DÍEZ PICAZO¹³⁹ concibe la simulación como un problema causal. Partiendo de esta base el profesor DÍEZ PICAZO entiende que el negocio fiduciario es un negocio simulado, porque carece de causa.

La causa, en los negocios fiduciarios, lejos de ser un tema baladí, encierra toda una serie de cuestiones y connotaciones de índole político-económico. De ahí su importancia y, en muchas ocasiones, la falta de claridad en su regulación. La norma es ambigua, e incluso contradictoria. Los argumentos de los juristas que tratan el tema son complejos y poco clarificadores, ya que con intención de hacer valer su postura, reinterpretan la norma induciendo a confusión, sin existir criterios unitarios respecto a la configuración, concepto y alcance de la causa. RAMS ALBESA¹⁴⁰ llega a calificar el estudio de la causa por parte de nuestra doctrina como carente de sencillez y claridad, moteándolo de obscuro; si bien justifica este obscurantismo en los intereses que existen detrás de la determinación de la causa de los contratos.

En términos similares, el profesor DE CASTRO considera que la dificultad conceptual y de estudio, que gira en torno a la causa, es debida a que el grado de exigencia causal en la contratación está íntimamente relacionado con el sistema

¹³⁸ Cfr. DURAN RIVACOBA, *op. cit.*, pg. 137. Los tribunales actúan respecto a los negocios fiduciarios de forma permisiva, difuminando la prohibición del pacto comisorio, con el grave riesgo de vaciar de contenido dicha prohibición.

¹³⁹ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pág. 256.

¹⁴⁰ Cfr. RAMS ALBESA, “Artículo 1261”, en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XVII, vol. I^º B, Edersa, 1993, pgs. 1-47.

socio económico que lo determina. Continúa afirmando que al respecto existen dos corrientes:

Una primera, que propugna imponer el cumplimiento de cualquier promesa sin que se tenga que valorar el origen y contenido de la misma: es decir, haciendo una abstracción de la causa. Se encuentran en este grupo, según el profesor DE CASTRO, “cultivadores de una teología moral formalista, individualistas liberales, representantes del neomercantilismo, juristas proclives al formalismo y la abstracción, y en general los partidarios de la lucha libre social.”

Una segunda corriente, interpretada por aquellos que propugnan un sistema jurídico más paternalista y protector, considera que debe existir un fuerte control sobre las promesas, para no estimar obligatorias las que no merezcan el apoyo jurídico a consecuencia de su contenido. En este grupo se encuentran: “aquellos que tiene una concepción realista de la moral, los paternalistas, los socialistas, los amigos de la moralización y el derecho y todos los que piensan que no hay por qué imponer el cumplimiento de las promesas irracionales, inmorales, contra los intereses generales o que son repudiadas por el buen sentido¹⁴¹.”

Dependiendo de la delimitación del concepto y la tipificación en el ordenamiento jurídico del concepto de causa en los negocios jurídicos tendrán cabida los negocios abstractos. De ahí la importancia de la causa, ya que están en juego, *a priori*, la validez y efectividad de todo un conglomerado de negocios jurídicos. Además, dependerá también del concepto de causa la determinación de los tipos de negocios jurídicos y su clasificación. Consecuentemente, el concepto de causa influirá hasta tal punto en los negocios fiduciarios que podrán determinar su validez y existencia.

Por último, se deberá determinar si la causa lo es en relación a los contratos o en relación a las obligaciones, ya que la inexistencia de causa en el contrato no implica la inexistencia de causa en las obligaciones que determine el contrato. Esta

¹⁴¹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pgs. 164 y 165.

apreciación puede significar que sea tan relevante la falta de causa en los contratos. Gran parte de la doctrina defiende la compatibilidad de inexistencia de causa en el contrato con la existencia de causa en las obligaciones, entendiendo lícito y válido el negocio jurídico configurado de esta forma.

RAMS ALBESA¹⁴² considera que la exigencia de la causa de la obligación que se establece en el contrato no puede ser un requisito para la existencia y validez de éste. Este autor basa su postura en el derecho comparado alemán, suizo o argentino. Incluso dentro de nuestro sistema contractual existe contradicción entre el tercer requisito del artículo 1261 del Código civil y el título –“De la causa de los contratos”– y el contenido de la sección segunda de este mismo capítulo; no quedando claro, por tanto, si la necesidad del requisito de la causa se predica del contrato o de la obligación.

3. La causa en el ordenamiento jurídico español

La doctrina, con base en la regulación contractual recogida en nuestro Código civil, configura la causa como elemento necesario para la existencia del contrato. Partiendo de esta premisa legal cualquier contrato carente de causa deviene nulo. Esta conclusión choca con nuestro sistema político-económico, ya que nuestro Estado, lejos de ser proteccionista, ampara y propicia políticas liberales. Además, es contradictorio con el derecho comunitario, que en la regulación de figuras contractuales prescinde de la causa como requisito esencial. Con todo, la exigencia del requisito causal actúa directamente como cláusula limitadora de la libertad de pactos del artículo 1255 del Código civil, con el inherente estancamiento que puede producir en el tráfico jurídico.

¹⁴² Cfr. RAMS ALBESA, *op. y loc. cit.*, pg. 31.

En los contratos atípicos, fruto de la libertad de pactos, la regulación de la causa es todavía más compleja. Así se entiende que, frente a la causa típica de los contratos regulados legamente, la causa está recogida en la norma; en los contratos atípicos, la causa no aparece en la norma. Con base en el artículo 1274 del Código civil que expresa qué ha de entenderse por causa para cada contrato, es difícil encajar aquí la llamada causa mixta de los contratos atípicos. La unidad de causa del contrato es vital, ya que si existen varias causas es porque existen varios contratos.

Con todo, la causa puede ser compleja, pero ha de ser única. Así, partiendo de que el contrato atípico exige como cualquier otro el requisito esencial de la causa, todas las prestaciones pactadas deben cooperar con la misma intensidad al resultado querido por las partes, y este resultado querido es el fin unitario que caracteriza el contrato¹⁴³. De este modo, a pesar de la existencia de pluralidad de prestaciones, fines conexos o coherentes, todos ellos deben llevar a una misma finalidad.

Algo similar viene a concluir la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la causa de los negocios fiduciarios, reflejada en la sentencia de este Tribunal de 6 de febrero de 2013¹⁴⁴, al entender que “será menester, para llegar a causalizar una finalidad concreta, que el propósito de que se trata venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de la voluntad en concepto de móvil impulsivo, según tiene declarada la Sala en sentencias de fecha de 16 de febrero de 1935, 20 de junio de 1955, 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 27 de febrero de 1964, 2 de octubre de 1973, 2 de diciembre de 1981”. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1966¹⁴⁵, concluyó que no se puede confundir la causa con el fin individual, entendido como el interés o motivos particulares de cada contratante. Así, para que sea causa suficiente será necesario que las finalidades determinantes, conocidas por ambos

¹⁴³ Cfr. SANTOS BRIZ, y otros, *Tratado de Derecho civil*, t. IV, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2003, pg. 14.

¹⁴⁴ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013.

¹⁴⁵ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1966.

intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto determinante del pacto concertado, operando como causa impulsiva.

Lo que la jurisprudencia arriba transcrita concluye, según mi entender, es que no se puede confundir la causa con el fin individual. Para llegar a causalizar una finalidad concreta, ésta debe ser perseguida por ambas partes y su importancia debe ser tal, que sea la base de la declaración de la voluntad contractual.

Nuestro Código civil, a través de los artículos 1274, siguientes y concordantes, hace referencia a un concepto de causa de la prestación o del contrato. Pero la causa podría derivar de la realización de varios contratos, actos o procedimientos que tuvieran una sola finalidad –como sucede en los negocios fiduciarios– cuya estructura negocial no es tan básica como la de los contratos típicos. En atención a lo cual, el tribunal deberá deducir que todos ellos tienen una finalidad fiduciaria, aunque individualmente tengan una causa distinta. En los negocios atípicos, la causa del contrato no está tipificada normativamente, sino que vendrá determinada por la obligación que genera el contrato atípico. Éste es el supuesto de los negocios fiduciarios, que siendo contratos atípicos, su causa será determinada en función de si la finalidad contractual es fiduciaria. Esta es la tesis que la jurisprudencia reitera en todas las sentencias.

Sin embargo, y como he apuntado con anterioridad, la doctrina, con base en la legislación vigente, entiende que si el negocio fiduciario se instrumenta a través de un contrato típico, pero la causa no es la de este contrato sino la del negocio fiduciario, el contrato debe ser calificado de simulado de forma absoluta o relativa –dependiendo del alcance de la simulación–: esto es, si esconde una causa verdadera y lícita o no. Esta es la tesis que fue expuesta por DE CASTRO¹⁴⁶ y que ha sido acogida por la doctrina de forma casi unánime.

¹⁴⁶ Cfr. De Castro y Bravo, *El negocio fiduciario...*, pg. 9 y ss.

Con todo, y volviendo a los criterios jurisprudenciales, se deberá estar al supuesto concreto, valorar la causa y determinar su existencia y licitud, adelantando ya una de las conclusiones más importantes de este estudio, y es que los negocios fiduciarios son casuísticos, por lo que se deberá estar al supuesto concreto para delimitar y determinar su causa. La jurisprudencia sigue este criterio: el negocio fiduciario tiene una causa cierta y su validez la hace depender exclusivamente de que ésta sea lícita. Tal y como establece la segunda parte del artículo 1275 del Código civil, se reputa ilícita cuando es contraria a las leyes o a la moral.

Es cierto que la falta de un mecanismo abstracto de transmisión del dominio obliga a recurrir, simuladamente, a algunos de los contratos típicos (v.gr.: compraventa) que justifican una transmisión dominical. Es lo que suele suceder en los negocios fiduciarios: se recurre a la compraventa para la transmisión dominical, y, la causa verdadera, queda oculta a terceros ajenos al negocio; siendo ésta, la denominada *causa fiduciae*.

4. La causa en el negocio fiduciario: teoría de la titularidad fiduciaria

Superada la doctrina del doble efecto que contravenía el artículo 1274 del Código civil, la jurisprudencia reciente concibe al negocio fiduciario como "negocio de naturaleza compleja, producto de dos contratos independientes, real el uno con transmisión plena del dominio, eficaz frente a todos, obligacional el otro, válido entre las partes, por el que el adquirente había de actuar sujeto a lo convenido de forma que no impidiera el rescate de los bienes por el transmitente"¹⁴⁷. Esa doctrina que el Tribunal Supremo aplicó en muy pocos casos –como en la sentencia de 18 de febrero de 1965, con los enérgicos efectos que de ella lógicamente derivan– ha evolucionado en un sentido que viene a descartar aquella concepción de la fiducia

¹⁴⁷ Vid. por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981.

que, en sistemas como el de nuestro ordenamiento jurídico, resulta de difícil adecuación dada la relevancia de la causa en los contratos.

GALICIA AIZPURUA¹⁴⁸ realiza un estudio respecto de la causa de los negocios fiduciarios basándose en la teoría del profesor DE CASTRO, quien considera que la cuestión de la causa y el negocio fiduciario se presenta de modo diferente según se entienda como el resultado de dos negocios distintos –como es el caso de la teoría del doble efecto–, ya que en este supuesto, la causa del negocio transmisivo y la causa del obligacional son diferentes, siendo esto únicamente posible para los sistemas en que caben los negocios abstractos, o como el resultado de un negocio unitario –con una única causa propia y adecuada– que es compatible con un sistema causalista.

La evolución jurisprudencial, finalmente, ha llevado a considerar el negocio fiduciario unitariamente con una propia y peculiar causa: la llamada *causa fiduciae*. Se dice entonces que, si conforme al artículo 1274 del Código civil, la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa en los contratos onerosos, este servicio consistirá –en el negocio fiduciario– en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho conforme a las instrucciones del fiduciante, y de restituirlos de acuerdo con estas instrucciones. Se identifica la *causa fiduciae* con la finalidad de mandato o garantía.

El negocio fiduciario despliega su eficacia en una doble vertiente¹⁴⁹:

- a) De una parte, en el ámbito de las relaciones fiduciante-fiduciario, obligando al segundo a hacer uso de su posición de derecho en los límites que corresponden al verdadero fin del acto, utilizando la titularidad adquirida de modo que no contradiga los términos del *pactum fiduciae*.

¹⁴⁸ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 182 y ss.

¹⁴⁹ En el sentido de lo expuesto se pronunciaba la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de julio de 2010.

- b) De otra parte, frente a terceros, la titularidad formal del fiduciario se presenta plena, siendo por ello eficaces los actos dispositivos que realice el fiduciario como titularidad dominical en favor de tercero de buena fe por título oneroso, en virtud de la responsabilidad del fiduciante al haber creado tal situación.

Dada la relevancia de la causa en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha llegado a entender que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal, o una titularidad que se califica de fiduciaria o de dominio impropio, como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material. El fiduciante conserva la titularidad real y material de los bienes, y el fiduciario la titularidad formal que queda en estricta dependencia de los pactos que la originan y con el alcance de ellos derivados¹⁵⁰.

Respecto a la *causa fiduciae*, entiende GALICIA AIZPURUA¹⁵¹—siguiendo al profesor DE CASTRO— que la *causa fiduciae*, por completo atípica, vendría a colmar el requisito del artículo 1274 del Código civil, pues si conforme a él la simple promesa de una cosa o un servicio puede valer como causa en los contratos onerosos, es posible concebir como tal el juego de una prestación o atribución patrimonial frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la *res* fiduciaria conforme a lo pactado y de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa o derecho recibidos. Existen, por tanto, dos prestaciones —entrega y obligación de transmitir—, cada una de las cuales actúa como causa de la otra, de suerte que el negocio fiduciario quedaría encuadrado en el primer inciso del artículo 1274 Código civil: “Se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”.

DE CASTRO considera que con la interpretación de los negocios fiduciarios a través de la *causa fiduciae* no se respeta la reciprocidad de las prestaciones, siendo

¹⁵⁰ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004.

¹⁵¹ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 182 y ss.

tan desproporcionada que es ilegal¹⁵². Ya que la compraventa que se realiza en realidad es un contrato simulado; porque lo que las partes quieren y pactan, es un contrato de garantía, administración o representación, siendo, en consecuencia, la causa verdadera del contrato ofrecer una seguridad de cobro del préstamo, administración de un determinado bien o la representación y éstas son las causas de la fiducia *cum creditore* y *cum amico* respectivamente.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN se pronuncian en iguales términos y siguiendo a DE CASTRO, no conciben que con base en el art. 1274 tenga cabida la *causa fiduciae*, ya que existe falta de reciprocidad en las prestaciones entre fiduciante y fiduciario¹⁵³.

La crítica que realiza la doctrina a la causa de los negocios fiduciarios *cum creditore*, radica en la falta de reciprocidad en las prestaciones entre fiduciante y fiduciario, partiendo de la desproporción de la transmisión dominical como garantía del pago de un crédito. Frente a esto se levanta la jurisprudencia matizando que la transmisión de la propiedad que opera en los negocios fiduciarios es una transmisión de la propiedad formal, reservándose el fiduciante la propiedad material del bien.

La jurisprudencia y una parte minoritaria de la doctrina conciben la causa de los negocios fiduciarios, a través de la denominada teoría de la *causa fiduciae*, con base en el artículo 1275 del Código civil, ya que este artículo exige como único requisito que la finalidad pactada no sea contrario a la ley, la moral y el orden

¹⁵² Cfr. GALICIA AIZPURUA, recoge la reflexión de DE CASTRO Y BRAVO que refiriéndose a la *causa fiduciae* y en relación a la falta de reciprocidad de las prestaciones, concluye: “frente a tales ingeniosas afirmaciones, denuncia la total ausencia de reciprocidad en las prestaciones concurrentes en la venta en garantía. El fiduciario recibe la propiedad, recibe también la garantía y en contraprestación nada ha dado, de nada se ha desprendido; el fiduciante pierde la propiedad, se desprende de ella para garantizar a otro y nada ha recibido, ni por lo uno ni por lo otro”.

¹⁵³ Reflexión recogida por DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS en el *Sistema de Derecho civil II*, pg. 68.: “DE CASTRO entiende que la *causa fiduciae* no encaja en el artículo 1274Cc. Puede darse por admitido que no se trata de una causa gratuita; es inconcebible que el fiduciante proceda como bienhechor haciendo una mera liberalidad en favor del fiduciario. Pero si es un contrato con causa onerosa, ¿Dónde se encuentra la reciprocidad propia de los mismos? Las obligaciones que asume el fiduciario-sostiene DE CASTRO- no cabe valorarlas como contraprestación de la entrega que realiza el fiduciante. No ha recibido nada por lo que ha dado.”

público, entendiéndose que la causa del negocio fiduciario (*causa fiduciae*) se encuentra en el contrato obligatorio (*pactum fiduciae*)¹⁵⁴.

GALICIA AIZPURUA considera que la *causa fiduciae* es compatible con las exigencias de los artículos 1261, 1274, siguientes y concordantes del Código civil. Sin embargo, considera que el problema verdadero lo tenemos en la transmisión de la propiedad que debe realizarse a través de uno de los contratos típicos reconocidos por el ordenamiento jurídico, como la compraventa, donación, etc. Aparece aquí la simulación contractual, que estudio en otro apartado¹⁵⁵.

Por otro lado, gran parte de la doctrina entiende que carece de sentido que en nuestro ordenamiento jurídico siga existiendo el requisito de causa. GALICIA AIZPURUA¹⁵⁶ considera que mientras no exista una reforma legislativa, el negocio fiduciario –por carecer de causa– va contra ley.

Al margen de la existencia de las diversas teorías interpretativas, en la práctica la exigencia de la causa debe tenerse en cuenta ya que nuestro sistema jurídico la exige y la regula en el Código civil.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 179. Este autor concibe la *causa fiduciae*, “una especial causa *credendi*, que, mediante una prestación de una parte, otorga a ésta un derecho personal a exigir al adquirente un determinado uso y una equivalencia o prestación con él convenidas y que consiste esencialmente en la consideración de un fin, unida a la confianza en que será cumplido lealmente.”

¹⁵⁵ Vid. *infra*, capítulo cuarto, II.

¹⁵⁶ GALICIA AIZPURUA considera al analizar el actual sistema contractual que el requisito de la causa previsto en el art. 1261 Cc. en orden a la validez de los contratos es, tal como lo concibe hoy la doctrina y la jurisprudencia, un elemento fútil y superfluo, del que bien podría prescindirse en una hipotética reforma legislativa. Entendiendo en ese mismo sentido que la causa ha sido desterrada de los últimos códigos civiles promulgados (Holanda 1992), de otro, ha sido deliberadamente preterido por los textos dirigidos a la creación de un Derecho común de contratos en Europa, *Principles of European Contract Law* y por el *Draft Common Frame of Reference*). Sin embargo atendiendo a la Ley vigente, éste autor se refiere a los negocios fiduciarios y en concreto la fiducia *cum creditore* como “atípica y polémica figura) y que la concibe como “un negocio que vulnera de largo el límite imperativo regulado en los artículos 1261.3 y 1274 Cc., es decir, vulnera el límite causal tal y como aquí es concebido; y que frente al parecer prácticamente unánime de la doctrina y la jurisprudencia españolas, es, precisamente por ello –por hallarse ayuna de causa la obligación que mediante él se establece–, un negocio inválido.”

¹⁵⁷ La causa viene fijada en nuestro sistema jurídico por los artículos 1261.3 del Código civil: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1º.- Consentimiento de los contratantes.

De todo lo expuesto hasta aquí, se aprecia claramente que existe una discrepancia entre la doctrina y la jurisprudencia respecto a la existencia y validez de los negocios fiduciarios en el ordenamiento jurídico español, todo ello bajo el prisma del requisito de la causa. La doctrina niega la existencia de la causa mientras la jurisprudencia afirma su existencia a través de la *causa fiduciae*. En este contexto, se tratará de analizar la institución de la causa en el negocio fiduciario.

B. Antecedentes y evolución histórica de la causa

Es importante para el estudio de cualquier institución jurídica conocer los antecedentes históricos y su evolución. En el estudio de la causa es vital, ya que existe un trasfondo político-económico que ha hecho que se mantenga hasta nuestros días el requisito causal.

Para poder estudiar la evolución de la causa en nuestro ordenamiento jurídico se debe estar a los antecedentes de derecho comparado que sirvieron de modelo para el nuestro. La doctrina francesa que propició el *Code* también inspiró el Código civil español. RAMS ALBESA¹⁵⁸ tras el estudio de los autores galos de la época

2º.- Objeto cierto que sea materia del contrato.

3º.- Causa de la obligación que se establezca.”

En el art. 1274Cc “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera y en los de pura beneficencias la mera liberalidad de bienhechor”.

Por último es de vital importancia destacar que en el artículo 1275 del Código civil se establece que los contratos sin causa, no producen efecto alguno. El artículo 1276 del Código civil es, como ya explicaremos a lo largo de este trabajo, la base para validar la simulación relativa.

¹⁵⁸ Cfr. RAMS ALBESA, *op. y loc. cit.*, pg. 41 y ss., considera que PORTALIS Y BIGOT DE PREAMENEU que se inspiraron en POTHIER, vuelven a posiciones que ya eran de DOMAT, confundiendo el requisito de causa para el contrato con el requisito de causa para las obligaciones. Si bien el esquema que defendían dichos autores no se llega a incorporar al *Code*, ya que el texto únicamente en su art. 1108 se limita a exigir para la validez de los contratos la presencia de una causa lícita en la obligación, y a establecer la nulidad absoluta de la obligación sin causa o de la construida sobre una causa falsa o ilícita (art. 1131); a reconocer la validez del contrato que no contenga expresión de la misma, siempre que la

anterior al *Code* afirma que confunden el requisito de la causa del contrato con el requisito de la causa de las obligaciones. A pesar de ello, esa tesis no fue la que finalmente se incorporó al *Code* francés.

Para la validez del contrato, el *Code* solo exige el consentimiento según su artículo 1108. Sin embargo, en el Código civil español se da un paso más, en una dirección equivocada –según RAMS ALBESA–, ya que el artículo 1274 del Código civil normativiza un planteamiento de DOMAT, que era un ejemplo de la diferencia entre contratos onerosos y gratuitos; y, sin embargo, en nuestra codificación, de forma equivocada, el artículo 1274 del Código civil establece como requisito para la validez de la obligación, el elemento causal y su licitud, entendiendo este autor que es un error de concepción.

LACRUZ¹⁵⁹ considera que la exigencia de causa no nace de la doctrina francesa del siglo XVII –como muchos autores tratan de explicar–, ya que, según este autor, lo que DOMAT concluye es que la existencia de la causa es un requisito esencial de la obligación, y concluye que no hay obligación sin causa. Lógicamente nadie se obligaría si no hay una razón para hacerlo, argumentando que si DOMAT en algún momento habla de la exigencia de la causa siempre es para la obligación y no para el contrato. LACRUZ resume la tesis de POTHIER del siguiente modo: “al enumerar los requisitos del contrato, no exige la causa, como dando por supuesto que se halla implícita en la operación.” De este modo el Código civil francés exige como elemento esencial del contrato una causa lícita de la obligación.

RODRÍGUEZ ROSADO¹⁶⁰ insiste en que DOMAT únicamente exigía el requisito de la causa de la obligación en el contrato –ánimo liberal o contraprestación–, pero no el requisito de la causa en el contrato en sí mismo.

tenga (art. 1132) y, por último, a fijar el ámbito de aquello que provoca la ilicitud de la causa (art. 1133).

¹⁵⁹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 415.

¹⁶⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, *op. cit.*, pg.76.

DÍEZ PICAZO¹⁶¹ considera que la causa se ha recogido en el Código civil a través de la tipificación de las tesis de los autores clásicos franceses, pero sin definir las en el propio Código, con los problemas de interpretación que esto ha generado. DÍEZ PICAZO concluye que, en materia onerosa, la idea de causa se emplea en el sentido de causa final –que respondería a la pregunta de ¿para qué?–; en cambio, tratándose de actos gratuitos, el requisito causal se concibe como causa eficiente: el ánimo liberal.

Para DÍEZ PICAZO, al igual que para gran parte de la doctrina, la causa ha llegado a la codificación española sin el sentido que verdaderamente quisieron darle los codificadores franceses, y es por ello que está lleno de contradicciones, incongruencias y ambigüedades conceptuales. Incluso, llega a insinuar que los antecedentes históricos de la codificación de la época napoleónica han sido adaptados para concebir un sistema contractual causalista.

LACRUZ¹⁶² considera que los canonistas prepararon el terreno para la exigencia de la causa en los términos actuales. Éstos contemplaban el contrato como un acto humano inserto en un sistema ético, y concebían que el contrato únicamente podía tener poder vinculante si cumplía las condiciones de veracidad y moralidad. Con la exigencia del requisito de una causa tipificada se conseguía un control absoluto sobre la contratación, garantizando, de este modo, la inexistencia de contratos que pudieran atentar contra los valores establecidos en el catálogo de causas tasadas y que habían sido inspirados en sus principios éticos-morales.

Es por tanto la interpretación de los canonistas la que ha arraigado hasta nuestros días, y que llegó a cristalizar en nuestro Código civil con los artículos 1261 y 1274 Código civil, limitadores de la autonomía de la voluntad y por ende de la contratación en general.

¹⁶¹ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de derecho civil patrimonial...*, pg. 257 a 266.

¹⁶² Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 415 y ss.

Del estudio de la evolución histórica nos lleva entender que no existe un precedente claro que establezca el requisito causal para la formación del contrato. Y del estudio realizado por la doctrina se concluye que ni en el derecho romano ni en la codificación napoleónica se establecía el requisito de la causa para la formación del contrato como se concibe en nuestro Código civil.

HERNÁNDEZ GIL¹⁶³ considera que con un sistema causal se consigue que no se produzcan enriquecimientos o empobrecimientos inmotivados, logrando de esta forma un equilibrio en las prestaciones.

La doctrina científica más relevante concluye que la causa es el límite a la autonomía de la voluntad privada; es la limitación a la libertad contractual y de pactos. Por tanto, en función del concepto de causa que se fije, la limitación será más rigurosa o más flexible. Debemos recordar que la causa no es definida por el Código civil. La doctrina científica y la doctrina jurisprudencial se han encargado – con base en los parámetros de la norma– de definir la causa de los contratos.

El fin último en el siglo XIX fue conseguir un sistema contractual cerrado, inspirado por los valores del momento. Actualmente este sistema es caduco y anacrónico. La exigencia de causa, como requisito para la validez del sistema contractual, configura un ordenamiento jurídico proteccionista y encorsetado. Por lo cual, con esta concepción se limita la creación de nuevas figuras contractuales a través de los contratos atípicos.

La causa, tal como la concibe nuestro Código civil y la interpreta nuestra doctrina, paralizaría el tráfico jurídico y bloquearía el mercado económico. Sin embargo, la jurisprudencia, con una interpretación más flexible del requisito causal, se limita a conceptuar la licitud de la causa, dando validez al negocio fiduciario que no vaya contra ley.

¹⁶³ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid, 1983, pg. 262.

C. Concepto de causa

1. Planteamiento de la cuestión

La causa no está definida en el ordenamiento jurídico español. El Código civil regula la causa de forma expresa, aunque con ambigüedades y contradicciones, pero no la define. Por tanto, el concepto parte de la doctrina y la jurisprudencia.

En este apartado voy a abordar el concepto de la causa de los negocios jurídicos y, de ahí, aplicarlo al negocio fiduciario. Como todo lo que gira en torno a la causa es verdaderamente complejo, incluso el profesor DÍEZ PICAZO –al que siempre recorro para aclarar conceptos o situar estados de la cuestión en mi vida profesional, y al que siempre he tenido por resolutivo, pragmático y sintético; en el concepto de la causa no lo es– basa la explicación en diferenciaciones. Primero, respecto de los diferentes usos que se pueden dar de la expresión causa –con referencia a extinción del usufructo, rescisión, etc. Continúa afirmando que la causa puede ser el fundamento de un negocio jurídico; es decir, la razón que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y la protección del ordenamiento. DÍEZ PICAZO da pinceladas acerca del concepto de causa, sin definirlo de forma concreta. Del mismo modo, con la finalidad de invalidar como causa la voluntad de las partes, concluye que es necesario que la voluntad se dirija a realizar una finalidad que el derecho objetivo considera merecedora de tutela. Con esta afirmación se busca hacer patente que existe una diferencia entre la causa y la voluntad de las partes.

2. Concepto doctrinal de causa

a. La causa de los contratos típicos

LASARTE ÁLVAREZ¹⁶⁴ interpreta que la causa del contrato se identifica objetivamente con la función socioeconómica que desempeña el tipo contractual. Como ejemplos: intercambio de cosa por precio en la compraventa, intercambio de cosa por cosa en la permuta, cesión temporal de vivienda a cambio de renta en el arrendamiento, etc.

DÍEZ PICAZO¹⁶⁵ entiende que para poder conceptualizar la causa ha de distinguirse previamente entre: entre causa de atribución, causa de la obligación y causa del negocio.

¹⁶⁴ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil III, Contratos*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, pg. 33.

¹⁶⁵ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 275 a 277. Así define como causa de atribución: “como aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributario para recibir el desplazamiento patrimonial. Siendo la causa de la atribución el negocio jurídico válidamente celebrado. La atribución es abstracta cuando queda desligada del negocio jurídico originador. Lo abstracto no es tanto el negocio como la atribución. En las atribuciones no abstractas la invalidez del negocio ocasiona la invalidez de la atribución. Alega que un sistema así hace inseguro el tráfico jurídico. En un sistema de atribución abstracta el desplazamiento patrimonial es eficaz, cualesquiera que sean los vicios de los negocios subyacentes. Indica también que cuando una atribución patrimonial carece de una válida causa estamos ante un enriquecimiento injusto.”

Entiende que la causa de la obligación y la causa del contrato son absolutamente diferentes, explicando la confusión que al exponer la doctrina tradicional de DOMAT y POTHIER se realizó, ya que la causa solamente se refería a la obligación y no al contrato. A pesar de ello, explica que según GIORGI, la causa de la obligación contesta a la pregunta por qué se debe, mientras que la causa del contrato contesta a por qué se celebró el contrato. Concluyendo que la causa de la obligación son los contratos, los cuasi contratos, los delitos, las disposiciones legales, etc. Siendo por tanto la fuente de la obligación, el fundamento jurídico de la existencia de una deuda o de una prestación. Concluyendo que es la fuente de la obligación.

Y por último para determinar la causa del negocio, según DÍEZ PICAZO, se distingue entre la causa eficiente, que responde a por qué se realiza un negocio. Y la causa determinante del negocio que responde a cuál es la causa de que reciba amparo por el ordenamiento jurídico. Un negocio jurídico es protegido porque es el cauce compatible con el ordenamiento jurídico para alcanzar una serie de finalidades. Aunque esto último no sería causa del negocio sino función del negocio. Y la función debe estar separada de la causa por ser cosas diferentes, añadiendo que desde la función del negocio se

Siendo, según el profesor, la pregunta por la causa válida: ¿cuál es la causa eficiente o determinante de que un negocio se realice? ¿Por qué se realiza el negocio?

DÍEZ PICAZO define la causa como el resultado que las partes quieren conseguir o el propósito práctico buscado, por medio del contrato, sin perjuicio de que la causa actúe también como el criterio que sirve para valorar o medir ese propósito práctico, y determinar, de acuerdo con él, el grado de eficacia del contrato celebrado. Entiende también, este autor, que un contrato tendrá causa ilícita cuando el propósito empírico buscado por las partes y el resultado que éstas tratan de obtener no sea compatible con el ordenamiento jurídico positivo.

De lo expuesto por DÍEZ PICAZO, puedo concluir que la causa del negocio fiduciario puede ser lícita y válida, ateniéndonos a los requisitos arriba expresados, de concreción de la causa y licitud; otra cosa bien distinta es que cumpla con los requisitos causales establecidos en el Código civil. La norma es taxativa respecto a la interpretación de la causa, encontrándonos –según la configuración normativa– ante una causa restrictiva y limitadora de la autonomía de la voluntad¹⁶⁶.

En el mismo sentido, entiende RAMS ALBESA¹⁶⁷ que la causa en nuestro derecho responde y opera como mecanismo de control jurídico-social. Los contratos típicos, al estar regulados normativamente, su alcance y límites corresponden a reglas predeterminadas. Sin embargo, los contratos atípicos carecen de un patrón específico y concreto, pues el único límite que se impone a la libertad de pactos es la ley, la moral y el orden público. Pero estos límites son demasiado amplios, y surge entonces la idea de la causa como requisito necesario para la existencia del negocio. Se hace depender la validez de las obligaciones que nacen del contrato, de la

explican problemas del negocio indirecto, del negocio fiduciario y del negocio simulado. En estos supuestos se emplea un negocio para realizar una función que corresponde a un negocio distinto.

¹⁶⁶ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 275 a 277.

¹⁶⁷ RAMS ALBESA, *op. y loc. cit.*, pg. 41 y ss.

existencia de una causa lícita, pudiendo incluso el deudor desligarse de la obligación cuando no exista causa o ésta sea ilícita.

En opinión de RAMS ALBESA, este control sobre los contratos, incluso existiendo una amplia libertad contractual, es excesivo.

También se define la causa como el fundamento jurídico que justifica la producción de las obligaciones que nacen del contrato. El objetivo de la causa es limitar la amplia autonomía de la voluntad que se concede a las partes con base en el artículo 1255 del Código civil.

La diferencia entre la causa del contrato y la causa de la obligación, en palabras de GETE ALONSO, es la siguiente: “mientras causa de la obligación es el fundamento jurídico de la misma, causa del contrato es la función económica que éste se dirige a cumplir.”¹⁶⁸ El tema de la causa de la obligación es abordado en este mismo capítulo de forma exclusiva y con mayor amplitud.¹⁶⁹

b. La causa de los contratos atípicos

Queda claro que la causa de los contratos típicos no genera ningún tipo de problemática. Pero el tráfico jurídico es complejo y no se limita a la utilización de contratos típicos aislados sin interrelación entre ellos, sino que, generalmente, se dan situaciones contractuales complejas, no previstas por la norma y ajenas al catálogo ordenado de negocios típicos. En este sentido DÍEZ PICAZO¹⁷⁰ distingue, desde un punto de vista causal:

¹⁶⁸ Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, *Manual de Derecho civil II*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, pg. 554 y ss.

¹⁶⁹ Vid. *infra*, capítulo segundo, I, D.

¹⁷⁰ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 269 a 275.

a) La idea de causa cuando se presentan dos situaciones negociales coligadas.

b) La idea de causa referida al negocio jurídico en sí mismo considerado.

Insiste que, en ocasiones, entre dos actos jurídicos existe un nexo de causalidad, uno se realiza como consecuencia del otro, empleándose aquí la expresión causa para referirse al acto básico. Como ejemplo, la causa de la letra de cambio, que puede denominarse como un negocio abstracto, respecto del tercer tenedor de la letra frente al librador de la misma, para concluir que en este supuesto “la causa está expresando un determinado nexo entre situaciones negociales diversas.”

En situación similar nos encontramos con la compra de un crédito o el pago de lo indebido, instituciones que carecen de causa. En este punto nos podríamos encontrar también con el negocio fiduciario: la causa expresará situaciones negociales diversas. Es decir, el pacto fiduciario –el acuerdo al que han llegado las partes– no es sino una explicación de situaciones negociales diferentes, pero con una trabazón común o relación de causalidad. Del mismo modo, en el negocio cambiario, la causa de la obligación del tercer tenedor del pagaré no tiene que ver con la obligación de pago del librador y, sin embargo, es completamente válido el negocio. En el negocio fiduciario, la causa de la obligación del “fiduciante-vendedor” tiene relación directa con la causa de la obligación directa del “fiduciario-comprador”.

El concepto de causa puede basarse en la diferenciación entre motivos típicos y atípicos. Así se puede definir la causa como un motivo objetivado, típico del propio acto de que se trate. En todas las compraventas de viviendas para el adquirente el motivo típico o la causa es la adquisición para sí de un inmueble, frente a los motivos atípicos o personales que serían los subjetivos de cada otorgante –compra por boda, como inversión, como segunda residencia, etc...–, y que no son calificados como causa, por la falta de objetividad. A pesar de que, como arriba se ha indicado, existe

jurisprudencia que confunde o identifica la causa del contrato con los motivos individuales siempre que se den ciertos requisitos¹⁷¹.

DÍEZ PICAZO advierte que existen negocios que tienen la causa en otros anteriores –que los denomina negocios ejecutivos– y, en estos, la causa es más compleja de determinar (se tienen que analizar las situaciones antecedentes y valorar su validez y adecuación al ordenamiento jurídico y por tanto su inexistencia conllevaría la ineficacia). En este sentido, los negocios abstractos podrían ser negocios ejecutivos, cuya causa viene determinada por un contrato anterior con el que se encuentra causalmente enlazado, debiendo trasladarse la investigación causal al momento anterior. Estos negocios que determinan la causa de los ejecutivos se denominan negocios iniciales.

En general, como ya se ha indicado, la problemática de la causa gira alrededor del control que el ordenamiento jurídico puede hacer sobre la autonomía privada; sobre todo operará y tiene sentido para los contratos atípicos, ya que ante la falta de regulación legal, se ha buscado un control o un límite a la autonomía de la voluntad.

Por otro lado, la causa en los negocios atípicos opera como límite de la autonomía de la voluntad. Así, y según el concepto de causa utilizado se verá más o menos limitada la libertad de pactos, pero en todo caso, el límite siempre estará en la licitud del contrato.

No es posible aplicar el mismo concepto de causa y el alcance de los contratos típicos a los atípicos. Por este motivo la causa de los negocios fiduciarios es tan compleja de definir.

Se puede concluir que la causa en los negocios fiduciarios será el límite entre la voluntad de las partes y la licitud del negocio. Este concepto tan sencillo es válido para la jurisprudencia, pero no es aceptado por la doctrina. Con todo, para la determinación de la existencia de causa y su validez en los negocios fiduciarios

¹⁷¹ Vid. *infra*, capítulo segundo, I, C, 3, (en concreto las notas a pie de página que recogen la jurisprudencia al respecto).

deberá valorarse cada supuesto de hecho. LASARTE ÁLVAREZ¹⁷² considera que la determinación de la causa en los negocios atípicos debe llevarse a cabo caso por caso.

3. Diferencia entre causa y motivos del negocio jurídico

Del mismo modo, se puede definir la causa en contraposición a los motivos. La causa es el móvil directo y fin inmediato, la razón de ser objetiva e intrínseca del contrato. Así en una compraventa la causa para el comprador es la adquisición de la cosa y para el vendedor la obtención del precio. Sin embargo, los motivos son móviles indirectos, son fines psicológicos e individuales de cada uno y son variables hasta el infinito. Por tanto la causa, en los contratos típicos, es siempre la misma en cada tipo de contrato.

PUIG BRUTAU¹⁷³, al examinar la jurisprudencia relativa al requisito causal, concluye que por un lado existen sentencias que mantienen un concepto estricto u objetivo de la causa, diferenciando los motivos que han inducido a la celebración del contrato –sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1940 que afirma: “la causa en el contrato de compraventa no es la razón primera o determinante de la voluntad o el fin y objeto que se persigue por encima o con independencia de los efectos propios de la convención, sino que lo es, para el vendedor, el precio estipulado y para el comprador, la cosa a cuyo dominio aspira”. Esta doctrina jurisprudencial está recogida por las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1947 y 20 de enero de 1965.

Por otro lado, existen otras sentencias que hacen referencia a aquellos supuestos en los que la causa del contrato se confunde con los móviles que han

¹⁷² Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, pg. 33.

¹⁷³ Cfr. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, t. II, pg. 204.

llevado a su celebración. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1950 declaró: “aun dadas las dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa y del móvil que lleva a su celebración, hay casos que una y otra se comprenden y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro Ordenamiento Jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persigue un fin ilícito e inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad parecida en su conjunto, por lo que en definitiva esa doctrina proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico, cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio...”. Recogen esta doctrina jurisprudencial las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1941, 12 de abril de 1946 y 12 de abril de 1944, entre otras. En este supuesto, se hace referencia no a que no existe causa, sino a que si el móvil es ilícito el contrato deviene ineficaz. En lo que a este apartado interesa, el Tribunal Supremo –ya en los años `40– concebía la posibilidad de elevar el móvil individual a la categoría de causa contractual, para declarar la ineficacia, y por ende para declarar su eficacia si éste es lícito.

De todos los conceptos arriba recogidos, puede concluirse que, en los contratos típicos, la causa viene determinada por la propia norma y se repite como un patrón en cada tipo contractual, quedando las motivaciones individuales de los contratantes al margen de la determinación de la causa. La doctrina mayoritaria entiende que los contratos atípicos deben tener una causa típica, alegando abstracción de la causa en caso contrario o simulación contractual. Si bien la jurisprudencia considera que, en los contratos atípicos, las motivaciones personales pueden llegar a elevarse a la categoría de causa.

D. Causa de la obligación

El estudio de la causa lleva implícita la discusión acerca de si la exigencia de causa se predica del contrato o de la obligación. Esta discrepancia nace en la época

de la codificación francesa, exportándose más tarde a nuestro ordenamiento jurídico y parece ser –como ya se ha expuesto– que el requisito de causa hacía referencia a la causa de la obligación y no del contrato¹⁷⁴. No obstante, en el Código civil español el requisito de la causa se establece de forma confusa, y, dependiendo del precepto, se exige la causa para el contrato o para la obligación.

La causa de la obligación –regulada en el artículo 1261.3 del Código civil– exige como requisito para la existencia del contrato una causa de la obligación que se establezca.

El profesor LACRUZ¹⁷⁵ concibe la obligación como una atribución patrimonial para el acreedor que acrecienta en su patrimonio un derecho a exigir del deudor. Pero este derecho debe estar fundado –según la norma– en una causa.

Con base en la regulación del Código civil –artículo 1261.3 del Código civil– se entiende que el requisito de la causa se exige únicamente para las obligaciones y no para los contratos. Sin embargo, el artículo 1274 del Código civil establece qué se debe entender por causa del contrato, pero no existe ningún precepto que establezca los requisitos de la causa de la obligación. Por tanto, la norma, exige causa de la obligación, pero la norma no establece qué es la causa de la obligación.

GETE-ALONSO¹⁷⁶ entiende que en la regulación de la causa en el Código civil confluyen dos corrientes: la romanista –que exige como requisito la causa de la obligación– y la *ius* naturalista –que atribuye una función económica al contrato–.

Esta autora concluye que la causa de la obligación es típica y constante en cada obligación nacida del contrato y carece de contenido económico, exigiéndose tantas causas de obligación como obligaciones tenga el contrato. Sin embargo, la

¹⁷⁴ Vid. *supra*, capítulo segundo, I, B. A través de los antecedentes históricos que determinan la exigencia causal en los contratos se estudia si el requisito se predicaba del contrato o de la obligación.

¹⁷⁵ Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 421.

¹⁷⁶ Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pg. 554 y ss. Esta autora define la causa como el fundamento jurídico que justifica la producción de las obligaciones que nacen del contrato y cumple el objetivo de limitar la amplia autonomía de la voluntad que se concede a las partes.

causa del contrato se configura como la función que está llamada a cumplir el contrato. La función objetiva es la económica y la función subjetiva es la finalidad. Por tanto, a diferencia de la causa de la obligación, la causa de los contratos no es únicamente objetiva.

Para esta autora, la diferencia entre la causa del contrato y la causa de la obligación es la siguiente: “mientras causa de la obligación es el fundamento jurídico de la misma, causa del contrato es la función económica que éste se dirige a cumplir”.

En el mismo sentido, de típica y objetiva concibe la causa PUIG BRUTAU¹⁷⁷, que afirma que la causa de la obligación hace referencia al origen o fuente de la relación obligatoria. Una obligación siempre tiene por causa el hecho o el acto que la ley ha previsto para dejarla establecida. La causa de la obligación contractual es el contrato, entendiendo que puede hablarse de inexistencia de causa –con base en el artículo 1901 del Código civil– cuando falta toda justificación a un desplazamiento patrimonial.

Asimismo, si se ha creado la apariencia de un contrato para disimular otro contrato diferente, se tratará de una simulación relativa, regulada en el artículo 1276 del Código civil. Para PUIG BRUTAU la causa de la obligación es el propio contrato, pero entendido para los contratos atípicos.

Ha existido, por la doctrina, una discusión histórica respecto a la diferencia entre causa de la obligación y causa del contrato. La discusión se centra en si el requisito de la causa exigido en el Código civil debía referirse al contrato o a la obligación; y si este requisito fue mal entendido y mal exportado del Código francés al español.

¹⁷⁷ Cfr. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, t. II, pg. 200 y ss.

ABRIL CAMPOY¹⁷⁸ estima que la causa no es un requisito de la obligación en sí, sino un elemento del contrato. Definiendo la causa como la finalidad práctica que las partes persiguen con la finalidad del negocio, y la obligación u obligaciones que nacen de ese negocio traen causa del mismo. Cuestión diferente es que las obligaciones sean desproporcionadas entre las partes o que se generen obligaciones ajenas al propio negocio.

El Código civil español regula de forma contradictoria la causa, como en este mismo apartado he explicado, la doctrina científica que la estudia no distingue –en cuanto a efectos prácticos– entre la causa del contrato y de la obligación. La doctrina describe un concepto de causa que actúa como límite a la autonomía de la voluntad, sin determinar si afecta al contrato o a la obligación. La jurisprudencia –menos estricta con los requisitos causales– tampoco hace diferenciación al respecto.

GALICIA AIZPURUA¹⁷⁹ concibe como elemento importante para determinar la causa de las obligaciones con desplazamiento patrimonial la regla de conmutatividad del comercio jurídico. Esta consiste en la idea de que ningún desplazamiento patrimonial, ningún enriquecimiento o atribución pueden producirse de modo válido y eficaz sin el concurso de una causa que el ordenamiento repunte suficiente para servirle de fundamento –causa en sentido amplio–. De esta reflexión se pueden extraer tres conclusiones:

- a) La primera es que continúa sin concretarse si la causa es de la obligación o del contrato.
- b) La segunda es que tiene que ser una causa que el ordenamiento jurídico repunte suficiente. Aquí obviamente operarán los límites de los arts. 1275 y 1276 Cc.

¹⁷⁸ Cfr. ABRIL CAMPOY, *La rescisión del contrato por lesión (enfoque doctrinal y jurisprudencial)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pg. 108.

¹⁷⁹ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 223 y ss.

- c) La tercera es que la causa operará como límite para el enriquecimiento injusto.

Esta es la base de la prohibición del enriquecimiento injusto y la obligación de restituir la atribución o el desplazamiento recibidos sin la concurrencia de este requisito. Pero insisto en que no se distingue en la práctica la causa de la obligación o del contrato.

Como excepciones a la causa de la obligación debe tenerse en cuenta que a pesar de que el sistema jurídico español es un sistema causalista, y es necesario para cualquier tipo contractual la determinación de la causa de la obligación –como se desprende del estudio la normativa civil–, este requisito no siempre es tenido en cuenta ya que existen instituciones contractuales, nacidas para agilizar el tráfico jurídico o simplificar operaciones crediticias, que no requieren de causa expresa. Estas instituciones han sido reguladas de forma independiente y con legislación propia, sin que se cuestione su validez por la doctrina o la jurisprudencia, a pesar de que pueden tildarse de contratos abstractos y huérfanos de causa. Entre otras, las excepciones que GALICIA AIZPURUA¹⁸⁰ enumera son las siguientes:

- Real Decreto ley 5/2005, de 11 de marzo.

En gran parte de los países europeos –con sistema continental– se prescinde del requisito causal como requisito legal para la validez de los contratos. Así, en el derecho comunitario y sus directivas –de aplicación directa e imperativa– sucede lo mismo. Esto hace que en ocasiones exista una contradicción no solucionada, entre el derecho comunitario y la normativa española. Como sucede con la directiva 2002/47/CE, de 6 de junio.

Afirma este autor que el legislador, en ocasiones, ha prescindido de la obligatoriedad de la causa establecida en los artículos 1261.3 y 1274 del Código civil. Se trata de las garantías financieras reguladas en el Capítulo II del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo; de reformas urgentes para el impulso a la productividad y

¹⁸⁰ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 221 a 252.

para la mejora de la contratación pública, mediante el que se transpuso la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio.

Se establece la posibilidad de realizar operaciones de aseguramiento mediante pignoración de un bien o derecho o a través de la transmisión de su propiedad. Por “acuerdo de garantía pignoraticia” entiende la norma “aquel en virtud del cual el garante presta una garantía financiera en forma de título pignoraticio a un beneficiario o a su favor, conservando la propiedad del bien o derecho de crédito objeto de la garantía” (art. 6.3); mientras que por “acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad” entiende aquel convenio en virtud del cual “el garante transmite la plena propiedad de un bien o derecho objeto de una garantía financiera a un beneficiario a los efectos de garantizar o dar otro tipo de cobertura a las obligaciones financieras principales”. Es la primera vez que se legisla y tolera que la transmisión patrimonial opere con finalidad de garantía. De este modo, no solamente se omite la necesidad legal de causa, sino que además se omite también la prohibición del pacto comisorio¹⁸¹.

- El *Leasing*.

El *Leasing* o arrendamiento financiero es un negocio a través del cual existe transmisión de la propiedad, sin que se determine causa legal para ello.

En primer lugar, debo matizar que el *leasing* o también denominado arrendamiento financiero no es un arrendamiento. En realidad la cuota periódica que paga el arrendatario no se corresponde con el pago por el uso, sino con destino a una adquisición futura –junto al pago de intereses, gastos y una última cuota en

¹⁸¹ El artículo 6 del Real Decreto-ley 5/2005, establece que es posible materializar dichas operaciones de aseguramiento tanto mediante la pignoración de un bien o derecho de crédito como mediante la transmisión de su propiedad.

Debe advertirse, en fin, que el Real Decreto-ley 5/2005 regula un mecanismo (art. 9) mediante el que es factible, y se reconoce al acreedor la posibilidad de apropiarse de un objeto ajeno (de la titularidad del garante) para venderlo en el mercado por cuenta propia a cambio de la devolución de un bien equivalente o la asunción de una obligación por el importe al que ascienda el valor del elemento pignorado.

concepto de opción de compra casi del mismo importe que las anteriores—. Esto último ha generado constantes críticas doctrinales y jurisprudenciales. Ya que en realidad las partes pactan que el representante de la sociedad de *leasing* (entidad crediticia) retenga la titularidad de forma aparente. A través de compraventa se adquiere el bien y se retiene como garantía de la cantidad prestada al tercero que buscaba financiación para la adquisición de ese bien concreto. Por tanto, en este caso se está propiciando una atribución *sine causa* en favor del mandatario, permitida por el ordenamiento jurídico. En contra de lo preceptuado por el Código civil.

Con todo, y a pesar de la exigencia de causa expresa en los negocios jurídicos, la evolución social y las nuevas necesidades contractuales han llevado a legislar y a dar por válidas instituciones jurídicas que no respetan el requisito causal tipificado en el Código civil. Algo similar ocurre cuando la jurisprudencia da carta de validez al negocio fiduciario a pesar de que la causa no sea la tipificada por el Código civil.

E. Causa en el Código civil

1. Generalidades

La causa como requisito legal para la existencia y validez de los contratos está tipificada en el Código civil, aunque con ciertas contradicciones y falta de concreción, lo que ha generado que sea una de las instituciones más estudiada por la doctrina.

En primer lugar, debemos hacer referencia al artículo 1261 del Código civil que establece como requisito para la existencia del contrato la causa de la obligación que se establezca. Y del artículo 1274 al artículo 1277 del Código civil se define la

causa y el alcance de ésta. Así, analizaré estos últimos artículos, sobre todo el artículo 1274 del Código civil por el concepto de causa; y los artículos 1275 y 1276 del Código civil porque son la base utilizada por la doctrina para desautorizar la validez del negocio fiduciario en el ordenamiento jurídico español, o para determinar que son negocios simulados relativamente. Por último, el artículo 1277 del Código civil establece el principio de presunción de existencia y licitud de la causa en todos los contratos, aun cuando no se exprese en el contrato.

La polémica comienza porque el Código civil establece con base en su artículo 1261 el requisito causal para la validez del contrato, siendo necesaria la existencia de una causa en la obligación que establezca el contrato. La exigencia de la causa viene referida a la obligación contractual y no al contrato en sí. El requisito del contrato no es la causa, sino que la obligación que en él se establezca tenga causa.

Así toda atribución –entendida como cualquier beneficio valuable recibido a costa de otro– ha de tener, para ser válida, un fundamento justificativo: la ley o una relación antecedente que justifique el desplazamiento patrimonial voluntario¹⁸². A pesar de ello únicamente se habla de la causa de la obligación en el artículo 1261 del Código civil como requisito, ya que se regula la causa de los contratos en los artículos 1274 a 1277 del Código civil, estableciéndose en éstos el requisito de la causa para el contrato, olvidando ya la obligación.

2. El requisito causal del artículo 1274 del Código civil

El artículo 1274 del Código civil¹⁸³ determina la causa de los contratos y configura la causa entendida como la razón o el porqué de que el deudor asuma una obligación frente al acreedor. Y en este sentido:

¹⁸² Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op.cit.*, pg. 17.

¹⁸³ Vid. Artículo 1274 del Código civil: “en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los

- La causa de los contratos onerosos será la prestación o promesa por la otra parte
- En los gratuitos el ánimo liberal será la causa
- Y en los remuneratorios la combinación de los anteriores.

En consecuencia, en nuestra legislación no cabrá un contrato sin causa. La falta de voluntad interna o de consentimiento significa que las partes no quieren lo que han declarado. Lo mismo sucederá si los contratantes, al celebrar el negocio, entrecruzan equivocadamente porqués o fines (causas) diferentes, ya que un consentimiento erróneo lo vacía de contenido¹⁸⁴.

De este modo, existe una confusión entre la voluntad o los motivos y la causa. RODRÍGUEZ ROSADO¹⁸⁵ considera que la pregunta que plantea la causa de la obligación es: ¿por qué te empobreces? o ¿por qué debes?, esta cuestión se responde –de conformidad con el artículo 1274 del Código civil– en los siguientes términos:

- En los contratos bilaterales porque no hay empobrecimiento; ya sea en los onerosos, porque junto a la obligación surge en contraprestación un crédito sobre otra cosa; en estos supuestos no se exigen mayores requisitos, pues existe contraprestación.
- En los negocios unilaterales porque, por pura liberalidad se quiere enriquecer a otro aunque ello suponga un empobrecimiento del benefactor. La legislación exige requisitos formales para certificar esa voluntad de empobrecerse.

Considera RODRÍGUEZ ROSADO que el requisito causal se debe dar en relación a la obligación. Esto es, que la obligación que establezca el contrato tenga causa.

remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.”

¹⁸⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op.cit.*, pg. 425.

¹⁸⁵ Vid. RODRÍGUEZ ROSADO, *op. cit.*, pg. 75.

LACRUZ VERDEJO concluye: “por existencia de causa en el contrato se debe entender que el contrato tendrá causa cuando las prestaciones que en su virtud se realicen la tengan, bien sea la contraprestación, bien el *animus donandi* o la voluntad de enriquecer”.

Por tanto, se puede concluir, con base en lo arriba expuesto que para determinar la existencia de la causa se deberá estar a la causa de la obligación.

En el sentido de lo expuesto se pueden confundir la causa con el objeto; ya que la prestación de dar puede ser objeto y causa. En la compraventa, la prestación de dar cosa determinada es objeto de la obligación del vendedor y es para el comprador la razón determinante o causa por la que se obliga a dar el precio. Y dar el precio, que es el objeto de la prestación del comprador, es para el vendedor la causa por la que se obliga a dar la cosa.

GALICIA AIZPURUA¹⁸⁶ concluye que de los artículos 1261 y 1274 del Código civil, se desprende que el legislador impone el requisito causal para la existencia de la obligación, siendo la obligación un elemento esencial del contrato. Se habla, entonces, de la causa de la obligación entendida como por qué (objetivo) de la asunción de la deuda, la razón inmediata de su existencia y fin. Pudiendo confundirse así la causa del contrato con el objeto del mismo o con el contenido del consentimiento.

Según CLAVERIA GOSALBEZ¹⁸⁷, el artículo 1274 del Código civil es la base para admitir la existencia de los contratos atípicos. Este artículo establece un *numerus apertus* de causas, siempre que merezcan la tutela del ordenamiento jurídico puesto que en este precepto se definen en general dos tipologías contractuales:

¹⁸⁶ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 57 y ss.

¹⁸⁷ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Comentarios a los artículos 1274 a 1277 ”, en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XVII, vol. 1º-B, Edersa, 1993, pg. 535.

- Los contratos onerosos, donde se pueden encontrar también los remuneratorios,
- Los contratos de pura beneficencia.

Discrepo de GALICIA AIZPURUA y de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, ya que en realidad el artículo 1274 del Código civil establece la causa típica para cada tipo de contrato. Lejos de crear un *numerus apertus*, está indicando que la causa en los contratos típicos, es el elemento que se repite y que es idéntico en todos los contratos. La causa de los contratos atípicos no ha sido regulada de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código civil se refiere a la causa como fin inmediato e idéntico en cada categoría de contrato¹⁸⁸. En los contratos atípicos, se entiende por causa el resultado práctico que se proponen alcanzar los particulares y se considera que la causa puede ser compleja pero debe ser única. Así, partiendo de que el contrato atípico exige como cualquier otro el requisito esencial de la causa, es preciso para su unitaria regulación que las varias prestaciones pactadas cooperen con la misma intensidad al resultado querido, y este resultado querido por las partes es el fin unitario que caracteriza el contrato. Se ha de buscar, en cada caso, la “causa determinante” de la celebración del contrato¹⁸⁹.

Cada contrato atípico tendrá una causa diferente fruto de la voluntad contractual de las partes, y no se repetirá como un patrón que es lo que *a priori* parece que establezca el Código civil. Los contratos atípicos carecen de causa legal específica, pero deben poder encuadrarse en las funciones que admite nuestro ordenamiento: causa atípica onerosa o gratuita. Los motivos o las finalidades subjetivas que tengan las partes para celebrar el contrato no tienen relevancia jurídica, *a priori*, pero si dichas finalidades o motivaciones son incorporadas al

¹⁸⁸ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, pg. 637.

¹⁸⁹ Cfr. SANTOS BRIZ, y otros, *op. cit.*, pg 14 y ss.

contrato, se genera la llamada “causa concreta del contrato”. Y esa causa concreta del contrato es la que determinará su validez y licitud¹⁹⁰.

El Código civil únicamente regula, en su artículo 1274, la causa onerosa o gratuita, la función de garantía no está enumerada como causa en la norma. GETE-ALONSO considera que la garantía, al estar dependiente de otra relación contractual – a la que asegura–, puede entenderse como la especificación que corresponde al tipo contractual. Los requisitos de la causa según GETE-ALONSO son: existencia, licitud y veracidad.

Con todo, MANRESA NAVARRO, concluye que cualquier falta de adecuación entre la voluntad interna y la declarada, o incongruencia entre la causa expresada y la verdadera, han de producir la ineficacia del negocio. Aunque la ineficacia de la forma externa simulada no es obstáculo para la posible validez del negocio disimulado que contiene, siempre que éste sea lícito y reúna los requisitos exigidos por la ley. Amparados estos negocios por el artículo 1276 que establece que en los contratos que se hace expresión de una causa falsa son nulos, salvo que estén fundados en otra verdadera y lícita¹⁹¹.

3. Los artículos 1275 y 1276 del Código civil

a. El artículo 1275 del Código civil

El artículo 1275 del Código civil establece que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto. Debiendo entenderse que la causa del contrato es ilícita cuando se opone directa o indirectamente al derecho o a la moral, siendo los

¹⁹⁰ Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pg. 554 y ss.

¹⁹¹ Cfr. MANRESA NAVARRO, “Artículo 1261”, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 2º, 6ª ed., Reus, S.A., Madrid, 1967, pg. 483.

contratos sin causa simulados absolutamente¹⁹². Este artículo es el límite que aplica la jurisprudencia respecto de los negocios fiduciarios. Es el equivalente a los artículos 1261 y 1274 del Código civil que emplea la doctrina para negar la validez de los negocios fiduciarios, pues considera que esta forma negocial carece de causa. La jurisprudencia limita la eficacia de los negocios fiduciarios a la licitud de la causa. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia:

Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo 2001, 7 de junio de 2002, 30 de marzo de 2004, y 17 de febrero de 2005¹⁹³ afirman que "cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz" –en relación con el negocio fiduciario–. Lo que, por otra parte, no es sino una consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código civil, a cuyo tenor "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.". Y la STS de 13 de marzo de 1997 precisa que "la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquel imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio".

b. El artículo 1276 del Código civil

El artículo 1276 del Código civil establece: "la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita". Con base en este artículo, gran parte de la doctrina justifica los negocios simulados relativamente, ya que es la vía para poder dar validez al negocio

¹⁹² Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. y loc. cit.*, pg. 574 y ss.

¹⁹³ Cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2001, 7 de junio de 2002, 30 de marzo de 2004 y 17 de febrero de 2005.

disimulado que escondía el simulado, por lo que el contrato será válido respecto a la causa verdadera y lícita que había podido disimular.

La doctrina mayoritaria considera que existe una identidad absoluta entre el negocio fiduciario y el negocio simulado relativamente¹⁹⁴.

El artículo 1276 del Código civil permite a los tribunales –que a la vista de la prueba practicada en el juicio correspondiente– decidir si la causa expresada se corresponde con la realidad de lo querido por las partes, o si bien la causa es inexistente y por tanto el juez debe declarar la nulidad del contrato, salvo que se demuestre que efectivamente existió otra causa lícita.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ¹⁹⁵ considera que el artículo 1276 del Código civil no regula la falta de causa, sino la causa falsa. Esto es, que los contratantes mienten de común acuerdo, mostrando una causa al exterior, si bien ellos de común acuerdo ya habían pactado otra causa diferente que solamente conocen las partes. En este supuesto y con base en este artículo –demostrada la causa verdadera– el contrato sería válido siempre y cuando no vaya en contra de la ley, la moral y el orden público.

Descubierto que la causa que se expresó no se corresponde con la realidad, el juez deberá declarar la nulidad del negocio, salvo que se demuestre que existía otra causa y que la misma es lícita.

Así, se debe diferenciar entre la simulación absoluta –las partes manifiestan querer celebrar un negocio, siendo esto absolutamente falso porque no quieren celebrar ningún negocio jurídico– y la simulación relativa –consiste en declarar la celebración de un negocio jurídico cuando en realidad querían celebrar otro diferente: por ejemplo, una compraventa cuando en realidad querían que fuera una donación–.

¹⁹⁴ Vid. *infra*, capítulo cuarto, II.

¹⁹⁵ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. y loc. cit.*, pg. 574 y ss.

VERDERA¹⁹⁶ considera que: “un negocio es simulado cuando las partes, de común acuerdo, asignan a sus declaraciones de voluntad un valor diverso del que objetivamente tenga en el caso concreto, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio inexistente o diverso del realmente concluido”; y la tesis de DE CASTRO que concibe “la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea éste contrario a la existencia misma (simulación absoluta) ya sea el propio de otro de negocio (simulación relativa)”.

A este respecto, resulta complejo poder determinar la existencia y la causa del negocio fiduciario, ya que existe una divergencia entre lo mostrado al exterior y lo verdaderamente pactado entre las partes. Pero ello no es óbice, según la jurisprudencia, para determinar la inexistencia de causa o incluso del propio negocio fiduciario. Así lo reconoce la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo como la sentencia de 15 de julio de 2003, que concede validez y eficacia al negocio fiduciario, sin que pueda confundirse con un contrato simulado, aparente o disimulado, sino real, existente y querido por las partes¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cfr. VERDERA TULELLS, “Algunos aspectos de la simulación”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1950, pg. 27 y ss.

¹⁹⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003, que recoge la de 7 de marzo de 1990, que contiene la siguiente argumentación: “hallándonos en presencia de un claro y evidente negocio fiduciario, en su concreta modalidad de “fiducia cum creditore” la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 21 de marzo de 1969, 4 de abril de 1972, 3 de mayo de 1976, 19 de mayo y 2 de junio 1982, 6 de abril de 1987, 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, entre otras) admiten la validez y eficacia de dicha figura negocial, caracterizada por el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa del préstamo con afianzamiento previsto en el ordenamiento jurídico, y cuya esencia consiste en un negocio en jurídico en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado *bienodenco a tora distinta* (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda con la obligación por parte de ésta de transmitir a su anterior propietario cuando la obligación garantizada se haya cumplido (“*pactum fiduciae*”), sin que, por tanto, pueda motejarse de contrato ficticio, aparente o simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes, que lo elaboran mediante un acto formal mixto e integrado por dos independientes, pero la finalidad unitaria, uno de naturaleza real por al que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional que constriñe a la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia, que el primero asegura, se haya saldado, constituyéndose en su conjunto en un contrato causal, conforme al art. 1274 Cc., y si bien la doctrina reciente se aparta de la teoría del doble efecto (real y obligacional) en el contrato fiduciario e incluso prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae*, como comprendida en el art. 1274 Cc., no puede tildarse el negocio fiduciario de ficticio o simulado, por lo que la titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante

La demostración de la existencia de un negocio fiduciario es compleja, ya que si una de las partes no lo reconoce resulta difícil determinar su existencia. La razón principal estriba en que, por un lado es un negocio en el que prima más la confianza que la seguridad y por otro, lo que se ha ocultado a terceros es la verdadera causa o finalidad del contrato. Nos encontramos, por tanto, con que no es válido únicamente alegar que existió un contrato verbal paralelo donde se recoge el *pactum fiduciae*, sino que se tiene que acreditar.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de mayo de 2004, se pronuncia sobre un supuesto en el que se alegaba la existencia de un negocio fiduciario *cum creditore* por el actor, por el que se había transmitido un inmueble a través de una compraventa –con la finalidad de garantía y con la obligación de retransmitir, una vez cumplida la devolución del importe prestado–. El Tribunal concluyó que no existía prueba respecto del negocio obligacional de devolución de lo entregado y se hace constar que el contrato de compraventa no tiene cláusula de reversión y tampoco se ha demostrado el pacto verbal¹⁹⁸.

respetar la situación anómala creada (art. 1255 Cc. y 1286 Cc.) lo que determina la validez entre las partes de la venta en garantía, en cuanto fue elemento determinante de la concesión del préstamo, cuya extinción por pago arrastrará sin duda la titularidad del fiduciario, pero, en tanto no se produzca el cumplimiento, le asistirá un “*ius o titulus retinendi*”, y si el cumplimiento no llega a producirse dentro del plazo para ello estipulado expresamente, consolidará el pleno dominio a su favor, siempre que no existan obstáculos, al margen del propio negocio fiduciario, que impidan el contrato, a través del cual fue instrumentado, desplegar la referida virtualidad transmisiva del dominio.”

¹⁹⁸ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de mayo de 2004 que ante un procedimiento en el que se alegaba la existencia de un negocio fiduciario en su variante *cum amico*, y después de defender la existencia y validez de los negocios fiduciarios, analiza el supuesto de hecho concreto y concluye: “En nuestro caso, está acreditada la primera vena en contrato privado de 11/10/1999, con todos sus requisitos y contenidos para atribuirle la virtualidad de la venta como negocio de transmisión real transmisor del dominio, por lo que desde ese momento el denunciante era dueño de la vivienda y el denunciado carecía de poder dominical sobre la misma. (.....) Continúa la sentencia, argumentando que si existe plena prueba de la inicial venta y del negocio de transmisión de contenido real, no existe prueba alguna del negocio obligacional de devolución de lo entregado cuando se cumpliera la devolución de lo debido. El contrato de compraventa no tiene cláusula alguna de reversión y es un contrato ordinario, incluso estandarizado de compraventa. En este sentido hemos visto la jurisprudencia exige para la validez del contrato fiduciario, la concurrencia de un contrato mixto integrado por dos partes: el real o de transmisión de dominio y la obligacional o de compromiso de reversión. En nuestro caso, esta segunda parte del contrato no existe, por lo que el contrato de 11/10/1999 no puede calificarse de fiduciario, como pretende la recurrente. Tampoco puede admitirse un supuesto pacto verbal de reversión, que no se sabe cuándo se hizo, ni cuál era su contenido, por lo

c. El negocio fiduciario y la exigencia de causa en los contratos en el Código civil

Por último, y con base en lo expuesto, se debe reflexionar en relación al negocio fiduciario y la exigencia causal en los contratos según el Código civil. En el negocio fiduciario, la transmisión dominical se puede realizar a través de compraventa: la causa típica del negocio de compraventa es la adquisición de un bien por el comprador, y para el vendedor la obtención de una suma de dinero. En un negocio fiduciario no se dará la causa típica, porque en realidad la compraventa es el medio para llevar a cabo el negocio fiduciario –que es un contrato atípico–. Por tanto, las partes en el negocio fiduciario, ¿quieren la compraventa? O mejor dicho, ¿existe un contrato típico a través del cual realizar la transmisión dominical con los elementos del pacto fiduciario? La respuesta es negativa y es por ello que la jurisprudencia concluye que no existe similitud entre negocios fiduciarios y negocios simulados relativamente.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria concibe que en los negocios fiduciarios no existe causa. Frente a ella la jurisprudencia considera que la causa del negocio no se corresponde con la obtención de dinero o la mera liberalidad–, sino, que la causa es la de garantía o representación y/o administración.

Es sorprendente la contradicción de tratamiento que se da al negocio fiduciario por parte de la doctrina y jurisprudencia. La jurisprudencia ha tenido diversos criterios en orden a justificar la causa y la transmisión de la propiedad en el negocio fiduciario, que han ido desde la teoría del doble efecto hasta la teoría de la *causa fiduciae*, pasando por la diferenciación entre propiedad formal y propiedad

que no se sabe si era anterior o posterior a la segunda venta, y no se sabe si esa supuesta reversión permitía al vendedor inicial una nueva venta. Ineficacia de ese supuesto contrato verbal que deriva tanto de la falta de toda prueba sobre ese contrato verbal de reversión, como de que, como se ha reiterado, el contrato fiduciario es un contrato mixto de doble contenido y en nuestro caso el único contrato firmado, presente y acreditado es el contrato de compraventa, que no puede ver transformada su naturaleza y efectos por un supuesto pacto verbal de reversión carente de constatación y acreditación”.

material. Pero el denominador común en la jurisprudencia siempre ha sido la justificación y defensa respecto de la existencia de causa y su validez. Sin embargo, y de forma paradójica, la doctrina mayoritaria con base en la falta de causa niega la existencia y validez del negocio fiduciario, aduciendo que es un negocio carente de causa y por tanto simulado (absoluta o relativamente)¹⁹⁹.

Entiendo que esta dicotomía entre jurisprudencia y doctrina pudiera responder a los diferentes roles sociales que a cada operador jurídico le corresponde. Los Tribunales tratan de validar la voluntad contractual, siempre que no vaya contra ley, pudiendo ser más laxos con respecto a determinadas formalidades en pro de una fluidez del tráfico jurídico.

La doctrina, sin embargo, con la finalidad, quizá de presionar cambios legislativos, lleva hasta el último extremo el sentido literal de la norma e invalida estos negocios por cuestiones que pueden ser puramente formalistas. Parte de la doctrina considera que son negocios sin causa, estando prohibidos en nuestro sistema jurídico, por ser contrarios a los requisitos contractuales exigidos por el Código civil. Pero no se puede olvidar que la doctrina mayoritaria apuesta por un cambio y aceptación legal de los negocios abstractos.

Así y de la literalidad de norma, cualquier contrato atípico que para poder operar en el tráfico jurídico emplee un negocio típico, puede caer en una simulación relativa. A pesar de ello, la jurisprudencia concluye en sentido contrario, pero con una interpretación de la norma forzada, aunque en última instancia con un fundamento jurídico que es validado por el máximo intérprete de la norma: los Tribunales.

Con todo, en mi opinión, y a pesar de entender el planteamiento de la doctrina –que niega la validez y eficacia del negocio fiduciario por carecer de causa como es entendida en el Código civil–, no puedo obviar la postura contraria que mantiene la jurisprudencia; ésta con ánimo de no obstruir el tráfico jurídico califica

¹⁹⁹ Vid. *infra*, capítulo cuarto, II.

los negocios fiduciarios como válidos, con fuerza contractual, y con causa cierta. Así, se deberá buscar la causa individual en cada negocio, ya que son casuísticos, y diferentes unos de otros. La validez del negocio dependerá no tanto de su calificación como negocio fiduciario sino de si su causa es lícita. A pesar de que la causa final o determinante en los negocios de fiducia *cum creditore* siempre será la garantía; y en la fiducia *cum amico* la representación o administración, se deberá estar a los elementos objetivos que envuelven a esa causa y las motivaciones para determinar si son negocios lícitos, puesto que a pesar de ser un negocio complejo es válido, lícito y eficaz.

Un problema diferente será, en la fiducia *cum creditore*, la validez de ésta atendiendo a la prohibición del pacto comisorio²⁰⁰. Por tanto, no solamente se deberá determinar si tienen causa válida, sino que ésta no esté viciada por móviles e intereses ilícitos; debiendo, para determinarse el carácter ilícito de la causa valorar las intenciones personales de los contratantes. En definitiva habrá que analizar y valorar cada negocio para poder determinar cuál es la causa real y verdadera de los negocios fiduciarios y, si ésta no es ilícita, será completamente válido.

F. Los requisitos causales de los negocios fiduciarios

1. Generalidades

Los negocios fiduciarios en tanto que negocios jurídicos necesitan de una causa para su validez en nuestro sistema. La doctrina mayoritaria considera que no tienen cabida en el ordenamiento jurídico español, por entender que no existe causa que ampare la transmisión dominical, equiparando los negocios fiduciarios a los

²⁰⁰ Vid. *infra*, capítulo segundo, III.

negocios abstractos –esto es, sin causa–, y por tanto cuestionan su validez, puesto que los negocios abstractos no se admiten en el ordenamiento Jurídico español.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma unánime y reiterada, considera que los negocios fiduciarios tienen causa: la denominada *causa fiduciae*, que se recoge en un acuerdo de voluntades concertado entre fiduciante y fiduciario, denominado *pactum fiduciae*²⁰¹.

La jurisprudencia es menos purista y más práctica –en el sentido de dar cabida a nuevas formas contractuales no tipificadas– con el fin de evitar que se bloquee el tráfico jurídico por elementos formales. Si bien lo que para la doctrina era el primer filtro para la autonomía de la voluntad: la causa, la jurisprudencia ha fijado el límite en la falsedad, la ilicitud y la incertidumbre de la causa. La jurisprudencia reconoce que los negocios fiduciarios tienen causa, pero los limita que la causa sea cierta, lícita y veraz. Estos límites están regulados en los artículos 1275 y 1276, del Código civil.

El artículo 1275 del Código civil establece el límite de la licitud, al exigir que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno. Del mismo modo, el artículo 1276 del Código civil, requiere la veracidad al establecer que los contratos con causa falsa darán lugar a su nulidad si no se probase que están fundados en otra verdadera y válida.

LASARTE ÁLVAREZ²⁰² concibe el artículo 1275 como limitador de la causa típica, y partiendo de la base de la irrelevancia de los motivos individuales, éstos pueden

²⁰¹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1993, que recoge la doctrina jurisprudencial respecto la causa “La *causa fiduciae*” no consiste propiamente en la enajenación de lo que se cede, sino más bien en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde, habiendo sido objeto tal convenio de precisa configuración jurídica por la doctrina de esta Sala al reputarlo existente, válido y causal conforme al art. 1274 CC y sin perjuicio de los derechos legítimos que puedan afectar a terceros perjudicados”; en el mismo sentido sentencias de 19-5-82 (RJ 2580), 8-3-1988 (RJ 1607) y 13-3-1995(ED 781).

²⁰² Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, op. cit., pg. 35.

originar la ilicitud de la causa concreta, si dichos motivos son contrarios al ordenamiento jurídico.

DÍEZ PICAZO²⁰³, partiendo del estudio de los artículos 1275 y 1276 del Código civil, señala que los requisitos causales de los contratos son tres: existencia, veracidad y licitud. Precisamente a través de este esquema voy a explicar los requisitos causales de los negocios fiduciarios desde el punto de vista de la doctrina científica y de la jurisprudencia.

2. Existencia de causa

Para DÍEZ PICAZO, los contratos siempre cumplirán alguna función social y siempre perseguirán alguna finalidad empírica. La doctrina y la jurisprudencia consideran como supuestos de falta de causa a todos aquellos contratos cuyo resultado no se puede justificar. DÍEZ PICAZO, siguiendo a DE CASTRO, puntualiza que en los negocios típicos habrá falta de causa cuando el negocio carezca de algunos de los elementos esenciales de su estructura formal. Los contratos típicos –por estar regulados legalmente– tienen unos elementos configuradores del tipo negocial que se repiten y son iguales para todos, por tanto, cuando en el contrato no se cumplan esos elementos configuradores de la causa, se estará ante una causa inexistente.

Sin embargo, en los contratos atípicos –siguiendo lo preceptuado en el artículo 1276 del Código civil– “faltará la causa: a) del que se pretende oneroso cuando no exista verdadera reciprocidad de prestaciones, b) en el que se pretende gratuito cuando no exista ánimo de liberalidad, c) en el remuneratorio, cuando no hay servicio que remunerar.”

²⁰³Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 281 y 282.

La jurisprudencia también ha entendido sin causa aquellos contratos en que no se da el propósito negocial, la condición o la finalidad determinante, coincidiendo generalmente con error en la causa.

Por último, se debe hacer constar que, con base en el artículo 1277 de Código civil, se establece una presunción de existencia de causa en todos los contratos, así como que la causa es veraz y lícita. Para romper esta presunción deberá demostrarla quien la alegue.

Una de las razones alegada por la doctrina para defender la invalidez de los negocios fiduciarios es la inexistencia de causa.

Los contratos atípicos –donde se incluyen los negocios fiduciarios– no se encuentran regulados legalmente y por tanto carecen de un modelo contractual predeterminado. Su configuración es de libre creación por las partes, de ahí la dificultad a la hora de determinar la causa, puesto que adoptan formas de contratos típicos pero con causas diferentes a las preestablecidas para esa forma contractual.

Para determinar la existencia de causa en los negocios fiduciarios, voy a partir de un ejemplo de la fiducia *cum amico*, cuya finalidad sea la administración. Pensemos en un supuesto en que el fiduciante transmite la propiedad dominical del bien objeto de fiducia –en este caso unas obras de arte– a un fiduciario (marchante de arte), –durante un tiempo– el pactado por las partes– y, con posterioridad, el fiduciario, debe retransmitir la propiedad.

En la fiducia *cum amico*, las transmisiones de la propiedad –tanto la de fiduciante a fiduciario como la inversa– se pueden realizar a través de un negocio tipificado en el ordenamiento jurídico: la donación (negocio gratuito cuya causa radica en el ánimo de liberalidad). Sin embargo, en el supuesto indicado no existe ese ánimo de liberalidad, sino que existe un pacto de gestión de un determinado patrimonio para darlo a conocer (por ejemplo en determinados sectores o bajo una autoría diferente a la real) y, una vez terminado el periodo pactado se debe retransmitir la propiedad. Por tanto, en la fiducia *cum amico*, que como contrato

atípico adopta una forma típica –en este caso la donación–, no se cumple la causa tipificada legalmente para ese tipo contractual, que sería la mera liberalidad. Por lo que la doctrina lo considera, por simular la causa, un contrato simulado.

Un supuesto similar se da en los negocios fiduciarios *cum creditore*, ya que la causa en éstos es la garantía del pago de un crédito. Para formalizar el contrato se recurre a la transmisión patrimonial a través de una compraventa o de una donación o cualquier otro contrato típico que conlleve la transmisión de la propiedad. La doctrina considera que al no cumplirse la causa típica de la compraventa –adquirir un bien para sí– o de la donación –adquisición gratuita– en su caso, el contrato es simulado. Ya que lo que en realidad se busca es la garantía de un préstamo.

Con base en lo arriba expuesto, la doctrina considera que no tienen cabida los negocios fiduciarios, pues no existe causa legal para la formalización de los contratos por no existir verdadera reciprocidad de prestaciones en la compraventa y para el gratuito –la donación– no existe ánimo de liberalidad.

La jurisprudencia ha superado el tema de la causa en los negocios fiduciarios, diferenciando el negocio fiduciario –con causa válida y existente– del negocio simulado –carente de causa– y por tanto susceptible de nulidad absoluta o relativa.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de Junio de 2011, diferencia los negocios fiduciarios de los negocios simulados con base en la existencia de causa. Y a este respecto con cita de una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 2005, parte de la base de la necesidad del requisito causal tipificado en el Código civil y la diferencia entre negocio simulado –sin causa y susceptibles de nulidad– y negocio fiduciario –con causa cierta y válida–²⁰⁴. Además, la jurisprudencia considera que la causa del negocio típica que transmite el dominio, no opera en los negocios fiduciarios²⁰⁵.

²⁰⁴ Cfr. sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 30 de junio de 2011, Fundamento de Derecho tercero: "TERCERO.- El art. 1261 del Código Civil marca los requisitos precisos para la validez del contrato, de manera que la falta de cualquiera de ellos abocaría a la nulidad absoluta del negocio. Centrándonos en el elemento "causa", el Código Civil dispone en su art. 1275 que los contratos sin causa no producen efecto alguno, aun existiendo, por supuesto, declaración de voluntad, aludiendo la

Con respecto a la inexistencia de causa alegada por la doctrina para invalidar los negocios fiduciarios y equipararlos a negocios simulados, la jurisprudencia los distingue nítidamente, y concibe los negocios fiduciarios como una unidad negocial de forma compleja, resultado de dos negocios, uno real de transmisión de la propiedad y otro obligatorio de usar la propiedad con las limitaciones pactadas. Con esta base la jurisprudencia concibe el negocio simulado como ficticio y simple y por tanto nulo, frente al negocio fiduciario que es complejo y querido y por tanto válido. Esta doctrina jurisprudencial reiterada es recogida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de junio de 2011²⁰⁶.

doctrina, entre los casos de falta de causa, a los supuestos de carencia de alguno de los elementos esenciales de la estructura formal del negocio (venta sin precio), falta de reciprocidad en las prestaciones en los contratos sinalagmáticos o carencia de titularidad en los contratos gratuitos, en suma, ausencia de propósito negocial.

²⁰⁵ Vid. *infra*, capítulo cuarto, II.B.3.c. En relación a la jurisprudencia recogida comentada de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004

²⁰⁶ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de junio de 2011, establece en su Fundamento de Derecho tercero, la distinción entre negocios simulados y carentes de causa y los negocios fiduciarios: "En cuanto a los negocios fiduciarios, estos contratos se definen doctrinalmente (no los regula de modo expreso el Código Civil) como aquellos en los que una persona transmite a otra un derecho (de propiedad o un crédito por lo general), obligándose el adquirente a reintegrar en él al transmitente o a un tercero cuando se den ciertas circunstancias; así el adquirente (fiduciario) ocupa un puesto de confianza para el transmitente (fiduciante).

Es pues el negocio fiduciario una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes:

(...) Así pues, y como notas que diferencian tal negocio del simulado, se han considerado por la doctrina:

1. El negocio simulado es ficticio, aunque puede en algunos casos ocultar uno real, mientras los negocios fiduciarios son existentes y queridos, aunque sirvan a finalidad distinta de la normal. b) El negocio simulado es simple, mientras el fiduciario es complejo, resultado de la combinación de dos negocios diferentes.
2. El negocio simulado es nulo y por tanto quien simula sigue siendo propietario, lo que no acontece en el fiduciario, en el que existe un traspaso válido.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido declarando sobre el particular que el negocio fiduciario se integra por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para lograrlo, pues aunque se transfiere la plena titularidad de una cosa o derecho el adquirente se obliga a volver a transmitirlo al enajenante o un tercero, una vez conseguido el fin económico realizando una combinación de figuras jurídicas que, salvo prueba de fraude, no obsta a su validez, pues el art. 1.276 del Código Civil establece el principio de nulidad contractual en los que se expresa causa falsa salvo la existencia de otra verdadera y lícita, y que se presume (art. 1.277) si no se prueba lo contrario".

3. Veracidad de la causa

En este apartado trato de distinguir la causa falsa del artículo 1276 del Código civil –“la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”– y la falsedad de la causa del artículo 1301 del Código civil: “la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”.

DÍEZ PICAZO²⁰⁷ expone la postura de la doctrina respecto a la exigencia de la veracidad de la causa en el Código civil del siguiente modo:

(...) Acerca de sus diferencias dice, F.J.3º de la recurrida: "...En el negocio fiduciario existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego (SS. T.S. de 5 de abril de 1993 EDJ 1993/3363, 7 de marzo de 1990 EDJ 1990/2537, 28 de octubre de 1988 DEJ 1988/8482), cuya naturaleza y efectos -del negocio fiduciario- puesta de manifiesto por la jurisprudencia, responde a la tesis del doble efecto, procedente de la doctrina alemana: negocio de naturaleza compleja, producto de dos contratos independientes, real el uno con transmisión plena del dominio, eficaz frente a todos, obligacional el otro, válido entre las partes, por el que el adquirente había de actuar sujeto a lo convenido de forma que no impidiera el rescate de los bienes por el transmitente; si bien es de advertir que el Tribunal Supremo, que aplicó en muy pocos casos, como en la S. de 18 de febrero de 1965, esa doctrina con los enérgicos efectos que de ella lógicamente derivan, ha evolucionado en un sentido que viene a descartar aquella concepción de la fiducia que, en sistema, como el de nuestro ordenamiento jurídico, resulta de difícil adecuación dada la relevancia de la causa en los contratos, de forma que se ha llegado, no sin críticas de orden conceptual, a entender que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal, o una titularidad que se califica de fiduciaria o de dominio impropio, como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material, conservando el fiduciante la titularidad real y material de los bienes, quedando aquella formal del fiduciario en estricta dependencia de los pactos que la originan y con el alcance de ellos derivado. Abundante doctrina jurisprudencial reitera que en el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso... con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (SS. de 28 de diciembre. 1973 EDJ 1973/513, 2 de junio de 1982 EDJ 1982/3594, 9 de octubre de 1987 EDJ 1987/7185, 8 de marzo de 1988 EDJ 1988/1939, 19 de marzo de 1989, 5 de julio de 1989, 30 de enero de 1991 EDJ1991/866 EDJ 1991/866, 30 de abril de 1992 EDJ 1992/4170, 5 de julio de 1993 EDJ1993/6680 EDJ 1993/6680 ... etc.), de tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante (SS. 9 de octubre de 1987 EDJ 1987/7185, 8 de marzo de 1988 EDJ 1988/1939), pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo.

²⁰⁷ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, pg. 284.

- a) Un sector doctrinal –encabezada por DE CASTRO– considera que el artículo 1276 del Código civil hace referencia a la simulación, por consignar en el contrato una causa diferente a la verdaderamente pactada por las partes. El artículo 1301 del Código civil, sin embargo, se refiere al supuesto de existencia de un contrato con causa verdadera y válida, pero que adolece del vicio de falsedad propiciado de forma dolosa por una de las partes, permitiendo que se pueda ejercitar la acción de anulación por quien haya sufrido tal error.

- b) Otro sector doctrinal, dirigido por LACRUZ, considera que ambos preceptos hacen referencia al mismo concepto de causa falsa –error sobre la existencia de alguno de los elementos o presupuestos que las partes consideraron esenciales al negocio–. La falsedad de la causa es, entonces, un defecto subjetivo, es decir, la creencia de que se da o existe un presupuesto que falta en la realidad.

DÍEZ PICAZO, que comparte la tesis de DE CASTRO, considera que es posible por un lado separar lo que el artículo 1301 del Código civil llama falsedad de la causa – que debe entenderse como error sobre la causa y que da lugar a la acción de anulación– y, por otro, que el artículo 1276 del Código civil hace referencia a la causa falsa que lleva implícita la simulación. Por ejemplo: para pagar una deuda de origen ilícito, se pacta una dación en pago asignando a la deuda pagada un origen lícito.

El Tribunal Supremo, con base en el artículo 1277 del Código civil, defiende la presunción de licitud de la causa. Del mismo modo, establece que para la determinación de causa falsa debe existir una discordancia entre lo que se manifiesta y lo que se quiere en realidad. Se equipara la falta de causa a la causa ilícita, debiendo negarse –según la jurisprudencia– protección jurídica a la causa que parezca torpe. Continúa la sentencia explicando que se deberá entender por

contrario a la moral, aquel contrato cuyo resultado repugne la conciencia social y sea indigno por ello de amparo jurídico²⁰⁸.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de junio de 2011 adiciona como suyo el Fundamento Jurídico de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1995²⁰⁹, que, en relación a un negocio fiduciario, establece que el instrumento jurídico que suele utilizarse es una compraventa ficticia, afirmando el Alto Tribunal que, no por ser ficticia deja de tener causa. Ésta se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para la finalidad pactada. Y con respecto a las diferencias entre el negocio simulado y el negocio fiduciario me remito a la compilación de sentencias que recoge la de la Audiencia Provincial de Valencia que he transcrito en pie de página.

Por tanto, la jurisprudencia asemeja la causa falsa a la causa ilícita respecto a los efectos. Para la determinación de la causa falsa se deberá estar a la voluntad de las partes y a lo verdaderamente pactado. Si existe discordancia existirá causa falsa.

²⁰⁸ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de junio de 2011 que recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece: "Cuando el artículo 1276 del Código Civil EDL1889/1 establece que la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita, esa referencia no se relaciona con la causa en sí, sino con la expresión de la misma, o dicho con otras palabras, la causa falsa presupone una discordancia entre lo que se quiere, en realidad, y lo que se manifiesta, de modo que no se ajusta a la verdadera voluntad de los contratantes o de uno de ellos (SS. del T.S. de 2-10-03). No obstante esto, el artículo 1277 del Código Civil, es claro al decir que aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, debiendo entenderse la expresión "deudor" en sentido amplio y dirigido a los interesados que tengan legitimación para instar la declaración de nulidad radical del negocio, que sería la consecuencia jurídica producida por la falta de causa o su ilicitud, sobre quienes se desplaza la carga de la prueba (SS. del T.S. de 23-2-98, 28-9-98, 31-5-99 y 11-7-02)".

4. Licitud de la causa

DÍEZ PICAZO²¹⁰ considera que debe distinguirse la licitud de la causa de la licitud del contrato, o lo que viene a ser lo mismo, determinar cuál es la diferencia entre el límite establecido en el artículo 1255 del Código civil y el límite establecido en el artículo 1275 del Código civil. En el primero se habla de los límites al contrato en general y a su nulidad en cuanto contravenga la norma, dando lugar a la nulidad por el carácter de contrato prohibido.

El artículo 1275 hace referencia a la existencia de varias promesas en un mismo contrato que aparezcan desligadas entre sí. Para decretar su nulidad se acudirá a la nulidad causal.

En general, se consideran ilícitas, todas las promesas que contravengan el ordenamiento jurídico y vayan en fraude de acreedores, lesionen intereses generales, orden público, derechos fundamentales y libertades públicas. Y atentará contra la moralidad cuando el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y lo considere indigno al amparo jurídico. La jurisprudencia viene a conceptuar la licitud de la siguiente forma: La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013²¹¹, que cita la sentencia de 13 de marzo de 1997²¹², precisa: "la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquel imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio". También se refiere a ella la sentencia del Tribunal Supremo de 19

²¹⁰ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de derecho civil patrimonial...*, pg. 282 y 283.

²¹¹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013.

²¹² Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1997.

febrero 2009²¹³, que recoge la siguiente conclusión: “es cierto que el artículo 1275 del Código civil, en consonancia con el apartado tercero del artículo 1261 del mismo Código, exige como requisito esencial del contrato que se establezca la existencia de causa de la obligación; señala que el contrato con causa ilícita no produce efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a la ley, de modo que en tal caso se impondrá la aplicación de las reglas del artículo 1306 en cuanto distingue los supuestos en que la causa torpe deba atribuirse a ambas partes o a uno solo de los contratantes. Así, la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2007 se remite a la de 13 de marzo de 1997 para reiterar que «la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (sentencias de 8-2-1963, 2-10-1972, 22-11-1979, 14-3 y 11-12- 1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (sentencias de 22-12-1981 y 24-7-1993)”.

La jurisprudencia viene a reconocer la validez y eficacia de los negocios fiduciarios. El límite establecido respecto a la causa ilícita es definido por la jurisprudencia como aquel que se opone a las leyes o a la moral²¹⁴. La jurisprudencia equipara la falta de causa a la causa ilícita –con respecto a las consecuencias de nulidad que conlleva–, estableciendo que se negará la protección jurídica cuando la causa se oponga a las leyes o a la moral –la causa que repugne la conciencia social–, y como ejemplos de negocios con causa ilícita se citan: los delictivos, los usurarios,

²¹³ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2009.

²¹⁴ Cfr. al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2001, 7 de junio de 2002, de 30 de marzo de 2004, y 17 de febrero de 2005 afirman que: "cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz". Lo que, por otra parte, no es sino una consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil, a cuyo tenor establece: "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral."

los defraudatorios, etc.²¹⁵ Por tanto, no ampara los negocios con finalidad defraudatoria, por error, dolo o falsedad de la causa.

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera inválido y por tanto nulo, el negocio fiduciario con finalidad ilusoria de la responsabilidad patrimonial del deudor²¹⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo –como ya se ha indicado en este apartado– tiene superada la existencia y validez de la causa para los negocios fiduciarios. El límite para esta forma negocial se fija en la ilicitud de la causa. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013 versa sobre un supuesto de hecho en el que se alegaba la existencia de un negocio fiduciario *cum amico*.

²¹⁵ En este sentido, cfr. jurisprudencia recogida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de junio de 2011, que respecto del art. 1275 del Código civil equipara la ausencia de causa con la ilicitud de ésta: “Asimismo, el precepto citado equipara la falta de causa a la causa ilícita, dando luego el legislador una interpretación auténtica de tal concepto cuando nos dice que será ilícita la causa que se oponga a las leyes o a la moral; así, ha de negarse protección jurídica a la causa que aparezca torpe, de ahí que el negocio cuyo propósito fuese contrario a la ley o a la moral será nulo por ilícito. Respecto a la oposición entre la causa y la moral, cuestión fundamental como se intuye perfectamente y sumamente espinosa, ha de resolverse atendiendo a cuáles sean los preceptos morales que tienen esta trascendencia en lo civil y existirá, cuando el resultado del negocio lo repugne la conciencia social y se a indigno por ello de amparo jurídico.

En cuanto a la apreciación de la inmoralidad de la causa de un negocio es obviamente tarea de los Tribunales, en función de las circunstancias del caso concreto, y así cabe citar, entre otros supuestos que han sido considerados como negocios con causa ilícita en la casuística judicial, los contrarios a las leyes por delictivos, los usuarios, los dirigidos a eludir el cumplimiento de una condena pecuniaria, los tendentes a defraudar a terceros, etc...

Cabe finalmente señalar que no puede olvidarse el principio de la presunción de la existencia de causa que rige en nuestro Código Civil, al disponer el art. 1.277 que aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Caso distinto es que, de concurrir todos los elementos negociales a los que se contrae el art. 1.261 del Código Civil, y en correcta alusión al consentimiento, el mismo esté viciado; se diferencia entonces entre los casos en los que el contrato no llega a existir por falta de razón de los que tiene achaques de error, dolo o temor”.

²¹⁶ Cfr. sentencias del Tribunal Supremo 31 de octubre de 2003 y 4 de julio de 1998, que textualmente recogen:- “los negocios fiduciarios pueden ser lícitos o ilícitos y una finalidad ilícita, como es eludir la responsabilidad patrimonial universal, nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico. En este sentido la sentencia de 6 de febrero de 2013, del Tribunal Supremo que comienza recogiendo la afirmación de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003, recoge sobre la validez y eficacia de los negocios fiduciarios, son válidos partiendo de la base de que el propósito negocial o causa impulsora sea lícito, pues como señala la STS 30-3-04 que recoge la STS 25-5-1944 se reconoce la validez de los negocios fiduciarios que no envuelven fraude de ley.

Demostrado que la causa del negocio consistía en la transmisión de los bienes del fiduciante al fiduciario con la finalidad de eludir la responsabilidad frente a terceros acreedores del fiduciante, se niega la calificación como negocio fiduciario, pues la causa es ilícita.

Por consiguiente, si la causa del negocio es vulnerar el derecho de crédito de terceros, contravendrá lo preceptuado por los artículos 1306.2 y 1275, del Código civil. Por tanto, la validez y eficacia del negocio fiduciario queda supeditada a que su causa no sea ilícita o torpe²¹⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo eleva el móvil –entendido como la motivación que lleva a las partes a prestar su consentimiento para contratar– a la categoría de causa, pero este móvil debe tener una finalidad lícita²¹⁸.

DELGADO ECHEVARRÍA²¹⁹ entiende que no cabe la conversión de un negocio nulo cuando se persiga una finalidad prohibida por la ley, la moral o el orden público, puesto que en este supuesto no puede operar la autonomía privada.

La consecuencia de los contratos con causa ilícita es que no producen efecto alguno; es decir, son nulos de pleno derecho. La ilicitud del contrato alcanzará también a los contratos cuya causa se corresponda con motivos causalizados ilícitos,

²¹⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013, que respecto a al supuesto de fiducia *cum amico*, que establecía la representación con la finalidad fraudulenta frente a terceros, establece en su Fundamento de Derecho cuarto: “mal puede amparar el ordenamiento jurídico un encargo fiduciario que tiene por objeto vulnerar el derecho de crédito de una pluralidad de personas; es claro que la causa del contrato litigioso obedeció a una causa torpe o ilícita, cual es vulnerar la garantía que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 Código Civil, por lo que a los efectos del artículo 1306.2º Código Civil el actor carecería de acción para exigir la restitución de los bienes.”

²¹⁸ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1997 precisa que “la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquel imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio”.

²¹⁹ Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, “Comentario al artículo 1309”, en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, pgs. 470 a 479.

sin perjuicio de determinar qué parte ha contratado bajo este vicio y qué efectos tiene para el que contrata de buena fe²²⁰.

Los artículos 1305 y 1306²²¹ del Código civil establecen las consecuencias derivadas de la nulidad del contrato por causa ilícita. Ambos preceptos tienen como finalidad hacer valer el principio del enriquecimiento injusto, la observancia de la legalidad y la prohibición del abuso del derecho. Si bien no se aplicará el artículo 1306 del Código civil cuando el contrato sea simulado o cuando una de las partes "entregó algo"²²².

²²⁰ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 19 febrero 2009, recurso 2236/2003, concluye que: "Es cierto que el artículo 1275 del Código Civil en consonancia con el apartado tercero del artículo 1261 del mismo Código , que exige como requisito esencial del contrato la existencia de causa de la obligación se establezca, señala que el contrato con causa ilícita no produce efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a la ley, de modo que en tal caso se impondrá la aplicación de las reglas del artículo 1306 en cuanto distingue los supuestos en que la causa torpe deba atribuirse a ambas partes o a uno solo de los contratantes. En este sentido la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2007 se remite a la de 13 de marzo de 1997 para reiterar que «la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (sentencias de 8-2-1963, 2-10-1972, 22-11-1979, 14-3 y 11-12- 1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (sentencias de 22-12-1981 y 24-7-1993)». Aun cuando la "causa" no aparece conceptualmente definida en el Código Civil y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (artículo 1261-3º) y otras de causa del contrato (artículos 1275 , 1276 y 1277), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, sin perjuicio de que los móviles subjetivos -en principio, ajenos a la causa- puedan considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, los que vienen a integrar los llamados "motivos casualizados" (sentencias de esta Sala de 11 julio 1984 , 21 noviembre 1988 y 8 abril 1992 , entre otras)".

²²¹ "Si el hecho en qué consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1ª) Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2ª) Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá este repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido".

²²² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1985 "al ser reiterada la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en la sentencia de 7 de febrero de 1959 y en las citadas en la misma, según la que el artículo 1306 del Código Civil "no es aplicable cuando la nulidad

El límite marcado por la jurisprudencia para libertad de pactos prescinde del concepto típico de causa del Código civil, de la diferenciación entre causa objetiva y subjetiva, de la diferenciación entre causa del contrato o de la obligación, causa típica y voluntad e intención de las partes. La jurisprudencia obvia tanto formalismo y entiende la causa como el móvil o el fin último que persiguen las partes a través del contrato. Y condiciona la validez del negocio a la licitud de éste.

Existen tantos y variados negocios fiduciarios que se deberá analizar el negocio concreto para valorar la eficacia y validez y licitud de la causa. Debe tenerse en cuenta que –como se ha podido comprobar– la causa en los negocios fiduciarios para la jurisprudencia, no es tanto el elemento típico del negocio, sino que concibe la causa con un elemento intencional. Lo llega a definir como el móvil que lleva a las partes a obligarse, de ahí la importancia de estudiar cada supuesto ya que el negocio fiduciario puede ser el disfraz para un sinfín de negocios ilícitos, entre los que se pueden encontrar: eludir impuestos, eludir acreedores, ocultar bienes, falsear cargas, etc....

G. La causa de los negocios fiduciarios: la causa fiduciae

1. La causa de los negocios fiduciarios según la doctrina científica

El negocio fiduciario es criticado por gran parte de la doctrina, por considerar que es un negocio carente de causa. Con esta base es etiquetado por casi toda la

se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo" que es, al igual que en el supuesto contemplado por la referida sentencia, el caso resuelto por la aquí recurrida, en que el presunto vendedor, padre del demandando, hoy recurrente, transmitió a este, que figuraba como comprador, las fincas objeto de las simuladas compraventas, sin contraprestación alguna por su parte", lo que corrobora la STS 14 de noviembre 2008 recurso 74/2003 "En todo caso, y aunque ello ha sido discutido doctrinalmente, esta Sala ha declarado expresamente (sentencias de 7 febrero 1959 , 24 enero 1977 y 30 octubre 1985) que el artículo 1306 del Código Civil "no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo".

doctrina como negocio simulado, por lo menos, de forma relativa. Sin embargo, se ha intentado justificar el negocio fiduciario a través de la *causa fiduciae*. Superada la teoría del doble efecto o de la dualidad negocial, así como la no admisibilidad de los negocios abstractos en nuestro ordenamiento, se ha optado por concebir el negocio fiduciario de forma unitaria y como negocio causal, concibiéndolo como un negocio con causa propia, la denominada *causa fiduciae*.

MARTÍN LEÓN parte de la distinción entre *causa fiduciae* como causa de la obligación, como causa de la atribución y como causa del negocio²²³:

a) La *causa fiduciae* como causa de la obligación, se identifica con la finalidad de mandato o garantía, que constituye la causa del negocio fiduciario. ALBALADEJO²²⁴ afirma que la causa del negocio fiduciario consiste: “en el intercambio del derecho que se transmite, por la ventaja que con tal transmisión obtiene el fiduciante (garantizarnos nuestra deuda, sernos administrada la cosa, cobrársenos el crédito) unida a la potestad de recuperarlo después.” DE CASTRO²²⁵ critica esta concepción de la causa del negocio fiduciario por considerar que no implica la reciprocidad de prestaciones que caracteriza a los contratos con causa onerosa, ya que la entrega por parte del fiduciario se hace sin recibir precio, (sin recibir contraprestación), y las obligaciones asumidas por el fiduciario (no abusar del bien transmitido) no son contraprestaciones recíprocas, concluyendo que no existe causa onerosa.

Sin embargo discrepo de este planteamiento, ya que el fiduciario recibe la cosa y no solo tiene la obligación de no hacer abuso del bien transmitido, sino que además entregó en préstamo una cantidad, o aceptó mandato o representación. Pero también tiene la obligación de retransmitirlo cuando se haya devuelto el préstamo. Por tanto, sí que existe una reciprocidad de prestaciones; si bien no es la típica causa de compraventa, pero sí la típica causa del negocio fiduciario.

²²³ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 101 a 109.

²²⁴ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *El negocio...*, pg. 225.

²²⁵ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 407.

Pero la doctrina mayoritaria –según explica MARTÍN LEÓN– critica la *causa fiduciae* por entender que es un artificio y que no satisface los requisitos tipificados en nuestro ordenamiento jurídico. Así para ALBALADEJO “no es causa, sino un juego malabar para ocultar que falta”; JORDANO BAREA²²⁶ –máximo defensor de la validez de los negocios fiduciarios y que *a posteriori* rectificará para sumarse a la tesis de DE CASTRO que concluye que la teoría del doble efecto no tiene cabida en el ordenamiento jurídico español con nuestra base normativa, considerándolo, por tanto que es un negocio simulado relativamente. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA²²⁷ al referirse a la causa *fiduciae* la califica de invento que no encaja en nuestro sistema jurídico, y en similares términos niegan la cabida de la causa *fiduciae* en el ordenamiento jurídico español CÁMARA LAPUENTE²²⁸, DE LOS MOZOS²²⁹ respecto de la artificiosidad de la construcción jurídica.

b) La causa *fiduciae* como causa de la atribución es concebida por algunos autores con base en el artículo 1901 del Código civil. Se parte de la base de que no existe una enumeración cerrada de las causas de la atribución frente a la enumeración taxativa de las causas de la obligación. En virtud de esta tesis, el fiduciante transmite la propiedad de la cosa al fiduciario con las limitaciones pactadas a través de la causa *fiduciae*. En relación a “la otra causa justa” consignada en el artículo 1901 del Código civil, GINÉS CASTELLET²³⁰ considera que esta interpretación es “exagerada” concluyendo que el hecho de que no exista un *numerus clausus* de las causas de la atribución no implica que el artículo 1901 del Código civil, autorice que toda causa pueda ser justa para explicar cualquier entrega.

²²⁶ Cfr. JORDANO BAREA, “Mandato para adquirir...”, pgs. 1435 y ss.

²²⁷ Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, “Comentarios a la STS de 20 de diciembre de 2007”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 78, 2008, pg. 1259 y ss.

²²⁸ Cfr. CÁMARA LA PUENTE, *loc. cit.*, pg. 1778.

²²⁹ Cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, pg. 103.

²³⁰ Cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pg. 321.

c) La *causa fiduciae* como causa del negocio. MARTÍN LEÓN²³¹ está conforme con la crítica de DE CASTRO²³², quien entiende que si es simulada o con causa falsa la compraventa, la causa del negocio fiduciario constará en el pacto de fiducia que está disimulado, consistiendo bien en un derecho de garantía o bien en un poder de administración o representación. Pero es considerado simulado relativamente, siendo válida la causa del negocio disimulado y falsa la del simulado.

GALICIA AIZPURUA²³³ define el negocio fiduciario y en concreto la fiducia *cum creditore* como “atípica y polémica figura”, y la concibe como “un negocio que vulnera de largo el límite imperativo regulado en los artículos 1261.3 y 1274 del Código civil, es decir, vulnera el límite causal” y lo califica de inválido.

Por otro lado, DURAN RIVACOBAS²³⁴ no considera tan problemático el artículo 1274 del Código civil, sino su artículo 1859; es decir, la prohibición del pacto comisorio, que es el punto en el cuál pierden la virtualidad estos tipos negociales. Respecto a cómo opera la prohibición del pacto comisorio en el negocio fiduciario es abordada en profundidad por este autor, y también es tratado en este mismo capítulo, pero en otro apartado del presente trabajo²³⁵.

Por último debo añadir como reflexión importante, que MARTÍN LEÓN²³⁶ entiende la causa como una sola, que se proyecta en cascada, sobre todas y cada una de las fases que integran el proceso transmisivo. Siendo por tanto la causa del contrato, al mismo tiempo que causa de la obligación, de la tradición y de la atribución producida por el contrato.

²³¹ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 106.

²³² Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 407.

²³³ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 179.

²³⁴ Cfr. DURAN RIVACOBAS, *op. cit.*, pg. 140.

²³⁵ Vid. *infra*, capítulo segundo, III.

²³⁶ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 106.

2. La causa de los negocios fiduciarios según la doctrina jurisprudencial

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin excepción, y por ende casi todas las sentencias de las Audiencias Provinciales, consideran reiteradamente y a lo largo del tiempo la validez de los negocios fiduciarios, la existencia de causa y su eficacia siempre que no contravengan a la Ley.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001²³⁷ reconoce la validez del negocio fiduciario, limitando el derecho de propiedad que ostenta el fiduciario como titular formal del bien dado en fiducia, precisando la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1998²³⁸, la obligación de retransmisión del bien una vez cumplido lo pactado *inter partes*.

Respecto a la causa de los negocios fiduciarios, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1981 establece que puede ser causalizada la finalidad pretendida por ambas partes contratantes, dejando patente que esta finalidad es diferente a las motivaciones particulares y subjetivas de cada parte²³⁹.

²³⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001 establece que el negocio fiduciario supone una "modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza (de ahí que algunos autores consideraran la fiducia *cum amico* la forma pura o genuina del negocio fiduciario)".

²³⁸ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1998 contiene la siguiente afirmación: "la verdadera esencia de todo negocio fiduciario, que consiste (trátase de fiducia *cum amico* o de fiducia *cum creditore*) en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista".

²³⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1981 que en relación a la causalización de las finalidades concluye: "será, menester, para llegar a causalizar una finalidad concreta, que el propósito de que se trata venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 16 febrero 1935 , seguida por las de 20 junio 1955 , 17 marzo 1956 , 30 enero 1960 , 23 noviembre , 27 febrero 1964 y 2 octubre 1973 , además de las citadas, entre otras muchas, de suerte que la causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que animó a cada contratante en su proceder, y en consecuencia para que los motivos subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el

La jurisprudencia tiene superada la cuestión de la causa en los negocios fiduciarios, si bien, el límite es marcado por la licitud de la causa. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013 se manifiesta respecto de la causa de la siguiente forma: “no aparece conceptualmente definida en el Código civil y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (artículo 1261-3º) y otras de causa del contrato (artículos 1275 , 1276 y 1277), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, sin perjuicio de que los móviles subjetivos –en principio, ajenos a la causa– puedan considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, los que vienen a integrar los llamados "motivos casualizados" (sentencias de esta Sala de 11 julio 1984 , 21 noviembre 1988 y 8 abril 1992 , entre otras)".

Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo 5 de marzo 2001, 7 de junio de 2002, de 30 de marzo de 2004 y 17 de febrero de 2005 afirman que "cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz". Lo que, por otra parte, no es sino una consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código civil , a cuyo tenor: "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

Como conclusión, se puede afirmar que la causa es la razón del contrato, y el fin último que motiva su celebración. En mi opinión, no existe una diferencia normativa conceptual clara, sino que, más bien, en el Código civil se alude a la causa de diversas formas, según se esté ante la regulación de obligaciones o contratos. A pesar de las contradicciones normativas en materia de causa, la delimitación de la causa y su exigencia como requisito contractual para los negocios típicos no genera duda. En éstos, la causa se repite como un patrón y viene determinada por la norma.

ordenamiento positivo en particulares hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto determinante del pacto concertado, operando a manera de causa impulsiva - sentencia de 27 diciembre 1966”.

Sin embargo, en los contratos atípicos, la determinación de la causa es compleja ya que, a falta de regulación legal, la hace depender de los máximos interpretadores de la norma y de los negocios jurídicos: la doctrina –con una interpretación restrictiva de la causa para los contratos atípicos– y la jurisprudencia –interpretadora de los negocios jurídicos y del requisito causal con mayor laxitud y permisividad–.

Así, y teniendo en cuenta la exigencia de la causa, la doctrina concluye respecto de los negocios fiduciarios, la inexistencia de éstos y su falta de validez, tildándolos, en el mejor de los casos de negocios simulados relativamente. Por el contrario, la jurisprudencia defiende su validez y los diferencia de forma expresa de los negocios simulados relativamente. La jurisprudencia encuentra el límite en la licitud de la causa, entendiéndola como el fin último que persiguen las partes a través del negocio: siendo en la fiducia *cum amico*, el fin de representación o administración; y en la fiducia *cum creditore*, el fin de garantía, con la limitación de la legalidad respecto de estos fines.

H. La causa de la fiducia cum creditore

La jurisprudencia reconoce la validez del negocio fiduciario en su vertiente fiducia *cum creditore*, en contraposición a la doctrina que la considera un negocio simulado. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2008 con cita de las sentencias de 26 de julio de 2004 de 2 de junio de 1982, 12 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 13 de marzo de 1995 y 15 de junio de 1999, entre otras, concluye que la causa de este tipo negocial no es propiamente la transmisión de la propiedad sino el afianzamiento de la deuda. En el supuesto de hecho analizado se trataba de una compraventa que convierte al fiduciario en titular formal del bien, sin que acceda el bien a su patrimonio, ni siquiera en caso de impago, y no opera por tanto el pacto comisorio, ya que ésta no es la finalidad del

negocio²⁴⁰. Esta Sentencia junto con la de 26 de julio de 2004 y la de 26 de abril de 2001 recogen las líneas maestras que configuran el negocio fiduciario, que se transcriben en otro apartado del presente capítulo²⁴¹.

I. La causa de la fiducia cum amico

En la fiducia *cum amico* me encuentro con la misma dificultad que con la fiducia *cum creditore*. Pues, si bien es cierto, que la doctrina ha criticado siempre

²⁴⁰ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2008, que en su Fundamento de Derecho segundo concluye: "(...) 1. La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario -si son terceros de buena fe- protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. 2. El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario. 3. El fiduciario no se hace dueño real -propietario- del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión. 4. La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación. 5. El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo. 6. La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiriera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de ley (art. 6.4Cód. civ.). Igualmente, en la de 4-12-2002 :

En definitiva, en el caso de autos, se trata de venta en garantía de un préstamo, pues la causa *fiduciae* no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal dada su posición principal de acreedor (aparente comprador), en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender bajo esta figura es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad ni siquiera a través de un pacto comisorio, al no ser esa la finalidad del negocio concertado."

²⁴¹ Vid. *infra*, capítulo segundo, III, G.

más duramente ésta última frente a la fiducia *cum amico* –que es la que se ha considerado como verdadero negocio fiduciario–, no es menos cierto que en general la doctrina no considera como válidos los negocios fiduciarios por carecer de causa. Sin embargo la jurisprudencia los considera ajustados a derecho.

La regulación y conceptualización es realizada a través de una jurisprudencia abundante. En relación a la causa de la fiducia *cum amico*, paso a explicarla a través de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2013 que recoge la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo y que en síntesis confirma que los negocios fiduciarios son válidos y lícitos; y respecto la causa de la fiducia *cum amico* se identifica con la representación o administración. Por tanto, no ostenta el fiduciario la titularidad real de los bienes sino meramente formal, mientras tenga vigencia el pacto de fiducia concertado²⁴². Cumplido el pacto fiduciario el bien volverá formalmente al fiduciario, quien nunca perdió la titularidad real.

²⁴² Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007 afirma que " La posibilidad, y la licitud, de la fiducia *cum amico* ha sido establecida con claridad por la jurisprudencia, en sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 13 de febrero de 2003, entre las más recientes. La primera de las citadas –sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001– en que con justeza se remontaba el instituto a las Instituciones de Gayo (II, 60) decía que en esta modalidad de negocio "el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza". Y la sentencia de 30 de abril de 1992 destacaba la proximidad al mandato de la figura, en un supuesto en que se utilizaba una sociedad, caracterizada como pequeña empresa, para conseguir un préstamo que iba a beneficiar a determinados socios.....Esta posición, que la doctrina consideró como "fiduciaria en sentido lato" se basa, en definitiva, en una adquisición realizada por encargo, un mandato para adquirir. La doctrina jurisprudencial lo ha explicado al señalar que "el mandante adquiere una propiedad sustancial, mientras que el mandatario, frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mandato, una propiedad formal".

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2007 que integra la siguiente reflexión: "debe recordarse la configuración que del negocio fiduciario ha venido haciendo la jurisprudencia de esta Sala, que ya en sentencia de 22 de febrero de 1995 señalaba que "se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario".

II.- LA CONFIANZA COMO ELEMENTO ESENCIAL EN EL NEGOCIO FIDUCIARIO

A. La relevancia de la confianza en los negocios fiduciarios *cum amico* y *cum creditore*

La confianza es considerada por la doctrina y la jurisprudencia como el elemento configurador y distintivo de los negocios fiduciarios. Para parte de la doctrina, esta característica únicamente será válida para la fiducia *cum amico*, que ha sido calificada en muchas ocasiones como la fiducia pura. JORDANO BAREA²⁴³ distingue los criterios de RUMPF Y GRASETTI. El primero circunscribe la categoría de los negocios fiduciarios a los que él denomina negocios fiduciarios puros o genuinos –fiducia *cum amico*–; por su parte, GRASETTI limita su investigación a la fiducia *cum amico*, por

Más recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2012 considera que: "Ciertamente en el caso nos encontramos ante una "fiducia *cum amico*" cuyo precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, "*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*") y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala. En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza".

Incluso algunas resoluciones como la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011, consideran que "A partir de estos términos de la demanda y su correspondiente aclaración parece que la calificación que mejor conviene a las operaciones atribuidas en ella a los demandados es la de negocios fiduciarios consistentes en poner a nombre de las hijas bienes pertenecientes a sus padres con el pacto interno entre estos y aquellas de reconocer a los padres como verdaderos propietarios, pactos a su vez indiferentes para el vendedor de los bienes. De aquí que no fueran extravagantes las constantes alusiones del demandante a la simulación, pues como declara la STS 15-6-99 con cita de otras anteriores la doctrina tiende a asimilar el llamado negocio fiduciario al simulado. Por su parte la STS 27-2-07 declara que en estos casos la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará hasta el momento en que se reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido; y la STS 23-6-06, que en los casos de fiducia *cum amico*, la cual "implica la creación de una apariencia", el fiduciario "se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza".

²⁴³ Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pgs. 21 y 22.

considerar la fiducia *cum creditore* como figura impura. El negocio fiduciario implica confianza del transmitente en el adquirente siendo la nota característica en la fiducia *cum amico*. Sin embargo en la fiducia *cum creditore*, la confianza es muy importante, pero el alcance y la relevancia es diferente, como a continuación trato de explicar.

La doctrina ha criticado, de forma reiterada, que en la fiducia *cum creditore* no existe confianza, sino obligación –en el sentido de única opción de conseguir un crédito– de transmisión por el fiduciante del bien como garantía de devolución del préstamo. RODRÍGUEZ-ROSADO²⁴⁴ considera que el desequilibrio entre la transmisión real y el derecho puramente personal se ve compensado por la fiducia: la confianza. Para afianzar esta tesis se basa en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1955²⁴⁵, en que ante un caso de compraventa y promesa de reventa con plazo de cuatro años que el Tribunal considera negocio fiduciario, se declara que “si se demuestra, y en este proceso no se ha demostrado, que el llamado fiduciante, no prestó su consentimiento en aras de la confianza que le mereciese el *accipiens*, sino que, en situación de angustia económica, tuvo que sucumbir ante exigencias exorbitantes de éste, será preciso abandonar la ruta del negocio fiduciario por inexistencia de la fiducia, que habría de actuar como elemento esencial y decisivo para emprender, en trance de construcción jurídica, otros derroteros que conduzcan a la misma finalidad de cumplimiento de lo verdaderamente convenido.”

Este autor entiende que la confianza de la fiducia *cum creditore* se basa en la “palabra dada” por el fiduciario; confianza en la palabra y no en la persona –ni en la relación de confianza que entre las partes pueda existir–, ya que entonces nos encontraríamos ante otro tipo o modalidad negocial.

JORDANO BAREA estima que la raíz del negocio fiduciario está en la “confianza”. Así, mientras en la fiducia *cum amico* dicha confianza es evidente, en la fiducia *cum creditore* la confianza está focalizada en la exigencia de que la conducta del fiduciario sea la adecuada, y que cumpla el pacto de fiducia de común acuerdo aceptado. Por

²⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, *op. cit.*, pg. 108.

²⁴⁵ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, *op. cit.*, pg. 108, n. 7.

tanto, se confía en la palabra dada por el fiduciario –ya que la verdadera intencionalidad del negocio no es mostrada a terceros– y, el cumplimiento de lo pactado queda supeditado a la buena fe de las partes. Incluso JORDANO BAREA considera que se eleva el grado de confianza ante la falta del poder jurídico de coacción²⁴⁶. A pesar de que, evidentemente, al fiduciante le asisten acciones contra el incumplimiento del fiduciario.

Tratándose de una transmisión patrimonial, con la finalidad de garantizar un crédito, deberán valorarse las circunstancias que envuelven a aquel negocio. Entre ellas cabría destacar las siguientes:

- a) Que el fiduciante necesita una cantidad de dinero líquida.
- b) Que probablemente no puede ser obtenida por los cauces habituales, como serían entidades financieras o de crédito.
- c) Que la figura empleada, generalmente compraventa, es desproporcionada para con la verdadera contraprestación.
- d) Que las condiciones del préstamo en sí, generalmente son exageradas, e incluso muchas pueden tildarse de usureras.

Así, se puede entender que el fiduciante elija la fórmula de la fiducia *cum creditore*, porque se encuentra en una situación acuciante y el fiduciario le exige esta fórmula para concederle el crédito.

Las premisas expuestas, junto con la jurisprudencia, que reflejan los supuestos reales de estos negocios jurídicos, nos llevan a pensar que posiblemente la creación de la fiducia *cum creditore* es precisamente para salvar esa desproporción existente entre la contraprestación y el medio empleado. La única forma de salvaguardar los derechos es a través del control de la institución, de la fijación de los requisitos para su constitución válida y la tutela jurisdiccional de esta forma negocial,

²⁴⁶ Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pg. 24.

regulando los efectos y las diversas vicisitudes que la misma entraña. Lo contrario es negar la institución y dar el espaldarazo a una realidad social y jurídica, cuyo efecto de ignorarla es desamparar a la parte más débil.

En definitiva se busca proteger a la parte más débil de esta relación que sería el fiduciante. Esta conclusión se debe a que el carácter meta jurídico de la confianza, en la fiducia *cum creditore*, es complicada de conciliar con el fiduciario, que en este tipo de negocio casi siempre será un prestamista²⁴⁷. Esto se hace más patente, como a continuación se tratará, con la interpretación a través de la teoría del doble efecto, que es la que ha venido regulando la materia, y que ha dejado de tener relevancia, entre otros motivos, por el excesivo poder que se le otorgaba con esta interpretación al fiduciario.

La interpretación debe basarse en la valoración de los hechos anteriores, coetáneos y posteriores a la formación del negocio. Esta interpretación termina, en muchas ocasiones, calificando una transmisión dominical –a través de los cauces típicos determinados por la norma– como un negocio fiduciario *cum creditore* o *cum amico*, siempre después de un procedimiento judicial.

En ocasiones la voluntad de las partes consta por escrito, a través de un documento privado donde se hace constar lo verdaderamente pactado. Este documento recoge el pacto real e incluso puede explicar el porqué de esta fórmula jurídica, su alcance y las condiciones para la retransmisión de la propiedad. La operatividad de este documento privado sería aún mayor en la fiducia *cum creditore*, donde no existe confianza personal en el fiduciario –*intuitu personae* –, pero sí existe confianza en la palabra por el mero hecho de ser dada. La finalidad del documento es tanto garantizar el cumplimiento de la fiducia como dejar especificadas las

²⁴⁷ Cabe destacar que como he podido valorar a lo largo del estudio de la institución, la fiducia *cum creditore* se da entre partes con una relación de confianza antecedente (familiares, amigos, etc....) con la finalidad de garantizarse el recobro de la propiedad o más bien de salvarla de terceros acreedores, que puedan atacar el patrimonio del fiduciante-deudor, y por tanto frustrar la devolución de la cantidad prestada y, precisamente por esa relación de confianza que existe *inter partes*, se conviene el pacto en los términos expuestos.

condiciones y los pactos internos que, de otra forma, deberán ser interpretados por las normas que regulan la prueba de presunciones. Con todo, la inexistencia –en la mayoría de los supuestos– del documento privado que recoge el pacto fiduciario, es la prueba palmaria de que son negocios en los que la confianza entre las partes es vital.

Por último, se aprecia, pues, que el negocio fiduciario es un negocio basado en la confianza, incluso en su vertiente *cum creditore*, puesto que en este supuesto la confianza va más allá, que la confianza requerida para cualquier otra forma contractual. En la práctica, a pesar de la falta de relación interpersonal, siguen prosperando este tipo de negocios jurídicos. En la mayor parte de los casos está documentada la transmisión patrimonial –que es lo que se publicita frente a terceros–, pero el pacto interno que sólo conocen las partes, por regla general, ni siquiera se formaliza privadamente y por escrito y se deja el cumplimiento a la confianza de que se cumplirá lo pactado.

B. Negocios fiduciarios y negocios de confianza

CÁMARA LAPUENTE²⁴⁸ parte de unas notas tópicas que se repiten en los negocios fiduciarios:

a) Uso de un medio indirecto, y fuera de los cuadros típicos de la ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa y típica prevista en el ordenamiento jurídico.

b) Evidente desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin realmente perseguido.

²⁴⁸ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1769.

c) Riesgo de abuso del fiduciario, debido a la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario si éste procede deslealmente, transmitiendo a terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción o resistiéndose infundadamente a la restitución.

d) Rango superlativo de la confianza (fiducia), que alcanza en este tipo negocial su máxima expresión, superior a la que, en mayor o menor grado, acompaña toda contratación.

Partiendo de esta base, considera CÁMARA LAPUENTE que no existe similitud con los negocios de confianza; es decir, aquellos concluidos en interés ajeno y previstos y regulados por la ley.

En los negocios de confianza se valoran las cualidades personales de las partes, y con base en éstas se negocian los contratos; son negocios *intuitu personae*. Como ejemplos enunciativos, pero no taxativos, se califican como negocios de confianza: el mandato, la comisión, el depósito, etc. En este sentido, no existen las notas de desproporción, atipicidad y confianza como en los negocios fiduciarios. Los negocios de confianza, sin embargo, sí que están tipificados en la norma: el contrato de depósito, mandato o comisión.

La confianza requerida –en los negocios de confianza– está regulada legalmente y, por tanto, ningún riesgo asume el que contrata respecto del abuso de la confianza que se pueda dar por el que presta el servicio. En los negocios fiduciarios sucede lo contrario, pues la confianza que el fiduciante deposita en el fiduciario es máxima.

Con todo, las notas arriba transcritas –utilización de un medio indirecto; desproporción y riesgo de abuso– requieren para su constitución de confianza, siendo por tanto la confianza la nota característica y esencial del negocio fiduciario; pero debe ser distinguido este requisito de la identidad o confusión con los negocios de confianza, que estudio en este apartado.

La jurisprudencia distingue los negocios fiduciarios de los negocios de confianza. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005, en su Fundamento de Derecho tercero²⁴⁹, diferencia los negocios de fiducia –negocios de confianza– de los negocios fiduciarios. Concluyendo que en los negocios de confianza la voluntad de las partes no es suficiente para producir el efecto traslativo del dominio, puesto que no existe causa real para ello, al contrario que en los negocios fiduciarios en los que sí que existe una causa válida –*causa fiduciae*– generadora de la transmisión de la propiedad.

C. La confianza ante la crisis matrimonial y los negocios fiduciarios

Como se termina de exponer, en los negocios fiduciarios se da la característica de la confianza en su grado superlativo. Además la jurisprudencia se ha encargado de diferenciarlos –como se ha indicado– de los negocios de confianza. Debiendo hacer constar que los negocios fiduciarios se dan en todo su esplendor en el derecho de familia; las relaciones familiares son el caldo de cultivo adecuado y más válido para desarrollar este tipo comercial basado en la confianza. Pero no todos los negocios realizados en la órbita de las relaciones familiares son negocios

²⁴⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005, que en su Fundamento de Derecho tercero considera que: “Debe notarse que la parte recurrente, aunque utiliza la expresión negocio fiduciario, invoca en puridad la existencia de un negocio de fiducia, cuya característica, frente al negocio fiduciario, radica en que «si bien en unos y otros concurren dos manifestaciones negociales distintas [...] en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado» (sentencia de 22 de diciembre de 1988). Pues bien, como se infiere de la sentencia de esta Sala núm. 74/2005, de 11 febrero, recurso de casación núm. 4671/1998, también la fiducia, y no sólo el negocio fiduciario en sentido estricto, requiere la prueba de la intención de los contratantes de perseguir una finalidad para la atribución formal de la titularidad del bien al fiduciario ajena a la transmisión, pues declara que «La fiducia parte del presupuesto de la atribución patrimonial que el fiduciante lleva a cabo de cosa o derecho de su propiedad en favor del fiduciario (propietario sólo formal), para la finalidad que ambos pactan y cuando la misma se cumple el fiduciante, por retransmisión, recobra lo cedido (sentencias de 5 de julio de 1993, 15 de octubre de 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998)»”.

fiduciarios, pues deben cumplir los requisitos establecidos por la jurisprudencia para poderse calificar como tales. Ya que por razón del matrimonio existen negocios jurídicos que no son negocios fiduciarios: donaciones, compraventas por precios simbólicos, y demás de carácter definitivo a los esposos o entre los mismos, pero que ante la crisis familiar y por esta misma razón se intenta por todos los medios que solamente beneficie a uno de ellos, intentando calificarlos –el benefactor– de forma interesada como negocios fiduciarios, con la finalidad de que vuelva el bien o el derecho transmitido al patrimonio troncal familiar.

Por otro lado, cuando surge una crisis matrimonial –con la correspondiente pérdida de confianza– se intenta recuperar el bien o derecho dado en fiducia; si bien deberá demostrarse la existencia previa del negocio fiduciario, así como lo estipulado a través del *pactum fiduciae*.

Existe un catálogo amplísimo de sentencias en materia de familia, que resuelven situaciones generadas ante las crisis familiares y confusiones de patrimonios por las comunidades proindivisos, gananciales y postgananciales creados constante el matrimonio. Además, y con la intención de deshacer negocios gratuitos –realizados por motivo de matrimonio–, el favorecedor de la transmisión intenta calificar como negocios fiduciarios aquellos que en realidad son donaciones –fruto de la liberalidad del donante– o compraventas (por precio simbólico). Otras veces el fiduciario trata de negar el negocio fiduciario para apropiarse del bien –que fue transmitido de forma fiduciaria, con base en la confianza existente, constante el matrimonio– tras la ruptura matrimonial.

Con todo, paso a exponer supuestos de hecho judiciales –en materia de familia– con situaciones en los que los negocios fiduciarios son el centro el objeto de debate.

Cabe plantearse, si partimos de que en los negocios fiduciarios existe una transmisión de la propiedad puramente formal –del fiduciante al fiduciario– con obligación de retransmitir: ¿cómo opera ésta en los negocios fiduciarios entre los cónyuges?, ¿se debe entender que se extingue el negocio fiduciario por la

sobrevenida pérdida de confianza ante la crisis matrimonial? ó ¿cabría fijar una cláusula revocatoria que opere *ipso facto* ante la crisis matrimonial?

Las respuestas a estas cuestiones dependen en exclusiva del supuesto de hecho concreto. Como se ha dicho a lo largo del trabajo es una institución muy casuística y se debe valorar supuesto a supuesto. En general, existe multitud de problemas a la hora de determinar la existencia y el alcance de los negocios fiduciarios en materia de familia, ya que la confianza depositada entre cónyuges hace que el pacto fiduciario no se instrumente por escrito. Sin embargo, ante la crisis matrimonial los procedimientos son más viscerales, ya que existe una elevada carga emocional con las consecuencias que ello conlleva, como a continuación se expone con ejemplos concretos y que, lejos de ser excepcionales, son supuestos habituales en los tribunales españoles.

En mi opinión considero que sí que existe una cláusula resolutoria del negocio fiduciario *cum amico* ante la crisis matrimonial, siempre que ésta suponga la pérdida de la confianza en el fiduciario, ya que carece de sentido continuar manteniendo un negocio basado en la confianza ante una ruptura familiar de esta índole. La resolución podrá operar, a pesar de no estar pactado de forma expresa, ya que, considero que es consustancial al propio negocio.

- a) La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006²⁵⁰ recoge el supuesto en el que un padre que hace una donación a su hija y a su yerno

²⁵⁰ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006, que en los Fundamentos de Derecho segundo y cuarto sintetizan un supuesto de hecho de negocio fiduciario de fiducia *cum amico* ante una crisis matrimonial: "(..) previamente al examen individualizado de esa "motivación", las siguientes declaraciones:

I.- En la demanda origen del proceso, y planteada por el padre de uno de los demandados (su hija, casada con otro de ellos), frente a éstos y la vendedora, se solicitan como declaraciones a efectuar por el Juzgado, las siguientes, en resumen, y en lo que aquí interesa: a) la nulidad de la compraventa, otorgada entre los demandados en documento público, de la vivienda de autos, por inexistencia de causa y por simulación; b) la nulidad consiguiente de la inscripción registral de dicha compraventa; c) la inexistencia de la transmisión de la propiedad efectuada, cualquiera que sea el título de la misma y en concreto el de una donación encubierta; d) la condena a la vendedora a otorgar nueva escritura de compraventa en favor del actor, o subsidiariamente a hacerlo por los otros codemandados, debiendo realizar éstos los actos precisos y otorgar cuantos documentos fueren necesarios para ello; e) la

para la compra de la vivienda habitual, pero ante la crisis matrimonial intenta que se califique como un negocio fiduciario. Este es un supuesto típico de pura liberalidad, se hace la donación por parte del padre de la esposa al matrimonio sin pacto revocatorio alguno; quizá con la convicción de la indisolubilidad del matrimonio. El problema surge ante la crisis

desocupación de la vivienda por los ocupantes, dejándola libre y a disposición del actor; y f) la condena en Costas a los demandados.

II.- a) El Juzgado, dicta sentencia, desestimando la demanda, y absolviendo de ella a los demandados, por entender que éstos habían adquirido realmente la propiedad de la finca, y que no se daba la nulidad absoluta o relativa de tal contrato, pues no existía simulación alguna al respecto, entendiéndose, por contra, que sí había existido donación del dinero que era precio del contrato, bien mueble, para el que no se precisaba de escritura pública.

b) La Audiencia estima la demanda, revocando la anterior sentencia, con estimación del recurso de Apelación del demandante, y entendiendo que no se daba la simulación del contrato, en ninguna de sus modalidades, ni la donación del actor a los demandados, apreciaba la existencia de un “contrato fiduciario” en el que estaba incluida la obligatoriedad de retorno de la propiedad de los compradores al dueño real frente a ellos, y condenaba a las partes demandadas a efectuar dicho retorno, con imposición a las mismas de la obligación de realizar los actos precisos para ello, y la desocupación de la finca, cuya posesión debía entregarse al demandante.

III.- El demandado, que fue esposo de la otra codemandada (hija del actor) y separado judicialmente de ella, plantea recurso de Casación frente a la anterior sentencia, pidiendo su anulación y que se confirme la del Juzgado, y proponiendo a dicho fin, cuatro motivos, el primero, de forma, por “incongruencia extra-petita” de la sentencia de la Audiencia, al entender que la misma había resuelto por una causa que no era la pedida en demanda, sino distinta a la discutida: siendo los otros tres motivos de fondo, en los que se va desarrollando el siguiente discurso: en primer lugar (motivo 2º), se propone la declaración de que, en ningún caso, ni en sus distintas modalidades, se ha dado el negocio fiduciario declarado por la Audiencia; consiguientemente (motivo 3º), sí se había producido la donación del dinero que sirvió para la compraventa, que no precisó, al ser bien mueble y fungible, de formalidad (escritura pública) alguna, al respecto; y, en definitiva (motivo 4º), que la adquisición real de la finca, por su parte (y por la que fue su esposa), sí se dio, por darse las características que se exigen legalmente para ello, es decir, el título y la tradición, con la entrega de la posesión, que había durado, mediante la ocupación de la finca, largo tiempo. Este último es el motivo de fondo, dentro de los tres de esta categoría, que se puede considerar como el más importante y que precisa de su principal contemplación, si bien los dos que le anteceden coadyuvarían a su posible admisión.” Siendo estimado el recurso en los términos argumentados por el instante. Y concluyendo que: “E) No obstante lo anterior, y en cualquier caso, la virtualidad o justificación jurídica del pago hecho para realizar la compra en este supuesto, vendría amparada en la figura del “pago por tercero” de la deuda, como liberador para el adquirente frente al transmitente, del art. 1158 Cc. EDL 1889/1 ., bien lo consienta y lo conozca, o no, el deudor por compra, pago que no requiere, pues, de justificación causal alguna, sin perjuicio de las acciones que puedan proceder entre el tercero pagador y aquél, sobre la base de dicho precepto; y sin que en el presente caso se haya ejercitado acción alguna por el demandante (hoy, recurrente) para la posible recuperación del dinero así abonado.

Debe indicarse, en fin, que la adquisición del dominio del bien, corresponde en proindiviso al recurrente y a la que fue su esposa, hija del actor, por mitades e iguales partes, por lo que la acción (implícita en su oposición a la demanda) de aquél nunca ha podido ejercitarse en beneficio exclusivo y total suyo.”

matrimonial y la posibilidad de que alguien ajeno a la familia se beneficie. Esta reacción es absolutamente normal –piénsese en las reservas troncales habidas en el derecho de sucesiones o en las cláusulas revocatorias de las donaciones, o en las donaciones condicionales–, pero carente de fundamentación frente a las donaciones puras.

En el supuesto de hecho, el actor –padre de los demandados– interpone acción de nulidad de compraventa contra su yerno y su hija –separados legalmente– y contra la entidad promotora que les vendió la vivienda familiar. La nulidad de la compraventa se sustentaba en que el contrato privado había sido suscrito con el actor, éste había pagado el precio, pero la escritura pública se otorga a favor de los cónyuges.

Ante la crisis matrimonial – y una vez separados legalmente los cónyuges–, se solicita la nulidad de la compraventa, el juzgado desestima la acción, y el actor recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima la demanda, entendiendo que es un negocio fiduciario ya que existen dos contratos: uno privado que firma el padre y otro público que es firmado por los cónyuges. La Audiencia provincial no explica los motivos de calificar el negocio jurídico como fiduciario, tampoco lo califica como *cum amico* o *cum creditore*, ni se ha demostrado el pacto de fiducia y cuándo se tenía que realizar la retransmisión. Frente a esta resolución se alzó el “yerno” e interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo estima el recurso entendiendo que existe una donación de dinero del padre a los “hijos” – al matrimonio–, como es de cosa mueble “dinero” no necesita la formalidad requerida para los inmuebles (la donación y la aceptación deben ser formalizadas en escritura pública) y que además no existe negocio fiduciario por falta de causa ni la existencia de pacto fiduciario.

b) Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012²⁵¹. Este supuesto de hecho versa sobre la acción de declaración de dominio sobre

²⁵¹ Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012, en su Fundamento de Derecho primero recoge: "PRIMERO.- Doña Mónica formuló demanda de juicio ordinario contra don Carlos Alberto interesando sentencia por la cual se declare que la demandante es la única titular en pleno dominio de la finca (...)

El demandado se opuso y, además, formuló reconvencción ejerciendo acción declarativa de dominio respecto de la mitad de la finca descrita e interesando sentencia que contenga tal declaración y, subsidiariamente, que se condene a la actora reconvenida a abonarle la cantidad de 222.465 euros.

Sustanciado el proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barbate dictó sentencia de 22 de abril de 2008 por la que estimó íntegramente la demanda y declaró que la finca en cuestión es propiedad de D^a Mónica, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración y a dejar vacua y expedita dicha finca a la libre disposición de la actora bajo apercibimiento de lanzamiento, con imposición de costas a la parte demandada; igualmente estimó la reconvencción parcialmente y condenó a D^a Angelina a abonar a don Carlos Alberto la cantidad de ochenta y cuatro mil novecientos veinticinco euros con treinta y un céntimos, más intereses legales, sin especial pronunciamiento sobre costas de la reconvencción.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5^a) dictó sentencia, de fecha 10 de febrero de 2009, por la que estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado-reconviniente don Carlos Alberto y desestimó el de la demandante D^a Mónica, desestimando la demanda y dando lugar a la petición principal formulada en la reconvencción, con los correspondientes pronunciamientos sobre costas.

Contra dicha sentenciase interpuso por la demandante recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, habiendo sido admitido únicamente este último.

SEGUNDO.- La Audiencia considera acreditado que, aunque en la escritura notarial de compraventa de fecha 30 de marzo de 2004, aparece como titular y única compradora de la finca la demandante D^a Mónica, dicha finca fue vendida conjuntamente a dicha compradora y al demandado don Carlos Alberto -con el que mantenía una relación sentimental- lo que se justifica teniendo en cuenta la propia declaración testifical del vendedor don Leandro que explica "de forma reiterativa y contundente" que la venta se hizo a ambos, los cuales le dijeron que la pondrían a nombre de la demandante porque el demandado "tenía problemas derivados de su divorcio "; que ambos le manifestaron cómo iban a financiar la operación, ella con el dinero obtenido por la venta de un piso y él con el obtenido a través de una indemnización por despido. A continuación, la sentenciase refiere al modo como el demandado hizo su aportación económica para pagar el precio, por lo que, en definitiva, concluye que "la finca se vendió a ambos litigantes y que fue pagada con dinero de ambos".

TERCERO.- El primer motivo del recurso denuncia la infracción de la "doctrina relativa a la fiducia cum amico en cuanto a su interpretación y aplicación, derivada del artículo 1255 del Código Civil EDL 1889/1".

Sostiene la parte recurrente que la solución adoptada por la Audiencia implica reconocer la existencia de una relación fiduciaria de tal clase entre las partes en virtud de la cual la demandante, D^a Mónica, figuraba como titular de la totalidad de la finca cuando, por el contrario, la misma pertenecía por mitades indivisas a ella y al demandado don Carlos Alberto, siendo así que para que tal pacto de fiducia cum amico sea válido es necesario que sea lícito, es decir, que no se realice en fraude de ley; situación que -según afirma la recurrente- se daba en el caso en tanto que, según reconoce el propio demandado, se hizo así para evitar problemas económicos derivados de la ruptura de su anterior relación sentimental.

un bien que le había sido transmitido de forma fiduciaria, en este caso la actora es la ex pareja del demandado. La base con la que se pretendía sustentar la acción, consistía en que se considerase que el negocio fiduciario había sido fraudulento ya que la finalidad fue salvaguardar el patrimonio del demandado-fiduciario de su primera ex mujer. Con este sustento legal, pretendía la actora apropiarse del bien que había sido adquirido por ella misma de forma fiduciaria. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción, ejerciendo acción declarativa de dominio.

El demandado alega la existencia de negocio fiduciario, ya que el inmueble fue adquirido, en realidad, con dinero de ambos y se puso a nombre de la actora porque éste tenía problemas económicos de una relación matrimonial anterior. La actora insiste que se realizó de forma fraudulenta y para perjudicar a la ex mujer de su pareja. Por tanto, con finalidad ilícita que conlleva la nulidad.

El Tribunal Supremo concluye que no se puede mal interpretar la jurisprudencia –a favor de quien consiente un negocio fiduciario y pretende defraudar la confianza depositada en ella–, y considera que el negocio fiduciario es válido por lo que se le reconoce a él la mitad de la propiedad.

La sentencia de esta Sala núm. 518/2009, de 13 julio (Rec. 294/2005) se refiere a dicha figura afirmando que su precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, "*sed fiducia contra hitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*") habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real -en este caso sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente a don Carlos Alberto - pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.

Precisamente por ello, lo que no puede pretender la recurrente es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia *cum amico* -que le vincula con el demandado- para, haciendo una interpretación interesada de la jurisprudencia citada, negar toda eficacia "inter partes" a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata."

La resolución del Tribunal Supremo es acertada, –desde mi punto de vista–, ya que devolviendo el bien fiduciario al patrimonio del fiduciante se da cumplimiento al pacto *fiduciae*, por un lado, y por otro, si el bien está en el patrimonio del fiduciante podrá responder de las posibles deudas de éste. En caso de haber estimado la pretensión contraria, se habría producido un enriquecimiento injusto, y eludido posibles responsabilidades de terceros acreedores del fiduciante.

Con todo, se puede concluir que, a pesar de que la finalidad del negocio fiduciario fuese eludir la responsabilidad patrimonial frente a terceros acreedores, el resultado no debe ser la nulidad del negocio, sino la retransmisión en los términos acordados, con la finalidad de que no se perjudique a los terceros ajenos al negocio en beneficio de una de las partes, que colaboró en el mismo.

c) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010²⁵², recoge un supuesto en que la actora —ex esposa del

²⁵² Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010. En el presente caso, se funda la demanda en la existencia de un pacto fiduciario por el que ambos se beneficiaban de las ventajosas condiciones que ofertaba Caixa Catalunya a sus trabajadores exclusivamente. El pacto fiduciario no queda reflejado documentalmente, ni tampoco se deduce de las actuaciones, así:

“1.- Si bien el demandado es empleado de Caixa Catalunya, la actora es empleada de Deutsche Bank (antes Bancontrans).

El demandado en la contestación a la demanda opone que no tiene constancia que Caixa Catalunya ofreciera mejores condiciones hipotecarias que Deutsche Bank donde trabajaba y trabaja la apelante, y no lo acredita. Como hemos visto anteriormente la carga de la prueba de la *causa fiduciae* corresponde al que la alega, y la apelante no ha probado las diferencias en los beneficios entre los empleados de las distintas entidades.

2.- En el iter de la duración de la convivencia matrimonial se hicieron varias adquisiciones inmobiliarias.

La primera vivienda adquirida tras el matrimonio y, una plaza de aparcamiento, lo fue en la calle Marina de Barcelona. Se escrituró dicha adquisición a nombre de la apelante, en piso que aparece como cedido por los padres de ella.

En el interrogatorio en juicio de la ex esposa declara que "se pactó que el piso era moralmente de los dos igual que el de la calle Marina" (folio 698, acta del juicio). En éste punto podemos partir que la apelante por su profesión conoce la terminología propia de las adquisiciones, préstamos, y demás figuras jurídicas propias en su trabajo.

Y, se refiere a que se pactó que era moralmente de los dos, y, parece que el término es empleado correctamente.

(...)Y, finalmente nos encontramos que ambos cónyuges por mitad y proindiviso adquieren una segunda residencia en Cunit, vivienda y parking.

demandado– interpone acción declarativa de dominio sobre un inmueble adquirido por el demandado constante el matrimonio en régimen legal de separación de bienes.

La sentencia de primera instancia estimó la pretensión de la esposa –actora– por la que declaraba el dominio de ésta respecto de la mitad indivisa de la finca objeto de litigio.

Frente a la resolución de instancia, la Audiencia Provincial resuelve a favor del esposo-apelante al considerar que no se había acreditado la existencia de un negocio fiduciario y que no se acreditó que el esposo obtuviera mejores condiciones de financiación por escriturar el inmueble a su nombre en exclusiva; y teniendo en cuenta que ambos estaban casados en separación de bienes, que ambos trabajaban en banca y que constantemente el matrimonio realizaba compras de inmuebles de forma privativa y en proindiviso, según les beneficiara, no se podía concluir la existencia de negocio fiduciario por falta de prueba, tanto de la *causa fiduciae* como del pacto de fiducia.

d) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011²⁵³, resuelve un supuesto –dentro de la órbita de la crisis matrimonial

Por lo que constante matrimonio se producen distintas adquisiciones, con titularidades distintas y conjuntas, por lo que dificulta la prueba de un pacto fiduciario cuando el mismo sólo se significa de una operación, de la mitad indivisa del piso de la CALLE000, pero no de las restantes. En definitiva, no ayuda ello a presumir ningún pacto fiduciario.

(...) En definitiva, alegada la existencia de un pacto de fiducia cum amico no consta probado el mismo, ni se deduce de la conducta de las partes durante la convivencia matrimonial, en que ambos trabajan en el sector bancario, en distintas entidades, conocedores del significado de lo que hacían en sus adquisiciones inmobiliarias, y constando adquirirse a nombre de uno y otro, y de los dos; sin que lo que moralmente pudiese entender la apelada tenga su traducción jurídica, además de que respecto del piso en la calle Marina resultaría que moralmente era de los dos, pero en la venta el dinero de ella, lo que en definitiva, significa el reconocimiento que el concepto moralmente no es equivalente a titularidad conjunta.

Todo ello conlleva a estimar el recurso de apelación, y, en consecuencia desestimar la demanda deducida por la actora.”

²⁵³ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011, que en su Fundamento de Derecho segundo establece que: “(...) El negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquél convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión del dominio, eficaz *erga omnes*”, y otro obligacional, válido

también— que trae causa de un negocio fiduciario en su modalidad de fiducia *cum creditore*. La actora —primera ex esposa— entabla acción en reclamación de cantidad contra la comunidad post ganancial formada por la segunda esposa de su exmarido —ahora viuda— y los hijos de la actora y su ex marido. La finalidad de la acción es que el bien (en este caso participaciones sociales) que fue transmitido en forma fiduciaria *cum creditore*, vuelva al patrimonio privativo del ex esposo —por haberse cumplido el pacto fiduciario (devolución del crédito)— y no a la comunidad post ganancial del segundo matrimonio de éste, que en todo caso no era el fiduciante.

La actora reclama cantidad contra la comunidad post ganancial formada por la segunda esposa de su ex marido —ahora viuda— y los hijos de la demandante y su ex marido. El importe reclamado era la cantidad de 1.137.020 euros. La cuestión litigiosa consistía en que constante el primer matrimonio en régimen de gananciales —y con anterioridad a la liquidación de éste—, se adquirieron unas participaciones sociales del Casino de juego Gran Madrid.

Las participaciones fueron transmitidas como garantía de devolución de un préstamo al cuñado del ex esposo de la actora, comprometiéndose a retransmitirlas una vez devuelto el préstamo. Todo ello, habida cuenta que las participaciones fueron adquiridas constante el primer matrimonio, sin haber formado parte de la liquidación de gananciales de éste. El ex esposo contrajo nuevo matrimonio y con posterioridad falleció. Considera la actora —primera esposa— que devueltas las participaciones sociales por el fiduciario y fallecido el ex esposo, las participaciones han pasado a formar parte de la comunidad post ganancial del segundo matrimonio.

inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de éste (sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997 y 16 de noviembre de 1999) o, como dice la sentencia de 5 de marzo de 2001 (...) y en parecidos términos se pronuncia la sentencia de 16 de julio de 2001». Por tanto lo que se dice en el acto de manifestaciones al que se hace referencia es que la operación concertada entre las partes se había configurado como un negocio fiduciario, y que dicho negocio había concluido satisfactoriamente y habiéndose producido la causa fiduciaria en el año 1987 momento en el que las acciones volvieron a su propietario que nunca dejó de serlo por aplicación de la doctrina del negocio fiduciario.

Y esta comunidad ganancial, fallecido el esposo, la componen la segunda esposa y los hijos del primer matrimonio.

La reclamación hecha por la actora, es la indemnización por el valor de las participaciones y el valor de los frutos de las mismas, ya que la titularidad realmente es de la sociedad de gananciales del primer matrimonio.

La parte demandada se opuso a la reclamación con base en que la compraventa hecha constante el matrimonio fue válida en sí misma y no era fiduciaria, y que la segunda venta –retransmisión fiduciaria– era una compraventa que no podía calificarse de fiduciaria. Por tanto, siendo independientes los negocios, no se incorporarían o no existiría ningún derecho de crédito a favor de la primera esposa²⁵⁴.

²⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011. En el Fundamento de Derecho segundo continua estableciendo que: "(...)En efecto, la parte apelante, después de hacer mención a la teoría de los actos propios, lo que intenta es desacreditar el contenido del acta de manifestación con ello intenta llevar al juzgador y a la Sala a la conclusión de que en realidad no se había producido tal negocio fiduciario sino que la compraventa de las acciones instrumentadas en los años 1982 y 1984 constituiría un negocio real como también lo fue la retroventa producida en el año 1987, y que fueron todas ellas operaciones autónomas y distintas y que estaban no revestidas de ninguna *causa fiduciae*.

(...)En efecto, lo que realizaron las partes fue el típico negocio de transmisión de propiedad en garantía, a través de un medio indirecto cual es la instrumentación de una compraventa simulada, que, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha conocido ya en bastantes ocasiones (sentencias de 2 de junio de 1982, 12 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 13 de marzo de 1995 y 15 de junio de 1999, entre otras).

Según la citada sentencia de 26 de abril de 2001 «las líneas maestras de la configuración de esta figura jurídica, llamada también «venta en garantía», en la doctrina jurisprudencial pueden resumirse así: 1º la transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia «cum creditore». el fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. 2º el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario. 3º el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia el pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión. 4º la falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa

La prueba practicada en el procedimiento demostró la existencia de un acta de manifestaciones ante notario, en el que se explicaba que en las primeras compraventas no hubo pago de dinero y que respondían a la transmisión en concepto de garantía y la segunda retransmisión al cumplimiento del pago de la cuantía adeudada.

El Tribunal calificó el negocio realizado de fiducia *cum creditore* y acordó el pago de las participaciones a favor de actora, no así de los intereses, que se entendió que eran del fiduciario.

Por último, el tribunal consideró –respecto a la alegación de prescripción adquisitiva– que siendo un negocio fiduciario no concurre en el fiduciario el carácter de adquisición del bien en concepto de dueño²⁵⁵.

sujeta a la condición del pago de la obligación. 5º el fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo. 6º la transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía» es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación....." (...). Entre estos casos se encuentra la denominada «fiducia *cum amico*»" y por ende también extrapolaba la figura de la fiducia *cum creditore*, no siendo desdeñable en este punto la existencia de relación de amistad o incluso familiar entre los intervinientes en este tipo de contratos.

(...)En efecto de las pruebas obrantes en autos no parece que en modo alguno se produce un desplazamiento patrimonial en ninguna de las compraventas y palmariamente no se produce el desplazamiento patrimonial en la retroventa de las acciones del Casino producidas supuestamente en el año 1987. En efecto, ascendiendo el precio de la compraventa a la suma de más de 24.000.000 de ptas., lo cierto es que no hay rastro de la entrega de dicha suma por parte del Sr. Alberto, y siendo como es una suma muy notable sobre todo en el momento en que se produjo la transmisión y a la vista del cuidado contable que llevaba el referido Sr Alberto, como lo acredita el hecho de conservar las matrices de los talonarios aun mucho tiempo después de su uso, lo cierto es que no consta ningún apunte que justifique el pago de una suma tan elevada, que por fuerza debió de haber dejado rastro, y no se puede cobijar con algunos apuntes referidos a venta de acciones en que lo son por un importe muy inferior, de lo que se desprende que no puede sino conceptuarse las operaciones como una compraventa fiduciaria en su modalidad de fiducia *cum creditore* o incluso de fiducia *cum amico*, pues forzoso es decir que tampoco consta la entrega de dinero que supone el capital del préstamo. (...) por lo que no cabe afirmar que en realidad las compraventas efectuadas correspondían a una realidad jurídica, debiendo considerarse como simple compraventa fiduciaria y en garantía."

²⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011 Fundamento de Derecho tercero.- PRESCRIPCIÓN Que como segundo motivo de apelación se aduce que la sentencia ha inaplicado la figura de la prescripción adquisitiva de las acciones conforme al art. 1955 del C.C. EDL 1889/1 El motivo no prospera y ello porque cuando como se ha dicho con anterioridad la naturaleza jurídica del negocio realizado por el Sr Alberto y el Sr Claudio se corresponde con un negocio fiduciario, en su modalidad *cum creditore*, o aun incluso en la modalidad *cum amico*,

- e) La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007²⁵⁶ considera los negocios fiduciarios, como negocios que ocultan la

caracterizado este último como una modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza. (...) por lo que no cabe que se hayan poseído dichas acciones a título de dueño pues la titularidad era meramente fiduciaria y la compraventa que ampara la supuesta titularidad también. Por ello el motivo se desestima.

²⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007. Fundamento de derecho: "TERCERO.- Respecto de la cosa juzgada (.....). Efectivamente las partes firmaron de mutuo acuerdo Convenio Regulador de la separación, en cuya cláusula sexta se hace constar expresamente que "El matrimonio de los comparecientes se rige por el régimen económico matrimonial de separación de bienes, según se estableció en capitulaciones matrimoniales suscritas en fecha 27 de julio del año 1992 ante el Notario de Elche D^a Pilar Chofre Oroz, Protocolo núm. 1370, no habiendo bienes en común entre los cónyuges y sin que estos tengan nada que reclamarse por este concepto"; acuerdo que fue ratificado por sentencia de fecha 24.9.04 del Juzgado de Primera Instancia nº6 de esta Ciudad dictada en procedimiento de separación núm. 800/2004 presentado el día 21.7.04. Verificados tales hechos, se ha de determinar si efectivamente el Acuerdo alcanzado en el Convenio Regulador aprobado judicialmente produce los efectos de la cosa juzgada sobre el procedimiento que ahora nos ocupa. Es de destacar al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2006, que señala que para que concurra la cosa juzgada, resulta esencial "que el pronunciamiento judicial antecedente resuelva la controversia entre las partes, que lógicamente no podrá serlo de modo distinto con posterioridad, pero no puede predicarse tal efecto cuando las sentencias de separación y divorcio únicamente se limitaron a aprobar un convenio que.....se limitaba a consignar la común voluntad de los interesados.

Y constatada la existencia de un negocio fiduciario entre las partes, anterior en el tiempo al Convenio Regulador de la Separación, es evidente que los efectos de la cosa juzgada no pueden recaer sobre tal negocio fiduciario; puesto que con la declaración contenida en el convenio de separación se viene a ratificar la realidad de tal acuerdo fiduciario y por tanto a ratificar la apariencia formal de la titularidad de los bienes, que no la real, lo que constituye la esencia de la "fiducia cum creditore", a la que seguían ligadas las partes. Admitir lo contrario en el momento en que se suscribió tal acuerdo, podría incluso haber determinado la existencia de un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento jurídico. (...)

(...) Ello enlaza a su vez con la alegada infracción del art. 7.1 del Código Civil EDL 1889/1, por inaplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, en base precisamente al Convenio regulador de la Separación. Como recoge la STS de 28 de octubre de 2.003 "Esta Sala tiene señalado en relación con los "actos propios", como destacó la sentencia de 22 de enero de 1997 y repitieron las de 7 de mayo de 2001 y 15 de marzo de 2002 que las sentencias de 15 de febrero de 1988, 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983 y 16 de junio de 1984, se pueden considerar esenciales en el tema de los actos propios, que se definen como expresión inequívoca del consentimiento que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y además causan estado frente a terceros. Asimismo, una pletórica jurisprudencia, constituida, entre otras muchas, por las sentencias de 5 de octubre de 1987, 16 de febrero y 10 de octubre de 1988, 10 de mayo y 15 de junio de 1989, 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, mantiene que el principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de la buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del

verdadera situación a terceros ajenos al negocio, también son generadores de problemas, ante las liquidaciones económico matrimoniales, puesto mientras esté vigente el pacto fiduciario, éste debe obviarse ya que esa es su propia naturaleza: permanecer ocultos frente a terceros hasta que se cumpla lo pactado. Una vez cumplida la causa fiduciaria, el cónyuge perjudicado podrá reclamar lo que a su derecho convenga. Este es el supuesto que a continuación describo:

En primer lugar, se alegaba por el recurrente la excepción de cosa juzgada, habida cuenta de la existencia de una sentencia que aprobó el convenio regulador de su divorcio. Si bien es cierto este extremo, –así como que en el convenio se manifestó que no existían bienes que conformaran la sociedad de gananciales–, no es menos cierto que en el propio convenio se viene a ratificar la realidad de tal acuerdo fiduciario. Ya que se ratifica la apariencia formal de la titularidad de los bienes, que no la real, lo que constituye la esencia de la "fiducia *cum creditore*", a la que seguían ligadas las partes. Admitir lo contrario en el momento en que se suscribió tal acuerdo, podría incluso haber determinado la existencia de un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo, la problemática generada por los negocios fiduciarios ante la crisis familiar dentro de la órbita de la disolución de los regímenes económico

tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica afectante a su autor y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior." Por su parte la STS de 21 de mayo de 2001, hace una exposición detallada de la jurisprudencia recaída en torno a la doctrina de la vinculación por los actos propios señalando que "esta Sala tiene declarado para la aplicación de la doctrina de los actos propios es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (sentencias del tribunal Supremo de 6 de abril y 4 de julio de 1962); y como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2000, el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (...) Aplicando tal doctrina al caso que nos ocupa, resulta que con el convenio regulador la actora apelada no va contra sus propios actos, muy por el contrario viene a ratificar la posición mantenida desde un inicio cual era el mantenimiento de la apariencia formal derivada del acuerdo fiduciario que ambos cónyuges habían alcanzado con anterioridad a la separación conyugal. Muy al contrario, es el esposo el que realiza actos propios que vienen a ratificar la existencia del negocio fiduciario pactado entre los cónyuges, pues interesó tras la separación, la peritación de todos los bienes existentes en el matrimonio, con el objeto de proceder a la liquidación de los mismos."

matrimoniales sea a través de sentencia judicial firme o acuerdo homologado judicialmente, crea la expectativa del cónyuge fiduciario de oponerse a la reclamación por parte del cónyuge fiduciante, por ser opuesta a la prohibición de ir contra de los actos propios o de cosa juzgada.

En ambos supuestos –sentencia o acuerdo extrajudicial–, debe concluirse que los negocios fiduciarios, –como negocios basados en la confianza y en los que se pretende esconder a terceros la situación dominical verdadera–, deben mantenerse ocultos hasta que se cumpla el pacto fiduciario. En consecuencia, si no se ha cumplido el pacto de fiducia al tiempo de los pactos liquidatorios o de la sentencia en cuestión, no pueden incluirse por la propia naturaleza del negocio fiduciario, como confirma la práctica judicial.

- f) La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012²⁵⁷, analiza un supuesto de hecho relativo a la confianza absoluta

²⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012 en el Fundamento de Derecho tercero concluye: "(...) Cabe recordar con la STS de 23 de junio de 2006 que la "fiducia cum amico" "ha sido contemplada -dice la sentencia de 16 de julio de 2001 - por mucha sentencia de esta Sala (28 de diciembre de 1973, 4 de diciembre de 1976, 30 de abril de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de junio de 1995, 5 de julio y 2 de diciembre de 1996, 24 de marzo y 19 de junio de 1997, 15 de marzo de 2000, 10 de febrero de 2003, etc...) como una modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza, de ahí que algunos autores (sigue la sentencia) considera que la "fiducia cum amico", constituye la forma pura del negocio fiduciario. Y, como ha dicho la sentencia de 5 de marzo de 2001, el negocio fiduciario en general, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Y, dentro del género, la fiducia cum amico implica la creación de una apariencia, un caso de intestación en el que el fiduciante sigue siendo el dueño.

Más recientemente, el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de marzo de 2012 STS 1926/2012 razona:

Sostiene la parte recurrente que la solución adoptada por la Audiencia implica reconocer la existencia de una relación fiduciaria de tal clase entre las partes en virtud de la cual la demandante, D^a Mónica, figuraba como titular de la totalidad de la finca cuando, por el contrario, la misma pertenecía por mitades indivisas a ella y al demandado don Carlos Alberto, siendo así que para que tal pacto de fiducia cum amico sea válido es necesario que sea lícito, es decir, que no se realice en fraude de ley; situación que -según afirma la recurrente- se daba en el caso en tanto que, según

que se tiene entre los cónyuges con anterioridad y durante el matrimonio, y cómo esa confianza desaparece ante la crisis matrimonial convirtiéndose, en ocasiones, en deslealtad.

En el supuesto de hecho que recoge esta sentencia se declara la titularidad de los bienes en proindiviso de ambos litigantes y en su día cónyuges, frente al argumento de la ex esposa que consideraba que los bienes eran de su propiedad absoluta y no fiduciaria, ya que la transmisión se realizó en fraude de Ley, no aceptando el tribunal dicha interpretación interesada en beneficio propio.

Con todo, queda patente que el negocio fiduciario –complejo y problemático por naturaleza– ante la crisis matrimoniales llega a su cota de conflictividad máxima, ya que la confianza dada entre cónyuges o familiares por razón del matrimonio o de la vigencia de éste, se convierte en recelo y malicia, generando una litigiosidad abundante con los supuestos más insospechados de reclamación y de oposición. Por tanto, los negocios fiduciarios, no admitidos por gran parte de la doctrina, han de ser enjuiciados por los tribunales, y buscar soluciones y criterios unificados para los

reconoce el propio demandado, se hizo así para evitar problemas económicos derivados de la ruptura de su anterior relación sentimental.

La sentencia de esta Sala núm. 518/2009, de 13 julio (Rec. 294/2005) se refiere a dicha figura afirmando que su precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, "*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*") habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real -en este caso sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente a don Carlos Alberto - pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.

Precisamente por ello, lo que no puede pretender la recurrente es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia cum amico-que le vincula con el demandado- para, haciendo una interpretación interesada de la jurisprudencia citada, negar toda eficacia "*inter partes*" a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata."Es por ello que, visto el exhaustivo análisis de la Juez a quo que la Sala comparte y en atención al que también se ha realizado en la apelación procede la desestimación del recurso.

Sobre los demás alegatos huelga decir que, declarado que concurre una fiducia, el titular formal no posee en concepto de dueño, por lo que mal puede adquirir por prescripción."

problemas que el tráfico jurídico genera y que no puede obviarse como si no existieran.

Con todo, del análisis de la Sentencias estudiada, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Los negocios fiduciarios requieren de confianza y ésta se da en la órbita de las relaciones familiares, ya que la confianza es inherente a estas relaciones.
- En los negocios fiduciarios concertados entre familiares, como consecuencia de la confianza existente, no se instrumenta, en la mayoría de las ocasiones, a través de documento privado.
- Los cambios en las relaciones familiares, como consecuencia de las rupturas matrimoniales, generan una alta litigiosidad por los conflictos de lealtades que surgen.
- Los negocios fiduciarios producen efectos a largo plazo, en función de lo pactado, pero las variaciones producidas por las crisis matrimoniales conllevan que donde existía una confianza plena y absoluta, tras una ruptura familiar, pase a existir una rivalidad.
- Se deberá estar al supuesto de hecho concreto para valorar la existencia y el alcance de los negocios fiduciarios.

Con todo, se puede extraer una conclusión importante en relación a la confianza en los negocios fiduciarios, como consecuencia del estudio en materia de crisis familiar. Considero que la pérdida de confianza es una causa de extinción o resolución del negocio fiduciario. Esta consecuencia aunque no forme parte del pacto fiduciario está implícita en el mismo. Carece de sentido que perdida la confianza entre las partes se mantenga la vigencia del pacto fiduciario, por lo que se deberá retransmitir la propiedad al fiduciante en los supuestos de *fiducia cum amico*.

III. LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

A. Introducción

El negocio fiduciario –institución polémica y compleja donde las haya– recibe una fuerte crítica de la doctrina mayoritaria, que no le reconoce validez en el ordenamiento jurídico español. Los principales argumentos utilizados por la doctrina para desvirtuar su validez y eficacia se asientan en:

- La falta del requisito causal establecido de forma imperativa para cualquier forma contractual. Este requisito se exige para las dos modalidades de negocios fiduciarios: fiducia *cum creditore* y *cum amico*.

- El otro argumento alegado por la doctrina es que atenta contra la prohibición del pacto comisorio. Esta prohibición únicamente afecta a la fiducia *cum creditore*. La prohibición del pacto comisorio regulada en el artículo 1859 del Código civil dispone: “el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.” El precepto tipificado de forma expresa para la hipoteca y la prenda se aplica de forma analógica para los negocios fiduciarios –no se puede olvidar que la fiducia *cum creditore* no está tipificada ni regulada en nuestro ordenamiento jurídico–. Para determinar cómo afecta el pacto comisorio a los negocios fiduciarios –fiducia *cum creditore*– se debe partir de la naturaleza jurídica y de la causa propia del negocio de fiducia *cum creditore*. También se deberán tener en cuenta los precedentes jurídicos e históricos de la prohibición del pacto comisorio, y la función actual de ambas figuras en el tráfico jurídico.

B. Definición y naturaleza del pacto comisorio ante el negocio fiduciario

El pacto comisorio otorga al acreedor la facultad de hacer suyo el bien dado en garantía por el deudor, en el caso de que este último incumpla con la obligación pactada entre las partes. En la hipoteca dicho pacto supone la posibilidad de que el acreedor hipotecario haga suyo el bien sobre el que recae el derecho real de garantía en caso de incumplimiento de la obligación que se garantiza.

En la fiducia *cum creditore* –entendida como atribución patrimonial realizada por el fiduciante a favor del fiduciario, con finalidad de garantía de una deuda, y con la obligación del fiduciario de retransmitir el bien al fiduciante una vez devuelto el crédito– supondría que ante el incumplimiento de devolución del crédito por el deudor, el acreedor se apropiaría del bien que había recibido en propiedad pero con finalidad de garantía. De ahí la importancia de determinar la naturaleza jurídica y la causa del negocio fiduciario.

Con respecto a esto, DURÁN RIVACOBA²⁵⁸ considera que “todo el entramado del negocio fiduciario *cum creditore* se basa en la entraña garantista del acto”; tanto la naturaleza jurídica como la causa van dirigidas a establecer una garantía. Así, se realizan las transmisiones dominicales –con vocación de garantía– y no como negocio cuya causa sea la transmisión de la propiedad.

El negocio fiduciario es justificado a través de diversas teorías –teoría del doble efecto, causa fiducial y titularidad formal– y en función de la teoría utilizada se

²⁵⁸Cfr. DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, pg. 135 En esta misma obra en la pg. 168, este autor afirma: “La ley establece la prohibición del pacto comisorio expresamente, cuyo alcance no debe ceñirse sólo a los fenómenos típicos, sino también, con mayor razón, a los autónomos; la moral jurídica prohíbe a los acreedores aprovecharse de la coyuntura para el abuso de las condiciones de necesidad del deudor, entre otras cosas por el principio de favor *debitoris*, y qué decir del orden público, cuya relevancia en cuanto a los procesos de la ejecución de las garantías es poderosa.” Considera también que “el hecho de que pueda el acreedor disponer del objeto en beneficio de posibles terceros inatacables rompe pro completo con la estructura ideal de la fiducia y supone un agravio para el deudor de proporciones claramente abusivas”. Concluyendo que solamente la teórica existencia del riesgo debe conducir a su veto.

concibe la finalidad del negocio fiduciario y por tanto su naturaleza jurídica, su causa y la operatividad del pacto comisorio. Estas tesis son utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia para afirmar la falta de validez del negocio fiduciario –por parte de la doctrina– y para justificarlo por parte de la jurisprudencia. La doctrina mayoritaria lo considera huérfano de causa y lo asemeja a los negocios simulados relativamente con las consecuencias que ello conlleva, y que no se van a valorar en este momento por no ser éste el objeto de estudio. La doctrina científica añade además que la transmisión del bien a favor del fiduciario conlleva un pacto comisorio, prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁵⁹ –en la última década– concluye que el fiduciario no ostenta la titularidad real, pues no es un auténtico dueño, –teniendo solo la titularidad formal–, sin perjuicio de la apariencia jurídica frente a terceros. La causa de los negocios fiduciarios *cum creditore* es la garantía y no la transmisión en sí. No operando la apropiación de forma automática, pues no es su finalidad. De este modo el pacto comisorio respondería a la acción de apropiación del bien cuya propiedad ha sido transmitida en concepto de garantía para el caso de incumplimiento del deudor. Pero esto excede del alcance del negocio fiduciario. Cuestión distinta sería que se pactase la apropiación para el caso de incumplimiento, y entonces se estaría ante un negocio simulado total o relativamente u otra modalidad negocial, pero no frente a un negocio fiduciario. Así las cosas, esta acción sería contra ley, toda vez que infringiría la prohibición del pacto comisorio regulada en el artículo 1859 del Código civil.

Se trata de un pacto, prohibido por la norma, que *a priori* permitiría la apropiación del bien dado en garantía escapándose a la solución habitual que es el proceso de realización del bien, mediante un proceso público y abierto a terceros postores.

²⁵⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012, que recoge en este mismo sentido las sentencias de 13 de julio de 2009 y 28 de marzo de 2012.

C. Origen histórico de la prohibición del pacto comisorio

La importancia de la prohibición del pacto comisorio y de si la fiducia *cum creditore* incurre en dicha prohibición hace necesario que se estudien los antecedentes históricos para contextualizar ambas figuras y determinar su alcance y naturaleza.

Ya en derecho romano; DIGESTO (D.20, 1, 16, 9)²⁶⁰ se recogía: “Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio.” En este sentido, la prohibición no es expresa, pero sí se dan las instrucciones de cómo se puede apropiarse el acreedor de la garantía dada por el deudor, y no puede ser sin más, sino a través de la venta y por justo precio. Por lo que existe una prohibición tácita ya que no se regula la posibilidad de apropiarse directamente el acreedor de la garantía para el supuesto de impago del deudor.

RODRÍGUEZ ROSADO²⁶¹ estima que el negocio fiduciario *cum creditore* no permitía el pacto comisorio, ya que no opera la dación de la propiedad por parte del fiduciante al fiduciario, sino solo un traspaso que no consolida la propiedad: el acreedor recibe la cosa solamente *in potestate*. Para FUENTESECA DEGENEFTE²⁶² la *mancipatio fiduciae causa* no tenía finalidad de transmisión de título *dominus* quirritario al *accipiens*, porque no se trataba de una compra (*mancipatio ex causa emptionis*), ya que no se había pagado un precio de compra. Por tanto el *accipiens* cumplía solamente la función de confianza.

²⁶⁰ Cfr. VALIÑO DEL RÍO, *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia, 1980, pg. 144.

²⁶¹ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, *op. cit.*, pg. 14.

²⁶² Cfr. FUENTESECA DEGENEFTE, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997, pg. 403.

En la antigua Roma, los negocios fiduciarios en su modalidad destinada a garantizar el cumplimiento de las obligaciones *–cum creditore*²⁶³– no llevaban aparejado el pacto comisorio, si bien podía abusarse del poder que ostentaba el fiduciario. Con el tiempo, los negocios fiduciarios cayeron en desuso, y se reemplazaron por otras figuras que no implicaban la transmisión de la propiedad: la prenda (*pignus*) y *pignus conventum* o hipoteca²⁶⁴ entre otros. En ambos casos el acreedor adquiría un derecho real sobre la cosa gravada que le permitía vender la cosa o derecho constituido en garantía y satisfacer su crédito con el precio, restituyendo el exceso sobre la cuantía de éste *–superfluum–*. Esta facultad denominada *ius distrahendi*, en un principio de carácter meramente accidental, podía ser desplazada por una convención en virtud de la cual las partes estipulaban que el acreedor podía quedarse con la propiedad de la cosa en el evento que el deudor no cumpliera su obligación dentro del plazo. Dicha convención se llevaba a cabo a través de la *lex comisoria*, como la cláusula en virtud de la cual si el deudor no paga a tiempo, el acreedor conserva la cosa en su patrimonio, cobrándose, de esta manera, el crédito no satisfecho. En derecho romano la palabra “*lex*” se empleó en el sentido de pacto. Si bien quiero hacer constar que el negocio fiduciario no cayó en desuso solamente porque podía disfrazar a la perfección el pacto comisorio y en un afán de protección hacia el más débil, sino más bien porque existe un cambio en la forma de transferir el dominio²⁶⁵. Respecto al pacto comisorio, DURÁN RIVACOBAS²⁶⁶

²⁶³ Vid. VALIÑO DEL RÍO, *op. cit.*, pg. 392: “La fiducia *cum creditore*, en derecho romano consistía en que la propiedad se enajenaba al fiduciario hasta que el fiduciante cumpliera una obligación que tenía pendiente con éste.” Además se podía pactar que si el fiduciante no satisfacía al obligación en el plazo previsto, el fiduciario podía enajenar la cosa y cobrarse el precio (*lex commissoria*) o bien venderla y devolver lo que sobra *–superfluum–* al fiduciante que no ha pagado la deuda que el fiduciante garantiza.

²⁶⁴ Cfr. VALIÑO DEL RÍO, *op. cit.*, pg. 342.

²⁶⁵ Cfr. DURÁN RIVACOBAS, *op. cit.*, pg. 15. Considera este autor que la fiducia es una figura basada en los medios formales de transferir el dominio *–mancipatio e in iure cesio–*, extinguidos éstos se sustituye definitivamente por el *pignus* como medio de garantía. Aquí estriba, pues, la unión y común origen entre los distintos pactos comisorios: en la compraventa sirve como condición resolutoria en caso de no pago del precio, con efecto estrictamente personal y no real, como en la *mancipatio*, y en beneficio del vendedor; en el *pignus*, por su parte, el pacto comisorio es un sistema de garantía que favorece al acreedor, toda vez que le permite quedarse con la cosa empeñada en caso que su deudor no cumpla la obligación en tiempo y forma debidos.

²⁶⁶ Cfr. DURÁN RIVACOBAS, *op. cit.*, pg. 15.

considera que “pocas instituciones jurídicas de derecho privado tienen tanto abolengo en los ordenamientos continentales como el pacto comisorio y su prohibición, establecida en el cuerpo de derecho común desde Constantino”, y es en la época postclásica y mediante un edicto de fecha 320 D.C. cuando el emperador Constantino declaró la expresa prohibición del pacto comisorio de forma retroactiva. La prohibición del pacto comisorio encuentra su fundamento en una idea de justicia que se plasma en la defensa de la parte más débil: el deudor. Esta protección al débil nace de la conciencia religiosa y moral que imperaba en el momento²⁶⁷.

Considero de vital importancia destacar que el pacto comisorio no formaba parte inherente del negocio fiduciario *cum creditore* en la época romana, sino que el pacto comisorio se podía pactar también en los negocios fiduciarios igual que se podía pactar en otros negocios de garantía –si bien el negocio fiduciario era y es el caldo de cultivo adecuado para que pueda cristalizar el pacto comisorio de la forma más limpia y sencilla–. La libertad de pactos que impera en derecho romano se modera ante el cambio radical de valores morales y sociales que experimenta el imperio a través del cristianismo, y es cuando se considera la necesidad de proteger al más débil y prohibir el pacto comisorio, que podía generar un abuso de derecho del poderoso frente al débil. Piénsese la relevancia que tenía el pacto comisorio y el uso y abuso que había supuesto que el emperador Constantino en el Decreto que lo prohíbe lo hace extensivo de forma retroactiva.

No es ajeno a nuestro derecho la prohibición del pacto comisorio, visto el antecedente de derecho romano es vital ver cómo ha evolucionado en el derecho patrio. MATEO Y VILLA²⁶⁸ considera necesario para determinar si el artículo 1859 del Código civil –tipificador de la prohibición del pacto comisorio– es de carácter imperativo o dispositivo, y para ello debe partirse del derecho histórico.

²⁶⁷ Cfr. GALINDO ARAGONCILLO y NAVARRO CODERQUE, “El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía”, *Diario la Ley*, nº 8314/14 (20 de mayo), pg. 2.

²⁶⁸ Cfr. MATEO Y VILLA, “De la fiducia garantía” en AA.VV., *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pg. 1249.

En el derecho español medieval, la prohibición del pacto comisorio se encontraba consagrada, principalmente, en la Partida V, título XII, leyes 41y 42. Ello, a diferencia del Fuero Real, que aceptaba la validez este pacto en la ley 2 del título XX del libro 111 sobre “como vale la postura que el deudor *ficiere* con su creedor que le pueda tomar los bienes si a tiempo no *pagare*”. Sin embargo a pesar de que las partidas condenaban expresamente la inclusión de este pacto en los contratos de garantía, no ocurría lo mismo con el denominado pacto marciano, es decir, aquella convención en virtud de la cual las partes podían limitar los efectos del comiso a un precio justo. Luego, la *lex comisoria* en sí misma sí estaba permitida, con la limitación –no menor – de que no podía exceder del valor de la cosa.

En el derecho español contemporáneo, la prohibición del pacto comisorio aparece en el proyecto de 1836, en su artículo 1712, si bien no se declara expresamente contra otras formas de realización de la garantía. En el proyecto de 1851, en su artículo 1775, se expresa en sentido similar. Frente a toda la tradición arrastrada hasta entonces, el anteproyecto inmediatamente anterior al Código civil de 1889 acepta el pacto comisorio en su artículo 6 del Título relativo a la prenda para el caso de que se hubiere pactado expresamente.

En el actual Código civil, el artículo 1859 establece que “el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”. MATEO Y VILLA²⁶⁹ parte con base en el artículo 4 del Código civil, que pueden ser aplicables a la fiducia *cum creditore* los artículos relativos a las garantías reales –puesto que la finalidad o causa del negocio fiduciario *cum creditore* es de garantía– y, así, considera que las partes pueden negociar el contenido de este artículo al tener un carácter dispositivo y no imperativo; sin perjuicio de que el acreedor no puede en ningún caso adquirir indefinidamente la titularidad dominical del bien que sirve de garantía.

Esto significa que fiduciante y fiduciario puedan acordar que el acreedor se apropie o disponga temporalmente de las cosas dadas en garantía, pero no de forma

²⁶⁹ Cfr. MATEO Y VILLA, *op. y loc. cit.*, pg. 1246.

definitiva. Esta conclusión se extrae de poner en relación el artículo 1859 del Código civil con los artículos 1857 del Código civil, que establece los requisitos para constituir un contrato de garantía, y el artículo 1858 del Código civil que establece que: “vencida la obligación principal, puedan ser enejadas cosas en qué consiste la prenda o la hipoteca para pagar el acreedor”.

Por tanto, y con esta base, recoge el autor que: “podemos afirmar que las partes frente a los dos artículos anteriores pueden negociar el contenido de este artículo al tener un carácter dispositivo y no imperativo sin perjuicio de que el acreedor no puede en ningún caso adquirir indefinidamente la titularidad dominical del bien que sirve de garantía en cuanto que el objeto de los contratos de prenda o hipoteca no es el cambio de titularidad dominical de forma definitiva a favor del acreedor sino asegurar el cumplimiento de la obligación principal de acuerdo con lo señalado en el artículo 1858 del Código civil.”

MATEO Y VILLA²⁷⁰ concluye que el carácter dispositivo del artículo 1859 del Código civil conlleva que el fiduciante pueda pactar con el fiduciario la transmisión temporal de un inmueble en concepto de garantía; pero nunca de forma permanente, no tanto por la existencia del artículo 1859 del Código civil, sino por la propia naturaleza del objeto del negocio fiduciario: que no es la transmisión dominical sino la garantía.

²⁷⁰ Cfr. MATEO Y VILLA, *op. y loc. cit.*, pg. 1248.

D. Justificación de la prohibición del pacto comisorio y efectos

Los argumentos que avalan la prohibición del pacto comisorio son los siguientes²⁷¹:

- La necesidad de seguir las formalidades procesales y procedimentales y la imposibilidad de autosatisfacción.
- La defensa del deudor y la inmoralidad del pacto y el respeto al principio de *par conditio creditorum*.
- La protección de terceros acreedores.

1. La necesidad de seguir las formalidades procesales y procedimentales y la imposibilidad de autosatisfacción

La alternativa a la apropiación de la cosa en virtud del pacto comisorio prohibido es el procedimiento de venta en subasta pública con libre concurrencia de licitadores.

La razón de la prohibición del pacto comisorio radica en que se pretende buscar el máximo equilibrio entre el pago, la realización de la garantía, aplicación de sobrantes, etc., en aras a proteger al deudor y evitar un enriquecimiento injusto del acreedor, ya que ciertamente, la aplicación de dicho pacto comisorio puede conllevar situaciones abusivas.

En este mismo sentido se pronuncia PUIG BRUTAU²⁷², que afirma que la prohibición del pacto comisorio es compatible con la adjudicación por parte del

²⁷¹ Cfr. GALINDO ARAGONCILLO y NAVARRO CODERQUE, *loc. cit.*, pg. 7.

²⁷² Cfr. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, volumen III, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, pg. 389.

acreedor de la cosa hipotecada o pignorada después de la subasta. Asimismo afirma que también es compatible con la prohibición del pacto comisorio pactar una compraventa sometida a la condición de que el deudor deje de pagar la deuda existente. Para evitar el pacto comisorio en este negocio se deberán determinar los requisitos de la compraventa, en especial el precio de adquisición que deberá ajustarse al precio de mercado y debería ser superior al importe de la obligación garantizada.

En la fiducia *cum creditore* no cabe la autosatisfacción, no tanto por imperativo legal, sino porque excede de la propia naturaleza del negocio.

2. La defensa del deudor y la inmoralidad del pacto

MANRESA Y NAVARRO²⁷³ considera que la prohibición del pacto comisorio va encaminada a evitar los posibles fraudes que conllevaría la apropiación de la garantía; ya que en la mayoría de las ocasiones el valor del bien es muy superior al de la garantía. Igualmente respecto de la hipoteca, el artículo 1884 del Código civil establece la prohibición a pesar de que se pacte de forma expresa por las partes la posibilidad de que el acreedor se apropie del bien dado en garantía. Sin embargo, para la prenda, a pesar de no existir un precepto que lo regule de forma expresa, MANRESA Y NAVARRO considera que dicha apropiación sería inmoral, ilícita y contraria a derecho, y atentaría de lleno contra el artículo 1.255 del Código civil.

Plantea MANRESA Y NAVARRO²⁷⁴ la posibilidad de que el deudor disponga de sus bienes, de forma que transmita el bien dado en garantía, a cambio de la exoneración de la deuda por el acreedor. En esta línea, la Dirección General de los Registros y Notariado ha reconocido la posibilidad de que los dueños de las fincas hipotecadas

²⁷³ Cfr. MANRESA Y NAVARRO, "Artículo 1859", *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Reus, S.A., Madrid, 1973, pgs. 521 a 531.

²⁷⁴ Cfr. Cfr. MANRESA Y NAVARRO, "Artículo 1859", *Comentarios al Código civil...*, pg. 528.

transmitan el dominio al acreedor hipotecario por título de venta, estipulando como precio de la enajenación el importe de la deuda hipotecada.

En los negocios fiduciarios *cum creditore*, entiendo que todo pacto que se realice vencida la deuda, debe llevarse a cabo con las garantías de valoración económica del bien, pacto de venta en pública subasta o adjudicación por precio de mercado, con el consentimiento del fiduciante y derecho a obtener el sobrante de la venta o adjudicación.

3. El respeto al principio de *par conditio creditorum* y la protección de terceros acreedores

La prohibición del pacto comisorio garantiza la legalidad e igualdad de oportunidades a todos los acreedores. En los negocios fiduciarios se garantiza el respeto a la *par conditio creditorum* —igual que en los procedimientos concursales—, debiendo aportarse el bien dado en fiducia a la masa concursal del fiduciante, ostentando el fiduciario un derecho de crédito más sobre los bienes que compongan la masa.

No obstante, cabe señalar, que ciertos sectores doctrinales consideran que el pacto comisorio debería ser aceptado y que con una regulación específica, —como podría ser su exacta delimitación e inalterabilidad para obtener un precio justo y próximo al de mercado—, podría ser un instrumento ágil y válido de realización de bienes ofrecidos en garantía.

Otro sector de la doctrina²⁷⁵ considera que podría operar con total validez el pacto *ex intervallo*, por entender que el pacto comisorio cabría en un momento posterior a la concesión del crédito y del negocio constitutivo de garantía. De esta

²⁷⁵ Cfr. GALINDO ARAGONCILLO y NAVARRO CODERQUE, *loc. cit.*, pg. 10.

forma, se salvaría el momento más “delicado” y de especial protección, que es la concesión del crédito y el estado de necesidad del deudor.

Una excepción a la prohibición, y quizá reflejo de cierta línea aperturista, es el Real Decreto ley 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad, que establece un régimen particular para las denominadas garantías financieras que se concierten entre entidades típicas del mercado financiero o entre éstas y demás personas jurídicas. Si bien el objeto de tales garantías han de ser bienes efectivos –entendiéndose como tales, dinero abonado en cuenta o en divisa, valores negociables y otros instrumentos financieros– que admiten la posibilidad de la venta o apropiación directa del acreedor, si se hubiera pactado así, con la compensación en último caso de su valor.

Otra excepción importante a la prohibición del pacto comisorio es el denominado pacto marciano, cuyo nombre se debe al jurisconsulto Marciano, consistente en la posibilidad de que el deudor y el acreedor acuerden desde el momento de constituir la garantía, que para el caso de que llegado el vencimiento de la deuda, si el deudor no la satisface, el acreedor podrá venderla a precio de mercado –previa justificación del valor real– y el excedente de la venta, si existe, entregárselo al deudor.

Para la validez del pacto marciano se han establecido los siguientes criterios:

- que exista proporcionalidad;
- establecimiento de mecanismos para la valoración adecuada del bien;
- control de su posterior venta, y;
- que el precio se fije para el momento de la venta, para evitar depreciaciones.

Por tanto, en los negocios de garantía, la inclusión del pacto comisorio – prohibido de forma expresa por la norma– conlleva la nulidad del negocio.

E. Efectos de la prohibición del pacto comisorio

Es doctrina pacífica del Tribunal Supremo la que afirma que un contrato simulado que disimula un préstamo con pacto comisorio incurre en *nulidad ipso iure*.

GUILARTE ZAPATERO²⁷⁶ no comparte la solución de declarar la nulidad del pacto comisorio en todos los supuestos. La nulidad debe valorarse en relación al perjuicio verdadero que le cree al deudor. Afirma que en ocasiones es más perjudicial la venta en pública subasta del bien gravado, a pesar de que admitir el pacto comisorio podría implicar abuso del acreedor, pues se apropiaría de un bien con un valor muy superior a la deuda.

Siguiendo este razonamiento la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros ha declarado la validez de determinados convenios por los que se acuerda que, incumplida la obligación, el acreedor se adjudicará la cosa, valorada con criterios objetivos, compensando el exceso entre el valor del bien y el valor de la deuda. Concluye GUILARTE ZAPATERO que así como en la anticresis, el artículo 1884 del Código civil establece expresamente la nulidad para el caso de que el acreedor adquiriera la propiedad por falta de pago, en el supuesto del artículo 1859 del Código civil debe demostrarse la inmoralidad o el abuso de derecho

De esta forma, nos encontramos con las tan actuales daciones en pago de las viviendas sobre las que existe una carga que el deudor no puede hacer frente, y ante el descenso del precio de los inmuebles se ofrece el bien dado en garantía en pago de la deuda, ya que si se ejecuta y se vende en pública subasta los gastos son tan elevados que resulta verdaderamente gravoso para el deudor y sus avales.

²⁷⁶ GUILARTE ZAPATERO, "Artículo 1859" en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XXIII, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1990, pg. 455 a 462.

Por último, y respecto a la posibilidad de introducir un pacto comisorio en un negocio de fiducia *cum creditore*, la respuesta a esta cuestión es clara, dejaría de ser un negocio fiduciario y pasaría a ser un negocio simulado: una compraventa con garantía de retro, un pacto marciano, préstamo con pacto comisorio, pero nunca negocio fiduciario como a continuación expondré.

F. Problemática del pacto comisorio en la fiducia cum creditore

DURÁN RIVACOBBA considera que la problemática de los negocios fiduciarios no radica en la causa y en el artículo 1275 del Código civil, sino en el artículo 1859 del mismo Cuerpo legal; la prohibición del pacto comisorio²⁷⁷. Esta afirmación ha hecho que este autor focalice la invalidez de los negocios fiduciarios *cum creditore* en el ordenamiento jurídico español, porque considera que la prohibición del pacto comisorio forma parte del propio negocio fiduciario. Esto es, considera que para el caso de producirse el impago del crédito por el deudor, el acreedor se podría apropiarse definitivamente de la garantía. Concluyendo, por tanto que el negocio fiduciario lleva inherente el pacto comisorio.

RODRÍGUEZ ROSADO²⁷⁸, por el contrario considera que desde la perspectiva del pacto comisorio existen dos tipos de negocios fiduciarios: fiducia con pacto comisorio y fiducia sin pacto comisorio. La fiducia *cum creditore* tiene naturaleza de verdadero contrato de garantía. De este modo, el acreedor fiduciario puede exigir al deudor fiduciante que pague su deuda, pero no podrá apropiarse del bien dado en garantía. Así, el deudor fiduciante solamente puede reclamar que se le devuelva el bien cuando haya satisfecho el crédito. La fiducia no conlleva pacto comisorio aunque puede pactarse. Ya que en la transmisión revocable que implica el negocio

²⁷⁷ Vid. DURÁN RIVACOBBA, *op. cit.*, pg. 141.

²⁷⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, *op. cit.*, pgs. 203 a 211.

fiduciario no existe pacto comisorio, a pesar de que puede pactarse la posibilidad de que llegado el vencimiento de la deuda, el fiduciario se quede con la garantía en pago de ella.

El modo de configurar el negocio fiduciario *cum creditore* consiste en lo siguiente: El deudor-fiduciante transmite una propiedad en garantía a favor del fiduciario en escritura pública de compraventa. Al mismo tiempo se pacta, en documento privado o verbalmente, que la transmisión únicamente es en garantía, que no existe verdadera venta y que existe obligación de retransmitir una vez extinguida la deuda. Si además se añade la posibilidad a favor del fiduciario de dar por extinguida la relación crediticia, y quedarse de modo definitivo la garantía para sí y no retransmitir el bien, se estaría ante un pacto comisorio: prohibido y ajeno –en principio– a la propia naturaleza del negocio fiduciario *cum creditore*.

Con todo, RODRÍGUEZ ROSADO concluye que si se ha pactado en un negocio de fiducia *cum creditore* el pacto comisorio, éste se tendrá por no puesto, pues atenta contra la legislación vigente, y se le dará validez a la fiducia, pero no a la cláusula comisoria.

Por otra parte, respecto de la fiducia sin pacto comisorio²⁷⁹, el fiduciario adquiere la propiedad con la finalidad de que producida la devolución de la deuda, por el fiduciante, se le retransmita la propiedad, no estableciéndose que el fiduciante pueda apropiarse del bien finalizado el plazo para la devolución del crédito. No existe por tanto pacto comisorio, porque el fiduciario no puede quedarse en pago de la deuda el bien.

Respecto a los supuestos en los que sí se pacta en el negocio fiduciario el pacto comisorio, RODRÍGUEZ ROSADO afirma que debe aplicarse la cláusula *utile per*

²⁷⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, *op. cit.*, pg.210. Respecto a la fiducia sin pacto comisorio, RODRÍGUEZ ROSADO se plantea cuál puede ser la utilidad de una garantía fiduciaria de este tipo. En primer lugar plantea que la necesidad de pagar la deuda para recuperar la garantía. Considera que va más allá y la configura como garantía real en sentido propio y pleno.

inutile non vitatur, siendo válida por tanto la garantía fiduciaria pero no el pacto comisorio.

Entre los que conciben el negocio fiduciario como aquél que lleva ínsito el pacto comisorio encontramos a PARA MARTÍN²⁸⁰, que considera la fiducia *cum creditore* como una de las fórmulas de venta en garantía, consistente en que operada la compraventa y transmitida la propiedad al comprador-fiduciario, se pacta que en caso de impago, el fiduciario acreedor hará suyo definitivamente el bien dado en garantía. PARA MARTÍN, interpreta que en nuestra legislación no existe prohibición del pacto comisorio, salvo para el supuesto de prenda o hipoteca, pero concluye siguiendo a DURÁN RIVACOBÁ²⁸¹ que conllevaría la nulidad de la apropiación por la prohibición del pacto comisorio. Continúa PARA MARTÍN con la tesis de DURÁN RIVACOBÁ respecto de la jurisprudencia, y las sentencias que abordan la cuestión de la prohibición del pacto comisorio que en ocasiones declaran nulo el negocio fiduciario y en otras no se pronuncian sobre él de forma expresa.

DURÁN RIVACOBÁ²⁸² advierte del riesgo de la práctica seguida por los tribunales respecto del pacto comisorio en los negocios fiduciarios, y afirma que los tribunales, amparándose en la libertad de pactos, difuminan la prohibición del pacto comisorio con riesgo de vaciar de contenido dicha prohibición. Así, considera que el Tribunal Supremo –en relación a sentencias de los años sesenta– acepta los negocios fiduciarios con pacto comisorio a través de resoluciones desprovistas de

²⁸⁰ PARA MARTÍN, “En torno a la fiducia *cum creditore*”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez- Picazo*, vol. 1, Civitas, Madrid, 2002, pg. 733.

²⁸¹ PARA MARTÍN, *op. y loc. cit.*, Nota pie de página 21; expone los motivos que fundamentan la nulidad del pacto comisorio según DURÁN RIVACOBÁ: “1º.-La inmoralidad de permitir al acreedor aprovecharse de una más que hipotética situación angustiosa por la que atraviesa el deudor para exigirle una desproporcionada garantía, máxime cuando corre peligro de convertirse a la larga en un injusto enriquecimiento. 2º.- Partiendo de que la figura persigue la garantía de un crédito, se considera que los mecanismos para la ejecución deben ser simples garantes de la imparcialidad respecto del deudor, y por tanto, requiere que sus presupuestos se ajusten a aquellos fundamentales y sustantivos establecidos en garantía de los deudores. 3º.- a tales fundamentos pronto se añadió el relativo a la salvaguarda del interés de los demás acreedores. y destaca la quiebra del fiduciario”.

²⁸² Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *op. cit.*, pg. 137.

fundamentación. DURÁN RIVACOB²⁸³ al tratar la diferenciación entre negocio simulado y negocio fiduciario y las soluciones que apunta el Tribunal Supremo, concluye: “que el hecho de acudir a torticeras maniobras jurídicas se debe a que muy dudosamente se pudo conseguir *ex recta vía* cuanto persigue la fiducia, pues el artículo 1859 del Código civil parece vedar su propósito.” Por lo que para este autor el problema de los negocios fiduciarios no estriba tanto en la causa como en el atentado a la prohibición del pacto comisorio.

DURÁN RIVACOB²⁸⁴ resalta que el principal problema de validez del negocio fiduciario *cum creditore*, en el ordenamiento jurídico español radica en el incumplimiento por parte del deudor transmitente. Pues en su opinión, permite al acreedor quedarse con el bien al margen de valoraciones económicas imparciales. Produciéndose, por tanto, la ejecución directa y unilateral del bien. Siendo ésta consecuencia, en palabras de DURÁN RIVACOB²⁸⁴: “la maniobra más dañina de cuantas permiten la perpetuación del pacto comisorio en derecho español.”

G. Jurisprudencia relativa al pacto comisorio en los negocios fiduciarios cum creditore

El Tribunal Supremo consideraba válido el pacto comisorio en los negocios fiduciarios. DURAN RIVACOB²⁸⁴ comenta sentencia de 20 de enero de 1966, en la que se afirmaba el carácter auténtica de una compraventa cuya eficacia se quedaba sometida al hecho de que el deudor hiciese efectivo el importe del préstamo habido entre las partes. Por otro lado, la sentencia de 7 de marzo de 1990 consideró no aplicables al negocio fiduciario los artículos 1859 y 1884 del Código civil. Si bien esta línea jurisprudencial ha cambiado radicalmente en los últimos años.

²⁸³ Cfr. DURÁN RIVACOB²⁸⁴, *op. cit.*, pg. 151.

²⁸⁴ Cfr. DURÁN RIVACOB²⁸⁴, *op. cit.*, pg. 173.

Con base en la línea jurisprudencial citada DURÁN RIVACOBÁ considera que, a mayor abundamiento, existe una contradicción entre la jurisprudencia respecto de la operatividad del pacto comisorio en los negocios fiduciarios y la Dirección General de los Registros y Notariado. Así, reproduce la Resolución de la misma de 10 de junio de 1986: “No cabe argüir en favor del pacto comisorio la admisión jurisprudencial de supuestos de “fiducia *cum creditore pignus iure*”, pues, según la mejor doctrina, si la causa de la transmisión es la garantía, el adquirente, cualquiera que sea la vestidura externa del negocio, tendrá sobre la cosa sólo facultades de garantía entre las que no puede estar –por lo ya dicho– la de apropiación por falta de cumplimiento de la obligación.” Y esta tesis es reforzada a través de la Resolución de 30 de junio de 1987 que establece en una compraventa en garantía: “a lo sumo podría fundar una transmisión eventual a consolidar en caso de incumplimiento, pero tal hipótesis choca frontalmente con la prohibición legal del pacto comisorio proclamada, entre otros en los artículos 1859 y 1884 del Código civil. Incluso hay que afirmar que esta finalidad de garantía se opone a que la verdadera voluntad de las partes contemple una transmisión actual definitiva”. De las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de los años ochenta, se puede concluir que los negocios fiduciarios rompen con el esquema del pacto comisorio. DURÁN RIVACOBÁ²⁸⁵ considera que la disparidad de criterios entre la línea mayoritaria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado es un síntoma de que la institución no está bien asentada, carece de bases sólidas para su validez en el ordenamiento jurídico español, y conlleva inherente una inseguridad jurídica en la materia. Y por último se considera que la postura más ajustada a derecho –respeto la prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código civil– es la propugnada por la Dirección General de

²⁸⁵ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *op. cit.*, pg. 174.

los Registros y del Notariado frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; si bien es el Tribunal Supremo el que tiene a su alcance juzgar el fondo de los litigios²⁸⁶.

En la actualidad la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros convergen a un mismo plano. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 20 de diciembre de 2007²⁸⁷: Fundamento de Derecho segundo: (...) “en el caso presente, en la cadena que compraventas jamás pretendieron vender, comprar y, por ende, transmitir el derecho de propiedad (ni siquiera la posesión), sino garantizar un préstamo. Los sujetos de los negocios jurídicos no vendían ni compraban, sino que la función objetiva de los mismos -es decir, la causa- era la garantía de un préstamo, lo cual era evidente a la vista de los hechos admitidos y de los documentos privados que añadían a la aparente compraventa el pacto de retro, dándose la clásica "venta a carta de gracia".

Luego no se trataba de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*), sino de una clara simulación, es una simulación relativa a través de una compraventa ficticia, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía eran unas fincas, que el acreedor haría suyas para el caso de impago por el deudor. Este pacto choca de frente con el artículo 1859.

La jurisprudencia ha mantenido la nulidad del pacto comisorio y, si se da el supuesto, la del negocio jurídico que lo disimula. La sentencia de 15 de junio de 1999, antes citada, contempla un caso bien parecido al presente con jurisprudencia precedente (sentencias de 25 de septiembre de 1986, 26 de diciembre de 1995, 29

²⁸⁶ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *op. cit.*, pg. 175; DURÁN RIVACOBÁ concluye que las relaciones entre fiducia *cum creditore* y pacto comisorio son tanto o más importantes que la de negocio fiduciario y causa – parámetros utilizados por la doctrina mayoritaria para negar la validez y eficacia y en definitiva el negocio fiduciario en el Ordenamiento jurídico español–. Considera este autor que además de calificarse como negocio simulado relativamente y cuya finalidad no va más allá de una garantía que opera como una “retención en manos ajenas”, debe tenerse presente que lo importante es que el acreedor no puede hacerse con la cosa y operar a su libre arbitrio con ella. Incluso en el supuesto de transmisión a tercero de buena fe ya que considera injusto que únicamente quepa el resarcimiento de daños y perjuicios a favor del deudor fiduciante.

²⁸⁷ Cfr. sentencia de 20 de diciembre de 2007.

de enero de 1996, 18 de febrero de 1997) y posterior (27 de abril de 2000, 16 de mayo de 2000, 26 de abril de 2001, 5 de diciembre de 2001, 10 de febrero de 2005).

Por tanto, siguiendo con el caso presente, la cadena de compraventas fueron siempre no negocios fiduciarios (que no fue alegado por las partes en sus escritos de la fase de alegaciones), sino simulados (esencia de la posición de la parte demandada recurrente en casación), con simulación relativa, que disimula un préstamo con garantía de pacto comisorio, lo cual (conforme a la reiterada jurisprudencia) da lugar a la nulidad. Nulidad que no puede ser sanada por la fe pública registral, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.”

La línea jurisprudencial seguida en la actualidad por el Tribunal Supremo, apuesta por entender que el negocio fiduciario es un negocio de garantía, totalmente válido y que no lleva aparejado el pacto comisorio, por lo que si existe este pacto, no se estará ante un negocio fiduciario sino ante otra forma negocial.

Con respecto a esta cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2008²⁸⁸ (Fundamento de Derecho primero), recoge la línea jurisprudencial del Alto Tribunal que se ha consolidado a través de la sentencia de 26 de julio de 2004, que recoge las tesis de las sentencias de 2 de junio de 1982 , 12 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 13 de marzo de 1995 y 15 de junio de 1999, entre otras. Según esta misma sentencia, las líneas maestras que la configuran el negocio fiduciario pueden resumirse en seis puntos que paso a transcribir y a comentar a continuación:

²⁸⁸ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2008. En definitiva, en el caso de autos, se trata de venta en garantía de un préstamo, pues la "*causa fiduciae*" no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal –dada su posición principal de acreedor (aparente comprador)–, en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender bajo esta figura es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad ni siquiera a través de un pacto comisorio, al no ser esa la finalidad del negocio concertado».

1º. “La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario -si son terceros de buena fe- protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.”

Este es uno de los argumentos más criticados por la doctrina, ya que se alega que, si verdaderamente no se quería la transmisión, el fiduciante incurre en el riesgo de que se realice la venta a favor de los terceros de buena fe y pierda su bien para siempre. En defensa de los negocios fiduciarios se concluye que existe el derecho a reclamar daños y perjuicios y el resarcimiento se corresponderá con el valor del bien transmitido como mínimo. Por tanto, no existe ningún abuso frente al fiduciante, incluso para el caso de que se de este supuesto.

2º. “El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.”

Esta característica lo define como un negocio de garantía, y la transmisión es un mero instrumento para llevar a cabo la garantía pactada entre las partes.

3º. “El fiduciario no se hace dueño real -propietario- del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.”

El pacto fiduciario lleva consigo aparejada la retransmisión. Por lo que *a priori* no cabría el pacto comisorio. A falta de determinar qué sucede si existe incumplimiento del fiduciante.

4º. “La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión

de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.”

Esta característica de los negocios fiduciarios *cum creditore* excluye de forma expresa el pacto comisorio, por lo que el negocio fiduciario no puede atentar contra la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código civil, ya que no cabe en esta modalidad negocial la apropiación del bien dado en garantía para el caso de incumplimiento del fiduciante.

5º. “El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.”

Esta afirmación excluye el pacto comisorio, por no conformar un requisito del negocio fiduciario y además se ha fijado por la jurisprudencia –como consta el apartado arriba transcrito– cómo debe procederse para el caso de incumplimiento por el fiduciante. Por ello en ningún caso cabrá la apropiación del bien dado en garantía, sino, a lo sumo, una retención del bien hasta que se fije la forma de pago o se realice la garantía a través de los cauces legales establecidos para ello.

6º. “La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de ley (art. 6.4 Cc.).”

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2012²⁸⁹ concluye, que no se está ante un negocio fiduciario, si lo pactado entre las partes es que frente al incumplimiento del fiduciante el fiduciario puede hacer suyo el bien dado en garantía: Fundamento de Derecho quinto que recoge la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007 comentada más arriba.

Por último debemos destacar que la Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 20 Julio 2012²⁹⁰ desarrolla una argumentación idéntica a la de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto a las líneas maestras para la determinación del negocio fiduciario y la operatividad del pacto comisorio en el mismo, afirmando:

“El Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor. En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 5 de junio de 2008), el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis artículos 1859 y 1884, rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo. El Tribunal Supremo - Sala Primera- ha declarado reiteradamente (vid. entre otras, sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la

²⁸⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2012.

²⁹⁰ Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de julio de 2012.

satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.”

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como acabo de exponer, considera que el pacto comisorio puede ser aplicado a los negocios fiduciarios *cum creditore*.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con cita de sentencias del Tribunal Supremo, en las que considera que si existe pacto comisorio, no se está frente a un negocio fiduciario *cum creditore*, sino ante un negocio simulado: “En otras ocasiones, la jurisprudencia ha acudido no a la figura del negocio fiduciario, sino a la del negocio simulado a fin de evitar el fraude a la prohibición del pacto comisorio. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999, haciéndose eco de las posiciones que en la doctrina española cuestionan la autonomía del negocio fiduciario, en su consideración de generador del doble efecto real y obligacional, que fue importado de la doctrina alemana, considerando que no existe la denominada «*causa fiduciae*», y que lo asimilan al negocio simulado, hace una síntesis de los distintos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal bajo ese enfoque y que conduce en todo caso a salvaguardar la eficacia de la reiterada prohibición legal del comiso, y así ha declarado la existencia de simulación, entre otros en los siguientes casos: la sentencia de 6 de abril de 1992 dice que «la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender»; la de 5 de abril de 1993 dice: «lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia»; la de 22 de febrero de 1995 dice, refiriéndose a un negocio fiduciario, que «no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante» y añade: «el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia...»; la de 2 de diciembre de 1996 se refiere expresamente a la «simulación de la compraventa referente a los recurrentes...»; la de 19 de junio de 1997, tras exponer la doctrina

del contrato fiduciario, declara «ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo.” Y concluye: “el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, puede apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor.”

Finalmente se concluye que todos los negocios en los que exista un pacto comisorio no pueden operar en el tráfico jurídico por ser nulo dicho pacto. Y considera, con aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, válidos los negocios fiduciarios, ya que en cuanto encierran pacto comisorio, no son calificados como tales sino como negocios simulados. Con todo se puede concluir que –expuesta la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de los últimos años y de la Dirección General de los Registros– los negocios fiduciarios *cum creditore* son válidos en nuestro ordenamiento jurídico puesto que no encierran pacto comisorio alguno.

CAPÍTULO TERCERO

VALIDEZ, EFICACIA E INCUMPLIMIENTO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

I. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

A. Previo. Generalidades.

En los capítulos tercero y cuarto, y una vez analizadas las diferentes tesis de la doctrina científica española y la evolución jurisprudencial de los negocios fiduciarios, me voy a centrar en el estudio desde el punto de vista de la teoría jurisprudencial imperante en la actualidad: la titularidad fiduciaria. Esta teoría es la aplicada por el Tribunal Supremo de forma pacífica durante más de 10 años y que las Audiencias Provinciales van adaptando a sus fundamentos jurídicos.

Con relación al estudio doctrinal en estos dos capítulos, ha de señalarse desde este momento que será escaso dado que las críticas de la doctrina mayoritaria se han quedado estancadas con la tesis de concebir el negocio fiduciario como negocio simulado relativamente, carente de causa y que lleva implícito el pacto comisorio. Por tanto es concebido como un negocio que carece de validez y eficacia en el ordenamiento jurídico español²⁹¹. No es mi propósito realizar una crítica a la doctrina científica, pero mientras la jurisprudencia ha evolucionado para dar solución a los problemas que genera el tráfico jurídico, la doctrina se ha quedado estancada negando la validez de este negocio.

B. Licitud del negocio fiduciario

El Tribunal Supremo –como constato a lo largo de este trabajo– da completa validez al negocio fiduciario; sin embargo, la doctrina cuestiona esta figura, cuya configuración, lejos de ser pacífica, tiene detractores y defensores. JORDANO BAREA al

²⁹¹ Vid. *supra*, capítulo primero, II, respecto de la naturaleza jurídica del negocio fiduciario y el capítulo segundo, I, en relación a la causa de los negocios fiduciarios.

tratar la cuestión recoge lo vertido por el profesor CASTÁN, y, afirma que, si bien en el Código civil no se contemplan los negocios fiduciarios, ningún precepto hay que se oponga al reconocimiento y validez de los mismos²⁹². La jurisprudencia, con base en el artículo 1255 del Código civil, viene a justificar la creación de este negocio jurídico. Para JORDANO BAREA²⁹³ existe una base legal para fundamentar los negocios fiduciarios, ya que el artículo 1274 del Código civil establece que la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa de los contratos onerosos. Continúa JORDANO BAREA analizando los argumentos dados por ALBALADEJO²⁹⁴ respecto de la causa en el negocio fiduciario, para afirmar que se corresponde con la *causa fiduciae*, que debe entenderse como el pacto entre las partes –basado en la confianza– con una transmisión de dominio limitado, siendo este pacto la causa del negocio fiduciario. Sin embargo las afirmaciones realizadas por JORDANO BAREA y ALBALADEJO GARCÍA deben ser tenidas en cuenta con ciertas reservas, ya que los dos habían sido partidarios de la admisión del negocio fiduciario, pero después de la crítica realizada por DE CASTRO²⁹⁵, fueron cambiando su tesis hasta desdecirse por completo.

Por tanto se deberá estar a la determinación de la causa del negocio fiduciario, para valorar si la causa es lícita y en función de ésta se determinará la validez del negocio²⁹⁶.

GALICIA AIZPURUA²⁹⁷ considera que la validez y licitud de los negocios fiduciarios viene avalada por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la tolerancia de la doctrina con matices y reticencias, y por la legislación reguladora de garantías financieras: Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el

²⁹² Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pg.115.

²⁹³ Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pg.117.

²⁹⁴ Vid. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pg.117 *in fine*.

²⁹⁵ Vid. *supra*, capítulo segundo, II, A, 5. En relación al cambio de tesis de JORDANO BAREA y ALBALADEJO GARCÍA, a consecuencia de la crítica realizada por DE CASTRO Y BRAVO en relación a la validez del negocio fiduciario.

²⁹⁶ Vid. *supra*, capítulo segundo, I, D, respecto de los requisitos causales de los negocios fiduciarios.

²⁹⁷ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op cit.*, pg. 181 y ss.

impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (Regulación de mercados y activos financieros), así como su tipificación en alguna normativa foral, como es el caso del navarro –ley 466 del Fuero Nuevo–²⁹⁸.

La gran mayoría de la doctrina científica –desde DE CASTRO hasta CÁMARA LAPUENTE, por citar los autores más relevantes en la materia y por orden cronológico respecto de sus estudios– identifica el negocio fiduciario con el negocio simulado relativamente. La validez y la eficacia de la fiducia queda supeditada a la validez que jurídicamente se le otorga al negocio simulado. La diferencia entre ambos institutos es tratada en otro capítulo de este trabajo²⁹⁹. En realidad la problemática estriba en la transmisión de la propiedad y los efectos de dicha transmisión, que serán absolutamente diferentes si se interpreta como un negocio simulado aunque sea relativamente o como un negocio válido de fiducia *cum creditore* o *cum amico*.

En esta línea argumental PANTALEÓN PRIETO³⁰⁰ concluye respecto de la eficacia del negocio fiduciario *cum creditore*, que no puede ser otra que la de constituir un derecho real de garantía a favor del fiduciario; y respecto de la fiducia *cum amico* será la propia de un contrato de mandato o de comisión.

DÍEZ-PICAZO³⁰¹ concluye: “aun cuando el negocio fiduciario no se encuentra regulado por ningún precepto de nuestro Derecho Privado, su admisibilidad y su validez pueden reconocerse al amparo del principio general de libertad de contratación, según tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

Respecto de la jurisprudencia, PANTALEÓN PRIETO señala que la jurisprudencia considera absolutamente válido y eficaz el negocio fiduciario, si bien “en las declaraciones jurisprudenciales, las diferentes construcciones del negocio fiduciario se acumulan con una absoluta falta de congruencia interna, aunque, por fortuna,

²⁹⁸ Vid., *supra*, capítulo primero, I, A.

²⁹⁹ Vid. *infra*, capítulo cuarto, II.

³⁰⁰ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, *op. y loc. cit.*, pg. 4407.

³⁰¹ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Operaciones fiduciarias...*, pg. 63.

ello no suele impedir que se alcancen soluciones correctas”. Estoy absolutamente de acuerdo con esta afirmación, como a lo largo de este trabajo voy advirtiendo en los diferentes apartados, respecto de las incongruencias que en ocasiones las sentencias recogen en su fundamentación jurídica, pero que no trasladan a la parte dispositiva de la resolución.

El Tribunal Supremo ha reconocido la validez de los negocios fiduciarios existiendo abundante y reiterada jurisprudencia:

El Tribunal Supremo ha venido admitiendo la validez y eficacia de los negocios fiduciarios desde principios del siglo XX hasta la actualidad, salvo alguna excepción en la que se aplicó la teoría del doble efecto (sentencia de 18 de febrero de 1950)³⁰², pero no por ello se dejó de considerar válido y eficaz el negocio fiduciario; la salvedad es que se interpretó a través de la teoría del doble efecto, con las consecuencias injustas que ésta podía provocar.

La jurisprudencia respecto a la eficacia y validez del negocio fiduciario es pacífica. La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2010³⁰³, en el Fundamento de Derecho quinto reconoce la validez y eficacia de los negocios fiduciarios afirmando que la institución ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia, siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009³⁰⁴ afirma que su *"posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, y cita como sentencias más recientes: sentencias de 15 de marzo de 2000, 5 de marzo y 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002, 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003, 30 de marzo de 2004, 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007. Continúa la sentencia afirmando que el fiduciario no ostenta la titularidad real, pues no es un auténtico dueño; teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El

³⁰² Vid. *supra*, capítulo primero, II, B.

³⁰³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2010.

³⁰⁴ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009.

dominio sigue perteneciendo al fiduciante, en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico. Como consecuencia de la fiducia, el fiduciario está obligado a restablecer la situación real mediante la atribución de la titularidad correspondiente al fiduciante cuando se cumpla el pacto fiduciario. Serán nulos los negocios jurídicos celebrados con terceros faltando al compromiso que supone la fiducia siempre que dichos terceros no hayan adquirido de buena fe y a título oneroso.

En la misma línea argumental –de dar validez y eficacia al negocio fiduciario, pero con la finalidad de hacer valer el pacto interno o *pactum fiduciae*– la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011³⁰⁵, en el Fundamento de Derecho séptimo, justifica que, a diferencia de otros sistemas judiciales, para la interpretación de los contratos se debe estar a los siguientes parámetros: el intérprete no solamente debe ceñirse a la literalidad de los términos en los que las partes expresaron obligarse, sino que en nuestro sistema prima la investigación de lo que los contratantes realmente convinieron.

Continúa la sentencia referida explicando que en los negocios fiduciarios resulta esencial el trabajo hermenéutico, ya que de lo contrario sería imposible determinar la existencia y validez de esta tipología negocial. Es por ello que las manifestaciones efectuadas conjuntamente por los contratantes constituye una herramienta para conocer lo realmente querido por las partes; y como sucede en los negocios fiduciarios, la discordancia voluntaria entre la finalidad perseguida y la que se manifiesta perseguir impide acudir a lo expresado para investigar lo querido.

En este sentido es vital la prueba indiciaria, a fin de conocer lo verdaderamente pactado. La sentencia concluye: “(...) en la medida en la que la recurrente pretende que la voluntad declarada en la escritura pública concuerda con la finalidad perseguida y pretende acudir a las reglas que rigen la interpretación de las declaraciones contractuales, hace supuesto de la cuestión, ya que la sentencia recurrida parte de la discordancia entre el objetivo perseguido –la constitución de una garantía– y lo que se afirmó querido –la transmisión de la titularidad de unas

³⁰⁵ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011.

acciones–, dando lugar a la llamada fiducia *cum amico* cuyo precedente histórico, como afirma la sentencia 349/2011, de 17 de mayo, reproduciendo la 518/2009 de 13 julio, se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, "*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*") y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia (entre las más recientes sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000; 5 de marzo y 16 de julio de 2001; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007); siendo así que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico."

Con respecto a esta cuestión, continúa el Tribunal argumentando a través del Fundamento de Derecho octavo, que –en los negocios fiduciarios– no puede alegarse infracción de la doctrina de los actos propios respecto a la validez de lo estipulado en de documento público. La Sentencia de 4 de octubre de 2010 señala lo siguiente: "(...) Como tenemos declarado en la sentencia 46/2011, de 21 de febrero, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos –así el artículo 111-8 del Código civil de Cataluña dispone que "*Ningú no pot fer valer un dret o una facultat que contradigui la conducta pròpia observada amb anterioritat si aquesta tenia una significació inequívoca de la qual deriven conseqüències jurídiques incompatibles amb la pretensió actual*" (Nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual)–, el Código Civil no contiene una regulación expresa de la prohibición de actuar contra los propios actos, no obstante lo cual doctrina y jurisprudencia entienden de forma unánime que la prohibición de actuar contra los propios actos, cristalizada en la máxima "*venire contra proprium factum non valet*", constituye una manifestación de la buena fe que, como límite al ejercicio de los

derechos subjetivos, impone el artículo 7 del Código civil, de tal forma que quien despliega una conducta inequívoca con significación jurídica, no puede actuar de forma incoherente y traicionar la confianza generada por su propio comportamiento. Ahora bien, como sostiene la referida sentencia 349/2011, de 17 de mayo “no cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario (sentencia de esta Sala de fecha de 23 de junio de 2006³⁰⁶), pues no concurren en tales actos –que inciden sobre el mantenimiento de la apariencia de una situación no real– los requisitos para que los mismos creen estado y hayan de considerarse vinculantes para quien los protagoniza”.

Por último, y para determinar la validez del negocio, deberá valorarse si el negocio fiduciario consiste en la apariencia de mostrarse al fiduciario como propietario, siendo el verdadero propietario el fiduciante, y entendiendo que esto puede ir dirigido a proteger un patrimonio frente terceros acreedores, evitar el pago de impuestos, etc....

El fin que se consigue a través del negocio fiduciario puede ser evitar algo que el derecho permite. A título de ejemplo se podrían enumerar las siguientes finalidades, *a priori*, ilícitas:

- a) Que se recauden impuestos en función de los títulos de los que sea verdadero propietario.
- b) Que un acreedor no pueda acceder a los bienes del deudor, (por haberse constituido un negocio fiduciario a través del cual, mediante una figura jurídica se transmite la propiedad frustrando las posibilidades de cobro del acreedor).
- c) Poder acceder a subvenciones. Por ejemplo una compra de una vivienda por parte de un hijo menor de 30 años, con derecho a subvención por el requisito de la edad y el de ser primera vivienda.

³⁰⁶ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2006.

Se deberá estar al supuesto concreto para determinar la finalidad y su licitud, y, en función de ésta, concluir la validez del negocio fiduciario, alcance y efectos.

C. Efectos del negocio fiduciario con causa ilícita o fraudulenta

Como ya se ha indicado, los negocios fiduciarios, son validados por el Tribunal Supremo, salvo cuando su finalidad sea ilícita o se realice en fraude de ley. Sin embargo la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012³⁰⁷ recoge un supuesto controvertido. Se trata de una vivienda de protección oficial adquirida por un matrimonio pero escriturada a nombre de su hija, ya que el matrimonio era

³⁰⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012. En el Fundamento de Derecho segundo, se concluye: "La recurrente pone de manifiesto que la sentencia impugnada ha entendido que existe un negocio fiduciario entre las partes en virtud del cual la demandada doña Antonieta viene obligada a transmitir la titularidad formal de los inmuebles a la demandante; negocio en el cual las partes fiduciante y fiduciaria acuerdan formalizar la escritura de compraventa de un inmueble de protección oficial a favor de esta última para evitar los indeseables efectos que la inscripción de más de un inmueble de tal condición acarrearía a quien vulnera la prohibición legal con tal comportamiento.

La argumentación del motivo se centra en la afirmación de que la ilicitud de la causa impide apreciar la existencia de un negocio fiduciario válido y, en consecuencia, de la propia fiducia "pues ésta descansaría sobre una causa ilícita, lo que impide cuestionar, 33 años después, la identidad de la persona que accedió a la titularidad registral".

El motivo se desestima. Las sentencias de esta Sala nº 518/2009, de 13 de julio, y nº 182/2012, de 28 de marzo, se refieren al negocio fiduciario afirmando que su precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, "*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apudeum sint*") habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.

Precisamente por ello, afirma la sentencia citada de 28 marzo 2012 que lo que no se puede pretender es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de "fiducia cum amico" para «negar toda eficacia "*inter partes*" a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata». El efecto de la nulidad del pacto fiduciario por ilicitud de la causa no sería, como pretende la recurrente, la inexistencia de acción para las partes sino la obligación recíproca de restitución en los términos a que se refiere el artículo 1303 del Código civil.

propietario de otra vivienda de protección oficial y en esas circunstancias no se le concedería la subvención. Se instó judicialmente la solicitud de la retransmisión de la vivienda a favor de los padres fiduciantes. La hija se opuso alegando propiedad legítima, y que, en todo caso, el negocio fiduciario sería en fraude de ley. La sentencia condena a la hija a transmitir la titularidad formal del inmueble a sus padres –demandantes–, y concluye que no se puede alegar la finalidad fraudulenta del pacto de fiducia para negar toda eficacia –*inter partes*– a dicho pacto, y consolidar definitivamente una propiedad aparente. La sentencia de instancia estimó la acción declarativa de dominio, formulada por los demandantes contra su hija respecto a una vivienda adquirida por ellos, pero escriturada a nombre de ésta. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada.

La prueba indiciaria a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior demostró que, a pesar de haber constituido la hipoteca la hija, el pago de los gastos y de la propia hipoteca es realizada los padres, siendo ellos los verdaderos propietarios y viviendo en la misma de forma habitual. Por ello la hija únicamente ostentaba la propiedad formal frente a terceros –en este caso frente a la Administración– con la finalidad de conseguir una subvención que, de otra forma, no podrían haber accedido.

Se está, por tanto, frente a un negocio fiduciario *cum amico*, cuya causa *fiduciae* es la representación y en el que opera el pacto de retransmisión del bien dado en fiducia. En caso de fraude, la Administración podrá reclamar al fiduciante, pero en ningún caso el fiduciario puede aprovechar esa situación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007³⁰⁸ recoge un supuesto semejante. Una madre, titular de un derecho de tanteo de una vivienda

³⁰⁸ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007; Fundamento de Derecho segundo: “(...) Hay, en cambio, un comportamiento que revela la presencia de una fiducia *cum amico*, un acuerdo entre madre e hijo por medio del cual ella adquiriría la vivienda, usando su condición de arrendataria a la que se dirige la oferta, para el mismo hijo, a reserva del derecho de usufructo. La posibilidad, y la licitud, de la fiducia *cum amico* ha sido establecida con claridad por la jurisprudencia, en sentencias como las de 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 13 de febrero de 2003

por ser arrendataria de la misma, adquiere la vivienda aprovechándose de ese derecho a favor de uno de sus hijos. En el supuesto de hecho explicado, los hermanos y coherederos al fallecimiento de la madre no quieren reconocer que la vivienda es de uno de los hermanos. En este supuesto el litigio consistía en determinar si había un negocio fiduciario o una donación que podría ser colacionable. Finalmente se concluye que es un negocio fiduciario *cum amico*. En este caso la situación es compleja, por cuanto que el negocio es válido para el Tribunal Supremo. Es vital, como digo, la determinación del negocio fiduciario por la trascendencia que tiene el hecho de ser colacionable.

entre las más recientes. La primera de las citadas (16 de julio de 2001), en que con justeza se remontaba el instituto a las Instituciones de Gayo (II, 60) decía que en esta modalidad de negocio "el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza". Y la sentencia de 30 de abril de 1992 destacaba la proximidad al mandato de la figura, en un supuesto en que se utilizaba una sociedad, caracterizada como pequeña empresa, para conseguir un préstamo que iba a beneficiar a determinados socios. La sentencia de 8 de febrero de 1996, recogiendo doctrina que ya se contenía en las de 3 de marzo de 1932, 14 de octubre de 1959, 6 de octubre de 1977 y 3 de enero de 1978, consideraba la validez del contrato no obstante haberse expresado una causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida, doctrina que sigue vigente, en sentencias como las de 19 de diciembre de 1999, 1 de abril de 2000, 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002, entre otras.

Esta posición, que la doctrina consideró como "fiduciaria en sentido lato" se basa, en definitiva, en una adquisición realizada por encargo, un mandato para adquirir. El hijo encarga a la madre (única que puede aprovechar la oferta por su condición de arrendataria) que adquiera para él (y su esposa), a cuyo efecto verifica el pago de precio más impuestos y gastos, para que, con reserva del usufructo, la madre le transmita, como beneficiario definitivo. La segunda escritura es, de este modo, un acto de transferencia sobre cuya naturaleza ya había hipnotizado la doctrina que habría de ser, en la mayor parte de las ocasiones, una escritura simulada, lo que carece de importancia en el contexto negocial, pues el mandante ya adquirido, dando sentido con ello a lo previsto en el artículo 1717 del Código civil, como ha dicho esta Sala en un conjunto de decisiones que constituyen una línea constante, como las de 22 de mayo de 1964, 22 de noviembre de 1965, 26 de noviembre de 1970, sin necesidad de que el mandatario otorgue un documento en que el mandatario confiese o testimonie el origen del dinero con el que adquiere (lo que ocurre, en cambio, en las sentencias de 26 de mayo de 1950, 3 de junio de 1953, y 19 de diciembre de 1963). Una línea que sigue en las sentencias de 16 de mayo de 1983, 24 de junio de 1984, 14 de octubre de 1989, 13 de abril de 1994, 18 de enero y 4 de julio de 2000, entre otras. La doctrina lo ha explicado al señalar que "el mandante adquiere una propiedad sustancial, mientras que el mandatario, frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mandato, una propiedad formal". A lo que se añadiría, según la autorizada doctrina a que nos referimos, que se trata "en suma, de algo idéntico a lo que ocurre en el negocio fiduciario, entre fiduciante y fiduciario". Por ello, no cabe apoyar en el carácter simulado de la segunda compraventa, ni en la inexistencia de precio, la nulidad, sino que hay que estar a la irrelevancia de la causa expresada, cuando sustancialmente se trata de completar, según el diseño negocial establecido, el itertransmisivo, intitulado a favor del mandante o fiduciante el bien que para él, en definitiva, se ha adquirido."

Situación similar a la arriba expuesta es la recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012³⁰⁹. En este supuesto de hecho, el fiduciante transmite todos sus bienes a la que en aquel momento era su pareja, con la intención de generar una insolvencia aparente frente a su ex esposa en el contexto de un procedimiento judicial de divorcio. El Tribunal Supremo considera válido y eficaz el negocio fiduciario, estimando la pretensión del fiduciante frente a la fiduciaria, que pretendía se declarase que el negocio se había realizado en fraude de ley y se declarase su nulidad y así apropiarse de los bienes. El Tribunal consideró que la propiedad transmitida era fiduciaria y por tanto debían ser reintegrados los bienes al fiduciante. Sin embargo, y a pesar de que el negocio se había realizado en fraude de acreedores –pues consta acreditado que la causa del negocio fiduciario era fraudulenta, con la única intención de generar una apariencia de insolvencia frente a su ex mujer–, se considera totalmente válido el negocio fiduciario. En realidad, los bienes deben volver al patrimonio del deudor y estar a disposición de los posibles acreedores.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de marzo de 2011³¹⁰ recoge un supuesto en el que el fiduciario había instado una acción reivindicatoria, sobre una finca de la que había sido adjudicatario en un procedimiento administrativo ante una entidad local; si bien el pago de la vivienda lo realizó el fiduciante que, además, se adjudicó el uso y que formuló reconvención, entablando una acción declarativa de dominio. Todo ello quedó acreditado a través de la aportación de un documento privado donde constaban la voluntades de las partes (*pacto fiduciae*). El actor-fiduciario, pretendía que se declarase que el negocio había sido realizado en fraude de ley y que el fiduciante no tenía título habilitante para ocupar la vivienda, pues la transmisión de la vivienda solamente podía hacerse a favor del adjudicatario que constaba en la resolución de la entidad local, es decir, a

³⁰⁹ Vid. *supra*, capítulo segundo, II, B. En el apartado dedicado a la confianza como elemento esencia del negocio fiduciario y más concretamente, en los negocios fiduciarios ante la crisis matrimonial transcribo parte de la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012.

³¹⁰ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de marzo de 2011.

favor del fiduciario. La sentencia dio validez al pacto fiduciario³¹¹, y consideró que el propietario real es el fiduciante que pagó el precio.

Ante estos supuestos, la pregunta obligatoria es: ¿el negocio fiduciario es válido aunque vaya contra ley? La respuesta obvia es no, lo que se enjuicia es que el negocio será válido, sin perjuicio de las responsabilidades que se puedan derivar frente al fiduciante por los terceros que puedan ser perjudicados por el negocio fiduciario, pero que no eran parte en el procedimiento, no pudiéndose resolver en ese sentido.

³¹¹ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de marzo de 2011 en el Fundamento de Derecho tercero: "(...) y para aceptar cumplido el requisito de la "*causa fiduciae*" que nace de la finalidad perseguida en este caso por los interesados (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1990 y de 29 de mayo de 2003). Con estos antecedentes fácticos, en el análisis jurídico la solución a la que llegamos es la misma de la Juez a quo, es decir la actora frente al Ayuntamiento adquirió un bien existiendo un pacto con su hermano de que este bien en realidad lo adquiriría para aquel, en ese sentido como explicó la Juez a quo, aquel negocio se califica de fiduciario, pues nació del compromiso de la actora y el resto de la familia con su hermano don Bernabé, de adquirir la vivienda en su beneficio, con lo cual la demandada no ostenta una titularidad real sino formal, pues en todo "...negocio fiduciario una parte (fiduciante) deposita en otra (fiduciario) la confianza o fiducia que nace de una atribución patrimonial fiduciaria ...", (Rosendo), y en su virtud él que recibe el bien debe usarlo dentro de un límite con la posterior restitución de lo adquirido. De esta manera conforme la prueba el negocio realizado por la actora y el Ayuntamiento está vinculado al pacto que le impone como receptora de la fiducia a usarlo dentro de las facultades conferidas, naciendo en la adquirente la obligación a volver a transmitirlo (s.TS de 23 de febrero de 1951). Esta construcción jurídica realizada en la sentencia recurrida no ha sido rebatida por el recurrente que se remitió en varias ocasiones de la validez del acuerdo al entender que estaba celebrado en fraude de ley, pues se buscaba por ese medio que el demandado adquiriera una vivienda sin cumplir los requisitos administrativos para su adjudicación. La Juez a quo en la sentencia se remitió a la concreta figura de la fiducia "*cum amico*", cuya vigencia entre nosotros que ha sido reiteradamente señalada por la jurisprudencia, siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria, (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2000, de 5 de marzo de 2001, de 16 de julio de 2001, de 23 de junio de 2006, de 7 de mayo de 2007 y de 1 de diciembre de 2010, entre otras). Sin necesidad de entrar a analizar los límites administrativos que afectaban a la transmisión y sus efectos jurídicos respecto al "*pacto fiduciae*", pues además de lo explicado en la sentencia recurrida sobre los efectos del Reglamento de Viviendas de Protección oficial, Decreto 2114/1968; conforme la doctrina antes expuesta de apreciarse el fraude de ley implicaría la ineficacia del negocio frente al perjudicado por esa actuación fraudulenta, pero ésta no concurre ya que la ineficacia de la fiducia no nace de las relaciones entre fiduciante y fiduciario, uno titular real y otro titular formal, sino entre ambos y los terceros perjudicados, ya que entre los litigantes la vinculación produce plena eficacia. En conclusión la Sala coincide con la Juez a quo pues frente a la acción reivindicatoria ejercitada por la demandante y sustentada en la adjudicación, la correlación de ésta con el documento que se firmó el 15 de diciembre de 1990, convierte al negocio jurídico celebrado con el Ayuntamiento en un negocio fiduciario, con la trascendencia jurídica que ello tiene en la relación entre fiduciante y fiduciario, y todo ello sin perjuicio en su caso de las consecuencias jurídicas que pueda entrañar esta calificación del negocio frente a terceros, que determina la estimación de la reconvenición y la desestimación de la demanda.

En definitiva, las finalidades que se persiguen a través de estos negocios pueden ser finalidades defraudatorias. Con lo que en principio deberían ser negocios ilícitos. La jurisprudencia viene entendiendo que los negocios fiduciarios pueden ser lícitos o ilícitos, y una finalidad ilícita, como es eludir la responsabilidad patrimonial universal, nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico³¹². Por tanto, deberá estarse al supuesto concreto para determinar si el negocio es válido, lícito y eficaz.

En conclusión –y en la línea de lo argumentado por las sentencias expuestas– la existencia de una finalidad fraudulenta no puede ser aprovechada por el fiduciario para apropiarse del bien transmitido de forma fiduciaria, ya que provocaría un enriquecimiento injusto en el fiduciario. Con todo, el bien vuelve al patrimonio del fiduciante para responder de la responsabilidad patrimonial de éste.

La validez y eficacia del negocio fiduciario ha quedado patente según lo expuesto; la jurisprudencia considera la institución válida y autónoma sin apenas justificarla, y le ha dado carta de naturaleza de forma pacífica y reiterada en la última década. Respecto a la validez de los negocios se deberá estar al supuesto concreto, y con las bases fijadas por la jurisprudencia se determinará la validez y licitud de cada negocio.

El negocio fiduciario pactado en fraude de ley es susceptible de nulidad y de invalidez, ahora bien: ¿quién está legitimado activamente para promover la nulidad y la invalidez? ¿En qué procedimiento se debe promover?

Respecto de la ilicitud de la causa se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo 6 de Febrero de 2013³¹³ con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de

³¹² Cfr. sentencias del Tribunal Supremo de octubre de 2003, 4 de julio de 1998. En estas sentencias se establece la validez de los negocios fiduciarios, siempre y cuando la finalidad de los mismos no sea ilícita.

³¹³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013. El Fundamento de Derecho sexto concluye que: declarada la nulidad contractual del negocio se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código civil, ya que esta tesis debe aplicarse al negocio fiduciario con causa ilícita, por tratarse de un contrato, como cualquier otro, promovido al amparo del artículo 1255 del Código civil. El negocio fiduciario normalmente perseguirá finalidades lícitas, como la transferencia de la propiedad con fines de garantía, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de

5 de marzo de 2001, 7 de junio de 2002, 30 de marzo de 2004 y 17 de febrero de 2005 que concluyen que “cuando en el negocio fiduciario no envuelve fraude de ley, es válido y eficaz”, y establece las consecuencias derivadas del negocio fiduciario basado en causa ilícita o torpe y los efectos jurídicos que se derivan para los intereses de los contratantes en el supuesto de nulidad radical.

En caso de declaración de nulidad del negocio fiduciario, por concurrir causa ilícita (fraude de acreedores, evasión fiscal, etc.), se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código civil: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.” En este caso deberá volver el bien al patrimonio del fiduciante, ya que solo es el fiduciante el que efectúa entregas. Por otro lado el artículo 1306 del Código civil establece: “Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1.- Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.- Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.” Este precepto no es aplicable a la

2004: “La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o “venta en garantía” es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, fideicomisos, obtención de préstamos, etc.”

Continúa la sentencia explicando que: “(...) en otras ocasiones la finalidad es claramente ilícita como lo es vulnerar la garantía general que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código civil, la evasión de impuestos o la obtención de subvenciones a las que no se tiene derecho. Incluso los traspasos y subarriendos ilegales como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001.”

Y concluye que “ (...) en consecuencia, la nulidad del negocio fiduciario obligacional, acarrearía la ineficacia del contrato de naturaleza real aparente, como integrantes de un único negocio complejo, pues no pueden sobrevivir independientemente, aunque con efectos limitados al fiduciante y fiduciario, dada la inatacabilidad de la posición que sobre los bienes fiduciarios ostentan los terceros de buena fe por negocios efectuados por el fiduciario, ya que para los terceros, ajenos a los pactos fiduciarios, serían plenamente válidos y eficaces”.

nulidad de los negocios fiduciarios porque generaría en el fiduciario un enriquecimiento injusto. De este modo, el bien vuelve al patrimonio del fiduciante para responder de las posibles responsabilidades patrimoniales.

II. EFECTOS DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

A. Incumplimiento del fiduciario

1. Generalidades

El incumplimiento del fiduciario, respecto a la no transmisión del bien dado en fiducia y sus consecuencias son comunes tanto para la fiducia *cum amico* como para la fiducia *cum creditore*. No sucede lo mismo respecto del incumplimiento por parte del fiduciante, cuyas consecuencias son diferentes para cada una de las tipologías de negocio fiduciario y que trataré en otros apartados³¹⁴ del presente estudio, por ser específicos de cada tipología contractual.

2. Incumplimiento de la retransmisión del bien dado en fiducia

El incumplimiento por el fiduciante de su promesa obligacional no derivará en la pérdida de la titularidad atribuida por un negocio transmisivo de garantía, sino que éste solo responderá del incumplimiento de la obligación según lo establecido en los artículos 1096 y 1101 del Código civil. Con todo, el peligro aparece cuando el

³¹⁴ Vid. *infra*, capítulo cuarto, I, C, respecto de la fiducia *cum amico* y Vid. *infra*, capítulo cuarto, I, B, respecto de la fiducia *cum creditore*.

fiduciario, haciendo uso del derecho que tiene sobre el bien –recordemos que frente a terceros de buena fe es *vero* propietario–, lo enajena, constituye una hipoteca, o es embargado. Pues bien, siempre y cuando los adquirentes, hipotecantes, etc. tengan la consideración de terceros de buena fe y sean ajenos y no conocedores del pacto de fiducia, el fiduciante únicamente podrá reclamar el valor de bien al fiduciario, pero no podrá afectarles el pacto interno.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003³¹⁵ se pronuncia al respecto. El supuesto de hecho que la motiva trata una fiducia *cum creditore*. El Tribunal resuelve con cita de sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999, 17 de julio y 5 de diciembre de 2001, y viene a concluir que el negocio fiduciario no transmite más que formalmente la propiedad al acreedor, pero frente a terceros de buena fe existe una transmisión real y, por tanto, éstos no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconocían.

En líneas generales lo arriba expuesto es la consecuencia del incumplimiento del fiduciario, y siguiendo el esquema de MATEO Y VILLA³¹⁶ –pero con base en jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo– distingo los efectos de los negocios fiduciarios en dos supuestos:

- a) Que el negocio fiduciario esté inscrito en el Registro de la Propiedad en todos sus términos: señalando la condición de garantía o representación con la que ha sido transmitido el bien. En este caso no tiene relevancia que el tercero sea de buena fe, ya que conoce el contenido de los derechos. Es un supuesto anómalo de negocio fiduciario. De hecho, desde mi punto de vista, sería un tipo de derecho de garantía, representación o mandato con similitudes a los negocios fiduciarios, pero no tendría las características típicas del negocio fiduciario y sería otra modalidad negocial diferente.

³¹⁵ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003.

³¹⁶ Cfr. MATEO Y VILLA, *op. y loc. cit.*, pg. 1249.

Aun así, los efectos y las garantías de esta “tipología” son recogidas por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009³¹⁷ en la que se cuestiona la responsabilidad de un Registrador de la Propiedad, que calificó de forma errónea un mandamiento judicial que ordenaba la anotación preventiva de una demanda que carecía de efecto real alguno. En este supuesto de hecho el actor solicitaba frente a la demandada –herencia yacente– la reclamación de una suma dineraria y el otorgamiento de escritura pública de un inmueble a su favor, con base en un contrato fiduciario³¹⁸ –fiducia *cum creditore*–. Siendo por tanto la transmisión del inmueble como garantía de cobro y no en pago de la deuda, por lo que la transmisión era meramente formal. La demanda fue estimada en el sentido de estimar que debe realizarse la transmisión. En fase de ejecución, el Registro de la Propiedad no acepta la inscripción por adolecer del defecto de incongruencia entre la anotación preventiva de demanda por reclamación de cantidad, y la ejecución de sentencia consistente en la transmisión de la propiedad.

Concluye la sentencia en su Fundamento de Derecho segundo: “(...) admitido por la jurisprudencia el pacto de fiducia y reconociéndose por lo general que permite al acreedor mantener la titularidad formal del inmueble objeto del pacto en tanto se cumple la deuda, resulta razonable entender que la anotación preventiva de la demanda encaminada a hacer valer el expresado pacto, si hubiera reunido los requisitos adecuados, hubiera evitado que el acceso al Registro del derecho de un tercero que obtuvo la anotación preventiva de un embargo sobre el inmueble y su posterior adjudicación a ese tercero obstaculizara el acceso posterior del acreedor a

³¹⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009.

³¹⁸ Vid. sentencia del Tribunal Supremo 2 de marzo de 2009. En el Antecedente de hecho cuarto concluye: “Por otra parte igualmente es un hecho no controvertido y que se acredita con la copia de la demanda del procedimiento de menor cuantía n.º 1456/92 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Valencia que en dicha demanda y de acuerdo a su suplico se interesaban tres peticiones en el mismo, una primera en la que se solicitaba se reconociera la deuda a favor de los demandantes, y a continuación se añadía que se solicitaba que se declare también que el inmueble que se cita, por expresa voluntad del fallecido, está afecto de manera especial al cumplimiento de las obligaciones de pago que son objeto del litigio, sin perjuicio de la responsabilidad del deudor conforme al artículo 1911 Cc. (LA LEY 1/1889) y además se interesaba que por voluntad expresa del fallecido, los herederos de éste vienen obligados a otorgar con carácter inmediato y a favor de dicha parte escritura pública del inmueble.”

la protección registral de la titularidad otorgada por el Juzgado en ejecución de la sentencia de condena a su favor, la cual hubiera resultado cubierta por la anotación preventiva. En consecuencia, puede afirmarse que el efecto de garantía inherente a la fiducia cum creditore, necesitada en este caso de la protección registral para ser eficaz, se vio frustrado por la imposibilidad de registrar la finca a nombre del acreedor y con ello éste sufrió un daño.”

Por lo que puedo deducir, que si el negocio fiduciario accede al Registro, como tal, debe inscribirse la propiedad a favor del fiduciario hasta en tanto en cuanto se haya cumplido la obligación o el pacto *fiduciae*. El Tribunal Supremo acepta la posibilidad de que el derecho real derivado del negocio fiduciario acceda al Registro de la Propiedad, como derecho real de garantía que establece la titularidad formal del inmueble a favor del fiduciario con efectos de garantía de la deuda contraída, debiendo constar que la titularidad real la ostenta el fiduciante. Por analogía entiendo que también podría inscribirse la fiducia *cum amico*, respecto de la titularidad formal para ejercer el derecho de representación o de administración.

A pesar de que el Tribunal Supremo contempla la posibilidad de la inscripción registral del negocio, considero que no es lo buscado por las partes, ya que una de las características típicas del negocio fiduciario consiste precisamente, en no mostrar a terceros lo verdaderamente pactado.

La importancia de lo expuesto radica en que mientras la doctrina se plantea la validez de los negocios fiduciarios y si tendrían cabida en el sistema jurídico español, así como si tendría cabida como un nuevo derecho real autónomo, la jurisprudencia considera que puede acceder al Registro de la Propiedad como tal.

- b) El negocio fiduciario no está inscrito en el Registro de la Propiedad como tal, sino únicamente la transmisión, en apariencia, plena. El principio de protección registral al adquirente de buena fe y a título oneroso recogido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es aplicable también a los negocios

fiduciarios. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004³¹⁹, que recoge las líneas maestras de la fiducia *cum creditore*, concluye en el Fundamento de Derecho quinto: “1º (...).El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario –si son terceros de buena fe– protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.” La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013³²⁰ contiene un supuesto de hecho de fiducia *cum amico*, en el que se transmiten unas acciones sociales por el fiduciario –sin la autorización de los fiduciantes– a un tercero de buena fe y por título oneroso. Y si bien se aduce con citas jurisprudenciales que la venta con exceso de autorización o sin

³¹⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004.

³²⁰ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013. Esta sentencia en el Fundamento de Derecho que resuelve acerca de los motivos quinto y sexto del recurso de Casación, el Tribunal considera: “(...) en la relación interna de la fiducia, actuaba como mandatario, y el incumplimiento de las indicaciones recibidas por parte de los titulares reales de que no vendiera las participaciones constituye una extralimitación del mandato, prohibida por el artículo 1714 del Código civil y que, conforme al artículo 1727 del Código civil, debería liberar al mandante de las obligaciones asumidas con la venta. En este sentido se pronunció esta Sala, en la sentencia del Tribunal supremo de 30 de junio de 2009 con cita de otra anterior de 27 de enero de 2000: "el exceso del mandato repercute en las relaciones creadas por consecuencia del ejercicio abusivo, en el sentido de que el mandante puede considerarse ajeno a los mismos, los que carecen de validez y eficacia frente al principal, por no conformarse a su voluntad".

Lo anterior no obstaría a que si, como ha quedado acreditado expresamente en la sentencia recurrida, los terceros adquirentes desconocían la existencia de la fiducia y del incumplimiento de las instrucciones dadas al titular fiduciario por parte de los titulares reales de las participaciones, pudieran ser mantenidos en su contrato, por haber contratado de buena fe con un representante aparente. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, cuando considera que "para su apreciación, se exige que el tercero de buena fe haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios sino en la consistencia de una situación objetiva, de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora" (sentencias de 27 de noviembre de 2012, y de 14 de abril de 2008). En este caso, la titularidad aparente de las participaciones a favor de quien vendía y el desconocimiento, por parte del adquirente, de la existencia del pacto de fiducia y de la existencia de instrucciones expresas de que no fueran vendidas las participaciones, hubieran permitido mantener la eficacia del negocio traslativo para este adquirente de buena fe, si no fuera porque el contrato de venta de participaciones adolece de otro vicio que le priva de eficacia frente a la sociedad." Por tanto, queda patente la protección del tercero de buena fe adquirente de las participaciones sociales.

autorización no vincula al mandante –en este caso fiduciante–, continua afirmando que no es menos cierto que, si se demuestra que el tercer adquirente es de buena fe, la venta será válida y el fiduciante no podrá accionar contra los terceros: adquirentes a título oneroso y ajenos a los pactos internos entre fiduciante y fiduciario. Todo ello, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse de forma directa contra el fiduciario.

Por último, se debe valorar en este apartado qué pasa si el fiduciario, cumplida la obligación por el fiduciante –para el caso de la fiducia *cum creditore* o bien terminado el pacto *fiduciae* para la fiducia *cum amico*–, no quiere devolver el bien. En todo caso, el fiduciante podría entablar una acción declarativa de dominio o reivindicatoria para el caso de que el fiduciario ostente la posesión del bien.

3. Acción reivindicatoria y declarativa de dominio ante el incumplimiento del pacto fiduciario

En palabras de CÁMARA LAPUENTE³²¹ la obligación de retransmitir surge por el carácter transitorio o temporal de la *causa fiduciae*, que limita temporalmente la facultad de disposición del fiduciario; pero no existe duplicidad negocial, sino un único negocio causal. El incumplimiento del pacto de retransmitir, genera en el fiduciante la posibilidad de reivindicar la posesión, si ésta está en poder del fiduciario, o de entablar una acción declarativa de dominio, para el caso de que el fiduciante ostente la posesión y el fiduciario no quiera retransmitir formalmente la propiedad. En los negocios fiduciarios, generalmente, el fiduciante conserva la posesión y la titularidad real, mientras que el fiduciario ostenta una titularidad formal. La acción reivindicatoria se ejercita por el propietario que no posee contra le

³²¹ Vid. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1769.

poseedor que, frente al propietario, no puede alegar un título jurídico que justifique la posesión³²².

Así, existe abundante jurisprudencia menor al respecto, debiendo hacer constar que generalmente frente a la acción entablada por el fiduciario –acción reivindicatoria–, el fiduciante se opone y contesta reconvencionalmente solicitando a través de la acción declarativa de dominio que se declare judicialmente su propiedad.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 14 de diciembre de 2011³²³ se pronuncia sobre un supuesto de hecho que versa sobre el ejercicio de la acción reivindicatoria respecto de un terreno con una vivienda. El demandado se opuso a través de reconvención solicitando se declarase el dominio sobre los mismos inmuebles a su favor³²⁴.

La acción reivindicatoria se ejercita por el propietario formal no poseedor (fiduciario), en tanto que la acción reconvencional declarativa del Dominio se

³²² Cfr. MONTES PENADÉS, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, pg. 267.

³²³ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 14 de diciembre de 2011.

³²⁴ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 14 de diciembre de 2011. Fundamento de Derecho segundo: Conviene recordar, en este sentido, que la parte actora ha ejercitado en la Demanda una Acción Reivindicatoria sobre el solar y vivienda, edificada en el mismo, pretensión a la que se opuso el demandado interponiendo Demanda Reconvencional en Acción Declarativa del Dominio sobre los mismos inmuebles. Ambas pretensiones son antagónicas y de imposible coexistencia entre sí, de modo tal que la estimación de la primera determina indefectiblemente y de manera automática la desestimación de la segunda, y viceversa, sin que quepan situaciones intermedias (es decir, de posibles estimaciones parciales); de ahí que ambas partes hayan cuestionado la Legitimación Activa de la contraria amparándose en la Alegación de la ausencia de título válido que justifique su dominio. Por tanto, la Excepción de Falta de Legitimación Activa (se insiste, recíprocamente alegada) no tiene naturaleza procesal ("*ad procesum*"), sino material ("*ad causam*"); se incardina en el examen de los presupuestos de las acciones que, en defensa del dominio, han ejercitado de manera contradictoria ambas partes, de manera que, la estimación de una u otra, alcanza a la resolución de la propia legitimación, sin que se estime necesario -ni procedente- un pronunciamiento previo y separado sobre la misma, dado que tal Excepción, en los términos y con el contenido alegados, tiene naturaleza de motivo de fondo. Adviértase que las Acciones Reivindicatoria y Declarativa del Dominio encuentran protección y amparo -ambas- en el propio artículo 348 del Código civil y que, en las mismas, confluyen y coinciden análogos requisitos principales; esto es, el título legítimo de dominio en el reclamante y la identificación de la cosa que se reivindica, siendo su matiz diferencial la situación posesoria, de manera que la Acción Reivindicatoria se ejercita por el propietario no poseedor, en tanto que la Acción Declarativa del Dominio se ejercita por el poseedor propietario frente a quien discute su derecho de propiedad o se lo arroga.

ejercita por el poseedor propietario real pero sin título (fiduciante). La sentencia de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y estimó la reconvencción, declarando el derecho de propiedad del demandado reconviniente sobre el solar y la vivienda indicadas. Además condenó a la actora reconvenida a cumplir el pacto de fiducia, reponiendo al demandado reconviniente en la titularidad formal del solar, y la vivienda precitados, sin que haya lugar a indemnización alguna, y acordándose – finalmente– la rectificación y/o cancelación de la inscripción registral. Concluye la sentencia que, del resultado de la prueba practicada, permite afirmar que la escritura pública de compraventa otorgada responde a un negocio fiduciario, en la modalidad de fiducia *cum amico*³²⁵, que demuestra que la propiedad no se transmitía a la demandante, sino al demandado. Como consecuencia de la fiducia, el fiduciario está obligado a restablecer la situación real mediante la atribución de la titularidad correspondiente al fiduciante.

La sentencia añade los requisitos de la acción reivindicatoria –recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo– y exige la acreditación del título de propiedad del reivindicante, la identificación de la cosa que se pretende reivindicar y la detentación injusta de quien la posee. La parte demandada reconviniente, ha acreditado documentalmente el reintegro de cantidades coincidentes con el valor y

³²⁵ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 14 de diciembre de 2011. Fundamento de Derecho sexto: “(...) El Juzgado de instancia, en una apreciación probatoria absolutamente correcta, ha diseccionado cada una de las pruebas que se han practicado en el Proceso alcanzando la convicción -que comparte este Tribunal- relativa a que el solar fue adquirido, en realidad, por el demandado y que fue el mismo quien sufragó los gastos de construcción de la vivienda, no la demandante. Este Tribunal no considera necesario incidir en los concretos razonamientos jurídicos que, expuestos correctamente por el Juzgado de instancia en la Fundamentación Jurídica de la sentencia impugnada, asume este Tribunal dada su corrección; pero sí conviene significar que toda la tesis de la parte actora reconvenida y apelante se basa en una apariencia formal que no se complace con la situación real de los inmuebles, siendo de destacar que la circunstancia comprensiva de que la parte actora aporte una Escritura Pública de compraventa no significa que los hechos que la misma documenta sean reales, en la medida en que el Notario solo da fe de los datos de hecho y de la fecha, pero no de la realidad del negocio jurídico; y, sin duda, el negocio fiduciario -como después se explicitará- constituye una figura jurídica admitida en nuestro Ordenamiento Jurídico, aun cuando la compraventa se documente en Escritura Pública, cuando - insistimos- no aparenta un negocio fraudulento; ilicitud que se no se aprecia en el presente caso (menos aun en relación con la demandante, no propietaria) cuando el reconocimiento del dominio a favor del demandado no perjudicaría a la sociedad de gananciales formada por el mismo y su esposa al poderse discutir la naturaleza privativa o ganancial de los bienes en conflicto en el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial.

fechas de la compra y ello unido a la prueba testifical hace que se califique la compraventa otorgada por la demandante como negocio fiduciario, demostrativo de que la propiedad no se transmitía a la demandante, sino al demandado.

El casuismo de los negocios fiduciarios hace necesario que se despliegue una importante actividad probatoria para determinar y sacar a la luz el *pactum fiduciae* – oculto frente a terceros– y que basado en la relación de confianza no está recogido por escrito.

B. La usucapión en los negocios fiduciarios

Otro elemento a tener en cuenta en los negocios fiduciarios, responde a la cuestión de si el título con el que adquiere el fiduciario es suficiente para adquirir por prescripción. Así, con base en la teoría del doble efecto, había un negocio real de transmisión del dominio con eficacia *erga omnes*, y un negocio obligacional con eficacia *inter partes*, que consistía en la obligación de devolver el bien según lo pactado en el negocio fiduciario. Bajo este prisma, y al amparo del negocio real, el fiduciario podía adquirir la propiedad por usucapión ordinaria. Sin embargo, la jurisprudencia anterior a los años 80, que justificaba el negocio fiduciario con base en la teoría del doble efecto, no le reconocía al fiduciario un derecho de propiedad bastante para poder adquirir la propiedad por prescripción. La argumentación jurídica utilizada por la jurisprudencia consiste en entender que, si bien es cierto que la inscripción del título en el Registro de la Propiedad es justo título para adquirir por usucapión ordinaria, no es menos cierto que el fiduciario es poseedor de las cosas otorgadas en fiducia, y por tanto no con carácter de dueño como exige el artículo 1941 del Código civil.

El instituto de la prescripción es de vital importancia para comprender el negocio fiduciario, ya que determina en concepto de qué posee el fiduciario el bien objeto de fiducia. Con base en la teoría del doble efecto el fiduciario es dueño de la

cosa dada en fiducia, y con esta base se podría considerar que la titularidad fiduciaria es apta para usucapir. Desde mi punto de vista, el fiduciario es propietario con efectos *erga omnes*, frente a terceros, pero frente al fiduciante no es verdadero propietario, incluso con base en la teoría del doble efecto y por tanto, la propiedad transmitida fiduciariamente no es apta para usucapir.

Los requisitos exigidos para poder prosperar la usucapión ordinaria exigen poseer en concepto de dueño, con justo título y buena fe. El fiduciario con base en el pacto interno *inter partes*, no posee en concepto de dueño sino como mero detentador de la propiedad frente a terceros, ya que en realidad ostenta un derecho de representación o administración o titular de un crédito con garantía (en su fuero interno lo sabe y así ha sido pactado), por tanto no cumple el requisito de poseer en concepto de dueño.

Respecto a la usucapión mobiliaria se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de enero de 2002, y establece para que prospere la usucapión mobiliaria, la posesión de la cosa debe ser en concepto de dueño, no siendo suficiente la mera tenencia que ostenta el fiduciario³²⁶.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de Marzo de 2012³²⁷ determina, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico segundo, el carácter de la propiedad transmitida a través del negocio fiduciario: “Abundante doctrina jurisprudencial reitera que en el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de

³²⁶ Vid. Fundamento de Derecho sexto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de enero de 2002 que determina que “la usucapión mobiliaria ordinaria requiere la posesión de las cosas en concepto de dueño y con buena fe. La posesión en concepto de dueño exige la intención de tenerlos como propios, frente a la mera tenencia de la cosa y el simple ejercicio del derecho o posesión natural. No posee de esta manera el fiduciario - así lo declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de noviembre de 1958 -. Es evidente que quien se sabe titular aparente, tiene las cosas en este concepto, y no como un legítimo o *verusdominus*. Y precisamente por esta circunstancia, de conocer cuál es su relación con las acciones de “H., S.A.”, tampoco concurre la buena fe para usucapir porque las tiene únicamente en virtud de una relación fiduciaria, que le invalida para actuar como un verdadero dueño, al no pertenecerle los bienes, más que ostentar un título aparente”.

³²⁷ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de marzo de 2012.

buena fe y por título oneroso, con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (sentencias de 28 de diciembre de 1973, 2 de junio de 1982, 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988, 19 de marzo de 1989, 5 de julio de 1989, 30 de enero de 1991, 30 de abril de 1992 , 5 de julio de 1993), de tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante (sentencias de 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988), pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (sentencia de 19 de mayo de 1989).”

En el negocio fiduciario la propiedad transmitida al fiduciario es formal, aparente y con eficacia limitada frente al fiduciante: con estos parámetros habrá que valorar si la propiedad transmitida a través del negocio fiduciario es válida para usucapir. La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de enero de 2011³²⁸ establece, en relación a la adquisición prescriptiva por el fiduciario, en su Fundamento de Derecho tercero: “(.....) La sentencia del Tribunal Supremo 10 de mayo de 2007 declara: la usucapión , como modo de adquirir el dominio, contemplada en el artículo 609 y regulada a partir del artículo 1930 del Código civil cuyos requisitos esenciales, son la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida por el tiempo fijado en el código, requisitos únicos para la usucapión extraordinaria que exige el tiempo de treinta años para la de inmuebles y los requisitos de buena fe y justo título para la ordinaria.

La posesión en concepto de dueño es presupuesto necesario para la prescripción, pues, como ha señalado reiteradamente nuestra doctrina jurisprudencial, tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar, en armonía con el artículo 1941 del Código civil, sin la base cierta de una posesión continuada durante el tiempo necesario en concepto de dueño (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1923 , 4 de julio de 1963 , etc.), señalando así el artículo 447 del Código civil que solo la posesión que se adquiere y

³²⁸ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de enero de 2011.

se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, por lo que la posesión, en la prescripción extraordinaria, ha de ser la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de haber la cosa como suya en concepto de dueño".

La posesión en concepto de dueño es definida por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo como aquella voluntad encaminada a tener la cosa para sí, no bastando la mera intención de poseer y realizar las actividades características del *vero* propietario frente al mundo exterior³²⁹.

Sin embargo y a pesar de lo expuesto, alguna sentencia, considera que el inicio del *dies a quo* para comenzar el plazo para la prescripción adquisitiva comienza cuando se incumple, en la fiducia *cum creditore*, por el fiduciante el pago del crédito, cuyo bien ha sido dado en garantía, y/o cuando no se retransmite el bien, a pesar de haberse cumplido el pacto fiduciario.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de junio de 2007³³⁰ establecía en su Fundamento de Derecho cuarto, que mientras está vigente el pacto de fiducia no cabe la prescripción de la propiedad, puesto que el fiduciante sigue siendo dueño frente al fiduciario. Continúa afirmando que sí que podría utilizar la prescripción frente a terceros o incluso frente al fiduciario si se arrogan la

³²⁹ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de enero de 2011 (.....) "La posesión en concepto de dueño la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2008 declara: "B (.....), b) no es un concepto subjetivo(SSTS 20 de noviembre de 1964 , 6 de octubre de 1975 , 16 de mayo de 1983 , 19 de junio de 1984 , 5 de diciembre de 1986 , 10 de abril de 1990 , 17 de julio de 1990 , 14 de marzo de 1991 , 28 de junio de 1993 , 6 de octubre de 1994 , 18 de octubre de 1994 , 25 de octubre de 1995 , 7 de febrero de 1997 , 10 de febrero de 1997 , 16 noviembre 1999), por lo que no basta la mera intención del poseedor, representada por el ánimo de tener la cosa para sí(SSTS 6 de octubre de 1975 y 25 de octubre de 1995 , 16 de febrero de 2004), conforme al principio *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* [nadie puede modificar por sí y para sí la causa de la posesión](STS 18 de septiembre de 2007); c) es preciso que concurra, junto con el animus domini, un elemento objetivo o causal(SSTS de 20 de noviembre de 1964 y 18 de octubre de 1994). C) Este elemento objetivo o causal se describe, en diversas sentencias de esta Sala, como realización de «actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico»(SSTS de 3 de octubre de 1962 , 16 de mayo de 1983 , 29 de febrero de 1992 , 3 de julio de 1993 , 18 de octubre de 1994 , 30 de diciembre de 1994 , 7 de febrero de 1997 , 17 de mayo de 2002); «realización de actos que solo el propietario puede por sí realizar»(STS de 3 de junio de 1993); «actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios»(STS de 30 de diciembre de 1994); realización de «actuaciones exteriores de efectivo titular dominical» de carácter no clandestino(STS de 19 de mayo de 2005)".

³³⁰ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de junio de 2007.

propiedad, ello con base en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Septiembre de 2003³³¹. En el supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona establece que a partir del impago de las letras de cambio comienza el derecho del fiduciario a consolidar el dominio y en el mismo sentido, el fiduciante a prescribir el suyo frente a dicha consolidación, para el caso de que el dominio lo siga ostentando el fiduciante. Concluye la sentencia que en el momento de interponer la demanda habían transcurrido sobradamente los 30 años establecidos en el artículo 342 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña para la usucapión, lo que ha de llevar a estimar la impugnación de los demandantes.

Esta tesis choca frontalmente con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece la imposibilidad de la prescripción adquisitiva por parte del fiduciario frente al fiduciante, ya sea en su modalidad *contra tabulas*³³² o la ordinaria, por cuanto el fiduciario no posee frente al fiduciante en calidad de dueño³³³.

³³¹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003.

³³² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003, respecto de la prescripción adquisitiva *contra tabulas* establece, en el Fundamento de Derecho quinto: “ (...)la sentencia recurrida ha calificado al negocio litigioso como fiducia cum creditore, que produce esa especie de desdoblamiento de titularidad; la externa, que ostenta el fiduciario frente a todos los terceros a título oneroso y de buena fe, protegidos por ello por la apariencia jurídica, siendo la buena fe sinónimo de desconocimiento del pacto fiduciario, es decir, de que el dominio sigue en realidad perteneciendo al fiduciante, no obstante su transmisión exterior al fiduciario. Así las cosas, carece de sentido hablar de *prescripción adquisitiva* por el primero, operante frente a terceros, porque el fiduciante es el verdadero propietario frente al fiduciario, no necesita del mecanismo de la prescripción para volver a adquirir formalmente la titularidad que enajenó, sólo puede exigir del fiduciario que le retransmita aquélla. Por tanto, si no hay adquisición por prescripción, nada puede oponerse a terceros. En fin, la prescripción defiende al propietario contra la actividad dominical de un tercero o del mismo fiduciario, que se arrogan la propiedad, pero en este pleito nada de esto ha sucedido.

La desestimación de este motivo lleva consigo la del quinto y último motivo, en el que se argumenta sobre la posibilidad de usucapión sin que lo pueda impedir la inscripción registral.”

³³³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1999; en el Fundamento de Derecho tercero concluye: “La sentencia recurrida niega que se haya producido la prescripción adquisitiva de los bienes litigiosos a favor del causante de los codemandados al no haber sido la suya una posesión a título de dueño, requisito que ha de incurrir en cualquiera de las formas de prescripción adquisitiva que regula el CC. La S 7 Feb. 1997 examina el sentido de la expresión «en concepto de dueño» a la luz de la jurisprudencia de esta Sala manifestada a través de las sentencias que cita; así, la S 14 Mar. 1991 expresa: es doctrina de esta Sala la que como dice de manera expresa el art. 447 CC y reitera el 1941, sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, y tan terminantes son estos preceptos que el TS al

Con todo y como resumen de lo expuesto hasta ahora, la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de diciembre de 2013³³⁴, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece respecto a la prescripción adquisitiva que la propiedad adquirida a través de negocio fiduciario es una propiedad puramente formal y por tanto no puede considerarse que exista una posesión en concepto de dueño a los efectos de prescribir a su favor la adquisición del dominio. La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece, con base en la Sentencia de 13 de marzo de 2013:

“(…) que la primera exigencia para que pueda producirse la adquisición del dominio por usucapión es que la cosa sea poseída en concepto de dueño y sin interrupción durante el plazo previsto por la ley”. La Audiencia Provincial de Alicante continúa explicando el concepto de dueño a través de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1984 que afirma que el poseedor por mera tolerancia o por título personal reconociendo el dominio en otra persona no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en ese concepto y pasar al «*animus domini*»; y que, si bien este tipo de usucapión no precisa de justo título, es obvio que no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador por otro, como así se deduce de la doctrina sentada por la propia Sala en sus sentencias de 9 febrero 1935 , 3 octubre 1962 y 20 noviembre 1964 .

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2004, la jurisprudencia enseña que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no

aplicarlos hubo de declarar que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el art. 1941 sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño (SS 17 Feb. 1894, 27 Nov. 1923, 24 Dic. 1928, 29 Ene. 1953 y 4 Jul. 1963); que la posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini* (S 19 Jun. 1984) y, finalmente, para que pueda originarse la prescripción adquisitiva , incluso la extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, se requiere, no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, sino también que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea civil, es decir, la tenencia a la intención de haber la cosa como suya, en concepto de dueño.”

³³⁴ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de diciembre de 2013.

pueden tener lugar en armonía con el artículo 1941 sin la base cierta de una posesión continuada, durante todo el tiempo necesario para conseguir la prescripción en concepto de dueño (sentencias de 17 de febrero de 1894, 27 de noviembre de 1923, 24 de diciembre de 1928, 29 de enero de 1953 y 4 de julio de 1963).

Igualmente, de forma más reciente, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2013 establece que para que pueda prosperar la prescripción adquisitiva se deben cumplir los plazos de posesión en concepto de dueño, si bien además, la ley presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió mientras no se pruebe lo contrario. En conclusión se puede afirmar que no cabe el cambio de una posesión fiduciaria a una posesión convencional, porque este efecto no ha sido pactado.

Por último, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 31 de marzo de 2011, establece que no cabe la prescripción adquisitiva en el negocio fiduciario, porque la propiedad transmitida no es en concepto de dueño y por tanto el fiduciario no puede oponer este derecho al fiduciante³³⁵. Con todo, concluye la

³³⁵ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011. Establece en el Fundamento de Derecho tercero: “Que como segundo motivo de apelación se aduce que la sentencia ha inaplicado la figura de la prescripción adquisitiva de las acciones conforme al art. 1955 del Cc.. El motivo no prospera y ello porque cuando como se ha dicho con anterioridad la naturaleza jurídica del negocio realizado por el Sr Alberto y el Sr Claudio se corresponde con un negocio fiduciario, en su modalidad *cum creditore*, o aun incluso en la modalidad *cum amico*, caracterizado este último como una modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza. La institución de la prescripción extraordinaria del artículo 1955 del Código Civil (LA LEY 1/1889) requiere la concurrencia de los requisitos señalados en los artículos 447 y 1.941 del mismo Cuerpo Legal, ya que esta prescripción solo puede ser aquella cuya posesión se adquiere y disfruta en concepto de dueño, de forma pública, pacífica y no interrumpida y para que pueda originarse la prescripción adquisitiva incluso extraordinaria como medio de adquirir el dominio se requiere no solo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, más también que esta posesión no sea la simple tenencia material o la posesión natural, sino que ha de ser la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer la cosa como propia, en concepto de dueño. En el presente caso se considere la actuación del Sr. Alberto y el Sr Claudio como un negocio de fiducia *cum creditore* o como un negocio de fiducia *cum amico* la realidad es que la propiedad de las acciones que hoy se discuten nunca estuvo en el Sr. Claudio, de tal forma que la transmisión que se produce en el año 1987 no es propiamente una compraventa, sino que la naturaleza de la posesión no había variado, teniendo la misma posesión que al inicio del negocio, mucho más si como es el caso del negocio

sentencia resaltando que la propiedad fiduciaria o propiedad formal que ostenta el fiduciario no es título válido para que pueda operar la usucapión, máxime cuando ésta va en contra del fiduciante, cuyo pacto fiduciario obliga a las partes.

C. La posición de los acreedores del fiduciante y del fiduciario ante los negocios fiduciarios

1. Introducción

Una de las características o peculiaridades distintivas de los negocios fiduciarios consiste en no hacer público –frente a terceros ajenos al negocio– lo verdaderamente pactado entre las partes (*pactum fiduciae*). En este contexto se tienen que analizar las acciones de los acreedores del fiduciante o del fiduciario. Es obvio que, partiendo de la publicidad registral, muchos acreedores del fiduciante se verán disuadidos de entablar acciones en reclamación de sus créditos por la presunta falta de solvencia patrimonial del deudor; en otros casos se podrá interpretar que las transmisiones se han realizado en fraude de acreedores, y habrá que valorar el pacto fiduciario para determinar este extremo.

Los acreedores del fiduciario *cum amico* o *cum creditore*, ante la apariencia de solvencia patrimonial, podrán intentar trabar los bienes cuya titularidad frente a terceros ostenta. El fiduciario –en prueba de buena fe– debería comunicarles que su titularidad es únicamente fiduciaria. Pero si el acreedor es de buena fe, la publicidad registral le ampara y el embargo será válido.

Los acreedores del fiduciante en la fiducia *cum amico* podrán instar la rescisión de los contratos fiduciarios frente al fiduciante y frente al fiduciario.

jurídico fiduciario se ha completado mediante la transmisión de las acciones al primitivo titular de las mismas, por lo que no cabe que se hayan poseído dichas acciones a título de dueño pues la titularidad era meramente fiduciaria y la compraventa que ampara la supuesta titularidad también.”

Hablaríamos en este último caso de una “rescisión formal”, ya que la propiedad la sigue ostentando el fiduciante, y el fiduciario carece de *ius retentionis*. En este supuesto, dado que el negocio ha sido constituido en beneficio del fiduciante, el fiduciario nada opondrá, a no ser que quiera apropiarse indebidamente de lo que recibió en concepto de mandato o representación. El problema surge en la fiducia *cum creditore*, ya que el fiduciario ostenta el *ius retentionis* para hacer valer sus derechos. Por otro lado, el acreedor podrá entablar acciones, y la naturaleza de éstas dependerá de la existencia de concurso de acreedores del deudor fiduciante o fiduciario.

2. El acreedor del fiduciante no concursado

a. Acción rescisoria en los negocios de fiducia *cum amico* y *cum creditore*

Los acreedores del fiduciante pueden entablar acciones contra éste cuando consideren que la transmisión realizada ha sido en fraude de ley, con la intención de generar una insolvencia para evitar el pago de la deuda. La acción se deberá interponer contra fiduciante y fiduciario.

Pero ¿a quién se debe proteger? ¿Al tercero que, confiando en la publicidad registral, concede un crédito al fiduciario, que únicamente ostenta una titularidad formal?, o ¿al tercero que podría ser perjudicado de forma deliberada, por la transmisión fiduciaria con la finalidad de eludir la responsabilidad universal? En ambos supuestos se debe castigar el engaño, y con esta premisa –que es la empleada por el Tribunal Supremo– la respuesta consistiría en respetar al tercero de buena fe, en primer lugar, y respetar el pacto de fiducia después. Pero por este orden, ya que el tercero de buena fe es ajeno al pacto fiduciario, y con estas premisas:

En el supuesto del tercero que confía en la publicidad registral para la concesión de un crédito al fiduciario –producido el impago– no podrá atacar bienes cuya propiedad únicamente ostenta con carácter formal, salvo si es tercero de buena fe. Y sobre el bien fiduciario sobre el que se ha constituido una garantía real se deberá estar al supuesto concreto, valorar la prueba y determinar las responsabilidades respetando la publicidad registral a favor del tercero de buena fe.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002 contempla un supuesto de hecho en el que, un acreedor del fiduciante insta la nulidad de compraventas por considerarlas simuladas absolutamente, y, de forma subsidiaria, una acción rescisoria o Pauliana contra fiduciante y fiduciario, alegando que la transmisión ha sido realizada en fraude de acreedores.

En el Fundamento de Derecho primero se recogen los argumentos de la Audiencia Provincial, que revocaba el fallo de la sentencia de Primera Instancia, y que hace suyo el Tribunal Supremo. Concluyendo que existe un negocio transmisivo fiduciario –encaminado a defraudar los legítimos intereses del acreedor– y declara rescindidas dichas compraventas. Continúa la sentencia exponiendo en su Fundamento de Derecho segundo respecto de otra transmisión, que no podía declararse la rescisión porque había quedado acreditado el pago de cantidad por la venta.

Establece la sentencia los requisitos esenciales para que prospere la acción rescisoria:

- El parentesco entre los contratantes.
- El fraude de acreedores.
- La gratuidad de la enajenación.
- La situación de crisis económica en la que se encontraban los vendedores-deudores.

- La imposibilidad por parte de la entidad actora de cobrar el crédito por otro medio.

La sentencia tras diferenciar el negocio fiduciario del simulado relativamente, concluye que a pesar de ser el fiduciario un negocio válido, si es en fraude de acreedores, éstos podrán entablar la acción rescisoria con los requisitos exigidos legalmente³³⁶.

³³⁶ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002. En el Fundamento de Derecho segundo el Tribunal establece los requisitos para la prosperabilidad de la acción rescisoria o pauliana y considera que en el supuesto de hecho no cabe una nulidad sino la rescisión. Establece al mismo tiempo los requisitos para que pueda prosperar la acción Pauliana: “ (...) los requisitos necesarios para su prosperidad, el parentesco entre los contratantes, el fraude del acreedor, la gratuidad de la enajenación, la situación de crisis económica en la que se encontraban los vendedores, y la imposibilidad por parte de la entidad actora de cobrar el crédito por otro procedimiento, por lo que se dan los supuestos del art. 1297 y el núm. 3º del art. 1291 del Código civil, no siendo de aplicar el art. 1.277, porque las circunstancias anteriormente dichas desvirtúan la presunción «*iuris tantum*» sobre la existencia de la causa establecida en el último de los artículos citados.”

Continúa la sentencia haciendo una diferenciación entre el negocio fiduciario y el simulado relativamente: “ (...) por otra parte, aunque pudiese ser discutida la calificación de las ventas como negocios fiduciarios hecha por el Tribunal de instancia, calificación que no se ha discutido en el recurso, en vez de estimar que los contratos de ventas se trataban de negocios simulados que encubrían otro verdadero, simulación relativa, por contener ambas figuras dos negocios; en el fiduciario, uno real translativo de la propiedad y otro obligacional que atribuye finalidad específica al anterior. En la simulación relativa también se refiere a dos negocios, el simulado y el contrato que se disimula, en la fiducia ambos negocios son válidos por cumplir los elementos esenciales para su validez, entre ellos la causa, en cambio en la simulación, el simulado es siempre ineficaz, pudiendo ser válido el disimulado si la causa es lícita (art. 1.276 del Código civil). Por tanto en el supuesto de la fiducia como en el de la simulación relativa, cuando se aprecia su existencia es porque se ha entendido por el Tribunal la concurrencia de causa, y había sido apreciada la existencia de un contrato válido, no se puede imputar a la sentencia que ha infringido el art. 1.277 del Código civil como se ha hecho en este motivo por la parte recurrente.

El Fundamento de Derecho tercero establece el carácter subsidiario de la acción pauliana y los requisitos para su prosperabilidad: “(.....) aun constando a esta Sala el carácter subsidiario de esta acción que solamente puede prosperar cuando el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe, como tiene declarado entre otras sentencias en las de 15 y 17 Feb. 1986, las de 16 Feb. y 17 Nov. 1987, 25 Ene. 1989 y 7 Nov. 1992, no es necesario que la enajenación de los bienes productora de la insolvencia de deudor, haya de tener lugar necesariamente después de que el acreedor haya promovido el proceso correspondiente contra dicho deudor en reclamación del pago de la deuda, pues puede haberlo sido con anterioridad a la promoción del proceso (SS 10 Abr. y 15 Nov. 1995), sin embargo, como el propio escrito de recurso se afirma, en la sentencia que se recurre, después de enumerar los diversos bienes embargados a los deudores cuyo importe no cubren la cantidad adeudada a Lico Leasing, S.A., aunque estima que puede haber en poder de los demandados otros bienes muebles, entiende el Tribunal de instancia que estos referidos bienes, se encuentran en las mismas circunstancias que los que fueron embargados, es decir, que no cubren la cantidad adeudada, y que además, no ha acreditado que hayan sido satisfecho el importe de su precio a los vendedores, por no haber aportado factura ni recibo de pago, hechos estos que tenidos por probados en la

La acción Pauliana o rescisoria puede ser ejercitada por el acreedor del fiduciante frente a éste y frente al fiduciario, con la finalidad de rescindir los negocios fiduciarios y que los bienes transmitidos vuelvan al patrimonio del fiduciante y estén disponibles para cubrir sus responsabilidades. Ahora bien, no todos los negocios fiduciarios pueden ser rescindidos. La acción Pauliana establece unos requisitos para su prosperabilidad, debiendo destacar de todos ellos: que se realice en fraude de acreedores.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001 en su Fundamento de Derecho segundo³³⁷ concluye que se admite por la jurisprudencia la rescisión de

sentencia recurrida, que no fueron rebatidos en el recurso, por lo que es evidente que además de la sensible disminución del patrimonio de los deudores con las enajenaciones que se impugnan, lo que hace muy difícil el cobro de su crédito por el demandante sin acudir a esta vía subsidiaria de revocación de los negocios jurídicos que han producido esas enajenaciones. Cuestión doctrinal esta que está de acuerdo con la doctrina jurisprudencial ya cita y de la que puede ser exponente la sentencia de 31 Dic. 1998, que establece de acuerdo a la doctrina consolidada de este Tribunal, que no es necesario que la insolvencia sea absoluta «sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso». A mayor abundamiento como se dice en la sentencia de 21 Oct. 1998, que es «integra cuestión de hecho la carencia de bienes de los deudores y la prueba del fraude de acreedores, cuya apreciación incumbe a la Sala de instancia, que debe respetarse en casación, a no ser que, desaparecido de la ley el error de hecho, se alegue error de derecho, con cita expresa del precepto que lo autorice, acreditativo de la equivocación de los Juzgadores (sentencias, 12 Jun. 1985, 30 Ene. 1986, 24 Nov. 1988, 16 Mar. 1989 y 27 May. 1992).»

³³⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001, en el Fundamento de Derecho segundo se acuerda la estimación de los dos recursos de casación interpuestos, casa y anula la sentencia recurrida con base en la siguiente fundamentación: “Ciertamente que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la rescisión de los actos dispositivos por fraude de acreedores realizados con anterioridad al nacimiento del crédito cuando tienen por objeto el procurarse una futura insolvencia, pero ello requiere que se realicen cercanamente a aquel nacimiento (sentencias 28 May. 1977, 28 Nov. 1997, 31 May. 1991, 16 Jun. 1999, entre otras). En el caso litigioso no constan acreditadas estas circunstancias, o sea, que en 1985, 1986 y 1987 se previese que los fiadores pagarían dos años después, ni mucho menos que los deudores se quedarían insolventes, pues la prueba ha revelado que se han pagado parte de sus múltiples deudas, y que la Caja afianzada estuvo recibiendo dinero de los deudores para satisfacer su deuda con ella durante más de dos años.

Aunque hipotéticamente tuviesen legitimación, no podría prosperar la rescisión porque no se ha demostrado la insolvencia de los deudores. (arts. 1294 y 1111). Los mismos siguen siendo propietarios reales de los bienes que enajenaron a Exager, S.A., de forma simulada para garantizar el préstamo que les concedió, y a su vencimiento no puede quedarse como propietarios de los bienes si no pagan ha de ejecutarlos como cualquier acreedor. De lo contrario se vulneraría la prohibición del pacto comisorio (sentencias de 26 Abr. 2001 y las que cita). Los actores han enfocado muy simplemente el tema de las relaciones deudores (prestarios) y Exager, S.A. (prestamista), pues lo han considerado como una enajenación ficticia, cuanto está probado en autos, además del documento privado que al efecto acompañaron con su demanda, que hubo un préstamo efectivo y que para garantizarlo se acudió a la enajenación con finalidad de garantía, que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido en las sentencias antes citadas, con limitaciones que en ellas constan, entre

aquellos contratos dispositivos que se realicen en fraude de acreedores, pero en el supuesto enjuiciado se trata de un negocio de fiducia *cum creditore*. Y concluye la sala que los deudores no se encuentran en una situación de insolvencia, ya que el deudor, a pesar de haber transmitido los bienes, lo ha hecho con una finalidad de garantía a través de negocio fiduciario y por tanto sigue ostentando la titularidad real, teniendo el fiduciario únicamente una titularidad formal y con este fundamento, unido al de que el fiduciario no puede apropiarse del inmueble, se establece la imposibilidad de ejercer la acción rescisoria en los negocios fiduciarios. Por tanto y no habiéndose acreditado la insolvencia, pues el fiduciante sigue siendo propietario, se considera que no son rescindibles las transmisiones.

De los dos ejemplos arriba expuestos se puede extraer las siguientes conclusiones, respecto de la acción Pauliana o rescisoria:

- La acción rescisoria puede ser ejercitada por el acreedor del fiduciante, para que los bienes transmitidos de forma fiduciaria vuelvan al patrimonio del fiduciante y estén a disposición del acreedor. No obstante hay que recordar como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 2001: que en el negocio fiduciario la transmisión de la propiedad no es plena, sino únicamente formal, por lo que el fiduciante mantiene la propiedad material del bien en su patrimonio para responder de su responsabilidad universal.
- Únicamente se podrá ejercitar la acción rescisoria cuando el negocio fiduciario sea ilícito. Esto es, cuando no cumpla con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para esta forma negocial y por tanto vaya contra la ley. Si el negocio fiduciario es válido, y se demuestra a través del pacto de fiducia su causa –tanto en su modalidad *cum creditore* o *cum amico*– deberá respetarse su vigencia, sin perjuicio de poderse

ellas la de la observancia de la prohibición del pacto comisorio. Ello indica que seguían teniendo bienes para responder de sus deudas, no se encontraban en estado de insolvencia, por lo que no se da la necesaria subsidiariedad que requiere el artículo 1294 del Código Civil para que prospere la acción rescisoria.”

establecer las medidas necesarias para garantizar el acreedor sus derechos.

- En conclusión, no cabe entablar la acción pauliana o rescisoria frente a cualquier negocio fiduciario; únicamente frente aquellos que hayan sido realizados en fraude de Ley.

b. Acción subrogatoria

La acción subrogatoria permite al acreedor pedir la declaración de que determinados bienes que están en el patrimonio de un tercero vuelvan al patrimonio del deudor, para satisfacer las responsabilidades pecuniarias del deudor. En el negocio fiduciario consiste en la acción que dispone el acreedor del fiduciante, para reclamar al fiduciario el reintegro de los bienes transmitidos para eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante. La acción subrogatoria no permite el pago directo al acreedor en el propio procedimiento, pero sí consigue que el bien vuelva al patrimonio del fiduciante-deudor.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011, el actor basaba sus pretensiones en que los deudores –un matrimonio– habían transmitido sus bienes a sus hijas y a sociedades creadas, *ex profeso*, con la única intención de presentarse frente al acreedor con una situación de insolvencia. La sentencia considera que es adecuada la acción subrogatoria para reintegrar al patrimonio del fiduciante los bienes dados en fiducia. La acción va encaminada a declarar la propiedad del fiduciante y devolver al patrimonio de éste los bienes transmitidos de forma fiduciaria, de modo que estén a disposición de sus acreedores³³⁸.

³³⁸ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011, en el Fundamento de Derecho segundo establece: “mediante la acción subrogatoria el acreedor puede pedir la declaración de que los bienes puestos a nombre de fiduciarios no deudores pertenecen en realidad al fiduciante deudor, pues por esa vía ejercita el derecho de este último a pedir esa misma declaración en cualquier momento y, al propio tiempo, consigue que los bienes se integren en el patrimonio de su deudor para

3. El negocio fiduciario ante la quiebra o concurso de acreedores

a. La teoría del doble efecto

Especial relevancia tiene la quiebra en el negocio fiduciario y la interpretación de éste con base en la teoría del doble efecto. De hecho DE CASTRO afirma que la materia de las quiebras “es una preciosa piedra de toque para calibrar la eficacia de las diversas fórmulas definidoras” de la relación entre fiduciante y fiduciario³³⁹.

En realidad, fue a consecuencia de cómo podía interactuar el negocio fiduciario en las quiebras, junto a las adquisiciones por terceros de mala fe, la que hizo entender que la teoría del doble efecto no era válida para interpretar y justificar la institución. El alcance de esta teoría podía generar situaciones injustas, e incluso ilícitas o fraudulentas, para terceros acreedores o para los propios actores del negocio. En efecto, y tras ver el alcance que podía tener en la quiebra, muchos autores abandonaron parcialmente la tesis de interpretar el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto. Aplicando esta concepción, el bien objeto de fiducia –que frente a terceros era propiedad del fiduciario–, pasaba a formar parte de la masa del quebrado, ya que con base en aquella teoría, la transmisión fiduciaria era plena.

En este caso el fiduciante no recuperaría el bien, sino tan solo podría reclamar o defender un derecho de crédito frente a la masa (en concepto de daños y perjuicios), como uno más de los acreedores no privilegiados del quebrado.

que sea efectiva su responsabilidad patrimonial, sin que en casos como el presente, en que la finalidad atribuida a la fiducia sea precisamente eludir esa responsabilidad, resulte aplicable el límite temporal consistente en “el logro de las finalidades perseguidas con la fiducia” (SSTS 31-10-03 y 4-7-98), pues los negocios fiduciarios pueden ser lícitos o ilícitos y una finalidad ilícita, como es eludir la responsabilidad patrimonial universal, nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico”.

³³⁹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 410.

Con la interpretación de la teoría del doble efecto, el profesor DE CASTRO, estima que la cosa es propiedad del fiduciario con base en el pacto de fiducia. Y por tanto, concederle al fiduciante un derecho sobre el bien dado en fiducia sería romper en su favor la *par conditio creditorum*³⁴⁰. Esta es la consecuencia lógica de interpretar el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto.

Sin embargo, para JORDANO BAREA que parte de la teoría del doble efecto, afirma que sí tiene cabida el *ius separationis*; ya que entiende que la transmisión a favor del fiduciario está destinada a volver al patrimonio del fiduciante. El fiduciante tiene la cualidad de lo que el propio JORDANO BAREA denomina como “acreedor de dominio” pues el fiduciario está obligado a devolver la cosa, con base en el mismo pacto que la adquirió. Y por tanto el negocio fiduciario legitima al fiduciante a reclamar el bien que haya sido incluido en la masa del fiduciario quebrado³⁴¹.

Para DE CASTRO³⁴² “afirmar que la cosa confiada queda marcada en virtud del *pactum fiduciae* como “cosa destinada” y que esa condición pueda hacerse valer contra los acreedores del fiduciario, supone tanto como mantener separada la cosa del patrimonio del fiduciario.” El profesor De Castro parte de la teoría del doble efecto y del artículo 908³⁴³ del Código de Comercio de 1.885 –actualmente derogado por la Ley concursal 22/2003– para afirmar que no se puede con base en la teoría del doble efecto –que atribuye una titularidad plena al fiduciario del bien entregado en garantía o representación– separar de la masa del quebrado el bien entregado en fiducia. En el mismo sentido, el fiduciante carece de capacidad para levantar un embargo que grava el bien objeto del negocio fiduciario, ya que el fiduciante no puede entablar una tercería de dominio o de mejor derecho, habida cuenta que, con

³⁴⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 412.

³⁴¹ Cfr. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario...*, pg. 152.

³⁴² Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 413.

³⁴³ Vid. artículo 908 del Código de Comercio: “Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla, siempre que cumplieren las obligaciones anejas a los mismos”.

aquella concepción del negocio fiduciario, el fiduciante no es propietario y por tanto no estaría legitimado activamente para ello³⁴⁴.

Por tanto, y con base en la teoría del doble efecto no cabría el *ius separationis* reconocido por la ley a quienes hubieren dejado bienes en poder del quebrado, en administración, comisión, abierta o confidencial, queda bien en claro al redactarse el Código de 1885³⁴⁵. Y con base en la teoría del doble efecto no puede considerarse enriquecida injustamente la masa; pues se incluirá en ella algo que le pertenece jurídicamente. En virtud del pacto de fiducia, el fiduciante tiene un mero derecho de crédito al cumplimiento de la finalidad fiduciaria; con este crédito y, por su importe, podrá concurrir con los demás acreedores, conforme a la ley del dividendo y no más.

En caso de quiebra del fiduciante, el bien objeto de fiducia, tampoco integraría la masa del quebrado que formaría parte del patrimonio del fiduciario; escapándose así de ser repartido entre los acreedores del fiduciante y perjudicando por tanto a éstos, que son terceros ajenos y de buena fe al negocio fiduciario, si se aplicase la teoría del doble efecto.

Una vez superada la teoría del doble efecto, y partiendo de la concepción actual del negocio fiduciario transmisor de una propiedad formal y no plena, el fiduciante ostenta el *ius separationis* en caso de quiebra del fiduciario y la tercería de dominio en caso de embargo del bien dado en fiducia al fiduciario, habiendo quedado obsoleta la teoría que concebía al fiduciario como propietario, pleno y definitivo, de la cosa confiada.

³⁴⁴ En el presente trabajo y cuando se trata de doctrina científica anterior a la Ley Concursal de año 2.003 se habla de procedimiento de quiebra y no de procedimientos concursales, habida cuenta que cuando se aplicaba la teoría del doble efecto, todavía no estaba vigente la actual legislación concursal y por eso los problemas se daban en las quiebras y no en los concursos de acreedores. Cuando entra en vigor la Ley Concursal ya ha sido superada desde hace años la teoría del doble efecto.

³⁴⁵ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 409 y ss.

b. La denominada titularidad fiduciaria

La jurisprudencia y parte de la doctrina, analizan la situación que se puede crear dentro de las quiebras con respecto a los negocios fiduciarios. En primer lugar bajo el prisma de la teoría del doble efecto, aportándose soluciones para paliar los efectos desproporcionados y contradictorios que se derivan de la aplicación de la teoría del doble efecto. Para ello se evolucionó a la teoría de la titularidad fiduciaria o titularidad formal que conlleva que el derecho de propiedad se “desmembre” en dos: propiedad material y propiedad formal.

Se entiende, por tanto que el derecho que transmite el fiduciante al fiduciario no es pleno, sino que es un derecho que nace limitado; y que la jurisprudencia y la doctrina denominan derecho de propiedad formal, frente al derecho de propiedad material, que mantiene en todo caso el fiduciante. Los efectos son:

- a) El fiduciante siempre será propietario frente al fiduciario a todos los efectos.
- b) El fiduciante frente al fiduciario conservará todas las garantías del derecho de propiedad,
- c) El fiduciario será propietario con efectos *erga omnes* únicamente frente a terceros, pero en la relación *inter partes* no es propietario. Para RODRÍGUEZ ROSADO³⁴⁶, “el dominio que han transmitido es un *dominium impropiae dictum*, una especie de posición intermedia entre ser propietario y no serlo.”

En este mismo sentido concluye DÍEZ PICAZO³⁴⁷al considerar que no se transmite una propiedad plena y por ello se faculta al fiduciante para ejercer

³⁴⁶ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, *op. cit.*, pg. 117.

³⁴⁷ Vid. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Operaciones fiduciarias...*, pg. 63. Concluye en el mismo sentido que RODRÍGUEZ ROSADO al afirmar que: “La propiedad del fiduciario no parece que sea una propiedad plena y absoluta. Especialmente en los casos de quiebra del fiduciario la doctrina y el Derecho comparado se muestran inclinados a reconocer el fiduciante el derecho de separación de los bienes

el derecho de separación, respecto de los bienes dados en fiducia, de la masa del concurso. Se produce, por tanto, la subrogación de los derechos y obligaciones del fiduciario por parte de los órganos de la quiebra o de la administración concursal en la actualidad. Pudiendo éstos retener los bienes hasta que se devuelva el crédito, para el caso de la fiducia *cum creditore*.

Se ha de partir –como se ha explicado en este mismo capítulo³⁴⁸– del hecho de que los negocios fiduciarios son negocios completamente válidos y con causa suficiente para producir efectos obligacionales.

CARRASCO PERERA³⁴⁹ considera que: “la titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada.” Continúa afirmando que los contratos válidos son oponibles al concurso siempre que no hayan sido revocados por perjudiciales para la masa. Y considera que ni la masa, ni los administradores concursales pueden ser considerados terceros y por tanto no pueden desligarse de los compromisos contraídos por el fiduciante o el fiduciario concursado. Y ello porque la masa no es ningún tercero que deba ser amparado por la buena fe registral, pues la masa –a través de los órganos del concurso– debe asumir las mismas obligaciones, derechos y pactos que tuviera el fiduciante o fiduciario concursado, quedando así las masas pasivas vinculadas por los compromisos adquiridos.

Por tanto y desde esta perspectiva sí que cabe el *ius separationis* en la quiebra. No así frente a terceros acreedores de buena fe, pues éstos no se subrogan en la posición de fiduciante o fiduciario. Considero que no cabrá la tercería del fiduciante, en caso del embargo de la cosa confiada en poder del fiduciario. Cuestión diferente, es la posibilidad de oponerse el fiduciante a la enajenación que de la cosa

de la masa de concurso o de la quiebra. La quiebra del fiduciante, por sí sola, no pone fin a la situación de fiducia. Los órganos de la quiebra podrán ejercitar las mismas acciones que hubiera podido ejercitar el fiduciante.”

³⁴⁸ Vid. *supra*, capítulo tercero, I, A.

³⁴⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, “La transmisión fiduciaria del dominio en el concurso de acreedores”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 1, Universidad de Murcia, 2004, pgs. 823 - 825.

hiciera el fiduciario, violando sus obligaciones fiduciarias, con anterioridad a su perfeccionamiento, ya que si se vende al amparo de la publicidad registral, solamente le quedará al fiduciante la reclamación de daños y perjuicios al fiduciario.

Es decir, se vendría al abandono práctico de la afirmación central de la teoría del doble efecto: el fiduciario es propietario pleno y definitivo de la cosa confiada³⁵⁰. Todo ello, salvo los derechos de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe y los acreedores que embarguen amparándose en la buena fe registral.

Díez Picazo³⁵¹ considera que el fiduciante puede ejercer frente al fiduciario – una vez cumplido el pacto fiduciario– los mismos derechos y acciones que contra los representantes del fiduciario en la quiebra, es decir, sus acreedores o los órganos de la quiebra.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996³⁵² enjuicia un supuesto de hecho en el que, por la representación del órgano de la sociedad mercantil en quiebra, se interpone demanda reivindicatoria frente a los demandados que habían adquirido un inmueble para su sociedad de gananciales, y que había sido satisfecho íntegramente por la mercantil actora ahora en quiebra.

La sentencia califica el negocio jurídico de fiduciario en su modalidad de fiducia *cum amico*, por existir entre la mercantil quebrada y los demandados la concurrencia de ser sus únicos socios y por tanto una confianza absoluta, añadiendo en el Fundamento de Derecho cuarto, que tratándose de una fiducia *cum amico*, el fiduciario no tiene derecho de retención del bien frente al fiduciante y que el fiduciario, en realidad no sufre ningún perjuicio habida cuenta que la propiedad siempre ha sido de la mercantil.

Si se habla de la quiebra del fiduciante, deberá existir en el activo del fiduciante el mismo derecho que tenía frente al fiduciario y, de este modo los

³⁵⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 414.

³⁵¹ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Operaciones fiduciarias...*, pgs. 33 y 34.

³⁵² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996.

órganos de la quiebra podrán ejercitar las mismas acciones de restitución que le correspondían al fiduciante frente al fiduciario. Como en el supuesto arriba expuesto, el órgano de la quiebra tenía posibilidad de solicitar que se le devolviese a su patrimonio la titularidad formal, subrogándose por tanto en los mismos derechos que le asistían al fiduciante.

GALICIA AIZPURUA³⁵³ considera que, declarado el concurso del fiduciario, el fiduciante estará legitimado para separar el bien de la masa activa –previo pago de la deuda garantizada– y, mientras no se pague la masa activa únicamente tendrá el derecho de retener el bien, y llegado el caso y según lo estipulado realizar su valor. Considera que en caso de quiebra del fiduciante, al fiduciario se le debería asimilar al acreedor prendario o hipotecario. Por último GALICIA AIZPURUA hace una reflexión acerca de los negocios fiduciarios en el concurso de acreedores, en el sentido de hasta qué punto se puede someter a los terceros a “una suerte de cabalística y esotérica publicidad registral, en la que el asiento que publica un determinado derecho esconde en realidad, otro completamente diverso.”

En mi opinión, los órganos del concurso ejercidos a través del administrador concursal o de la junta de acreedores se subrogan en los mismos derechos y obligaciones que ostenta el fiduciante o el fiduciario en el momento de declararse el concurso.

Con todo, la normativa concursal vigente es muy restrictiva respecto a las transmisiones patrimoniales, sobre todo, las realizadas durante los dos años anteriores a la declaración de concurso³⁵⁴.

Respecto de los embargos, la jurisprudencia, partiendo de que el fiduciante únicamente es propietario en las relaciones internas pero no frente a los terceros de buena fe, considera que no cabe la tercería de dominio. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003³⁵⁵, se pronuncia, con cita de sentencias de

³⁵³ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pgs. 196 a 198.

³⁵⁴ Vid. *infra*, capítulo III, 2.C.3.e.

³⁵⁵ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003.

este mismo Tribunal, del siguiente modo: “El negocio fiduciario a los efectos que interesan en este recurso, no transmite más que formalmente la propiedad al acreedor, pero para los terceros de buena fe existe una transmisión real, no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconozcan (sentencias de 15 de junio de 1999, 17 de julio de y 5 de diciembre de 2.001, entre otras)”.

c. El derecho de retención del fiduciario

El derecho de garantía, constituido a través del negocio fiduciario *cum creditore*, se materializa a través del *ius retinendi* –derecho de retención– que se atribuye al acreedor fiduciario que ha recibido la posesión del bien vendido en garantía. Este derecho de retención, reconocido por la jurisprudencia, ha sido reafirmado por el Tribunal Supremo en sentencias recientes. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002³⁵⁶, establece que la titularidad formal produce el efecto de asistir al fiduciario, en tanto que no se produzca el cumplimiento un *ius* o título *retinendi*. En términos similares se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo 14 de marzo de 2002³⁵⁷, que dispone que la transmisión de la propiedad en garantía únicamente atribuye a los adquirentes de la garantía (fiduciarios) una titularidad meramente formal y un *ius retinendi*. Obviamente solo existe derecho de retención cuando la venta en garantía va acompañada de la transmisión de la posesión del bien. Por otra parte, este derecho de retención solo tiene sentido en la medida en que sirve para asegurar el pago de la deuda por el fiduciante.

Por lo tanto, la garantía pierde su razón de ser cuando el deudor cumple la obligación garantizada. A partir de este momento se extingue el derecho de

³⁵⁶ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 en su Fundamento de Derecho tercero.

³⁵⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002 en su Fundamento jurídico cuarto.

retención, y el vendedor fiduciante queda autorizado para reclamar la retransmisión de la cosa.

Es obvio que en la fiducia *cum amico*, ante el concurso del fiduciante, el bien deberá volver al patrimonio del fiduciante para unirse a la masa concursal. Pero en la fiducia *cum creditore* la cuestión es diferente, ya que el bien dado en garantía debe volver al patrimonio del fiduciante, pero el fiduciario podrá oponer el derecho de retención hasta en tanto en cuanto no le haya sido pagada la deuda, o por lo menos se la reconozcan de forma privilegiada, siempre y cuando no se haya constituido el negocio fiduciario en fraude de ley.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004³⁵⁸ considera que es oponible el derecho de retención a la masa. Así, PARRA LUCÁN³⁵⁹, considera que no cabe el derecho de retención por el fiduciario frente a la masa concursal, por estimar que los terceros acreedores no tiene que sufrir la coacción que conlleva el derecho a retener el bien dado en garantía, hasta en tanto en cuanto sea pagado el crédito.

CARRASCO PERERA³⁶⁰, en contradicción con la doctrina expuesta por PARRA LUCÁN, concluye que el derecho de retención es oponible al concurso, ya que la privación de esa posesión debería ir acompañada de la contraprestación correspondiente, debiendo ser incluido como un crédito privilegiado –contra la masa– y no ordinario, como se pretende por la doctrina mayoritaria.

En mi opinión, siempre que el negocio fiduciario sea verdadero y válido –en los términos marcados por la jurisprudencia y reiterados en el presente trabajo– debería desplegar su eficacia frente a terceros, incluida como tal la masa concursal. Por considerarse que los órganos del concurso se subrogan en todos los derechos y obligaciones del concursado. Todo ello sin perjuicio de los procedimientos

³⁵⁸ Cfr. sentencia de 26 de julio de 2004.

³⁵⁹ Cfr. PARRA LUCÁN, “Venta en garantía y pacto comisorio. Oponibilidad del derecho de retención a otros acreedores”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 68, Madrid, 2005, pgs. 797-812.

³⁶⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, pg. 182.

rescisorios y las presunciones legales establecidas por la restrictiva Ley Concursal vigente.

Respecto al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el fiduciante concursado frente al fiduciario, se debe valorar si cabe el ejercicio de la acción de reintegración de la masa por la administración concursal en los términos del artículo 71 de la Ley Concursal. Así, si se utiliza como base el valor de la finca en relación con el importe de la deuda, el derecho del fiduciario a cobrar se consideraría un crédito contra la masa que habría de satisfacer de forma simultánea a la reintegración (artículo 73.3 de la Ley Concursal).

d. El derecho de separación del fiduciante en el concurso de acreedores del fiduciario

El fiduciante, mientras no haya satisfecho el crédito subyacente –en la fiducia *cum creditore*–, no dispone de acción real para reclamar su propiedad. En la fiducia *cum amico* se podrá solicitar de inmediato –iniciado el concurso del fiduciario– la solicitud de separación del bien dado en fiducia. Además, en la fiducia *cum creditore*, la masa podrá oponer un derecho de retención hasta que no se pague la obligación garantizada, a través del negocio fiduciario, y podrá hacer suyos los frutos. Es decir, ostenta los mismos derechos que el fiduciario con base en el pacto fiduciario.

CARRASCO PERERA³⁶¹ discrepa de esta afirmación y considera que en la “fase de seguridad” (periodo desde que se constituye el negocio fiduciario *cum creditore*, hasta que se paga la deuda que lo originó) el fiduciario posee con título. De ahí que pueda recuperar la posesión perdida. Y concluye que el derecho de retención únicamente es aplicable para el caso de que, pagada la deuda, el fiduciante se niegue a pagar frutos, mejoras, etc., entonces surgiría el derecho de retención.

³⁶¹ Cfr. CARRASCO PERERA, “La transmisión fiduciaria...”, pg. 826.

En este punto discrepo absolutamente de la tesis expuesta, ya que entiendo que el derecho de retención asiste al fiduciario en la fiducia *cum creditore*, como derecho oponible ante el impago del fiduciante. Todo ello, sin perjuicio de que el pago de lo debido se extienda a frutos e intereses.

e. La acción de reintegración al patrimonio del fiduciante deudor: Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio

La Ley Concursal 22/2003 instrumenta un mecanismo rescisorio –muy restrictivo, desde mi punto de vista– de todos aquellos actos susceptibles de ser considerados perjudiciales para la masa activa de la concursada. La restricción se retrotrae a los dos años anteriores a la declaración de concurso. Esta regulación legal viene tipificada en los artículos 71 a 73 de la mencionada ley. El alcance y la eficacia es tal, que carece de importancia si el negocio llevado a cabo durante esos dos años anteriores es fiduciario o de cualquier otra naturaleza, ya que se aplica casi de forma objetiva la rescisión y reintegración a la masa del concurso.

Entiendo que éste es el motivo de que exista poca jurisprudencia respecto de los negocios fiduciarios en relación con las acciones de reintegración concursales, ya que lo importante no es la naturaleza jurídica del negocio, sino que se haya producido cualquier negocio jurídico susceptible de ser perjudicial para la masa del concurso.

De la lectura del artículo 71³⁶² de la Ley Concursal se llega a esta conclusión. Por otro lado y visto el contenido del artículo 71 referido, cualquier negocio

³⁶² Vid. art. 71 de la Ley Concursal. Acciones de Reintegración:

1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.

2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de

fiduciario realizado con anterioridad a los dos años a la declaración de concurso es rescindible y la petición de la acción de reintegración por la administración concursal debe ser respondida por fiduciante y fiduciario en forma de allanamiento para evitar condena en costas.

El artículo 71.2 expone que el perjuicio se presume sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito –fiducia *cum amico*–, y el artículo 71.3 establece que, salvo prueba en contrario, se considera que existe perjuicio patrimonial cuando se constituyan garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.

Las operaciones sospechosas y susceptibles de ser rescindidas son aquellas que se hayan realizado durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, es decir, en el periodo de tiempo en que se puede necesitar una financiación del tipo de la fiducia *cum creditore*.

obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si constasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.

3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

1º. Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

2º. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

3º. Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso.

4º. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

5º. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:

1º. Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

2º. Los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

3º. Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

4º. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo 72.

Los efectos de la rescisión vienen regulados en el artículo 73 de la Ley Concursal, y en su apartado primero, se establece que estimada la acción rescisoria, se declarará la ineficacia del negocio y se condenará a la restitución del bien, intereses y frutos. En el apartado segundo, se protege a los terceros adquirentes de buena fe –para terceras adquisiciones– y se condenaría al concursado a indemnizar en las cantidades correspondientes al fiduciante.

El objeto de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, y se satisfará de forma simultánea a la reintegración de los bienes y derechos rescindidos, salvo que se aprecie mala fe en la sentencia, que podrá ser considerado como crédito subordinado.

En el sentido de lo expuesto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de marzo de 2009³⁶³ explica un supuesto de hecho en el que se rescinde un negocio fiduciario. La justificación dada por el Tribunal es que la venta en garantía es un acto dispositivo ajeno al objeto social de la mercantil, y por tanto susceptible de ser perjudicial para la masa activa; debiendo ser rescindido.

En los Fundamentos de Derecho segundo y tercero se analiza la operación objeto de rescisión, –con base en el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal– cuestionándose tanto la repercusión económica como la falta de equilibrio entre las prestaciones. La operación consistió en la celebración de varios contratos de compraventa, que en realidad escondían operaciones de financiación, que no se corresponden con el tráfico propio de la concursada, ni con operaciones cotidianas y necesarias de ésta, que hubieran sido amparadas por el derecho frente a las acciones impugnatorias.

Las operaciones aludidas –según la sentencia estudiada– se corresponden con la fiducia *cum creditore*, y continúa explicando que las partes no querían la adquisición de los inmuebles, sino la formalización de un préstamo por el importe de 3.168.735 Euros que se corresponde con el “precio” de la “venta”. El fiduciario se

³⁶³ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de marzo de 2009.

convirtió así en mero propietario formal de los bienes, y el fiduciante en el obligado al pago del préstamo.

Se estima la impugnación rescisoria sin que puedan ampararse los negocios fiduciarios –como pretendía la concursada– en el artículo 71.5.1º de la Ley Concursal: “En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.” Considerando que desborda los límites de la actividad empresarial las operaciones descritas, sin embargo, con base en el artículo 71.3.2º se establece: “Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 2º) la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas”. Y concluye la sentencia: “y es que como con acierto se dice en la sentencia apelada, el perjuicio para la masa activa, deriva tanto del efecto inherente a la garantía real que otorga al acreedor una posición privilegiada en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la “*par conditio creditorum*”, como del detrimento económico sufrido por la masa activa derivado del sobreprecio que genera una afectación directa al denominado (interés del concurso)”.

Con todo, se rescinde el negocio *cum creditore* que había transmitido las fincas de la concursada fiduciante, pasando a ostentar el fiduciario un crédito ordinario contra la masa. Pero como se desprende de la legislación aplicada en la sentencia, la rescisión no es tanto por la existencia de un negocio fiduciario, sino porque se ha llevado a cabo la constitución de una garantía real en los dos años anteriores a la declaración de concurso, y con base en la norma existe una presunción *iure et de iure* que afirma que afecta a la masa del concurso.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz³⁶⁴ de 25 de noviembre de 2014 recoge un supuesto de hecho que trae causa de un concurso instado por un grupo de acreedores. La concursada procedió a la venta –una vez había sido instado el concurso de acreedores, pero todavía no existía declaración expresa del mismo– a

³⁶⁴ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de noviembre de 2014.

una tercera entidad con la que tenía relaciones mercantiles de forma habitual. Las condiciones de la venta eran un pago inicial a cuenta que se compensaba con una deuda preexistente, y el resto del precio quedaba aplazado. Declarado el concurso, la mercantil que había adquirido las fincas no se personó en el concurso, a pesar de que las fincas que había adquirido con precio aplazado habían sido incluidas en la masa de la concursada. Se insta demanda incidental, por la administración concursal, contra la compradora de las fincas de la concursada, en la que se solicita la rescisión del contrato de compraventa, y que se incluya el crédito ordinario que había servido como parte del pago aplazado a favor de la compradora. Se considera que es un negocio fiduciario *cum creditore*, porque en realidad no se quiere adquirir, sino afianzar la deuda. Además se estima que es perjudicial para la masa en cuanto que el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, y no está justificado que haga pagos sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la *par conditio creditorum*.

La rescisión se justifica en que realidad no pacta una fiducia *cum creditore* para buscar solvencia e intentar reflotar la empresa, sino el pago a un tercero con el consiguiente perjuicio o desigualdad frente al resto de acreedores.

Con todo, puedo destacar que, si bien la quiebra sirvió para definir el alcance de los negocios fiduciarios y la determinación de la eficacia e interpretación de los mismos, la actual regulación del concurso de acreedores es tan restrictiva, respecto de las acciones rescisorias, que ha objetivado que cualquier negocio jurídico realizado durante los dos años anteriores al concurso es susceptible de ser rescindido. Por ello, la operatividad, *a priori* es casi inexistente respecto de la fiducia *cum amico*, y respecto de la *cum creditore* se deberá estar al supuesto en concreto.

CAPÍTULO CUARTO

TIPOLOGÍA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Y DISTINCIÓN CON EL NEGOCIO

SIMULADO

I. FIDUCIA *CUM CREDITORE* Y FIDUCIA *CUM AMICO*

A. Introducción

El estudio del negocio fiduciario, con la finalidad de determinar la validez y eficacia del instituto, puede realizarse de forma conjunta; esto es, sin distinguir entre negocio fiduciario *cum amico* y *cum creditore*.

La diferencia entre ambas modalidades va más allá del grado de confianza requerido para cada una³⁶⁵. Respecto al concepto de fiducia *cum amico* y *cum creditore* ha sido expuesto en otra parte de este estudio al que me remito³⁶⁶, si bien quiero matizar en este apartado que en la fiducia con fines de gestión o administración –*cum amico*– se transmite al fiduciario la propiedad con el único objeto de que la gestione –de forma temporal– hasta que se alcance el acuerdo entre las partes: *pactum fiduciae*. La transmisión de la propiedad fiduciaria se realiza por las especiales cualidades del fiduciario o las carencias del fiduciante para llevarlo a cabo por sí mismo.

En la fiducia con fines de garantía (*cum creditore*), el fiduciante-deudor, transmite la propiedad al fiduciario-acreedor con el propósito de garantizar la devolución del crédito. Esta transmisión también es temporal, y dura hasta que se devuelva el crédito en los términos pactados por las partes: *pactum fiduciae*. El fiduciario ostenta un derecho de retención frente al fiduciante para el caso de incumplimiento del pago.

³⁶⁵ Vid. *supra*, capítulo segundo, II, A.

³⁶⁶ Vid. *supra*, capítulo primero, I, C.

La propiedad transmitida al fiduciario –tanto en la fiducia *cum amico* como en la *cum creditore*– no es una propiedad plena³⁶⁷, sino una propiedad formal, limitada a través del pacto fiduciario.

El derecho de retención está reconocido expresamente por la jurisprudencia en la fiducia *cum creditore*. Sin embargo en la fiducia *cum amico* también puede existir –según lo pactado entre las partes–, ya que la representación o la gestión en favor del fiduciante puede ser onerosa o gratuita. Si es onerosa y el fiduciante no cumple, el fiduciario podría resistirse a devolver la propiedad hasta en tanto se cumpla lo pactado.

La fundamentación y justificación para la determinación de la causa es común en ambas modalidades de negocios fiduciarios, así como la naturaleza jurídica y las peculiaridades y caracteres de la propiedad transmitida al fiduciario. Estos elementos –que ya han sido estudiados– justifican el estudio conjunto³⁶⁸.

La fiducia *cum creditore* –en cuanto al contenido y finalidad– es diferente a la fiducia *cum amico*, si bien entiendo que genera menos problemas de licitud la fiducia *cum creditore*. La fiducia *cum amico* puede ser el disfraz adecuado para toda una serie de negocios fraudulentos, por lo que se deberá estar al supuesto concreto para determinar la validez y licitud de cada negocio.

En la fiducia *cum creditore*, la jurisprudencia ha velado en todo momento por los intereses del fiduciante –quien con la necesidad de obtener un préstamo, se ve obligado a realizar una transmisión de la propiedad en garantía de la devolución de dicho crédito–, y ha establecido las líneas maestras y los límites para su licitud y validez, quedando acotada la prohibición del pacto comisorio³⁶⁹. De hecho, la jurisprudencia considera que, si existe pacto comisorio, se está ante un negocio simulado absoluta o relativamente; con lo que no cabe la posibilidad de apropiación

³⁶⁷ Vid. *supra*, capítulo primero, II, D.

³⁶⁸ Vid. *infra*, capítulo cuarto, II.

³⁶⁹ Vid. *supra*, capítulo segundo, III.

del bien por parte del fiduciario, además de existir el límite legal de la Ley de 1908 de la usura.

Por último, la fiducia *cum amico* cuya base principal es la confianza, en la que fiduciante y fiduciario suelen tener una relación familiar o personal estrecha, es donde más finalidades fraudulentas se pueden dar. Con todo, puedo concluir, a este respecto, que los negocios con finalidad fraudulenta no son negocios fiduciarios *cum amico*, ya que el límite establecido por la jurisprudencia para la validez y licitud está en que no contravengan la norma y no persigan, por tanto, una finalidad fraudulenta³⁷⁰.

B. Fiducia cum creditore

1. Fiducia *cum creditore* en la jurisprudencia

La jurisprudencia ha venido a configurar el negocio fiduciario *cum creditore*, como un negocio jurídico de préstamo con un refuerzo en cuanto a su afianzamiento, con fundamentación en la libertad de pactos del artículo 1255 del Código civil.

Como ya se ha dicho, este negocio jurídico, al carecer de regulación legal es muy casuístico. De ahí que los tribunales –con un afán de “hacer justicia” ante la realidad del tráfico jurídico– han acotado la definición, los requisitos para su constitución, el alcance y los efectos de la institución. La configuración actual del negocio fiduciario *cum creditore* –realizada por la jurisprudencia– lleva a replantearse las tesis clásicas de la desproporción en las prestaciones y la concepción del fiduciante como la parte desprotegida. Esto es así, porque la prohibición del pacto comisorio, la exigencia de causa lícita y la tutela judicial efectuada para la

³⁷⁰ Vid. *supra*, capítulo tercero, I.

configuración del instituto, han logrado que sea una figura con mayor seguridad jurídica, más racional y equitativa.

Con esta base se entiende que la *causa fiduciae* no es la transmisión patrimonial en sí del bien, sino el afianzamiento del débito contraído. Todo ello sin que exista posibilidad de integrarse el bien en el patrimonio del fiduciario de forma real, porque no es el objeto del negocio querido y pactado entre las partes.

En el sentido de lo expuesto, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2008³⁷¹ resume las líneas maestras de la fiducia *cum creditore*, si bien estas líneas maestras vienen siendo reiteradas por el Tribunal Supremo desde el año 2001³⁷², a través de la sentencia de 26 de abril de 2001 y la de 26 de julio de 2004³⁷³.

³⁷¹ Cfr. sentencia de 30 de mayo de 2008, donde se recogen la líneas maestras de la fiducia *cum creditore*:

«1º. La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario -si son terceros de buena fe- protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

2º. El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

3º. El fiduciario no se hace dueño real -propietario- del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

4º. La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

5º. El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

6º. La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de ley (art. 6.4 Cc.). Igualmente, en la de 4-12-2002"

³⁷² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001.

La sentencia con base en la jurisprudencia reiterada da validez y eficacia³⁷⁴ al instituto, y concluye que la transmisión efectuada en el pacto de fiducia tiene por objeto reforzar el derecho de crédito, a través de una transmisión de la propiedad (formal) no definitiva, en la que el fiduciario queda obligado a devolverla cumplido el pacto de fiducia. El fiduciante –que ostenta la titularidad real– corre el riesgo de que el fiduciario vulnere el pacto y venda a un tercero de buena fe; en este caso la transmisión será válida y el fiduciante solamente tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios.

La falta de pago del crédito no convierte en propietario al fiduciario, pues no es lo pactado, y ostentará un derecho de retención frente al fiduciante³⁷⁵. Por tanto no se da el pacto comisorio en el negocio fiduciario.

CÁMARA LAPUENTE³⁷⁶ considera –con base en la jurisprudencia– que únicamente cabrá la nulidad del negocio fiduciario *cum creditore* cuando se den las siguientes circunstancias:

“1º) Prueba cumplida de la situación económica angustiosa del deudor-fiduciante, que no le deja otra alternativa que concertar la garantía fiduciaria.

2º) La desproporción económica que revela el carácter usurario del préstamo no se obtiene de comparar el importe de la deuda y el valor de la garantía, sino de contrastar la diferencia entre lo realmente recibido y lo que debe ser devuelto.”

En mi opinión se debería añadir la prohibición de la apropiación del bien transmitido fiduciariamente en garantía de pago (prohibición del pacto comisorio).

El negocio fiduciario *cum creditore* se configura, después de lo expuesto como un negocio completamente válido, eficaz y lícito. La jurisprudencia le da carta

³⁷³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004.

³⁷⁴ Vid. *supra*, capítulo tercero, I y II. Además respecto a la jurisprudencia relativa a la validez y eficacia me remito al estudio realizado en los apartados referenciados en esta nota.

³⁷⁵ Vid. *infra*, capítulo cuarto, I, B, 2.

³⁷⁶ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1789 y 1790.

de naturaleza; si bien, debe estarse a cada supuesto concreto para determinar la existencia y validez del negocio. Uno de los límites, como ya se ha adelantado, será el abuso al que puede estar sometido el fiduciante ante una necesidad de financiación, ya que dentro de un negocio de fiducia *cum creditore* se puede esconder un préstamo de usura –prohibido por nuestro ordenamiento jurídico, en concreto por la Ley de Usura de 1908–. Así, con base en el artículo 1 de dicha Ley³⁷⁷, se entiende que, ante una situación angustiosa, debe protegerse al prestatario frente a los préstamos abusivos.

Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse respecto a los negocios fiduciarios *cum creditore* y los préstamos de usura, y, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de noviembre de 2011 resolvió ante un supuesto de fiducia *cum creditore* válidamente constituida, la existencia de un préstamo de usura. El supuesto de hecho consistía en una compraventa cuyo valor ascendía a 186.000 euros, y según el pacto de retroventa, lo que el prestatario fiduciante debía pagar para recuperar la propiedad, tres años después, era la cantidad de 318.000 euros. Es decir, prácticamente el doble. Se entendió abusivo y desproporcionado el préstamo, así como que se estaba ante un préstamo usurario encubierto. En términos similares se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2003³⁷⁸.

³⁷⁷ Dispone el art. 1º de la expresada Ley que: “será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a cusa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.”

³⁷⁸ El Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de febrero de 2003 razona que “la articulación formal de la compraventa por precio muy inferior al valor de la finca y casi coincidente con el capital garantizado por la hipoteca constituida sobre ella, seguida de un arrendamiento tan sumamente atípico y de una opción de compra no menos atípica, con penalizaciones tanto en uno como en la otra manifiestamente leoninas, no solo presenta grandes similitudes con una de las formulas sobre las que reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia en cuanto posiblemente encubridoras de préstamos usurarios, la venta con pacto de retro, sino que viene casi a coincidir con la del caso examinado por esta Sala en su sentencia de 12 de diciembre de 1994, consistente en el aprovechamiento de la situación por quien facilita el dinero a quien lo necesita y se garantiza el reintegro del capital y de altos intereses suscribiendo primero dos escrituras de compraventa por precio similar al capital prestado y el pago de altos intereses con el arrendamiento posterior, todo

Por último y con respecto a la fiducia *cum creditore*, los tribunales atienden a criterios más prácticos que jurídicos, y buscan la realidad de las relaciones entabladas entre las partes: “de tal forma que lo que ha de prevalecer es el verdadero espíritu animador de la operación o el contrato y la realidad intrínseca de su cometido” (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1966, 7 de marzo de 1986, 8 de noviembre de 1991, 12 de septiembre de 1992 y 12 de diciembre de 1994, entre otras). Esta línea jurisprudencial corrobora que nos encontramos ante una institución casuística, en la que se debe valorar el negocio jurídico caso por caso, su alcance y legalidad.

2. Derecho de retención del fiduciario y realización de la garantía.

Uno de los derechos más característicos y distintivos del negocio fiduciario *cum creditore*, es el derecho de retención del fiduciario frente a fiduciante. En la misma medida que el fiduciante-deudor tiene el derecho a reclamar, a través de una acción reivindicatoria, el bien transmitido en garantía, una vez cumplida la *causa fidei* que generó la transmisión. El fiduciario ostenta un derecho de retención, que excepciona la retransmisión del bien en caso de incumplimiento de lo pactado por parte del fiduciante. El derecho de retención es la verdadera garantía que tiene el fiduciario para cobrar el crédito en la fiducia *cum creditore*.

El derecho de retención nace –en la fiducia *cum creditore*– ante el incumplimiento³⁷⁹ del fiduciante de la devolución del crédito que dio origen a la transmisión patrimonial para garantizar el negocio. Este derecho ya ha sido

ello sin incluir en las escrituras el pacto de retro para evitar sospechas cumpliendo su misma finalidad con un arrendamiento y una venta en documento privado.”

³⁷⁹ Vid. *supra*, capítulo tercero, II, A. Respecto del incumplimiento del fiduciante.

estudiado respecto del incumplimiento del fiduciario en el concurso de acreedores³⁸⁰, pero en este apartado voy a tratar de determinar su configuración.

ESPEJO LERDO DE TEJADA³⁸¹, respecto de la venta en garantía, considera que lo que buscan las partes es poner la cosa a disposición del acreedor hasta que el deudor fiduciante satisfaga su deuda. De esta forma, se bloquea la titularidad del fiduciante y el acreedor retiene el bien hasta que se cumpla la obligación. Este derecho opera a favor del acreedor que evita que el deudor pueda vender el bien y lo protege de terceros acreedores. Así el deudor fiduciante debe respetar el bloqueo o retención del bien, mientras que el acreedor no puede hacer suyo el bien ni disponer del mismo, y únicamente tendrá aquellas facultades otorgadas con el pacto fiduciario.

Entiendo que el derecho a que hace referencia ESPEJO LERDO DE TEJADA es el derecho de retención que ostenta el fiduciario sobre el bien transmitido en fiducia.

PUIG BRUTAU³⁸² considera que el fiduciario, en la fiducia *cum creditore*, está facultado para retener la cosa hasta que se haya extinguido la obligación asegurada. En caso de incumplimiento por el fiduciante, el acreedor-fiduciario, ante la prohibición del pacto comisorio, no puede apropiarse del bien dado en garantía.

En opinión de PUIG BRUTAU, se deberá proceder como en las ejecuciones de garantía real: con base en el artículo 1872 del Código civil en relación con la prenda común, esto es, el fiduciario puede vender el bien con acuerdo del fiduciante para satisfacer el crédito y devolver el sobrante al fiduciante. El artículo 1871 del Código civil es también de aplicación, según PUIG BRUTAU, y, por tanto, el fiduciante no puede pedir la restitución del bien mientras no pague la deuda, sus intereses y expensas.

³⁸⁰ Vid. *supra*, capítulo tercero, II, C, 3, c.

³⁸¹ Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “*Autonomía privada y garantías reales*”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 3, Civitas, 2002, pg. 3769.

³⁸² Vid. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, t. II, pg. 306.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de septiembre de 2009³⁸³ recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través de la sentencia de 26 de julio de 2004, con cita de las sentencias de fecha de 30 de mayo de 2008 y 26 de julio de 2004, y concluye: en la fiducia *cum creditore* se transmite la titularidad formal del bien al fiduciario, con la finalidad de garantía y de asegurar que lo tendrá sujeto –el bien dado en garantía– a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

En mi opinión, respecto de la satisfacción forzosa, se deberá estar al pacto de fiducia establecido entre las partes y no podrá sobrepasar los límites de la legalidad (pacto comisorio o venta con precios no ajustados a mercado.)

PUIG BRUTAU, concluye respecto del derecho de retención, que según el contenido del pacto fiduciario, se podrá proceder de dos formas:

- Venta en pública subasta como si de una garantía real se tratase.
- Retención del bien o hasta que sea satisfecho el crédito.

GALICIA AIZPURUA³⁸⁴ califica el negocio fiduciario como simulado y por tanto nulo. Con esta base considera que es paradójico que el fiduciario pueda exigir la retención de un bien transmitido de forma simulada hasta que se cumpla el pacto fiduciario. Sin embargo, estima que, si el pacto fiduciario se ajusta a lo establecido en el artículo 1255 del Código civil, sería el sustento del *ius retinendi*. En este mismo sentido concluye MARTÍN LEÓN³⁸⁵, que concibe como la gran mayoría de la doctrina el negocio fiduciario como negocio simulado relativamente³⁸⁶, y, con esta base, concluye que el negocio fiduciario no transmite propiedad alguna. Frente a la inexistencia de la transmisión, la doctrina señala que no se puede retener algo que no se ha transmitido.

³⁸³ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de Septiembre de 2009.

³⁸⁴ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 199 y ss.

³⁸⁵ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 123.

³⁸⁶ Vid. *infra*, capítulo cuarto, II, B, 1, a.

La mayoría de la doctrina identifica el negocio fiduciario con el negocio simulado relativamente, y con esta base no se considera por la doctrina que exista transmisión dominical, ni siquiera transmisión formal; concluyendo que no cabe ningún efecto de esa transmisión de la propiedad (por invalidez de la misma), siendo, por tanto, inexistente el derecho de retención.

A pesar de ello, algunos autores –como ESPEJO LERDO DE TEJADA³⁸⁷– concluyen que en la fiducia *cum creditore* lo que se pretende es poner la cosa a disposición del acreedor, en garantía de que cobrará; produciéndose un bloqueo externo de la titularidad del fiduciante. El derecho de retención no legitima al acreedor fiduciario para enajenar los bienes dados en garantía, pero evita que otros acreedores puedan actuar sobre ellos. Considera, este autor, que existe una trascendencia jurídico real que constituye una garantía para el acreedor.

Por último, MATEO Y VILLA³⁸⁸ considera que, finalizado el plazo pactado para el cumplimiento por el fiduciante del pago de la deuda, deberá enajenarse el bien dado en garantía, y de esta forma cobrarse la deuda, entregando el sobrante al fiduciante. La enajenación deberá ser en subasta o según lo acordado en el pacto fiduciario.

La jurisprudencia ampara el derecho de retención en la transmisión fiduciaria, y lo concibe como un derecho de retención pero sin capacidad para el fiduciario de realizar el bien, salvo pacto expreso. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009³⁸⁹, con cita de jurisprudencia desde los años cuarenta, concluye:

“(…) La fiducia *cum creditore* conocida por la jurisprudencia de esta Sala desde la sentencia de 23 de mayo de 1935 y aun anteriores, a las de 23 de mayo y 27 de junio de 1980, 9 de diciembre de 1981, 19 de mayo y 2 de junio de 1982 y 6 de abril de 1987 pues, hasta prescindiendo de la teoría del doble efecto introducida por la de 25 de mayo de 1944, no puede tildarse al negocio fiduciario de contrato ficticio o de relativamente simulado y por ello la titularidad fiduciaria o titularidad formal

³⁸⁷ Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. y loc. cit.*, pg. 3769.

³⁸⁸ Cfr. MATEO Y VILLA, *op. y loc. cit.*, pg. 1252.

³⁸⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009.

habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido debiendo observar el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, lo que determina la validez entre las partes de la puesta en garantía en cuanto fue determinante en el caso de las diversas prestaciones a cargo de la fiduciaria y de su causante. La extinción de la obligación en que el fiduciante se halla mediante el pago de lo reconocidamente adeudado, arrastrará la titularidad del fiduciario; pero en tanto no se produzca el cumplimiento le asiste a este un "*ius*" o "*titulus retinendi*" que no permite que se le imponga sin más la restitución"

En iguales términos la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 1 de febrero de 2002³⁹⁰ establece que el fiduciario tiene un derecho de retención o *ius retinendi* frente al fiduciante hasta en tanto en cuanto haya sido satisfecha la deuda. En este supuesto de hecho concreto, la actora solicitaba la nulidad de los contratos de compraventa por vicios en el consentimiento, al entender que lo que pretendían era un préstamo con garantía. La Audiencia Provincial entendió que la compraventa con subrogación hipotecaria era en realidad en garantía de los préstamos referidos y

³⁹⁰ El Tribunal Supremo "viene a concebir el negocio fiduciario *cum creditore* como un préstamo reforzado que nace de la libertad de pactos establecida a través del art. 1.255Cc, y que si bien existe un desplazamiento patrimonial formal no existe el desplazamiento patrimonial real habida cuenta que para entender que "La realidad comercial querida la encuadra la sentencia recurrida en la fiducia "*cum creditore*", pues si bien no ha habido una transmisión material de las fincas, ya que las conservan los demandantes, sí concurrió transmisión formal, que no tenía otra finalidad que asegurar a los prestamistas (esposos demandados) la devolución de las cantidades que habían desembolsado. La jurisprudencia de esta Sala admite esta figura jurídica, que viene a ser un préstamo reforzado, como pacto emanado de la libre voluntad de los contratantes (artículo 1255 del Código Civil y ha venido a declarar (sentencias de 19 de mayo de 1982, 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 30 de enero de 1991 y 5 de julio de 1993) que actúa como "*causa fiduciae*" no la enajenación propiamente, sino el afianzamiento del débito contraído, con lo cual el derecho de los prestamistas se concreta a obtener la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, por no ser esta la finalidad perseguida, pues sólo se pretendió la garantía, sin voluntad decidida ni vinculante de comprar o vender, (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1992), por eso la sentencia de 15 de junio de 1.994 censura el pacto comisorio, para hacer suyas las fincas y la de 19 de junio de 1997 declara ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio fiduciario. Mediante la referida relación el propietario formal no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el dominio, y la compraventa utilizada resulta ser un instrumento ficticio (sentencia de 22 de febrero de 1995). La titularidad formal desplegada produce el efecto de asistir al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento un "*ius* o título *retinendi*" (sentencias de 30 de enero 1995, 2 de junio de 1982 y 6 julio de 1992, por lo que hay que decidir que no procede la pretendida nulidad de la escritura de compraventa como sostiene la recurrente."

carecían de virtualidad suficiente para producir la transmisión definitiva del dominio pleno de las fincas de autos, ya que solamente atribuye a sus representados –en este caso fiduciarios– un derecho de retención y de crédito preferente hasta que no se extingan las obligaciones de los prestatarios. La sentencia otorga validez de la fiducia *cum creditore*, y no a los documentos suscritos entre las partes. Esto es, no entiende que sean válidos los contratos de compraventa con subrogación hipotecara, porque no existe una transmisión material de la propiedad. Sin embargo, reconoce que existe un derecho de retención sobre las fincas que formalmente son propiedad de los fiduciarios, cuya posesión material la ostentan los fiduciantes. Ostentando el fiduciario la propiedad formal frente a terceros, y la propiedad material o real la sigue teniendo el fiduciante, que nunca la transmitió, porque no era el objeto del negocio.

Del estudio de este supuesto se puede concluir que la fiducia *cum creditore*, sirve como base para interpretar una compraventa –que se tilda de “no plena”–, pero cuya transmisión de la propiedad formal –en garantía– es completamente válida. Todo ello sin modificar los títulos notariales de compraventa ni la situación registral, y no acordando la nulidad pretendida por la actora-fiduciante.

Concluye la sentencia que el fiduciario ostenta un derecho de retención sobre el bien dado en garantía, cuya propiedad material conservan los fiduciantes, y cuya vigencia se extiende hasta que se produzca el cumplimiento –pago del crédito– de lo acordado a través del pacto fiduciario.

Por último, puede plantearse la cuestión de si el derecho de retención opera únicamente cuando el acreedor fiduciante ostenta la posesión de los bienes transmitidos de forma fiduciaria, o si bien opera en todos los casos.

Este supuesto es el que plantea la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona³⁹¹ de 16 de octubre de 2012, que concluye –después de explicar la

³⁹¹ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 16 de octubre de 2012. Fundamento de Derecho cuarto: “(...) En el caso concreto de la fiducia *cum creditore*, la transmisión de la propiedad en garantía al acreedor otorga a éste una «titularidad fiduciaria» sobre el bien y por ello conviene analizar los efectos que semejante titularidad acarrea en las relaciones entre el acreedor y

propiedad fiduciaria— que existe derecho de retención cuando la venta en garantía o la fiducia *cum creditore* van acompañadas de la transmisión de la posesión del bien.

Considero que la precitada sentencia de la Audiencia Provincial hace una interpretación errónea de la jurisprudencia, ya que —generalmente— en la fiducia *cum creditore* se transmite la propiedad formal y el fiduciante se reserva la propiedad material y la posesión del bien³⁹². Por lo que esta teoría expuesta por la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona desvirtuaría el *ius retentionis*.

Estudiadas las sentencias del Tribunal Supremo en las que sustenta la Audiencia Provincial de Tarragona su tesis, respecto del requisito de la transmisión de la posesión al fiduciario para que se dé el *ius retentionis*, considero que nada se dice al respecto en las sentencias del Alto Tribunal de 19 de mayo de 1989³⁹³, de 7 de mayo de 1991³⁹⁴. Si bien hubo transmisión del dominio, nada se dice respecto a la

el deudor y en las relaciones con terceros. *Inter partes* el hecho que el acreedor tenga una titularidad fiduciaria no significa que devenga propietario del bien. La propiedad la mantiene el deudor fiduciante, aunque el acreedor queda en apariencia como dueño. El acreedor adquiere una mera titularidad formal nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor. Lo que sí ostenta el acreedor que ha recibido la posesión del bien es un *ius* o *titulus retinendi* (derecho de retención) sobre ese bien. Evidentemente, sólo existe derecho de retención cuando la venta en garantía va acompañada de la transmisión de la posesión del bien, esto es, cuando el acreedor-fiduciario ha recibido efectivamente la posesión del bien. (SSTS 19-5-1989; 7-5-1991; 12-11-1991; 14-2-1996; 26-4-2001, 21-3-1969; 7-3-1990; 6-4-1992). Por otra parte, una vez cumplida la obligación principal, se extingue la garantía que la aseguraba, por lo que el deudor fiduciante tiene derecho a la «retransmisión» de la cosa. Además, el acreedor que posee el bien vendido en garantía no puede adquirir la propiedad del bien por usucapión, pues no lo detenta en concepto de dueño, sino en garantía. Pues bien, como ya se ha dicho, en el presente caso ni se prueba la existencia de pacto fiduciario, que la parte apelante pretende sustentar en los indicios anteriormente expuestos ni acredita tampoco haber cumplido con las condiciones del pacto que de haber existido le hubiera permitido recuperar la posesión del bien objeto del negocio, todo lo cual nos ha de llevar a la desestimación del presente recurso. ”

³⁹² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005.

Esta sentencia en relación a la posesión en el negocio fiduciario concluye que: “(...) No puede alegar el recurrente que no hubo *traditio*, puesto que caben mutaciones del *animus* y del concepto en la posición y este dato irrelevante a los efectos de valorar si hubo o no un negocio fiduciario, por más que sea frecuente, en la fiducia *cum creditore*, que el deudor que aparentemente transmite quede en la posesión del bien, pero no es necesario, y en el contexto de lo que ocurre en el caso que nos ocupa, más parece que la continuidad en la posesión (Aunque ya no en concepto de dueño) se deba a una nueva tolerancia de los nuevos socios mayoritarios y gestores de la compañía.

³⁹³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989.

³⁹⁴ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1991.

exigencia de este requisito para que opere el derecho de retención. Por último, respecto de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001³⁹⁵, que marca la líneas maestras del negocio fiduciario *cum creditore*, en ningún momento hace referencia a la exigencia de la transmisión de la posesión para que pueda operar el derecho de retención; en el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1990³⁹⁶.

Por tanto, no es necesario para que pueda operar el derecho de retención en el fiduciario que se haya transmitido la posesión del bien. Ésta puede quedar en poder del fiduciante o haberse transmitido al fiduciario, supuesto menos probable este último, pero dependerá, en todo caso, de lo pactado por las partes.

C. Fiducia cum amico

1. Fiducia *cum amico* en las leyes

A pesar de ser el negocio fiduciario, una institución atípica y no regulada por la legislación nacional de forma expresa, existen antecedentes jurídicos, que a pesar de haber perdido vigencia en la actualidad, regulaban la fiducia *cum amico*. DE CASTRO³⁹⁷ enumera las siguientes:

³⁹⁵ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001.

³⁹⁶ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1990.

³⁹⁷ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 414 y ss. Hace referencia a los casos en que: “la Iglesia, Órdenes y Congregaciones religiosas (leyes de 1941 y 1942), y después también de “cualquiera persona natural” (así en el D.L. de 1962), que “hubieran apelado al efugio de valerse de personas interpuestas hoy muertas o desaparecidas, haciendo radicar nominativamente en éstas la titularidad de su dominio, cuya disposición en realidad se reservaban”, a fin de salvaguardar sus bienes de disposiciones persecutorias del poder público (art. 1º, Ley de 1 enero 1942) (140 bis).”

Continúa exponiendo que la finalidad de las disposiciones consiste en: “la rectificación de las inscripciones de bienes inmuebles hechas en los Registros de la Propiedad y las de bienes muebles que “figuren en Registros públicos, bancarios, mercantiles o particulares” a nombre de unos interpósitos fallecidos o desaparecidos, y establecen al efecto un procedimiento y jurisdicción especial. La ley de 1 de julio de 1941 deja entender que dichos bienes “no salieron nunca de su verdadero patrimonio”, es decir, del patrimonio del fiduciante. Con mayor claridad, y más detalle, la ley de 1 de

- Ley de 11 de junio de 1941³⁹⁸ y Ley de 1 de enero de 1942³⁹⁹. Las dos normas se ocupan de supuestos en los que las órdenes y congregaciones religiosas que habían puesto bienes a nombre de terceros para proteger el patrimonio frente a posibles disposiciones persecutorias del poder público. La primera versa sobre inscripciones de bienes en los Registros de la Propiedad que aparezcan inscritos a nombre de terceras personas interpuestas, y la segunda sobre declaración de propiedad y libre disposición de sus valores y bienes muebles. En el año 1962 se aprobó el Decreto Ley 24/62 de 28 de junio de 1962⁴⁰⁰ y amplió el procedimiento para que las personas físicas que hubieran realizado negocio de este tipo pudieran recuperar sus bienes.

Las leyes indicadas regulaban negocios fiduciarios *cum amico*. Las disposiciones normativas generaban una presunción o, por lo menos, un reconocimiento de la institución que, por el hecho de no estar tipificadas, necesitaban de un plus probatorio en los procedimientos judiciales. Es decir, lo que se consiguió con esta regulación normativa es el reconocimiento de la institución, y la facilitación de la retransmisión de los bienes al fiduciante por haberse cumplido el pacto fiduciario: cesación o derogación de disposiciones normativas persecutorias contra determinadas personas o instituciones. Estas normas legitimaron pasivamente a los herederos de los fiduciarios, que podrán reivindicar los bienes que habían sido transmitidos por título gratuito. Únicamente se debían respetar las transmisiones onerosas realizadas a favor de terceros de buena fe; en este último caso, el fiduciante podría haber reclamado daños y perjuicios al fiduciario que transmitió los bienes.

enero de 1942 va a decirnos que, mediante el procedimiento arbitrado por la ley, el fiduciante podrá “obtener la declaración judicial de su derecho en orden a la inexistencia real de la supuesta enajenación y consecuencias que de ella se derivan”

³⁹⁸ Vid. Repertorio cronológico de Legislación Aranzadi, número 1295.

³⁹⁹ Vid. Repertorio cronológico de Legislación Aranzadi, número 57.

⁴⁰⁰ Vid. Repertorio cronológico de Legislación Aranzadi, número 1228.

Por último, las normas, amparaban la acción para recuperar la titularidad dominical, con base en que, en realidad la propiedad, siempre ha sido del fiduciante y el fiduciario no podía enajenarlos ni apropiarse de forma válida.

Como se acaba de exponer, los negocios fiduciarios no son totalmente ajenos a nuestro sistema. Consta así que ha existido regulación legal en los mismos términos y con la misma fundamentación que la jurisprudencia reconoce a los negocios fiduciarios *cum amico* en la actualidad.

2. Fiducia *cum amico* en la jurisprudencia

La jurisprudencia viene a definir la fiducia *cum amico* como aquel negocio jurídico por el cual uno de los contratantes, llamado fiduciante realiza un negocio traslativo de la propiedad –generalmente a través de compra venta– a favor de otro –llamado fiduciario–, para que lo utilice con una finalidad determinada (representación o administración), debiendo devolver el bien al fiduciante o tercero designado cuando se cumpla la finalidad.

La titularidad del bien que ostenta el fiduciario es formal, en el sentido de aparente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo concibe el negocio fiduciario como negocio jurídico, válido y eficaz, con las salvedades establecidas en el artículo 1255 del Código Civil. Es decir, que no sea contrario a las leyes, a la moral, ni al orden público. La modalidad fiduciaria *cum amico* se realiza en interés del fiduciante, que según lo pactado de forma interna, es el único beneficiario, con especial relevancia a la confianza que debe existir entre las partes contratantes. Evidentemente la confianza es absolutamente necesaria para la traslación del dominio, y así viene a recogerlo el Tribunal Supremo a través de la sentencia de 27 de febrero de 2003⁴⁰¹.

⁴⁰¹ El Tribunal Supremo en la sentencia de 27 febrero de 2003 recoge la evolución jurisprudencial para concluir que: "(...) "la fiducia "*cum amico*", tal y como se indica en la sentencia de 5 de marzo de 2001-cuya doctrina se recoge en la posterior de fecha 31 de octubre de 2003, y como asimismo se

La titularidad formal, en sentido de aparente, y la confianza, son las notas características de esta figura la fiducia *cum amico* según establece la sentencia de 25 de marzo de 2011⁴⁰².

Se puede afirmar que es un negocio jurídico basado en la confianza, que contrae el verdadero propietario del bien –fiduciante– que transmite un bien o derecho con la finalidad de gestión o representación a favor del fiduciario. Tras la celebración del negocio, el fiduciante pasará a ostentar una propiedad material o real frente al fiduciario, que a su vez se convertirá en propietario aparente del bien, hasta que cese la causa que lo generó, o lo solicite el fiduciante.

La validez de esta modalidad de negocio jurídico es reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo cuando la finalidad sea fraudulenta como se recoge en la sentencia Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009⁴⁰³. En esta

precisa en la de fecha 16 de julio de 2001, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. En esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero -beneficiario-, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la "fiducia *cum amico*" la forma pura o genuina del negocio fiduciario -sentencia de 16 de julio de 2001-. En otros términos: en el negocio fiduciario el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia -sentencia de 31 de octubre de 2003-."

⁴⁰² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011, en esta sentencia citando otras sentencias del Tribunal Supremo como "la STS 27 de febrero de 2007 declara que en estos casos la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará hasta el momento en que se reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido; y la STS 23 de junio de 2006, que en los casos de fiducia *cum amico*, la cual "implica la creación de una apariencia", el fiduciario "se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza".

⁴⁰³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009 que en relación a la fiducia *cum amico* cuyo precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, "*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quotutius nostrae res apud eum sint*") y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (entre las más recientes sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000; 5 de marzo y 16 de julio de

sentencia, se impone un límite muy clarificador; y es que la validez queda supeditada a que la finalidad no sea fraudulenta.

De manera análoga se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011⁴⁰⁴. Esta resolución recoge el típico supuesto de hecho en el que unos padres, con la finalidad de eludir deudas, cambian la titularidad de los bienes a favor de sus hijos a través de una compraventa. Desplegada la prueba en el procedimiento judicial, y demostrada la verdadera intención, se declara ilícito el negocio fiduciario. Concluye esta sentencia indicando que, habida cuenta que los fiduciarios no ostentan una titularidad real sino formal, cabe la acción subrogatoria ejercida por el acreedor con la finalidad de que los bienes vuelvan al patrimonio de los verdaderos propietarios. La sentencia resalta que los negocios fiduciarios pueden ser lícitos o

2001; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007)."

⁴⁰⁴ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011 que en su Fundamento de Derecho segundo establece: "(...) la calificación que mejor conviene a las operaciones atribuidas en ella a los demandados es la de negocios fiduciarios consistentes en poner a nombre de las hijas bienes pertenecientes a sus padres con el pacto interno entre estos y aquellas de reconocer a los padres como verdaderos propietarios, pactos a su vez indiferentes para el vendedor de los bienes. De aquí que no fueran extravagantes las constantes alusiones del demandante a la simulación, pues como declara la STS 15-6-99 con cita de otras anteriores la doctrina tiende a asimilar el llamado negocio fiduciario al simulado. Por su parte la STS 27-2-07 declara que en estos casos la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará hasta el momento en que se reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido; y la STS 23-6-06, que en los casos de fiducia *cum amico*, la cual "implica la creación de una apariencia", el fiduciario "se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza".

Pues bien, si a lo antedicho se une, de un lado, que según la STS 28-11-02 el fiduciario no puede integrar en su patrimonio el objeto del negocio como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante, y, de otro, que el art. 1111 CC configura la acción subrogatoria en términos muy amplios, autorizando al acreedor a "ejercitar todos los derechos y acciones" de su deudor, sin distinción alguna ni otra excepción que los derechos y acciones inherentes a la persona del deudor, habrá que convenir en que mediante la acción subrogatoria el acreedor puede pedir la declaración de que los bienes puestos a nombre de fiduciarios no deudores pertenecen en realidad al fiduciante deudor, pues por esa vía ejercita el derecho de este último a pedir esa misma declaración en cualquier momento y, al propio tiempo, consigue que los bienes se integren en el patrimonio de su deudor para que sea efectiva su responsabilidad patrimonial, sin que en casos como el presente, en que la finalidad atribuida a la fiducia sea precisamente eludir esa responsabilidad, resulte aplicable el límite temporal consistente en "el logro de las finalidades perseguidas con la fiducia" (SSTS 31-10-03 y 4-7-98), pues los negocios fiduciarios pueden ser lícitos o ilícitos y una finalidad ilícita, como es eludir la responsabilidad patrimonial universal, nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico.

ilícitos, y que una finalidad ilícita nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico.

En términos similares se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007⁴⁰⁵, que viene a recoger los argumentos jurisprudenciales que configuran la fiducia *cum amico* como negocio jurídico válido, posible y lícito. Estos extremos son recogidos con base en las sentencias de 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 13 de febrero de 2003, entre las más recientes. La primera de las citadas –STS 16 de julio de 2001– recoge la diferencia entre propiedad formal del fiduciario, y propiedad material o real del fiduciante⁴⁰⁶. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992⁴⁰⁷ que destacaba la similitud, pero no la equiparación de la fiducia *cum amico*, con el mandato. El supuesto de hecho recogía un asunto en el que una sociedad era titular formal de unos préstamos (fiduciario) que en realidad eran para determinados socios de la mercantil (fiduciantes). La titular formal del préstamo era la mercantil por cumplir los requisitos exigidos por la entidad financiera; los socios beneficiarios y la mercantil pactaron que devolución y en qué proporción debería responder cada socio.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996⁴⁰⁸, –recogiendo doctrina que ya se contenía en las del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1932, 14 de octubre de 1959, 6 de octubre de 1977 y 3 de enero de 1978– consideraba la

⁴⁰⁵ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007. El Tribunal Supremo tiene –en los negocios fiduciarios– superada la simulación, respecto a la falta de causa típica en el negocio transmisor de la propiedad y llega a concluir: “ (...) Por ello, no cabe apoyar en el carácter simulado de la segunda compraventa, ni en la inexistencia de precio, la nulidad, sino que hay que estar a la irrelevancia de la causa expresada, cuando sustancialmente se trata de completar, según el diseño negocial establecido, el *iter* transmisivo, intitulando a favor del mandante o fiduciante el bien que para él, en definitiva, se ha adquirido.”

⁴⁰⁶ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001. Concluye que en la fiducia *cum amico*, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza”.

⁴⁰⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992.

⁴⁰⁸ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996.

validez del contrato no obstante haberse expresado una causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida. Doctrina que sigue vigente, en sentencias como las de 19 de diciembre de 1999, 1 de abril de 2000, 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002, entre otras. La causa falsa hace referencia en la fiducia *cum amico*, a la compraventa que le hace el fiduciante al fiduciario ya que no es real, sino que esconde un mandato o representación. Siendo éstos últimos reales y existentes, el negocio será válido siempre y cuando cumpla, por supuesto, con todos los requisitos exigidos⁴⁰⁹.

Con base en lo argumentado en esta sentencia (STS 8 de enero de 1996), se quiere constatar la validez del negocio fiduciario en su variable de fiducia *cum amico*, concluyendo que será válido el negocio en tanto en cuanto la *causa fiduciae*, sea lícita y válida. Entendiendo por *causa fiduciae* no el contrato que hace posible la transmisión de la propiedad, sino la causa por la que se hace aquel contrato traslativo de dominio.

⁴⁰⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007, argumenta que la doctrina considera como "fiduciaria en sentido lato" una adquisición realizada por encargo, un mandato para adquirir. El hijo encarga a la madre (única que puede aprovechar la oferta por su condición de arrendataria) que adquiera para él (y su esposa), a cuyo efecto verifica el pago de precio más impuestos y gastos, para que, con reserva del usufructo, la madre le transmita, como beneficiario definitivo. La segunda escritura es, de este modo, un acto de transferencia sobre cuya naturaleza ya había hipotizado la doctrina que habría de ser, en la mayor parte de las ocasiones, una escritura simulada, lo que carece de importancia en el contexto negocial, pues el mandante ya adquirido, dando sentido con ello a lo previsto en el artículo 1717 del Código civil, como ha dicho esta Sala en un conjunto de decisiones que constituyen una línea constante, como las de 22 de mayo de 1964, 22 de noviembre de 1965, 26 de noviembre de 1970, sin necesidad de que el mandatario otorgue un documento en que el mandatario confiese o testimonie el origen del dinero con el que adquiere (lo que ocurre, en cambio, en las sentencias de 26 de mayo de 1950, 3 de junio de 1953, y 19 de diciembre de 1963). Una línea que sigue en las sentencias de 16 de mayo de 1983, 24 de junio de 1984, 14 de octubre de 1989, 13 de abril de 1994, 18 de enero y 4 de julio de 2000, entre otras. La doctrina lo ha explicado al señalar que "el mandante adquiere una propiedad sustancial, mientras que el mandatario, frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mandato, una propiedad formal". A lo que se añadiría, según la autorizada doctrina a que nos referimos, que se trata "en suma, de algo idéntico a lo que ocurre en el negocio fiduciario, entre fiduciante y fiduciario". Por ello, no cabe apoyar en el carácter simulado de la segunda compraventa, ni en la inexistencia de precio, la nulidad, sino que hay que estar a la irrelevancia de la causa expresada, cuando sustancialmente se trata de completar, según el diseño negocial establecido, el *iter* transmisivo, intitulado a favor del mandante o fiduciante el bien que para él, en definitiva, se ha adquirido.

Por último, debo añadir que según la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004⁴¹⁰ respecto de la inexistencia de causa típica en los contratos que transmiten la propiedad fiduciaria y su consideración de simulado por la falta del requisito causal concluye: "se elimina la exigencia de cualquier elemento o contraprestación propio de la compraventa al derivarse de un reconocimiento del pacto o "fiducia *cum amico*".

La sentencia citada de 7 de mayo de 2007, que recopila los criterios jurisprudenciales de la validez de la fiducia *cum amico* se pronuncia sobre el siguiente supuesto de hecho:

El fiduciante entrega un dinero al fiduciario para que compre un inmueble y sea escriturado a nombre este último. En el presente caso, la relación entre fiduciante y fiduciario es de madre e hijo, en el que la madre como arrendataria del inmueble tenía unas condiciones favorables para su adquisición. La madre-fiduciaria adquirió la vivienda siendo propietaria formal y ostentando el hijo la propiedad material del inmueble. Con posterioridad el inmueble fue transmitido por la madre a favor del hijo.

La sentencia calificó el negocio objeto de la *litis* de fiducia *cum amico* frente a la petición de los actores –coherederos del fiduciante-demandado– que instaban la nulidad de la venta del inmueble a favor del hijo coheredero, a pesar de reconocer que la primera compra la realizó la madre con el dinero del hijo. Con todo, el argumento partía de concebir que el negocio fiduciario realizado entre la madre y el hijo fue en fraude de ley porque se engañó al arrendador-vendedor y que la segunda venta (la retransmisión de fiduciante a fiduciario), carecía de causa y por tanto era nula.

⁴¹⁰ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 (Fundamento de Derecho séptimo).

La Sentencia concluye que la causa que se exprese para la retransmisión en la órbita del negocio fiduciario es irrelevante, ya que la celebración de ese contrato se realiza para completar el diseño negocial del pacto fiduciario.

De este supuesto de hecho se pueden extraer dos conclusiones muy importantes de la fiducia *cum amico*:

a) La primera conclusión responde a que en el supuesto de autos como en tantos otros, los tribunales han ido adaptando las situaciones generadas por el tráfico jurídico y se debe estar al supuesto concreto para valorar la existencia de negocio fiduciario. Todo ello partiendo de la buena fe *inter partes* y de la confianza que envuelve al negocio en su totalidad, tanto por los actos como por los vínculos que unen a las partes.

b) La segunda conclusión, hace referencia a que, en la fiducia *cum amico*, la apariencia de dueño frente a terceros siempre esconderá un interés que en muchos casos roza la ilegalidad. En el presente supuesto era para poder acceder a unos beneficios a los que el fiduciante no podía optar. Beneficios a consecuencia de ser la fiduciaria titular de un derecho arrendaticio, por lo que adquiriría el inmueble en condiciones ventajosas. La pregunta es: ¿el propietario del inmueble y arrendador, le hubiera vendido de forma directa el inmueble al fiduciante –hijo de la titular de los derechos–, o no hubiese sido con las mismas condiciones ventajosas con las que éste adquirió a través del negocio fiduciario?

Por tanto, es probable que siempre haya algún perjudicado a través de este enmascaramiento o interposición del titular verdadero, y únicamente podrá reclamar si llega a ser conocedor del pacto de fiducia, extremo que será difícil de desenmascarar ya que se crea frente a él. Los Tribunales partiendo de la base del principio dispositivo del procedimiento civil, tampoco pueden actuar salvo que el ilícito esté tipificado penalmente.

A este respecto y como ejemplo de lo arriba concluido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010, enjuicia un supuesto

hecho en el que quedó demostrada la existencia de un negocio por el cual, el demandante solicitaba la retransmisión de los bienes que había dado en fiducia.

El actor alegaba la existencia de un negocio fiduciario *cum amico*, y el demandado se opuso alegando inexistencia de causa *fiduciae* y en todo caso nulidad del negocio por haberse realizado en fraude de ley, ya que la transmisión se había realizado previa al concurso con la intención de salvaguardar el patrimonio de los acreedores concursales.

La Audiencia en este caso alega que la suspensión de pagos concluyó sin queja alguna de los titulares de los créditos, pues no hay prueba en contra de este extremo. Además los acreedores concursales, de considerarse estafados, dispondrían de las pertinentes acciones para recuperar las pérdidas si las hubiera y en todo caso los bienes deben volver al patrimonio del fiduciante para responder, en su caso de esas deudas.⁴¹¹

Es completamente imposible que los acreedores de una quiebra pudieran conocer el negocio fiduciario, ya que no tiene publicidad registral; pero para la Audiencia Provincial eso no es ningún impedimento, justificando el negocio en el sentido antes expuesto.

Con todo, al volver al patrimonio del fiduciante el bien, está a disposición de los posibles acreedores del fiduciante, que es lo único que pueden hacer los Tribunales en cada supuesto, ya que partiendo del principio dispositivo en los procedimientos civiles, cualquier otra actuación excedería de las funciones jurisdiccionales del Tribunal.

Por último también se dan negocios fiduciarios para evitar un daño o ante una amenaza. En éstos, el verdadero propietario realiza un negocio fiduciario con la finalidad de que frente a terceros aparezca como verdadero propietario una tercera persona, que no es amenazada, o a la que no se le puede causar un daño directo.

⁴¹¹ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010.

Esto es lo que acontece en el supuesto de hecho que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009. En este caso, la actora reclama la devolución del dinero –procedente de la venta de un cuadro– que afirma haber prestado a la sociedad unipersonal del padre de la actora. La decisión se funda en que el cuadro en realidad no era propiedad de la hija, sino del padre. Y el motivo de que el cuadro se pusiera a nombre de la hija para que ésta formalizara la venta se debió a que el padre –propietario y coleccionista de obras de arte– estaba siendo extorsionado por una banda terrorista, por lo que se vio obligado a dispersar su patrimonio entre sus hijos. La entrega del dinero obtenido de la venta del cuadro, de la hija a la sociedad del padre, no fue por tanto ningún préstamo, sino solamente la reintegración en el patrimonio del padre del dinero que le pertenecía⁴¹².

Con todo, en los negocios realizados entre padres e hijos, podemos preguntarnos si estamos ante donaciones encubiertas para el caso de transmisiones

⁴¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009 que confirma la fundamentación de la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid el 17 de diciembre de 2004, en el Rollo núm. 440 de 2003, desestima el recurso de apelación y confirma la resolución del Juzgado. La "*ratio decidendi*" se articula, en síntesis, en los argumentos de que el dueño del cuadro del litigio era el Sr. Alberto, que no hubo acto traslativo de dominio - por donación u otro título- del padre a la hija, por lo que aquél nunca dejó de ser dueño hasta la venta cuyo precio se utilizó para un préstamo inexistente, habiéndose configurado un negocio jurídico fiduciario entre el padre y la hija, figura reconocida en la doctrina y en la jurisprudencia (SS. 18 de septiembre y 31 de octubre 2003) que implica un apariencia en la que subyace otro contrato que es perfectamente válido entre los otorgantes y, en cambio, frente a terceros, prevalece el contrato aparente sin actuación de buena fe, y explicándose la intervención de AGEFASA por la pertenencia a la única titularidad del Sr. Alberto.

Fundamento de Derecho segundo.- (...) Es cierto que una visualización externa de la documental aportada con la demanda crea otra apariencia jurídica. El dinero reclamado procede de la venta de un cuadro (habiéndose producido una subrogación real de "*pretium in locum rei*"), el cuadro vendido se hallaba inventariado en el Registro administrativo a nombre de D^a Azucena, el dinero del precio de la venta se ingresó en una cuenta bancaria de la misma titularidad, y se documentó privadamente un préstamo en el que dicho numerario se transfirió en concepto de préstamo a AGEFASA. Sin embargo, todo ello (y los datos fácticos valorados al respecto por la resolución recurrida son claramente evidenciadores) no fue más que un entramado jurídico determinado por la necesidad de formular la declaración administrativa de ciertos bienes de valor artístico y de dispersarlos entre los hijos por parte del Sr. Alberto, de modo que, con las apariencias expresadas -simuladas y, por ende, carentes de existencia jurídica-, se trata de disimular - ocultar- la realidad de que el Sr. Alberto era, seguía siendo, el dueño verdadero de los bienes, y solo confiaba -fiducia- a la hija la titularidad formal, situación jurídica que, si bien puede producir efectos reales respecto de terceros de buena fe, sin embargo no altera la verdaderamente existente entre las partes que intervienen en el negocio fiduciario -de fiducia "*cum amico*"-; sin que obste la pluralidad negocial producida, pues los diversos actos jurídicos se hallan plenamente trabados entre sí y enderezados a un único fin -mantenimiento del valor patrimonial integrado dentro del patrimonio familiar-."

que se realizan a través de una compra venta, –donde no existe entrega de dinero–o ante negocios fiduciarios *cum amico*.

Para determinar si estamos ante un negocio fiduciario *cum amico*, se deberá acreditar:

- La *causa fiduciae*.
- Que el fiduciario ejerza gestión o administración –a favor del fiduciante– sobre el bien transmitido en fiducia.

El fiduciante, en la fiducia *cum amico*, presenta al fiduciario como verdadero propietario frente a terceros.

La transmisión dominical, para el caso de bienes inmuebles, debe ser realizada a través de cualquier negocio jurídico válido para transmitir la propiedad como puede ser compraventa, donación, etc.

Debe prestarse especial atención al momento en que la cosa debe ser restituida por el fiduciario al fiduciante. Si el fiduciario se niega, como el negocio no estará documentado, ya que es un negocio basado en la confianza existente entre las partes, puede suceder lo siguiente:

- Para el caso de que se trate de una compraventa: para ser desvirtuada se estará a la prueba de entrega efectiva de dinero, con base en el soporte documental bancario o de otra índole que acredite la salida del capital del patrimonio del fiduciario al del fiduciante.
- Si es una donación: habrá que valorar la existencia del *animus donandi*. Así pues, y como hemos venido explicando a lo largo del presente estudio, existe una discrecionalidad de los tribunales con la finalidad de “hacer justicia”, tildando de negocios fiduciarios muchos pactos y/o contratos y justificando nulidades de donaciones, a pesar de la doctrina de los actos propios. Doctrina que establece que, los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el

fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos como concluye la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1984⁴¹³.

En otras ocasiones, los tribunales entienden que la donación es completamente válida, porque ha existido un *animus donandi* por parte del fiduciario.

En el sentido arriba expresado voy a explicar dos sentencias del Tribunal Supremos: de 10 de febrero 2003⁴¹⁴ y otra 13 de febrero de 2.003⁴¹⁵.

La primera sentencia trata de un supuesto de hecho en que la demandante, casada en régimen de gananciales y constante el matrimonio, había aportado a una sociedad una cantidad de dinero procedente de la herencia de su padre. Producida la separación de los cónyuges y la liquidación de su sociedad de gananciales, el esposo se adjudica la totalidad de participaciones de la mercantil, mientras que la esposa se adjudica otros bienes. En primera Instancia y Apelación se desestimó la pretensión de la actora, que iba encaminada a recuperar las participaciones sociales en su totalidad, por considerar que la actora no puso en su momento oposición en la distribución de las acciones cuando se constituyó la sociedad y, por tanto, fueron reputadas gananciales cuando se practicó la liquidación de su régimen matrimonial, así como que “no puede la primera pretender la nulidad de lo que sería el negocio simulado, es decir una auténtica donación al actor, por carecer de legitimación para ello, aunque en el presente caso es claro que la donación no constituye un negocio simulado, sino real, que acompaña al anterior, teniendo en cuenta los vínculos existentes entre los contratantes, y la apreciada finalidad en la actora de beneficiar a su esposo, negocio que se produce a propósito de la constitución de la sociedad precitada. No puede la demandante ahora, pretender ir contra sus propios actos”.

⁴¹³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1984.

⁴¹⁴ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2003.

⁴¹⁵ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2003.

El Tribunal Supremo considera que no cabe la invocación de los actos propios para convalidar la nulidad absoluta. Además de que, por el simple hecho de poner las acciones a nombre del demandado, no puede entenderse que existe donación, ya que no ha existido “*animus donandi*”, sino intención fiduciaria. Puesto que la esposa pretendió constituir al esposo en fiduciario de dichas participaciones sociales a través de una fiducia *cum amico*, esto produce las siguientes consecuencias:

- a) La nulidad absoluta de las adjudicaciones de las participaciones sociales.
- b) Nulidad de los pactos relativos a la liquidación de la sociedad de gananciales.
- c) Nulidad de los pactos y contratos concertados por efecto de la misma, incluida una ampliación de capital de la sociedad que afecta a un tercer socio.

El supuesto de hecho arriba explicado es típico, la interpretación se hace caso por caso, y en función de la prueba desplegada en el plenario se determina si la causa del negocio es fiduciaria u obedece a otras finalidades. En ocasiones, de la lectura de la resolución, parece que se adapten los supuestos al negocio fiduciario.

La segunda sentencia –STS de 13 de febrero de 2.003–, concluye de forma contraria, y no aprecia la existencia de un negocio fiduciario, en concreto de la fiducia *cum amico*. El supuesto de hecho que la motiva es el siguiente: el actor reclama la propiedad de un inmueble que compró en documento privado, y que, en un momento dado, renuncia formal y expresamente a su propiedad a favor de su compañera sentimental, y autorizó de forma expresa a los vendedores para que se escriturase la venta a favor de ésta. Tras la muerte de la compradora, el inmueble es disfrutado por los causahabientes de la compradora que son demandados en este proceso.

Ante este supuesto de hecho, la sentencia del Tribunal Supremo afirma que el negocio jurídico no puede calificarse como una fiducia *cum amico*, ya que debe existir un compromiso de devolver la propiedad al fiduciante, cuestión que no ha

quedado acreditada en el procedimiento. Concluye la sentencia afirmando que la “verdad irrefragable del *animus donandi*”, con base en la relación sentimental que mantenía el actor con la compradora durante un periodo tan dilatado de tiempo, es la motivación en forma de compensación o gratitud, que lleva a permitir que se escribiera y se registre dicha venta con ella como compradora (manifiesta la Sala que existe un refuerzo en la voluntad). En definitiva, entendía el Tribunal que existe una simulación relativa en la que el negocio disimulado es una donación.

Después del análisis de los supuestos de hecho en dos sentencias del mismo mes y del mismo año del Tribunal Supremo, nos encontramos con dos resoluciones completamente contradictorias entre sí.

En la primera sentencia se aprecia la existencia de un negocio de fiducia *cum amico*, el supuesto enjuiciado versaba sobre la compra de la esposa con dinero privativo de unas participaciones de una sociedad mercantil a favor de su esposo. Con posterioridad, y ante la separación legal se firma el convenio regulador del divorcio y se liquida la sociedad de gananciales. La sentencia considera que no existe “*animus donandi*” en el negocio llevado a cabo por las partes, sino que el mismo es constitutivo de fiducia *cum amico*.

En la Segunda sentencia y ante una relación sentimental, análoga a la marital, el hecho de que para que se inscriba el inmueble a nombre de la pareja deba en primer lugar renunciar a un contrato privado a favor de ésta, y en segundo lugar permitir la escritura pública a su favor, es más que suficiente para entender el *animus donandi*. El Tribunal Supremo considera que no existe negocio fiduciario en este caso, ya que no existía pacto de retransmisión de la propiedad.

Los negocios fiduciarios son casuísticos y se debe estar al supuesto concreto para valorar cuál fue la voluntad de las partes, pero se debe estar al cumplimiento de los requisitos caracterizados del negocio para su determinación.

En mi opinión, en ambos supuestos existe *animus donandi* en el momento de realizar el negocio jurídico y no un negocio fiduciario. Ya que en ambos casos si la

relación afectiva no hubiese finalizado –en un caso por crisis matrimonial y en otro por fallecimiento– nunca se hubiese reclamado la propiedad.

Uno de los elementos característicos de los negocios fiduciarios consiste en el compromiso de devolución del bien al fiduciante una vez cumplido lo pactado, así como que el fin debe ser de administración o representación.

En los supuestos descritos: ¿cuál sería la finalidad perseguida? Y ¿cuándo se tendría que devolver el bien? Si no existe respuesta a estas cuestiones, es obvio que no nos encontramos ante negocios fiduciarios, sino ante donaciones puras y simples, que ni siquiera pueden ser tildadas de condicionales, ya que en el momento de realizarlas se hacen sin objeción ni reserva alguna. Con todo, se debe estar al supuesto concreto y valorar toda la prueba, incluso la indiciaria. Debe valorarse también que ante la pérdida de la confianza carece de sentido continuar con el negocio fiduciario. De este modo, ante las crisis familiares, la pérdida de confianza operará como causa de resolución o extinción del negocio, pues aunque no esté pactado, está implícita en el propio negocio. Con la obligación de retransmisión del bien dado en fiducia.

D. Causas de extinción de los negocios fiduciarios

Las dos modalidades de negocios fiduciarios también pueden ser diferenciadas según su la forma de extinción.

La causa de extinción para la fiducia *cum creditore* es el cumplimiento de la obligación o, en todo caso, la condonación de la deuda, con la consiguiente retransmisión del bien dado en garantía.

Sin embargo las causas de extinción de la fiducia *cum amico* –atendiendo a la especial importancia que tiene la persona del fiduciante– pueden ser la revocación, la renuncia, la muerte, la incapacitación, la declaración de prodigalidad, la quiebra o

la insolvencia de cualquiera de las partes y por supuesto el cumplimiento del pacto fiduciario.

Por último en relación a los negocios fiduciarios *cum amico*, considero que se extinguirán también por la pérdida de la confianza depositada en la persona del fiduciante. Esta causa sobre todo opera en los supuestos de quiebra de la confianza ante la crisis matrimonial⁴¹⁶.

II. SIMULACIÓN Y NEGOCIOS FIDUCIARIOS

A. Simulación

1. Concepto

Con la finalidad de deslindar los negocios fiduciarios de los simulados debo delimitar el concepto, las modalidades y los efectos de estos últimos. Respecto a este punto haré un estudio de las delimitaciones formales de la institución de la simulación, tanto doctrinal como jurisprudencial. Si bien quiero adelantar que, al contrario de lo que sucede en los negocios fiduciarios, en la simulación existe unidad de criterios entre doctrina y jurisprudencia sin contradicciones y de forma pacífica. Cuestión diferente –como se verá en este mismo capítulo– es deslindar los negocios fiduciarios de los simulados.

FERRARA⁴¹⁷ define la simulación como “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es

⁴¹⁶ Vid. *supra*, capítulo segundo, II, C.

⁴¹⁷ Cfr. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Edersa, Madrid, 1961, pg. 173 y ss. Respecto de la simulación absoluta y pg. 205 y ss. respecto de la simulación relativa.

distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”. En este mismo sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ⁴¹⁸ conceptúa el negocio simulado como aquel negocio que tiene una apariencia distinta a la realidad, sea porque no existe en absoluto, o bien porque el realmente efectuado es distinto del que aparece al exterior.

PUIG BRUTAU⁴¹⁹ concibe la simulación como “el fenómeno de la divergencia entre lo declarado y lo querido”. Diferencia la simulación de la reserva mental, en que en la simulación existe acuerdo entre los contratantes para producir la apariencia frente a terceros, y en la reserva no.

CÁRCABA FERNÁNDEZ⁴²⁰ resalta que tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen dos requisitos configuradores de la institución de la simulación:

“a) el acuerdo entre quien emite la declaración y quien la recibe de que la misma no será eficaz para producir efectos vinculatorios, y

b) la finalidad de engaño, haciendo creer a los terceros en la realidad de un contrato que no existe”.

Insiste CÁRCABA FERNÁNDEZ que un sector doctrinal exige, además, que exista una divergencia voluntaria entre la declaración externa y la voluntad interna de las partes; a pesar de que otros autores niegan dicha necesidad.

ALBALADEJO⁴²¹ define como negocio simulado “aquel que aparenta lo que no es, y así la declaración de voluntad que contiene es una falsa realidad, que no responde a que exista una voluntad negocial verdadera, pues lo que se declara no se quiere.”

Concluye ALBALADEJO, con base en la definición transcrita, que la falta de causa se identifica con la discrepancia entre la voluntad de las partes y lo mostrado al

⁴¹⁸ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pg. 23.

⁴¹⁹ Cfr. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, t. II., pg. 296 y LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 395.

⁴²⁰ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pg. 26.

⁴²¹ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación*, Edisofer, S.L., Madrid, 2005, pg. 17 y ss.

exterior y afirma que el negocio es susceptible de una doble nulidad por falta de voluntad y falta de causa.

La jurisprudencia es pacífica respecto al concepto de negocio simulado. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2003⁴²² recoge el concepto de negocio simulado dado por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1989, que lo concibe como “un vicio de la declaración de la voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinto de su interno querer”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo –sentencia de 21 de Septiembre de 1989⁴²³, Sentencia de 4 de abril de 2012⁴²⁴, Sentencia de 13 de febrero de 2013⁴²⁵– concluye que la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa.

Por último, respecto a la definición partiendo de la finalidad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014⁴²⁶ concluye, con base en

⁴²² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2003.

⁴²³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1989.

⁴²⁴ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2004.

⁴²⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2013.

⁴²⁶ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014, esta sentencia recoge la siguiente línea jurisprudencial: “(...) Tiene declarada la jurisprudencia que existe contrato simulado cuando varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un determinado contrato y no quieren celebrar ninguno (simulación absoluta) o desean encubrir otro distinto (simulación relativa), bien en su naturaleza (se quiere donar y se exterioriza una compraventa), bien en su objeto (precio diferente), o en los sujetos (contratos con interposición de persona), bien en cualquiera de los elementos, incluso accidentales (simulación de condición o plazo); la simulación constituye una anomalía o vicio en la vida de los contratos que, en principio, es aplicable a cualquiera de ellos; lleva implícita la finalidad de engañar, pues la apariencia falsamente creada tiene por objeto hacer creer a otras personas que algo existe donde no hay nada o hay otra cosa diferente; pese a ello el concepto de contrato simulado es, por sí mismo, inocuo, pues o encierra indefectiblemente a idea de ilicitud, siendo posible, al amparo de la libertad de contratación (art. 1255 CC), la existencia de contratos simulados lícitos, cuando la finalidad engañosa que persiguen así lo sea; mas ordinariamente no es así, porque lo normal es que con la apariencia del contrato se persiga dañar a otra persona o violar la Ley (S. 18 Feb. 1991)”.

doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo– que la simulación lleva implícita la finalidad de engañar a terceros⁴²⁷.

Con todo, es difícil definir los negocios simulados sin distinguir sus modalidades de simulación absoluta y simulación relativa, si bien he intentado en este apartado señalar que la finalidad en ambos casos es el engaño a terceros. La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 27 de diciembre de 2011⁴²⁸, establece que, careciendo de regulación específica las cuestiones relativas a la simulación deben contemplarse a través de la causa y, para calificar como simulado un negocio exige:

a) Una divergencia querida y deliberadamente producida entre la voluntad y su manifestación.

b) Un acuerdo simulatorio entre las partes o entre el declarante y el destinatario de la declaración en los negocios unilaterales receptivos.

c) Un fin de engaño a los terceros del acto.

2. El acuerdo simulatorio

ALBALADEJO⁴²⁹ concibe el acuerdo simulatorio como una especie de pacto interno y secreto, en el que se establece qué parte de la declaración alcanza la falta de voluntad o si esta falta es total. El pacto tiene dos vertientes diferenciadas:

- El acuerdo de realizar el negocio simulado
- El acuerdo que recoge las verdaderas voluntades que son simuladas frente a terceros.

En realidad el acuerdo simulatorio abarca el pacto verdadero de lo que las partes han decidido llevar a cabo, qué esconden y con qué finalidad.

⁴²⁷ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014.

⁴²⁸ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 27 de noviembre de 2011.

⁴²⁹ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación...*, pg. 18 y ss.

CÁRCABA FERNÁNDEZ⁴³⁰ configura el acuerdo simulatorio como el convenio que da significado al contrato simulado y en el caso de la simulación relativa, también al contrato disimulado. Además distingue el contenido del mismo, según se pacte una simulación absoluta o relativa; en el acuerdo simulatorio, por tanto, se deberá consignar las intenciones y el alcance *–inter partes–* del negocio simulado, y en su caso del disimulado.

Distingue el negocio simulado de la reserva mental o del dolo, con base, precisamente, en el acuerdo simulatorio. El negocio simulado exige una declaración de voluntades que produce efectos frente a terceros, pero no *inter partes*, y que quedan consignadas en dicho acuerdo secreto. Sin embargo, en la reserva mental no existe acuerdo previo entre las partes, pues precisamente se dirige a engañar a la otra parte que contrata.

Respecto al dolo afirma que se trata de crear en la mente de la otra persona –empleando engaño– un móvil o razón para consentir que en realidad no existe o existe de manera diferente. En este sentido, el dolo y la reserva mental tienen similitudes, pero son verdaderamente diferentes de la simulación. Esta última conlleva un entendimiento y un acuerdo entre las partes para llevarlo a cabo, que se concretiza en el acuerdo simulatorio. Sin embargo, en la reserva mental o en el dolo no existe acuerdo simulatorio, sino que el engaño es unilateral⁴³¹.

PUIG BRUTAU⁴³² considera que el acuerdo simulatorio suele hacerse constar en un documento privado, que denomina “contradocumento” o “contradeclaración”, y la validez de éste queda supeditada a lo dispuesto en el artículo 1230 del Código civil: los documentos realizados en documento privado para alterar lo pactado en escritura pública no producen efectos frente a terceros.

Al hilo de la determinación del acuerdo simulatorio en los negocios simulados, entiendo que es importante hacer constar que no se puede oponer a la

⁴³⁰ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pg. 23.

⁴³¹ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pg. 23 y ss.

⁴³² Cfr. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, t. II., pg. 299.

apreciación de simulación el hecho de que el contrato haya sido documentado ante fedatario público. A este respecto se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1998⁴³³, haciéndose eco de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de mayo y de junio 1983, 24 de febrero de 1986, 1 de julio y 5 y 10 de noviembre de 1988 y 23 de septiembre de 1989 que avalan la tesis indicada.

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de abril de 2014⁴³⁴ que, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014 y 15 de noviembre de 1993, destaca: “ (...) no se opone a la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público, ni que los vendedores hayan manifestado ante notario que han recibido el precio de la venta, pues la eficacia de los contratos otorgados ante notario no alcanza a la veracidad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen”.

En esta línea y de conformidad con la tesis de PUIG BRUTAU, entiendo que el acuerdo simulatorio constará en documento privado, como un contradocumento al notarial, ya que en el otorgado ante el fedatario público no figura –en el supuesto de simulación– la verdadera voluntad y causa de las partes.

3. Simulación absoluta y relativa

a. Diferencia entre simulación absoluta y relativa

FERRARA⁴³⁵ define el negocio absolutamente simulado como aquel negocio que carece de un contenido serio y real. Las partes no quieren lo mostrado, tan solo

⁴³³ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1998. Esta sentencia concluye que: “La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder este a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público.”

⁴³⁴ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de abril de 2014.

⁴³⁵ Cfr. FERRARA, *op. cit.*, pg. 173 y ss.

“la ilusión exterior” creada. La finalidad de este negocio es el engaño. El negocio absolutamente simulado carece de causa lícita para obligar y de consentimiento válido. Añade, además, que el negocio simulado es algo más que un negocio sin causa por la falta de voluntad de contratar y de obligarse.

La simulación relativa es conceptuada por FERRARA⁴³⁶ como el disfraz de un acto. El negocio verdadero está oculto o disfrazado bajo otro no querido –que solamente sirve para engañar–, subyaciendo tras de éste el negocio querido; pudiéndose calificar de negocio enmascarado, disimulado o velado.

Considera FERRARA que el mecanismo utilizado para la simulación relativa consiste en la existencia de dos negocios, uno fingido y el segundo querido, y el primero oculta el segundo.

CÁRCABA FERNÁNDEZ⁴³⁷ clasifica los negocios simulados atendiendo a dos criterios:

1. Según el móvil perseguido: engañar a terceros. Este móvil puede ser lícito (cuando se trata mostrar una posible insolvencia para no prestar dinero a un amigo) o ilícito (contratar en fraude de ley o en perjuicio de terceros).

2. Según el contenido: Se distingue la simulación absoluta (se da cuando los interesados engañan a terceros realizando un acto que en realidad no quieren) y la simulación relativa (definida como aquel negocio que tiene lugar cuando bajo la falsa apariencia existe uno verdaderamente querido).

Continúa con la clasificación para determinar que existen varios tipos de negocios simulados relativamente:

- a. Respecto de la naturaleza del contrato: a través de una forma contractual –no querida por las partes– se concluye un negocio válido y

⁴³⁶ Cfr. FERRARA, *op. cit.*, pg. 205 y ss.

⁴³⁷ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pg. 61 y 62.

deseado por las partes. (ej. donación disimulada bajo la forma de contrato oneroso).

b. En relación a las condiciones del negocio: las partes quieren el mismo contrato que simulan, pero difieren en el precio, la fecha, el objeto, la modalidad, etc... (ej. Compraventa que simula un precio inferior).

c. Referido a los sujetos del contrato. En el contrato simulado se pacta con un testaferro, siendo el sujeto real la persona que contrata en el disimulado.

La jurisprudencia distingue entre simulación relativa y absoluta. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012⁴³⁸, con base en los artículos 1275 y 1276 del Código civil, distingue entre la simulación absoluta que la conceptúa como “aquella que se caracteriza por un inexistente propósito de constituir un negocio, por falta de causa”, y la simulación relativa, que “se da en los casos donde el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2001⁴³⁹, que sigue esta misma línea de considerar la simulación una cuestión causal concluye: “debe

⁴³⁸ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012.

⁴³⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2001. La resolución establece al respecto: “ (...) en cuanto a la simulación absoluta, las tesis sustentadas en numerosas sentencias de 29 de noviembre de 1989 y 18 de julio de 1989, entre otras sobre que la simulación total o absoluta la llamada *–simulatio nula–*, la misma por su naturaleza es esencialmente contraventora de la legalidad, (la cual como es sabido, no está específicamente regulada o contemplada por nuestro Código civil), ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y la declarada *–vicio de voluntad–*, debe subsumirse como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1275 y 1276 del Código civil, y por lo tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita; se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa *–Cur debetur aut cur pactetur–* y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, y que la primera, ostenta una afinidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así “simulado” y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado.

subsumirse como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1275 y 1276 del Código civil”–, en tanto que regula en función de “la falsedad o fingimiento” de la causa; simulación absoluta –carencia absoluta de causa– y simulación relativa –la declaración externa carece de causa igual que en la absoluta, pero da cobertura a un negocio oculto que puede tener causa verdadera–.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 27 de noviembre de 2011 distingue, con base en la causa negocial y con apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el negocio simulado absolutamente, como aquel negocio en el que no existe propósito negocial alguno por carencia de causa⁴⁴⁰; y la simulación relativa que se da cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado. Además diferencia los siguientes supuestos de simulación relativa:

“1. La referida a la naturaleza del negocio realmente celebrado: se da cuando las partes disfrazan un negocio válido y deseado por ellas bajo la forma de otro que no es querido.

2. La interposición de persona o simulación relativa en los sujetos del contrato, en la que alguien finge contratar con otra persona –testaferro– y en realidad lo hace con otra no interviniendo la persona interpuesta en el contrato, pese a aparentarlo, ni siendo parte contractual, por más que sirva de disfraz a la parte auténtica –sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1940, 10 de abril de 1978 y 1 de noviembre de 1980, entre otras–”.

⁴⁴⁰ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 27 de noviembre de 2011. Respecto a la simulación absoluta recoge esta sentencia la siguiente jurisprudencia del Tribunal Supremo: “(...) la simulación absoluta se da cuando no existe propósito negocial alguno por carencia de causa “*cur debetur aut cur pactetur*”, dando lugar a un mera apariencia engañosa, urdida con determinadas finalidades ajenas al negocio que se finge –sentencia de 19 de julio de 1984–; que el contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica –sentencia del Tribunal Supremo 1 de julio de 1988–; que la simulación comporta un vicio en la causa negocial, tanto por la tajante declaración el artículo 1276 del Código civil, como por lo dispuesto en los artículos 1275 y 1276.3 en relación con el 6.3 todos del Código civil –sentencia de 18 de julio de 1989–; que no precisa para su apreciación en la prueba de una finalidad defraudatoria –sentencia de 15 de marzo de 1995–; que el negocio con falta de causa es inexistente –sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1980–; que la falsedad de la causa equivale a su no existencia y produce la nulidad del negocio, en tanto no se pruebe que existe otra verdadera y lícita –sentencia del Tribunal supremo de fecha de 21 de marzo de 1956–.

b. La finalidad de los negocios simulados

La finalidad de los negocios absolutamente simulados –según FERRARA⁴⁴¹– se corresponde con el fraude y con la frustración de las expectativas legítimas de terceros. En cambio, la finalidad de los negocios simulados relativamente estriba en ocultar a terceros el acuerdo secreto, no limitándose a crear la apariencia sino que la apariencia se crea con la finalidad de ocultar un negocio verdadero, a diferencia del absolutamente simulado que no se corresponde con ninguna realidad.

La jurisprudencia, en relación a la finalidad de los negocios simulados, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014⁴⁴² considera que la simulación –absoluta o relativa– tiene por finalidad engañar y hacer creer a terceras personas ajenas al contrato que algo existe donde no hay nada o hay otra cosa diferente a la mostrada.

4. Efectos de los negocios simulados

a. Efectos de los negocios simulados según la doctrina científica

PUIG BRUTAU⁴⁴³ establece que el principal efecto de la simulación absoluta –demostrada la falsedad de la causa– será la declaración de nulidad del contrato. Por lo que desaparecerá lo que no era más que una apariencia de contrato. Respecto a la simulación relativa, si el contrato disimulado cumple con los requisitos necesarios de validez y eficacia, éste subsistirá.

⁴⁴¹ Cfr. FERRARA, *op. cit.*, pg. 205.

⁴⁴² Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014.

⁴⁴³ Cfr. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, t. II, pg. 297.

LACRUZ⁴⁴⁴ considera que el efecto de la acción declarativa de contrato simulado será determinar que el contrato no existió y por tanto la declaración de nulidad –para el caso de nulidad absoluta– y la validez del negocio disimulado –en el supuesto de nulidad relativa–. En este último caso, el negocio aparente o simulado es nulo y válido el disimulado u oculto. Será válido el disimulado cuando cumpla los requisitos exigidos por la norma.

Según FERRARA, si la simulación relativa es inocente, es indiscutible su eficacia y por tanto sería lícita; pero si la finalidad es defraudar o ir en contra ley, se aplicará la misma norma que si se tratase de un negocio abiertamente fraudulento y no oculto, según el caso: nulidad, revocación, reducción, etc... Respecto a la obligación fundada en una causa falsa, con base en el artículo 1119 del Código civil, no tendrá efecto alguno. Y reputa nulos los contratos sin causa; dando validez a los negocios con causa válida aunque sea oculta. Establece el plazo de prescripción para impugnar el negocio en treinta años⁴⁴⁵.

FERRARA establece los siguientes requisitos para reputar válido el negocio disimulado que se esconde en el simulado relativamente:

- Que el negocio disimulado tenga causa válida
- Consentimiento verdadero
- Objeto sobre el que recae el acuerdo secreto
- Que se cumplan las prescripciones legales de forma para cada tipo contractual.

Sin embargo y respecto de este último requisito, FERRARA considera –siguiendo la jurisprudencia francesa, que en esta materia ha sido seguida por la española– que sería válido el negocio disimulado aunque no se hayan cumplido los requisitos formales. En el mismo sentido de establecer los requisitos para la validez

⁴⁴⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 402.

⁴⁴⁵ Cfr. FERRARA, *op. cit.*, pg. 205.

del contrato disimulado –causa, consentimiento, objeto, forma y legalidad– se pronuncia CÁRCABA FERNÁNDEZ⁴⁴⁶.

Por último considero que la sentencia de la Audiencia Provincia de Baleares de 27 de noviembre de 2011⁴⁴⁷ recoge los principios respecto de la sanción jurídica que debe aplicarse a los contratos calificados como simulados –tanto si la simulación se considera como una anomalía de voluntad o un vicio de la causa– y que son los siguientes:

“- Frente a terceros debe considerarse válido el negocio simulado (propio de la simulación absoluta) y el disimulado (en el caso de la simulación relativa).

- *Inter partes*, en cambio, en el caso de simulación absoluta, el negocio simulado debe considerarse inexistente.”

b. Efectos de la simulación absoluta con base en la jurisprudencia.

La doctrina jurisprudencial tiene un criterio muy claro y pacífico respecto de los efectos de la simulación absoluta. La simulación es un problema de falta de causa y el reproche jurídico de la misma es la nulidad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1998⁴⁴⁸, en relación a la regulación de los negocios simulados, establece que la doctrina

⁴⁴⁶ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pg. 74 a 76.

⁴⁴⁷ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 27 de noviembre de 2011.

⁴⁴⁸ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1998; Fundamento de Derecho segundo: “ (...) El único motivo del recurso -al amparo del art. 1692.4 LEC por infracción, ante su inaplicación, del art. 1274 CC, por cuanto que, según acusa, la sentencia de apelación no ha tenido en cuenta que los negocios jurídicos impugnados por la actora, uno de compraventa y dos de donación de usufructo, son de distinta naturaleza, y, por ende, tienen distinta regulación legal, de manera que la respuesta judicial ofrecida, en lo que se refiere a las donaciones, y singularmente a la falta de causa, no es ajustada a derecho- se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

Las doctrinas científica y jurisprudencial han expresado que las reglas generales relativas al contrato simulado se encuentran en el art. 1276 CC al tratar de la causa falsa.

jurisprudencial ha concluido que las normas reguladoras de este tipo de contratos se encuentran en el artículo 1276 del Código civil.

De este modo, establece que la simulación se da cuando en un contrato existe una causa falsa. Se reputará como simulación absoluta cuando se crea la apariencia de un negocio que no se corresponde con las voluntades y finalidades verdaderas de las partes. Esta sentencia establece que el contrato simulado

La ciencia jurídica afirma mayoritariamente que la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y que la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica; sostiene, también, que el contrato con simulación absoluta está afectado de nulidad total, tanto por la tajante declaración del art. 1276, como por lo dispuesto en los arts. 1275 y 1261.3, en relación con el 6.3, todos CC.

La doctrina jurisprudencial ha declarado que es facultad peculiar del Juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (SSTS de 20 de octubre de 1966, 11 de mayo de 1970 y 11 de octubre de 1985); igualmente, que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia (SSTS de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de enero de 1966, 3 de junio de 1968, 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997); que la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al Juzgador a la apreciación de su realidad (SSTS de 24 de abril de 1984 y 13 de octubre de 1987); que la «*simulatio nuda*» es una mera apariencia engañosa («*substantiam vero nullam*») carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (STS de 19 de julio de 1984); que el contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (STS de 1 de julio de 1988); que la simulación implica un vicio en la causa negocial (STS de 18 de julio de 1989); que en ningún sitio consta dicho por esta Sala que la simulación no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria (STS de 15 de marzo de 1995); que el negocio con falta de causa es inexistente (STS de 23 de mayo de 1980); que la falsedad de la causa equivale a su no existencia y, por consiguiente, produce también la nulidad del negocio, en tanto no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (STS de 21 de marzo de 1956); que una de las formas utilizadas en la simulación absoluta es la disminución ficticia del patrimonio, con la sustracción de bienes a la inminente ejecución de los acreedores, pero conservando el falso enajenante el dominio (SSTS de 21 de abril y 4 de noviembre de 1964 y 2 de julio de 1982); que la simulación absoluta da lugar a un negocio jurídico que carece de causa y éste es el caso de la compraventa en que no ha habido precio (SSTS de 24 de febrero de 1986 y 16 de abril de 1986, 5 de marzo y 4 de mayo de 1987, 29 de septiembre de 1988, 29 de noviembre de 1989, 1 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991, 24 de octubre de 1992, 7 de febrero de 1994, 24 de mayo de 1995 y 26 de marzo de 1997); que hay inexistencia de contrato de compraventa por falta de causa al ser simulado el precio, con la finalidad de sustraer un bien patrimonial a la perseguibilidad de los acreedores de los vendedores (STS de 29 de septiembre de 1988).

La decisión de la Audiencia, que ha sido fiel a las pautas doctrinales y jurisprudenciales expuestas, no ha conculcado el precepto antes indicado, toda vez que, como se deriva de los hechos declarados probados, las partes han pretendido crear, para sus exclusivos objetivos, una apariencia negocial encubridora de una situación real de verdadera simulación absoluta, puesto que se ha fingido vender o donar para no aparecer como dueño, de manera que los negocios realizados se fundan en una causa falsa, que provoca la nulidad de los contratos celebrados.

absolutamente es nulo; y la base para establecer la nulidad se encuentra en los artículos 1276, 1275, 1261.3 y el artículo 6.3, todos del Código civil.

Respecto de los efectos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014⁴⁴⁹ con base en jurisprudencia del Tribunal Supremo, concibe la simulación absoluta como la carencia total de causa en el contrato, y la consecuencia jurídica debe ser la nulidad y la inexistencia del negocio, y por tanto sin producción de efecto alguno: así lo establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1985 y 24 de febrero de 1993. Continúa afirmando que la sentencia que declare la simulación de un contrato tendrá efectos *ex tunc* y no *ex nunc*. La nulidad se produce *ipso iure*, y por ello es insubsanable e imprescriptible, produciendo efectos *erga omnes*, y ni siquiera tendrán protección los terceros de buena fe.

⁴⁴⁹ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014; Fundamento de Derecho segundo:

“(…)-Por último respecto a la simulación por la que en base a la anterior falsedad de la causa se pide la misma nulidad en igual demanda acumulada, procede reseñar que, es definida como la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio que no existe o que es distinto del verdaderamente realizado; distinguiéndose entre simulación absoluta, supuesto en que las partes aparentan realizar un negocio, con la intención de no celebrar negocio alguno, y la simulación relativa, en que no se quiere el negocio aparente, pero sí otro que subyace y se oculta por las razones que fuere (causa *simulandi*). Tiene declarado la jurisprudencia que existe contrato simulado cuando varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un determinado contrato y no quieren celebrar ninguno (simulación absoluta) o desean encubrir otro distinto (simulación relativa), bien en su naturaleza (se quiere donar y se exterioriza una compraventa), bien en su objeto (precio diferente), o en los sujetos (contratos con interposición de persona), bien en cualquiera de los elementos, incluso accidentales (simulación de condición o plazo); la simulación constituye una anomalía o vicio en la vida de los contratos que, en principio, es aplicable a cualquiera de ellos; lleva implícita la finalidad de engañar, pues la apariencia falsamente creada tiene por objeto hacer creer a otras personas que algo existe donde no hay nada o hay otra cosa diferente; pese a ello el concepto de contrato simulado es, por sí mismo, inocuo, pues no encierra indefectiblemente la idea e ilicitud, siendo posible, al amparo de la libertad de contratación (art. 1.255CC), la existencia de contratos simulados lícitos, cuando la finalidad engañosa que persiguen así lo sea; mas ordinariamente no es así, porque lo normal es que con la apariencia de contrato se persiga dañar a otra persona o violar la Ley (S. 18 Feb. 1.991). La simulación absoluta de todo contrato viene definida por la carencia total de la causa en el mismo - arts.1.275 (LA LEY 1/1889) y 1.276 CC (LA LEY 1/1889) - (S. 23 Dic. 1.992), siendo su efecto propio la nulidad del negocio simulado como falta de causa verdadera; siendo así que, al ser los negocios simulados de forma absoluta inexistentes, es obvio que no producen efecto alguno (SS 14 Feb. 1.985 y 24 Feb. 1.993). En la simulación absoluta, si bien la apariencia de contrato exige una sentencia de nulidad o inexistencia, la misma será simplemente declarativa, no constitutiva, y sus efectos serán *ex tunc*, y no "*ex nunc*"; la nulidad se produce *ipso iure* y por ello es insubsanable e imprescriptible, produciendo efectos *erga omnes*, siquiera haya de protegerse a los terceros de buena fe (S. 23 Oct. 1.992)“.

Por último la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 30 de diciembre de 2003⁴⁵⁰ resume la Jurisprudencia del Tribunal (SSTS de 29 de julio de 1993, 21 de septiembre de 1998, 25 de octubre de 2005, 30 de marzo de 2006 y 25 de enero de 2008), del siguiente modo:

- La jurisprudencia asimila los efectos del contrato simulado con los del radicalmente nulo.
- La simulación implica un vicio en la causa negocial.
- La consecuencia de la simulación absoluta es la nulidad radical del negocio. Con la nulidad se expresa el reproche adecuado, que se corresponde con la destrucción de lo que se ha creado de forma aparente y con engaño.

c. Efectos de la simulación relativa con base en la jurisprudencia

Respecto a los efectos de la simulación relativa, la jurisprudencia se pronuncia en el mismo sentido que la doctrina científica y considera válido el negocio disimulado –oculto–, siempre y cuando cumpla los requisitos legales de validez y eficacia; y declara nulo el negocio simulado (aquel mostrado a terceros).

Para la validez y eficacia del negocio disimulado se exige que cumpla todos los requisitos exigidos por la norma. En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014 –con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo– establece que el negocio disimulado será eficaz si tiene una causa verdadera y lícita y, además, siempre que se cumplan los requisitos legales exigidos para la constitución adecuada del negocio⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de diciembre de 2013.

⁴⁵¹ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014.

Esta sentencia respecto de los requisitos para la validez de la simulación relativa establece: “(...) la ineficacia del negocio simulado y aparente no es obstáculo a la validez del negocio disimulado y oculto cuando se trata de una causa verdadera y lícita, según tiene declarado la jurisprudencia al

De igual forma la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 6 mayo de 2014⁴⁵² concluye que: “la demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que mediaba entre los interesados, pero deja intacta la relación verdadera que estos han concluido secretamente, la cual será eficaz en cuanto reúna las condiciones necesarias y requisitos correspondientes a la naturaleza para su existencia y validez.” En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de junio de 2014⁴⁵³ y de la Audiencia Provincial de Sevilla de 27 de diciembre de 2013⁴⁵⁴, entre otras muchas.

Por último, quiero hacer constar, respecto de la validez de los negocios disimulados –en la simulación relativa–, que si bien la jurisprudencia en muchas ocasiones es laxa –a la hora de interpretar las voluntades de las partes y la forma de los contratos– respecto del negocio simulado, exige el requisito formal, llegando a declarar la nulidad del contrato y su invalidez cuando este falta.

Respecto a esta cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010⁴⁵⁵ declara nula la compraventa de participaciones sociales realizada a través

afirmar que la simulación relativa se caracteriza, en materia contractual, por encubrir un convenio con inexistencia real otro con realidad causa, lo que permite, en aplicación del art. 1.276 CC, declarar la nulidad del negocio simulado o ficticio y mantener la validez del negocio disimulado cuando este obedece a una causa verdadera y lícita (S. 24 Feb. 1986), la validez del contrato disimulado, es decir, del que subyace bajo la apariencia del otro, requiere que aquel reúna todos los requisitos legales, y, entre ellos, el de tener causa verdadera y lícita, y reunir las condiciones formales precisas (S. 24 Feb. 1992). Habrá, pues, de reunir el negocio disimulado los elementos y requisitos exigidos por la Ley, como capacidad de las partes, objeto, forma y no incurrir en prohibiciones legales. Resalta el TS, la dificultad que entraña la prueba en materia de simulación contractual, lo que hace difícil la concurrencia de pruebas directas, debiendo de acudir casi siempre a las indiciarias con la fortaleza suficiente para llevar a los juzgadores a la apreciación de su realidad (SS 13 Oct. 1987, 6 Sep. 1988 y 24 Abr. 1991) correspondiendo a estos la estimación o no de la causa y de su licitud o falsedad, que es de naturaleza fáctica (SS 31 Ene. 1991 y 24 Feb. 1993).”

⁴⁵² Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 6 de mayo de 2014.

⁴⁵³ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de junio de 2014.

⁴⁵⁴ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 27 de diciembre de 2013.

⁴⁵⁵ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010.

“Fundamento de Derecho de cuarto: “Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo “*animus donandi*” del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 CC, cuando hace forma sustancial de la

de escritura pública. No considera que exista nulidad relativa, que hubiera supuesto la validez del negocio disimulado –en este caso donación de las participaciones sociales– por no cumplir la norma (artículos 618, en relación con los artículos 623, 629, 632 y 633 del Código civil) y no constar por tanto, la voluntad expresa de la liberalidad del donante y la aceptación del donatario en escritura pública –requisitos formales de la donación exigidos por la norma–.

Esta afirmación se realiza con base en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007, 20 de junio de 2007, 10 de septiembre de 2008, 18 de marzo de 2008, 5 de mayo de 2009, 4 de mayo y 27 de mayo de 2009, que exigen el cumplimiento de los requisitos formales para la validez del negocio disimulado.

Considera la sentencia citada que esta doctrina ha de ser extendida a supuestos, como el presente, en que se exige el otorgamiento de escritura pública, debiendo constar también la aceptación de la donación por el donatario. Sin que dicha aceptación sea válida a través de un documento de compraventa simulado. Por tanto, se exige no solo el requisito causal, sino también, el requisito formal.

donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquellos.

Aun cuando dicha sentencia, como las posteriores que se han citado, se refieren a supuestos de donación encubierta de bienes inmuebles –cuyos requisitos de forma se contienen en el artículo 633 del Código Civil- la doctrina ha de ser extendida necesariamente a supuestos como el presente en el que se exige el otorgamiento de un documentos público debiendo constar también por escrito la aceptación del donatario –artículo 632 del Código Civil- sin que dicha aceptación pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.

La sentencia de 11 de enero de 2007 finaliza sus razonamientos contrarios a la validez de la donación encubierta bajo contrato de compraventa afirmando que “el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)”.

En idénticos términos se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2009⁴⁵⁶, exigiendo para la validez del negocio disimulado –en la simulación relativa– que se den los requisitos legales para la validez, incluido el requisito formal.

B. Simulación relativa y fiducia

1. Diferencia entre negocio fiduciario y simulación relativa según la doctrina científica
 - a. Autores de la doctrina científica que identifican los negocios fiduciarios con la simulación relativa

La gran mayoría de la doctrina científica equipara los negocios simulados relativamente a los negocios fiduciarios, si bien no todos lo concluyen de esta forma tan taxativa, sí que existe casi unidad de criterio al afirmar que la causa *fiduciae* no es apta para transmitir propiedad alguna⁴⁵⁷.

DE CASTRO⁴⁵⁸ cuestiona la validez y la eficacia de los negocios fiduciarios partiendo de la base de que no puede asentarse su fundamentación en la autonomía de la voluntad: pues no existe verdadera voluntad de transmitir la propiedad en los negocios fiduciarios. Y concluye que la pluralidad de funciones que tiene el negocio fiduciario impide que tenga una causa única. En todo caso niega que la garantía de cobro o la representación o encargo sean mecanismos que justifiquen la transmisión de la propiedad, o en palabras del propio autor: “pérdida o adquisición de propiedad de modo pleno y definitivo”.

⁴⁵⁶ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2009.

⁴⁵⁷ Cfr. De CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 409; ALBALADEJO GARCÍA, “El llamado negocio fiduciario...”, pg. 667-668; FUENTESECA DEGENEFTE, *op. cit.*, pg. 64-68; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pg. 400; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *loc. cit.*, pg. 1265; BADOSA COLL, *op. y loc. cit.*, pg. 225, entre otros muchos.

⁴⁵⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, pg. 405 y ss.

Con esta base, DE CASTRO rechaza la autonomía y validez –como tal– del negocio fiduciario y su calificación como negocio jurídico para tildarlo de “procedimiento anómalo o deformador del negocio jurídico”. Y concluye puesto que no existe verdadera voluntad de transmitir, sino solamente garantizar, la venta por tanto es nula por simulada. El único título válido será el disimulado –garantía–, el cual no puede justificar una pérdida de propiedad de modo pleno y definitivo.

CÁMARA LAPUENTE⁴⁵⁹ sintetiza la postura del profesor DE CASTRO en los siguientes puntos:

a. Respecto de la naturaleza jurídica y de la validez de los negocios fiduciarios, DE CASTRO en la famosa conferencia impartida el 14 de noviembre de 1966 en la academia Matritense del Notariado, propone la inadmisibilidad técnica de la teoría del doble efecto en el ordenamiento jurídico español, y propuso como forma válida la teoría de la titularidad fiduciaria.

b. DE CASTRO señala que los negocios fiduciarios son negocios abstractos al carecer de causa, pues considera que en la construcción de la figura asentada en la *causa fiduciae* es artificiosa e inválida por la inexistencia de reciprocidad en las prestaciones: la entrega de la cosa no se simultánea con la recepción de dinero, sino que sirve de garantía o de mandato. Concluye el autor afirmando que el negocio fiduciario se asemeja a un negocio simulado. De este modo si se elimina la venta, queda el título disimulado de garantía o mandato, no apto para transmitir la propiedad.

PANTALEÓN PRIETO⁴⁶⁰ expone que existen dos tipos de negocios fiduciarios:

- El que aparece estipulado de forma clara en los documentos públicos la finalidad de garantía, administración o representación, y justifica así la transmisión de la propiedad con ese cometido.

⁴⁵⁹ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, pg. 1773 a 1779.

⁴⁶⁰ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, *op. y loc. cit.*, pg. 4407 y ss.

- El que es disimulado bajo un negocio simulado; sin que esto afecte a la validez y eficacia del negocio disimulado.

Justifica este autor que en el sistema jurídico español –causalista– los negocios fiduciarios deben ser disimulados, bajo contratos que permitan la transmisión de la propiedad, ya que los jueces y registradores no reconocerán la validez querida por las partes respecto de la transmisión de los bienes, si no es a través de contratos típicos.

Por último, este autor distingue entre los negocios fiduciarios no disimulados y los negocios simulados. En los primeros las partes quieren la transmisión de la propiedad, mientras que en los simulados las partes mienten sobre la causa de la transmisión.

Con todo, de sus palabras entiendo que PANTALEÓN PRIETO parece orientarse a favor de la validez y licitud del negocio fiduciario, y lo diferencia del simulado. Esto solamente lo hace respecto a lo que él denomina “negocios fiduciarios no disimulados”. Estos negocios no caben en nuestro ordenamiento jurídico ya que no existe una tipología negocial como tal, y además desvirtuaría la esencia del propio negocio fiduciario, que es no mostrar frente a terceros la verdadera voluntad contractual de las partes.

O'CALLAGHAN MUÑOZ⁴⁶¹ –siguiendo a ALBALADEJO GARCÍA⁴⁶²– niega la existencia autónoma del negocio fiduciario, y afirma que es un negocio simulado relativamente, ya que los sujetos no tienen verdadera intención de transmitir, sino que la transmisión es simulada para conseguir un fin diferente (garantía, administración o representación). Se declara una voluntad de transmitir que no es cierta, y se disimula lo verdaderamente querido.

⁴⁶¹ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pg. 67.

⁴⁶² Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación...*, pg. 87 y ss. Considera, este autor, que el negocio fiduciario es un “vulgar negocio falso” y carece de cualquier autonomía. Concluyendo respecto a su postura: “simplemente la de negar su propia existencia autónoma”.

ALBALADEJO, que defendió junto con GARRIGUES la posibilidad y validez de los negocios fiduciarios, cambia de tesis junto con JORDANO BAREA –en su obra “Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria”– después de la publicación en 1967 del *Negocio Jurídico* de DE CASTRO, y con la nueva visión del negocio fiduciario concluye junto a Jordano BAREA y a DE CASTRO, que el negocio fiduciario no tiene cabida en el ordenamiento jurídico español⁴⁶³.

ALBALADEJO⁴⁶⁴ identifica el negocio fiduciario con el negocio simulado relativamente y lo hace con base en los siguientes argumentos:

a. Que en el negocio fiduciario, igual que en el simulado relativamente, el negocio que se muestra al exterior –negocio típico de transmisión de la propiedad– no es querido por las partes

b. No se puede afirmar que en el negocio fiduciario, las partes a través del pacto interno limiten y maticen la eficacia de la transmisión real realizada a través del negocio exterior. Puesto que afirma que esto significa “pura y simplemente que la transmisión real no es querida”.

c. Concluye que ante la inexistencia de causa –la garantía o administración no es causa suficiente para fundamentar la transmisión– no es válido el negocio exterior –transmisor de la propiedad–.

d. Considera que el negocio fiduciario interno es querido y disimulado por las partes y el negocio que aparece al exterior es no querido y simulado; por tanto, las reglas que deben aplicarse son las de los negocios simulados, porque el negocio fiduciario es un negocio simulado que encubre otro negocio disimulado. Se está pues, ante un supuesto de simulación relativa, porque el negocio que se quiere es el interno disimulado y no el externo que se simula.

ALBALADEJO critica a FERRARA por concluir que los negocios fiduciarios se diferencian nítidamente de los negocios simulados relativamente por considerar que

⁴⁶³ Vid. *supra*, capítulo primero, II, A, 5.

⁴⁶⁴ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación...*, pg. 87 y ss.

los primeros son serios y queridos por las partes, mientras que los segundos son fingidos, no reales ni queridos. Para afirmar FERRARA que el negocio simulado se realiza para producir una apariencia o un engaño, mientras que el fiduciario sufre un orden jurídico deficiente o para evitar consecuencias nefastas para el fiduciante.

CÁMARA LAPUENTE y MARTÍN LEÓN, con trabajos recientes, año 1999 y 2012 respectivamente, han llegado a la conclusión de que los negocios fiduciarios se equiparan a los simulados relativamente.

CÁMARA LAPUENTE realiza un estudio bastante actual de la doctrina y la jurisprudencia en relación a los negocios fiduciarios, y estima que en la actualidad se admite la validez de la *causa fiduciae* como causa válida para contratar en el sistema legal español. Sin embargo, considera que la *causa fiduciae* no es válida para transferir la propiedad.

En este contexto CÁMARA LAPUENTE⁴⁶⁵ concluye que la doctrina mayoritaria establece que no existe diferencia entre el negocio simulado relativamente y el negocio fiduciario. En la simulación relativa se celebra un contrato con una causa falsa, pero la voluntad negocial de las partes es celebrar otro diferente, oculto y con otra causa. Continúa afirmando que el resultado es que si se prueba la existencia y validez del acto disimulado, éste será válido y sólo se anulará el acto simulado (artículo 1276 del Código Civil).

En el negocio fiduciario –según la doctrina mayoritaria–, lo que se declara en el negocio externo –transmisión de la propiedad por compra, donación, etc.– no responde a la voluntad verdadera, que es sólo la que recoge el negocio interno (garantizar, gestionar, representar, etc.).

Por tanto, la fiducia es un caso de simulación relativa, que se regirá por sus normas, es decir, el artículo 1276 del Código Civil. En este sentido, el acto externo (simulado), es nulo, pero mantiene su eficacia jurídica el acto interno (disimulado), que contiene la causa verdadera del negocio fiduciario (mandato o garantía).

⁴⁶⁵ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *loc. cit.*, 1815 y ss.

Concluye CÁMARA LAPUENTE que de llevar hasta sus últimas consecuencias esta recalificación del negocio fiduciario, esta categoría negocial habría de desaparecer como tal, por quedar sin autonomía, debido a su equiparación total con el negocio simulado relativamente.

MARTÍN LEÓN⁴⁶⁶ considera que la relación entre los negocios fiduciarios y los simulados se caracteriza por la radical contraposición de posturas entre la doctrina científica y la jurisprudencia. Para la jurisprudencia existe una distinción clara entre los negocios fiduciarios y la simulación, mientras que para la mayoría de la doctrina científica existe equiparación entre ambos. El Tribunal Supremo niega que en el negocio fiduciario exista simulación, ni absoluta, ni relativa, sino que se trata de un negocio verdadero y querido.

Para MARTÍN LEÓN es clara la distinción entre la simulación absoluta y el negocio fiduciario, ya que en la simulación absoluta no existe por las partes ningún propósito negocial, sino solo la creación de una apariencia falsa o engañosa. Esta nitidez no se da cuando se trata de diferenciar entre la simulación relativa y el negocio fiduciario.

No considera a la fiducia como un tipo negocial dotado de una causa propia y específica, sino, y al igual que la simulación, como un simple procedimiento anómalo y deformador del negocio jurídico. Establece como caracteres esenciales de la simulación⁴⁶⁷:

- a) Divergencia entre una declaración externa y otra interna u oculta.
- b) Acuerdo simulatorio. Es decir, acuerdo previo o simultáneo al negocio aparente, por el que se pacta la operación en su conjunto que comprende la creación de una falsa apariencia y el ocultamiento o la desfiguración de las voluntades reales y del contenido de estas.
- c) Procedimiento destinado a escindir apariencia real y realidad con fin de engaño a terceros, están presentes en la fiducia.

⁴⁶⁶ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 49.

⁴⁶⁷ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 69.

Por tanto concibe la fiducia como constitutiva de simulación relativa, en la que coexisten y se combinan dos declaraciones de voluntad, externa (la del negocio simulado) e interna (la del acuerdo o pacto fiduciario), conformando ambas la verdadera voluntad de las partes y equipara el *pactum fiduciae* al acuerdo simulatorio.

Concluye este autor⁴⁶⁸, que ante la prohibición de la transmisión abstracta de la propiedad, las partes optan por transferir el dominio a través de algún contrato típico de forma simulada, careciendo aquel contrato de causa típica. Identifica los negocios simulados a los fiduciarios por carecer de causa. Por todo ello niega la eficacia de la transmisión fiduciaria: ni definitiva, ni plena, ni temporal, ni formal⁴⁶⁹.

Por tanto, nula la transmisión, quedará solamente el contrato de garantía o mandato pero sin transmisión alguna de la propiedad.

Respecto a la jurisprudencia, MARTÍN LEÓN cuestiona la unidad de criterios jurisprudenciales en cuanto a la distinción entre simulación relativa y negocio fiduciario. Pues bien, a pesar de que la diferencia entre la simulación absoluta y el negocio fiduciario queda patente a través de innumerables sentencias del Tribunal Supremo por todas la de 18 de febrero de 1965, que declaró “el negocio fiduciario se ofrece perfectamente diferenciado del contrato simulado en su especie de simulación absoluta, pues mientras el primero ha sido real y auténticamente querido, con soporte en una causa verdadera, el segundo es un negocio ficticio, no querido, irreal, una simple apariencia falaz, en el que con la declaración fingida se agota el intento de engaño a terceros”⁴⁷⁰. Con esta base, MARTÍN LEÓN entiende que, por lo menos, implícitamente el Tribunal Supremo está admitiendo una asimilación entre simulación relativa y negocios fiduciarios.

En mi opinión, nada más lejos de la realidad, ya que no existe esa equiparación de forma expresa, ni tampoco se deduce de sus términos. En todo caso,

⁴⁶⁸ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 69 y ss.

⁴⁶⁹ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 110.

⁴⁷⁰ Cfr. MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pg. 76.

se reconoce jurisprudencialmente que el negocio fiduciario es real y querido, y por tanto, no cabría comparación con la simulación relativa como expondré en el siguiente apartado.

b. Autores de la doctrina científica que diferencian los negocios fiduciarios con la simulación relativa

LACRUZ concluye que el negocio fiduciario no es simulado, pues el fiduciario no persigue la idea de fraude, luego la figura negocial celebrada es querida por las partes realmente, incluso el que denomina “aparente” (transmisivo de la propiedad) con una función más limitada que la típicamente destinada para ese negocio⁴⁷¹.

CÁRCABA FERNÁNDEZ⁴⁷² considera que el negocio fiduciario es un negocio real y querido por las partes, mientras que el negocio simulado absolutamente es ficticio, aparente y con finalidad de engaño. Sin embargo la diferencia entre negocio simulado en su vertiente relativa y el negocio fiduciario es compleja. Esta autora parte de los siguientes elementos para determinar la diferencia:

- La voluntad de las partes: En el negocio fiduciario de garantía *–cum creditore–*, o de administración o representación *–cum amico–* las partes tienen voluntad de transmitir la propiedad para llevar a cabo el negocio y lo consideran parte indispensable del mismo. En la simulación el negocio transmisivo de dominio no es querido, sólo es aparentemente.

⁴⁷¹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pg. 206. Los elementos característicos y diferenciales entre fiducia y simulación son: “De una parte, el contrato fiduciario no deja necesariamente en la sombra el efecto económico-social que se pretende, antes puede manifestarlo expresamente”. “De otra el negocio fiduciario supone una específica confianza del enajenante en el *accipiens* y el correlativo deber de éste de comportarse con arreglo a la buena fe. Pero sobre todo, hay una cuestión de matiz: en la simulación el negocio simulado no se quiere en absoluto, aunque sí algunos de sus efectos por ser los del disimulado; mientras que en la fiducia el negocio aparente se quiere (y por eso no es nulo), si bien desempeñando una función más limitada de la correspondiente a su tipo, la cual es vinculante en un sistema, como el nuestro, de autonomía de la voluntad”.

⁴⁷² Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pg. 52 y ss.

- La finalidad: En el negocio fiduciario la finalidad no consiste en el engaño a terceros, sino en la transmisión de un derecho real para un fin pactado entre las partes –garantía, administración o representación–. La finalidad del negocio simulado consiste en el engaño a terceros.
- La causa: En la simulación relativa y en el negocio fiduciario– existe discrepancia entre la causa típica del negocio escogido y la intención perseguida por las partes. No obstante en la simulación relativa la discrepancia es insalvable, mientras que en el negocio fiduciario los fines son compatibles entre sí.

Por último, CÁRCABA FERNÁNDEZ señala que el negocio simulado es simple y la finalidad es producir un engaño. En cambio el negocio fiduciario, es complejo, al estar integrado por dos negocios diferentes y reales, y por ser la enajenación verdaderamente querida. El fiduciante no tiene acción para deshacer lo realizado por el fiduciario, sólo dispone de la reclamación respecto de la obligación personal. Con todo, concluye, que en el negocio fiduciario es posible que exista un negocio simulado relativamente en el que el negocio fiduciario sea disimulado.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN consideran –en consonancia con la práctica totalidad de doctrina científica y jurisprudencial– que existe una diferencia total entre la simulación absoluta y el negocio fiduciario: el primero es absolutamente ficticio frente al segundo que es querido, por lo menos respecto del negocio disimulado. Cuestión diferente es la diferenciación entre negocio simulado relativamente y negocio fiduciario; estos autores consideran con el fundamento argumental de BETTI, que en el negocio simulado relativamente existe incompatibilidad de causas; por ejemplo, entre el negocio simulado (compraventa) y el disimulado (donación). Sin embargo, la causa del que denomina aparente (transmisión de la propiedad) es

compatible con la del escondido o disimulado en el pacto de fiducia (transmisión de la propiedad con fines de garantía)⁴⁷³.

Comparto la posición de DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, al entender que la diferencia fundamental entre el negocio simulado relativamente estriba en que la causa del simulado es incompatible con la causa del verdaderamente querido; ya que la jurisprudencia resuelve la diferencia entre negocio simulado y fiduciario, partiendo de que la causa del negocio aparente en los fiduciarios es compatible y puede coexistir con el pacto de fiducia.

El fiduciante y el fiduciario tienen voluntad de transmitir la propiedad con una finalidad determinada (garantía o administración), si bien, ante la ausencia de negocio específico se debe emplear un negocio típico.

Sin embargo el negocio simulado se realiza para producir una apariencia o un engaño, mientras que la finalidad del negocio fiduciario suple un orden jurídico deficiente o para evitar consecuencias negativas en el fiduciante. En realidad es una solución a la realidad del tráfico jurídico.

Como conclusión puedo afirmar que a pesar de que hay pocos representantes de la doctrina científica que distingan el negocio simulado relativamente del fiduciario, éstos tampoco lo hacen de una forma clara, este es el caso de CÁRCABA FERNÁNDEZ que expone todas las características diferenciadoras entre ambos negocios para concluir que el negocio fiduciario puede ser el negocio disimulado dentro del simulado. O DÍEZ PICAZO que en su obra conjunta con GULLÓN BALLESTEROS diferencia ambos institutos, como acabo de exponer, y sin embargo en su obra –Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios– concluye: “aun cuando el negocio fiduciario se distingue en teoría del negocio simulado, la fiducia en nuestro Derecho Positivo, a falta de un mecanismo abstracto de transmisión, sólo es posible recurriendo simuladamente a algunos de los contratos típicos que la justifican, lo que en la práctica puede ocasionar algunas dificultades⁴⁷⁴.” Por lo que parece que concluya

⁴⁷³ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pg. 68.

⁴⁷⁴ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Operaciones fiduciarias...*, pg. 64.

que el negocio fiduciario se realiza a través del simulado y aunque no los equipara, en mi opinión, genera la duda. Y otros autores como SAPENA TOMÁS⁴⁷⁵ o PANTALEÓN PRIETO⁴⁷⁶ distinguen los negocios simulados relativamente de los fiduciarios, pero consideran que no son aptos para transmitir la propiedad, pues la causa de garantía o administración no es suficiente para transmitir el dominio.

Por tanto ni siquiera los autores que distinguen ambas instituciones lo hacen de una forma clara, o aceptan la distinción pero no los efectos y validez pretendidos en el negocio.

2. Efectos de los negocios fiduciarios si son considerados como simulados relativamente

ALBALADEJO considera que los efectos del negocio fiduciario se ajustan solo a la validez del negocio disimulado, y a este respecto no le da validez a la transmisión de la propiedad, salvo para los terceros adquirentes de buena fe⁴⁷⁷.

En idéntico sentido se pronuncia O'CALLAGHAN⁴⁷⁸ que considera respecto del negocio simulado relativamente la invalidez del simulado y la validez del disimulado; protegiendo, con base en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria –para el caso de bienes inmuebles– y con base en el artículo 464 del Código civil –para bienes muebles– a los terceros de buena fe. Concluye O'CALLAGHAN que el negocio fiduciario al no producir verdadera transmisión, no debe tener acceso al Registro de la propiedad y si lo tiene es porque oculta su verdadera naturaleza y aparece como un negocio de disposición de inmueble.

⁴⁷⁵ Cfr. SAPENA TOMÁS, *loc. cit.*, pgs. 159 a 161.

⁴⁷⁶ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, *op. y loc. cit.*, pg. 4408.

⁴⁷⁷ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación...*, pg. 111 y ss.

⁴⁷⁸ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pg. 62.

CARRASCO PERERA⁴⁷⁹ identifica el negocio fiduciario con el negocio simulado y con esta base, considera como simulado el contrato transmisivo de la propiedad –por carecer de causa– y lo califica como nulo.

PARA MARTÍN⁴⁸⁰ considera que los efectos de los negocios fiduciarios son los mismos si se califica el negocio fiduciario como autónomo o como negocio simulado relativamente. Para este autor, el negocio fiduciario es un negocio simulado que encubre otro disimulado, y concluye: “los derechos del fiduciante y fiduciario podrán siempre ser exigidos según lo pactado”, e insiste que lo importante es no considerar que la transmisión realizada al fiduciario es una transmisión plena.

La postura de PARA MARTÍN es contradictoria, ya que la equiparación con el negocio simulado relativamente implica la nulidad e inexistencia de la transmisión y esto es contrario a considerar que la transmisión fiduciaria es realizada de forma limitada.

Por último, GALICIA AIZPURUA⁴⁸¹ parte de la identificación de negocios fiduciarios y negocios simulados relativamente, y considera que es nula la obligación atributiva que el fiduciante asume –en la fiducia *cum creditore*– por falta de causa y por atentar contra los artículos 1261.3 y 1274 del Código civil. Así, concluye que la invalidez de la transmisión del bien, conlleva la invalidez de la *causa fiduciae*. Sin embargo, respecto de la fiducia *cum amico*, entiende que el encargo de gestión o administración debe subsistir y será válido siempre y cuando no sea utilizado como instrumento fraudulento o como medio para obtener una finalidad ilícita.

Mi conclusión, respecto a la postura adoptada por la doctrina en los negocios fiduciarios y su distinción de los simulados, es que no hay unidad de criterios, que las tesis de los propios autores son cambiantes y a pesar de que se identifica –por la gran mayoría– el negocio fiduciario y el simulado relativamente, sin embargo respecto de los efectos que produciría, o bien no se pronuncian o bien se dan

⁴⁷⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, “La transmisión fiduciaria...”, pg. 807.

⁴⁸⁰ Cfr. PARA MARTÍN, *op. y loc. cit.*, pg. 736.

⁴⁸¹ Cfr. GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pg. 219 y ss.

soluciones contradictorias y poco efectivas, aunque la mayoría considera simulado el negocio que transmite la propiedad y por tanto nulo, siendo válido el disimulado que contiene la garantía o administración. Todo ello frente a la justificación, unidad de criterio y delimitación clara de los efectos que establece la jurisprudencia de Tribunal Supremo respecto a la validez del negocio.

3. Diferencia entre negocio fiduciario y simulación relativa según la jurisprudencia.

a. Planteamiento de la cuestión.

En primer lugar debo tener en consideración la diferencia entre la simulación absoluta y el negocio fiduciario. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo de 2004⁴⁸² ha tenido ocasión de diferenciar el negocio simulado –en su especie de simulación absoluta o carente de causa– y la fiducia, concluyendo que:

1) el simulado es un negocio ficticio, no real, mientras el fiduciario es un negocio serio, querido con todas las consecuencias jurídicas,

2) el simulado es un negocio simple mientras que el otro es complejo,

3) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derechos, y el fiduciario es válido (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1988),

4) el negocio simulado carece de causa, por lo que lo hace radicalmente nulo, mientras que el fiduciario lleva ínsita la “*causa fiduciae*” (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991).

⁴⁸² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo de 2004.

La base para establecer la diferencia entre una y otra figura es la misma que determina la distinción entre la simulación absoluta y el negocio fiduciario. Y es que el negocio simulado adolece de nulidad radical –tanto en su forma absoluta como relativa (respecto del negocio simulado, no del disimulado)– por carecer de causa, mientras que el negocio fiduciario, lleva implícita la *causa fiduciae* y por tanto es válido.

Con todo, partiendo de la diferencia entre el negocio simulado absolutamente y el negocio fiduciario, el deslinde de dicho negocio no entraña complejidad.

El negocio fiduciario es: serio, querido (con todas las consecuencias jurídicas), complejo, válido y con causa.

El negocio simulado relativamente esconde uno válido, pero tiene otro – simulado– que es ficticio, simple, sin causa y por tanto nulo.

A la misma conclusión llega la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de julio de 2010⁴⁸³, que determina que el negocio objeto de la *litis* no puede

⁴⁸³ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de julio de 2010, Fundamento de Derecho tercero: "(...) Por todo lo expuesto considera esta Sala que, del nuevo análisis de la prueba practicada, que establecidos los hechos y deducido de ellos cuál ha sido el verdadero propósito de las partes, procede clasificar el negocio llevado a efecto por éstas en la categoría jurídica que resulte más adecuada a su naturaleza, labor de calificación jurídica en la que el Juzgador no se encuentra vinculado con la realizada por las partes litigantes ("*iura novit curia*", "*da mihi factum, dabo tibi ius*"). Operación calificadora que nos lleva a concluir que estamos en presencia de un negocio simulado, desechando la calificación de negocio fiduciario, efectuada por la parte actora en su escrito de demanda. Efectivamente, en atención al designio que ha guiado a las partes al formalizar el contrato de compraventa, se constata que aquél no se acomoda con la figura del negocio fiduciario, ya que no estamos ante una incongruencia entre el medio jurídico elegido y el fin económico perseguido, no tratándose de enajenación con fin de administración o garantía, reservándose el fiduciante la facultad de rescatar el bien enajenado, sino que, diversamente, nos hallamos en presencia de una actuación tendente a crear, con fines de engaño, una apariencia de una realidad que no existe o que es distinta de la realmente querida. Considerando que nos encontramos ante un negocio afectado por simulación relativa, siendo así que, tras la apariencia de las compraventa realizado por la Sra. Francisca en calidad de compradora (negocio simulado) subyace una realidad distinta, compraventa verdaderamente realizada por el Sr. Tomasa, como comprador y real pagador del precio (negocio disimulado); lo que produce como consecuencia el que, reuniendo el negocio disimulado todos los requisitos legales de capacidad, objeto, causa verdadera y lícita, y forma, procede declarar la nulidad del negocio simulado, manteniéndose la validez del negocio disimulado, lo que conllevaría la declaración de ser el Sr. Tomasa el real y verdadero comprador de los bienes.

calificarse de fiduciario, sino de simulado relativamente. El Tribunal interpreta que el negocio objeto del procedimiento se creó con fines de engaño y con una apariencia distinta a lo verdaderamente querido por las partes. Respecto de las consecuencias jurídicas, establece la sentencia que son la inexistencia total y absoluta del negocio afectado por la simulación, lo que provoca su nulidad.

De acuerdo a lo anteriormente dicho quedan claramente deslindadas ambas figuras: la simulatoria –en sus dos modalidades absoluta y relativa– y la fiduciaria.

Con todo, a continuación voy a exponer las notas diferenciadoras entre el negocio fiduciario y el negocio simulado en su forma relativa según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a través de una selección de sentencias del Alto Tribunal, todo ello considerando que en el apartado anterior ya he explicado el concepto y los efectos de la simulación relativa, desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial.

b. La causa de la transmisión de la propiedad en los negocios fiduciarios y en los simulados relativamente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo de 2004⁴⁸⁴ recoge un supuesto de hecho en el que la parte impugnante aducía la invalidez de la transmisión realizada a través de compraventa, y solicitaba su declaración de nulidad por no darse los requisitos típicos de este contrato.

La sentencia concluyó que en los negocios fiduciarios se elimina la exigencia de cualquier elemento o contraprestación propia de la compraventa, ya que la

Ahora bien las consecuencias jurídicas serían la inexistencia total y absoluta del negocio afectado por la simulación, lo que provocaría la nulidad del mismo.”

⁴⁸⁴ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo de 2004. En su Fundamento de Derecho séptimo: “(...) se contesta que, el reconocimiento de esa cotitularidad elimina la exigencia de cualquier elemento o contraprestación propio de la compraventa al derivarse de un reconocimiento del pacto o *Fiducia cum amico*”.

transmisión se deriva de un pacto fiduciario –por lo que no se cumplen los requisitos típicos de la compraventa, sino del negocio fiduciario–, y con esta base se reputa válida la transmisión.

Por tanto, se puede concluir que no existe nulidad del contrato por falta de causa. En un supuesto de simulación relativa, se habría declarado nulo el contrato de compraventa, por no cumplirse los requisitos del contrato típico y se reputaría válido el contrato disimulado si cumplierse con la norma. De este modo la transmisión fiduciaria –a través de un contrato típico– es válida, aunque no cumpla los requisitos causales de aquel, sino los requisitos del negocio fiduciario.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2007⁴⁸⁵ resuelve un supuesto de hecho en el que –después de hacer la valoración de prueba, respecto de una serie de transmisiones–, determinó la existencia de un negocio de fiducia *cum amico*, respecto de unos negocios, y una simulación relativa, respecto de otros.

Concluye la sentencia señalando que no se puede tachar de simulada la compraventa realizada en la órbita de un negocio fiduciario, por falta de la causa típica, pues la *causa fiduciae* opera como causa adecuada para dar validez a la compraventa⁴⁸⁶. Pero en el supuesto en cuestión no se había acreditado la

⁴⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2007.

⁴⁸⁶ Fundamento de Derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007: "SEGUNDO.- (...) Discute el recurrente la resolución impugnada sobre la conceptualización de la adquisición, por su esposa, de las distintas propiedades, cuya titularidad en estos autos se reclamó, de tal suerte que en la disyuntiva fiducia-donación, optó la Sala "a quo" por ésta última opción, al no acreditarse la existencia de pacto fiduciario alguno. Insiste el recurrente en su hipótesis de que no existió una declaración de voluntad de transmisión gratuita, sino que se persiguió sólo la creación de una titularidad aparente, lo que equivaldría a la simple "puesta a nombre", y ello no sólo en relación con la nave respecto de la cual así se reconoce en apelación, sino también respecto del resto de bienes que, tras la oportuna liquidación de las sociedades que ostentaron originariamente la titularidad formal de los mismos, también se le reclaman a la codemandada en estos autos. En el segundo motivo que, como antes se expuso, se ordena a los mismos fines impugnatorios que el primero, se limita el recurrente, bajo la misma hipótesis de la titularidad formal y fiduciaria frente a la de donación, a examinar ciertas sentencias en que, a su juicio, se consideran situaciones análogas a la presente como "fiducia *cum amico*". Ambos motivos se desestiman. En el presente supuesto, la conclusión alcanzada por el Tribunal de Apelación, sobre la concurrencia de ánimo de liberalidad en el recurrente, al tiempo de transmitir, a quien entonces era su esposa, las acciones de las mercantiles de que era propietario, emana de la valoración conjunta de la prueba directa practicada en autos,

existencia de *causa fiduciae*, sino un ánimo de liberalidad que llevaba a concluir la existencia de una donación con la consiguiente nulidad del contrato simulado (compraventa), y la validez del disimulado (donación).

Este elemento es diferenciador de los negocios simulados, cuya transmisión a través de una compraventa conlleva la nulidad por falta de causa. Mientras que la jurisprudencia acepta la transmisión fiduciaria a través de los contratos típicos transmisivos de la propiedad, precisamente con base en la causa fiduciaria.

documental principalmente, de tal suerte que si se concluye, además, reconociendo la falta de prueba de la verdadera existencia del "*pactum fiduciae*" esgrimido por el ahora recurrente, resulta acertada la solución adoptada en las instancias. A este respecto debe recordarse la configuración que del negocio fiduciario ha venido haciendo la jurisprudencia de esta Sala, que ya en sentencia de 22 de febrero de 1995 señalaba que "se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario". En otros términos, señala la sentencia de 30 de marzo de 2004, siguiendo a la de 7 de junio de 2002, que "el negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquél convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión del dominio, eficaz "erga omnes", y otro obligacional, válido inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de éste (sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997 y 16 de noviembre de 1999) o, como dice la sentencia de 5 de marzo de 2001, el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista, y en parecidos términos se pronuncia la sentencia de 16 de julio de 2001.

En definitiva, si por contraposición al negocio simulado, que carece de causa y es radicalmente nulo, el fiduciario lleva ínsita la "*causa fiduciae*" -STS de 30 de enero de 1991-, y en el presente caso no ha quedado constancia probatoria de la concurrencia de la misma, siendo nuestro ordenamiento jurídico eminentemente causalista, ningún criterio ilógico se observa en relación con la calificación jurídica que del negocio transmisivo litigioso se hace en la instancia, al considerar que hubo donación".

c. Efectos de los negocios fiduciarios y simulados relativamente en relación a la transmisión de la propiedad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Julio de 2004 marca las directrices de la fiducia *cum creditore*, y la línea jurisprudencial que la diferencia con la simulación absoluta. Distinguidas ambas figuras, la sentencia concluye la validez del negocio fiduciario y, en concreto de la transmisión de la propiedad⁴⁸⁷.

Sin embargo, respecto de la simulación relativa y sus efectos indica que la transmisión es inexistente, a consecuencia de la nulidad del contrato simulado. En cambio, da validez a la transmisión a través de la compraventa –realizada mediante un negocio fiduciario– por considerar que la causa del negocio fiduciario es suficiente para transmitir la propiedad, cuyos efectos serían asegurar el

⁴⁸⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Julio de 2004. Fundamento de Derecho cuarto: "Sobre el negocio fiduciario. Se decía en sentencia 22-2-1995. "Se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario (...).

-Acerca de sus diferencias:

Abundante doctrina jurisprudencial reitera que en el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso... con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (SS. de 28 de diciembre. 1973, 2 de junio de 1982, 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988, 19 de marzo de 1989, 5 de julio de 1989, 30 de enero de 1991, 30 de abril de 1992, 5 de julio de 1993... etc.), de tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante (SS. 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988), pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (S. 19 de mayo de 1989). Asimismo, y desde otro punto de vista, también la jurisprudencia ha tenido ocasión de diferenciar el negocio simulado -en su especie de simulación absoluta o carente de causa- y la fiducia, ya que 1) el simulado es un negocio ficticio, no real, mientras el fiduciario es un negocio serio, querido con todas las consecuencias jurídicas, 2) el simulado es un negocio simple mientras que el otro es complejo, 3) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derechos, y el fiduciario es válido (S.T.S. de 28 de octubre de 1988), 4) el negocio simulado carece de causa, por lo que lo hace radicalmente nulo, mientras que el fiduciario lleva insita la "*causa fiduciae*" (S.T.S. de 30 de enero de 1991)...".

cumplimiento de la obligación y dotar al acreedor un derecho de retención sobre el inmueble transmitido hasta que se cumpla la obligación⁴⁸⁸.

En sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2006⁴⁸⁹, el supuesto de hecho recogido en esta resolución, versa sobre un negocio, por el cual, el actor

⁴⁸⁸ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Julio de 2004 Fundamento de Derecho quinto. Establece las líneas maestras de la fiducia *cum creditore*, pero para lo que interesa en este apartado, únicamente transcribimos el apartado 6º." La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de ley (art. 6.4º Cc.). Igualmente, en la de 4-12-2002: "En definitiva, en el caso de autos, se trata de venta en garantía de un préstamo, pues la "causa fiduciae" no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal dada su posición principal de acreedor (aparente comprador), en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad del negocio concertado, sin perjuicio del derecho de retención que la doctrina jurisprudencial le reconoce (sentencias de 8-3-1988, 7-3-1990, 30-1-1991, 6-7-1992, 5-7-1993, 22-2-1995, 2-12-1996, 13-5 y 4-7-1998, 15-6 y 16-11-1999)."

Y es que, no se dude, la razón de esa doctrina radica en que, en rigor, si se admite que por el incumplimiento de sus obligaciones por parte del vendedor-fiduciante, se produce ese efecto traslativo de propiedad a favor del comprador, se está, crasamente, infringiendo la clásica prohibición del pacto comisorio, el que, sin una expresiva regulación en nuestro Código Civil -salvo la línea sancionadora de los arts. 1859 y 1884 C.c., responde a elementales razones de justicia impeditiva que se permitan supuestos negociales en los que por penurias o carencias económicas, los deudores, en su caso, y en evitación de reclamaciones de sus acreedores, para el pago de sus créditos, se vean forzados a enajenar en contratos de compraventa sus bienes en garantía de pago de esos débitos, con el consiguiente devalúo del precio convenido.

⁴⁸⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2006. Esta sentencia argumenta cuales son los efectos del negocio fiduciario *cum amico*, en un supuesto de hecho de representación o administración en una sociedad mercantil. Así en su Fundamento de Derecho cuarto concluye: Cuarto.- Derechos del socio oculto en virtud de un pacto de fiducia.

"En resolución: a tenor de la interpretación que realiza la Audiencia Provincial, fundada en hechos que no pueden ser objeto de revisión en el recurso de casación, el actor adquiriría mediante el contrato controvertido la condición de socio oculto titular de la mitad de la participación que correspondía al demandado en virtud de un pacto de fiducia con éste, el cual actuaría como socio fiduciario en tanto no se formalizase la participación del primero cuando le conviniese con arreglo a su interés, obligándose en tanto a compartir con el actor los beneficios y pérdidas que resultasen de su participación en la sociedad. El pacto de fiducia que la sentencia interpreta existente no atribuye al actor, según la propia sentencia, la condición de socio formal ni la posibilidad de oponerlo frente a terceros, por lo que no existe motivo alguno para considerar infringidos los preceptos que regulan la condición de socio en la Ley de Sociedades Anónimas [LSA]. Éstos nada arguyen en contra de los pactos fiduciarios que pueda establecer un socio con un tercero sin afectar a la sociedad, salvo la imposibilidad de que dichos pactos puedan oponerse a ésta, y nada establecen acerca de los derechos

como socio oculto, –con base en un pacto de fiducia– había acordado con el demandado compartir el 50% de los beneficios y las pérdidas correspondientes a la sociedad anónima a que se refiere el proceso, a cambio de aportaciones económicas equivalentes a la mitad del valor de dicha titularidad.

La sentencia declara que se está ante un supuesto de fiducia *cum amico*, en la que el fiduciante –propietario real de parte de las participaciones sociales– ha confiado sus acciones al fiduciario a través de un pacto de fiducia, de forma que éste ostenta una representación o gestión de sus participaciones frente a la sociedad. El fiduciario es el propietario material frente a terceros, pero en las relaciones internas el fiduciante es el verdadero propietario.

De la prueba practicada se constata que al fiduciante y actor en el procedimiento, en el momento de constituirse la sociedad, no le interesaba aparecer como socio por tener intereses en otras sociedades del mismo sector. Por ello, de común acuerdo con el demandado fiduciario, se constituyó la sociedad, con el pacto de que el fiduciante tenía una parte en la misma.

Liquidada la sociedad y vendido su activo, no se le da la parte correspondiente al fiduciante que demanda al fiduciario en reclamación de los beneficios por la venta del activo de la sociedad.

que el llamado socio oculto puede haber adquirido frente a quien le ha transmitido a título personal parte de la titularidad de sus acciones (aunque sí a su responsabilidad durante la etapa fundacional de la sociedad: art. 18.2 LSA). Es de ver, en efecto, cómo la sentencia, aunque en algún momento parece incurrir en cierta vacilación acerca de la condición en que el actor era partícipe del capital social, concluye afirmando de manera inequívoca que tiene facultades para exigir del demandado, pero no de la sociedad, la oportuna liquidación, en virtud del contrato celebrado con él, aunque luego este pronunciamiento, como se verá, no se refleje debidamente en el fallo.” Además en su Fundamento de Derecho séptimo: “El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo de lo establecido en el art. 1692-4º De la L.E.C., se formula el tercer motivo del recurso por entender infringido el artículo 1124 del Código civil al implicar el fallo recurrido la imposibilidad de resolver el contrato con la exigencia de la devolución de las cantidades entregadas por mi mandante, con más los daños y perjuicios reclamados en su día, infringiéndose asimismo, el principio general del derecho del "enriquecimiento injusto"».

Se alega, en síntesis, que la sentencia afirma que el actor debía estar al resultado de la actividad de la empresa y, sin embargo, al carecer de titularidad alguna de acciones, no dispone de habilitación para hacer efectiva cualquier participación en la venta de activos de la que se lucraron el demandado y sus familiares a raíz del cese de la actividad social, por lo que existe un evidente incumplimiento contractual y un enriquecimiento injusto. El motivo debe ser estimado.”

Con todo, nos encontramos con un supuesto en el que la constitución de la sociedad podría ser simulada, porque el verdadero socio (fiduciante) no aparece en la escritura de constitución en la que únicamente aparece el fiduciario, que únicamente es socio fundador aparente.

Con esta base, y de reputarse simulado relativamente el contrato, los efectos serían la declaración de nulidad de la constitución de la mercantil y la declaración de que el verdadero socio es el actor fiduciante. Un vez declarado el fiduciante como verdadero titular de las participaciones sociales y socio fundador de la mercantil, éste ostentaría la capacidad legal necesaria para entablar acciones frente a la sociedad y ejercer los derechos que le conferirían el contrato disimulado con base en el acuerdo simulatorio.

Sin embargo al calificar la sentencia el negocio como fiduciario *cum amico* con base en el pacto de fiducia, el fiduciante únicamente puede reclamar al fiduciario los perjuicios sufridos, pues no es verdadero socio, no es socio formal, ya que la titularidad formal la ostenta el fiduciario, y por tanto el fiduciante no podía impugnar los acuerdos sociales por falta de legitimación.

Por tanto existe también una diferencia entre la simulación relativa y el negocio fiduciario en cuanto a los efectos de ambos negocios. Son negocios con finalidades y efectos absolutamente diferentes. En relación al supuesto de hecho explicado, el fiduciante solamente puede reclamar lo pactado a través del *pactum fiduciae*, pero nunca como si fuera un propietario típico, pues no ostenta la propiedad formal y además sus derechos tienen las limitaciones pactadas *inter partes*. Por el contrario, en los negocios simulados relativamente y para el caso de ser válido el contrato disimulado, las acciones de las que dispone el propietario real son las típicas.

La simulación relativa implica la nulidad del contrato disimulado y la validez del disimulado, siempre que este último cumpla los requisitos legales. La nulidad del

contrato simulado conlleva la nulidad de la transmisión realizada, en contraposición a la validez –limitada– de la transmisión fiduciaria.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006⁴⁹⁰ declara –acerca de un negocio fiduciario *cum amico*– que el plazo de prescripción para ejercer la acción es de treinta años, por considerar que se trata de una acción real. Frente a la ausencia de acción que ostentaría en un negocio simulado relativamente, únicamente cabría una nulidad y por tanto sin efectos reales. Concluye la sentencia, que la acción ejercitada en el procedimiento era la declarativa de dominio de la mitad indivisa de la finca.

Se trata por tanto en palabras de la propia sentencia: “de reclamar el derecho de propiedad adquirido por virtud de dicho negocio jurídico seguido de la tradición del bien, cuyos efectos se producen en cabeza no solo del adquirente formal, sino también del fiduciante, por virtud del señalado carácter fiduciario del negocio jurídico.”⁴⁹¹

⁴⁹⁰ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006. En el Fundamento de Derecho primero establece: “Primero.- Para resolver adecuadamente el actual recurso de casación hay que tener muy en cuenta que en la sentencia recurrida se estimó que, a la vista del resultado de la prueba practicada, el demandado -ahora recurrente en casación- ostentaba únicamente una titularidad fiduciaria respecto a la totalidad de la finca objeto del litigio, que en realidad había sido adquirida por los dos hermanos, demandante -y ahora recurrido en casación- y demandado, con dinero de ambos y por iguales partes indivisas, inscribiéndose a nombre de uno solo por hallarse el otro trabajando en el extranjero.

Asimismo, y en consonancia con dicha calificación negocial, se desestimó la excepción de prescripción de la acción ejercitada atendiendo a que ésta presentaba naturaleza real, y que el plazo de prescripción extintiva de este tipo de acciones es de treinta años, el cual, computado desde la fecha de otorgamiento de la escritura pública de compraventa, no había transcurrido al presentarse la demanda. A ello se añadió, además, que el plazo prescriptivo debía considerarse interrumpido por el reconocimiento extrajudicial del demandado del derecho reclamado por el actor.”

⁴⁹¹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006, en el Fundamento de Derecho segundo establece los criterios para considerar como derecho real el negocio fiduciario: “El primer motivo del recurso planteado por el cauce del artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se destina a denunciar la infracción de los artículos 1961,1964,609 y 1095 y concordantes (sic) del Código Civil así como la jurisprudencia que los interpreta, que regulan el plazo de prescripción de las acciones personales, que los recurrentes consideran superado y no interrumpido por ningún acto de reconocimiento extrajudicial del derecho del actor.

El motivo debe ser desestimado.

El anterior aserto se basa en las siguientes razones:

También se pueden distinguir el negocio fiduciario y el simulado relativamente con base en las acciones que se pueden entablar para recuperar la propiedad: en la simulación relativa, se declara la nulidad del negocio simulado. Y la transmisión del bien no es válida por simulada, sin que tenga efectos *inter partes*, sin embargo en el negocio fiduciario, la transmisión es válida.

A) Ante todo se ha de significar que el Tribunal de instancia entendió *que* entre demandante y demandado había existido un negocio jurídico fiduciario, que debe catalogarse como de fiducia "*cum amico*"(...).

B) Los recurrentes no combaten, en rigor, la indicada calificación del negocio jurídico, que, por ende, es función propia de la soberanía de los tribunales de instancia, ajena, por ello, a la casación; se limitan simplemente a negar su existencia en el segundo motivo del recurso en un alegato impugnatorio que, ya se anticipa, no puede ser acogido, como se verá al entrar en su examen.

C) La acción verdaderamente ejercitada como principal en la demanda fue la declarativa de dominio de la mitad indivisa de la finca cuyo título, ya el habilitante de la legitimación, ya el que sirve de fundamento a la acción ejercitada, se halla en la caracterización del negocio jurídico, en cuya esencia, como tal negocio fiduciario, se encuentra la titularidad dominical del fiduciante sobre la finca -aquí de su mitad indivisa- frente a la titularidad meramente formal que puede oponer ante él el fiduciario. No se trata, por tanto, de ejercitar ningún derecho derivado de un negocio jurídico, y en particular del de naturaleza fiduciaria cuya existencia se declara en la sentencia recurrida, sino de reclamar el derecho de propiedad adquirido por virtud de dicho negocio jurídico seguido de la tradición del bien, cuyos efectos se producen en cabeza no solo del adquirente formal, sino también del fiduciante, por virtud del señalado carácter fiduciario del negocio jurídico.

D) El plazo para el ejercicio de las acciones reales sobre bienes inmuebles es de treinta años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1963 del Código Civil, transcurridos los cuales opera la prescripción del derecho. Dicho plazo no ha transcurrido en el caso de autos, tal y como se indica en la sentencia recurrida, cuyo "*factum*" a este respecto no se combate oportuna y adecuadamente, por lo que permanece incólume en esta sede.

E) Los recurrentes no han denunciado la incongruencia de la sentencia por haber examinado la cuestión litigiosa bajo el prisma de una acción diferente a la que, según ellos, era la verdaderamente ejercitada, a saber, la de naturaleza personal tendente a exigir el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, lo que redundaría en favor de respetar el carácter real de la acción ejercitada en la demanda, tal y como lo entendió el Tribunal de instancia, y, por ende, de someterla al plazo prescriptivo de treinta años."

La eficacia de la transmisión de la propiedad –en los negocios fiduciarios– de forma limitada se pronuncia también en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2006⁴⁹². Esta sentencia concluye en términos similares que la sentencia del

⁴⁹² Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2006.

El Fundamento de Derecho primero establece que: "El litigio gira en torno a la constitución y funcionamiento de la Sociedad DUMMEN CANARIAS, S.L. Sostiene el actor que se constituyó realmente, y el demandado que fue un negocio fiduciario, una "fiducia *cum amico*", en virtud de la cual el Sr. Armando puso los bienes a nombre del actor sin la voluntad de perder la titularidad. El Juzgado de Primera Instancia estima que no existió voluntad real de constituir una sociedad limitada, y así lo deduce del examen de los documentos 4,5,6, y 7 y de la aplicación al caso del canon hermenéutico del artículo 1282 CC (actos coetáneos y posteriores), concluyendo que en ningún momento se constituía al actor como socio real, entre otras razones porque, según el documento 4, se excluía voluntariamente de recibir beneficios y, además, no se celebró ninguna Junta ni se presentaron las declaraciones pertinentes a Hacienda.

La Sala de Apelación examina la demanda, en la que se contiene la pretensión de disolución parcial de la compañía DUMMEN CANARIAS, S.L., y una serie de pronunciamientos condenatorios de la gestión que venía realizando el demandado como administrador, frente a lo que opone el demandado que el actor carece de la cualidad de Socio invocada en la demanda.

Coincide con el Juzgador de Primera Instancia en que la constitución de DUMMEN CANARIAS, S.L. fue solo la "cobertura jurídica a un propósito comercial proscrito para el demandado". Una cobertura jurídica basada en la relación de confianza existente entre los litigantes, "que merecería la calificación jurídica de fiducia *cum amico*". Entiende que no cabe hablar de una relación societaria. Examina la prueba documental y concluye que "el actor carece de la legitimación con que actúa, por cuanto la formal apariencia comercial de socio coadministrador mancomunado con que se inviste en documento jurídico de constitución, nada tiene que ver con el verdadero propósito" de las partes.

SEGUNDO.- (...)No está la Sala, ciertamente, aplicando la teoría o la doctrina del negocio fiduciario, sino señalando que estamos ante una "fiducia *cum amico*" (...) como ha dicho la sentencia de 5 de marzo de 2001, el *negocio fiduciario* en general, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Y, dentro del género, la fiducia *cum amico* implica la creación de una apariencia, un caso de intestación en el que el fiduciante sigue siendo el dueño.

Por lo demás, el motivo 1º se enfrenta con la valoración de la prueba realizada por la sala de instancia en ejercicio de competencia, en tanto que en el 2º motivo se trata de obtener de una expresión (aislada y no decisiva) de la Sala ("cobertura jurídica para lograr un proscrito propósito") la conclusión de que hay una apreciación de fraudulencia. Pero la expresión utilizada, acaso no demasiado feliz, no está indicando fraude, sino un indicio revelador del giro o de la interposición que caracteriza la "fiducia *cum amico*". Y se refiere, en efecto, a las "limitaciones que su condición de extranjero le imponían en materia de inversiones". Pero tales limitaciones no implicarían por sí mismas, ni siquiera en caso de fraude de ley, la nulidad, pues, como señala el artículo 6.4. Cc., sencillamente no evitan la aplicación de la norma que tratan de burlar. Además, esta alegación constituye una verdadera "cuestión nueva" que es inadmisibles en casación, como tantas veces ha dicho esta Sala (sentencias de 21 de abril y 18 de diciembre de 2003, 21 de abril y 3 de junio de 2004, 16 de febrero de 2006, entre tantas otras) por cuanto, no habiendo sido propuesta en el periodo de alegaciones, afectaría su admisión al derecho de defensa e infringiría los principios de audiencia bilateral y congruencia.

Los motivos, pues, se desestiman.

Tribunal Supremo de 20 de julio de 2006 –arriba expuesta y explicada–. Ambas resoluciones consideran válida la transmisión fiduciaria con efectos limitados –únicamente se transmite la propiedad formal– y con esta base se podrán entablar las acciones en defensa de los derechos del fiduciante.

El presente supuesto de hecho versa sobre la constitución de una sociedad limitada en España, a través de un negocio fiduciario *cum amico*. En este caso el fiduciante –de nacionalidad extranjera– necesita constituir la sociedad con un ciudadano español para que tenga validez. Así, se acuerda entre fiduciante y fiduciario la constitución al 50% de la mercantil, por lo que el fiduciario ostenta la propiedad –formal– del 50% de las participaciones sociales y el cargo de administrador junto con el fiduciante. Por todo ello, la propiedad de las participaciones del fiduciario tienen carácter formal y sus derechos y obligaciones están limitados por el pacto fiduciario.

Ante la liquidación de la sociedad por el fiduciante, el fiduciario reclama acción de responsabilidad por haber liquidado la sociedad sin contar con su consentimiento ni aprobación y reclama daños y perjuicios por la extinción de la sociedad y de su actividad.

- Se desestima la demanda

QUINTO.- El motivo se desestima.

(...)La Sala, a pesar de una expresión desafortunada, no estima la falta de legitimación "*ad causam*" ni acepta una excepción que no se ha opuesto.

La Sala desestima la apelación porque no considera que el actor sea realmente socio de la compañía, y subraya que la apariencia, la " formal apariencia negocial " no se justifica ni se sostiene en la realidad negocial, a cuyo efecto apunta que no está realmente legitimado (esto es, justificado) puede actuar como tal.

Pero tal afirmación ni es la ratio *decidendi* de la sentencia ni tiene el significado de considerar una excepción que impida entrar en el fondo: es la cuestión de fondo, explicada de esta forma (como no es realmente socio, no puede actuar como tal, no está legitimado para ello). Y sabido es (sentencias de 29 de abril de 2003, 14 de febrero y 30 de octubre de 2002, 15 de octubre de 2006) que el recurso se da contra el fallo y contra los razonamientos que constituyen su base o fundamento."

- No porque no tenga legitimación, sino porque los derechos del fiduciario –propietario formal de las participaciones sociales– no son título suficiente para poder reclamar al fiduciante propietario real de las participaciones, con base en el negocio de fiducia *cum amico*. Esto es, que el fiduciario, en tanto que socio formal, no puede exigir nada al fiduciante, único y verdadero socio de la mercantil.

Como se puede apreciar en cada supuesto de hecho, la diferencia entre negocio simulado y negocio fiduciario es absoluta. La transmisión fiduciaria es válida, con los efectos limitados y acotados por la jurisprudencia. Sin embargo en los negocios simulados relativamente, la transmisión del negocio simulado se considera nula y respecto del disimulado se considerará válido si cumple los requisitos legales del contrato en cuestión.

El negocio fiduciario siempre se considera válido y eficaz, con las peculiaridades, alcance y contenido que la jurisprudencia ha determinado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de julio de 2010⁴⁹³ establece las siguientes diferencias entre negocio simulado relativamente y fiduciario:

⁴⁹³ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de julio de 2010.

Esta sentencia en su Fundamento de Derecho tercero: "(...)Por todo lo expuesto considera esta Sala que, del nuevo análisis de la prueba practicada, que establecidos los hechos y deducido de ellos cuál ha sido el verdadero propósito de las partes, procede clasificar el negocio llevado a efecto por éstas en la categoría jurídica que resulte más adecuada a su naturaleza, labor de calificación jurídica en la que el Juzgador no se encuentra vinculado con la realizada por las partes litigantes ("*iura novit curia*", "*da mihi factum, dabo tibi ius*"). Operación calificadora que nos lleva a concluir que estamos en presencia de un negocio simulado, desechando la calificación de negocio fiduciario, efectuada por la parte actora en su escrito de demanda. Efectivamente, en atención al designio que ha guiado a las partes al formalizar el contrato de compraventa, se constata que aquél no se acomoda con la figura del negocio fiduciario, ya que no estamos ante una incongruencia entre el medio jurídico elegido y el fin económico perseguido, no tratándose de enajenación con fin de administración o garantía, reservándose el fiduciante la facultad de rescatar el bien enajenado, sino que, diversamente, nos hallamos en presencia de una actuación tendente a crear, con fines de engaño, una apariencia de una realidad que no existe o que es distinta de la realmente querida. Considerando que nos encontramos ante un negocio afectado por simulación relativa, siendo así que, tras la apariencia de las compraventa realizado por la Sra. Francisca en calidad de compradora (negocio simulado) subyace una realidad distinta, compraventa verdaderamente realizada por el Sr. Tomasa, como comprador y real pagador del precio (negocio disimulado); lo que produce como consecuencia el que, reuniendo el negocio disimulado todos los requisitos legales de capacidad, objeto, causa verdadera y lícita, y

- En el negocio fiduciario:

- Existe una incongruencia entre el medio jurídico elegido y el fin económico perseguido.
- La transmisión de la propiedad debe tener una finalidad de administración (fiducia *cum amico*) o garantía (fiducia *cum creditore*).
- El fiduciante se reserva la facultad de rescatar el bien cuando se cumpla lo pactado.

- En el negocio simulado:

- La transmisión se realiza con fin de engaño.
- Se realiza a través de una apariencia de la realidad que no existe o diferente a la querida.
- Las transmisiones simuladas son nulas.

En el supuesto de hecho planteado por la Audiencia Provincial de Málaga, se interpuso demanda que suplicaba se calificara el negocio objeto de la *litis* de fiduciario, pero no se acreditaron los requisitos básicos arriba expuestos. Se calificó, por tanto, el contrato como simulado, pero habida cuenta que se había planteado

forma, procede declarar la nulidad del negocio simulado, manteniéndose la validez del negocio disimulado, lo que conllevaría la declaración de ser el Sr. Tomasa el real y verdadero comprador de los bienes.

Ahora bien las consecuencias jurídicas serían la inexistencia total y absoluta del negocio afectado por la simulación, lo que provocaría la nulidad del mismo, considerando la Sala que ha estado mal planteada la acción y, conforme a reiterada jurisprudencia, la causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS 3 mayo de 2000) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS 19 junio 2000 , 24 julio 2000) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTS 27 octubre 2000, noviembre 2001 y 28 febrero 2007). Por lo que resulta claro que se alteraría la causa de pedir, ya que habría que decretar la nulidad del contrato, lo que conllevaría la nulidad de otros contratos posteriores, y sin la declaración de esta nulidad (no solicitada por la parte actora) difícilmente tendría acceso al Registro de la Propiedad la declaración de dominio solicitada por el actor.

Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso y, consecuentemente la desestimación de la demanda, pero por razones distintas a las expuestas por el Juez de Instancia.”

mal la acción y que la nulidad por simulación no formaba parte de la causa de pedir, se desestimó la demanda.

Con todo, una vez más, queda patente lo importante que es conocer ambas instituciones y sus diferencias con la finalidad de evitar –como en el supuesto arriba indicado– una situación injusta por desconocimiento o confusión de ambas figuras.

d. El pacto comisorio ante el negocio fiduciario y la simulación relativa

En este punto del trabajo voy a tratar el pacto comisorio –estudiado en otro apartado de este trabajo al que me remito⁴⁹⁴– en relación con los negocios fiduciarios y los negocios simulados. El pacto comisorio solamente se podría dar en los negocios fiduciarios *cum creditore*, ya que por su naturaleza y finalidad no caben en la fiducia *cum amico*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007⁴⁹⁵ determina la diferencia entre negocio fiduciario y negocio simulado relativamente. El supuesto

⁴⁹⁴ Vid. *supra*, capítulo segundo, III.

⁴⁹⁵ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007.

En esta sentencia en los fundamentos de derecho primero y tercero, la Sala con estudio del supuesto de hecho razona la calificación del negocio jurídico como simulado y desecha la calificación como negocio fiduciario, como a continuación transcribo:

“Fundamento de Derecho primero: en el caso presente, en la cadena que compraventas jamás pretendieron vender, comprar y, por ende, transmitir el derecho de propiedad (ni siquiera la posesión), sino garantizar un préstamo. Los sujetos de los negocios jurídicos no vendían ni compraban, sino que la función objetiva de los mismos -es decir, la causa- era la garantía de un préstamo, lo cual era evidente a la vista de los hechos admitidos y de los documentos privados que añadían a la aparente compraventa el pacto de retro, dándose la clásica "venta a carta de gracia".

Por tanto, no se trataba de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*) sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor (que fue querellado por usura) hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.

enjuiciado se corresponde con un negocio simulado, en su modalidad relativa. La sentencia concluye que el negocio objeto del procedimiento fue una cadena de compraventas que en realidad, disimulaban un préstamo con garantía de pacto comisorio. La calificación reputada al negocio por el Tribunal Supremo se corresponde con un negocio simulado –siendo nulas las compraventas por carecer de causa–, y respecto al negocio disimulado es nulo también por no cumplir los requisitos exigidos por la norma, esto es, contener un pacto comisorio prohibido por la ley. Por último y respecto a la no calificación como negocio fiduciario, es precisamente por contener un pacto comisorio, y esta característica no está prevista para los negocios fiduciarios, según la configuración del instituto por la jurisprudencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2012⁴⁹⁶, concluye en el mismo sentido que la anterior expuesta de 20 de diciembre de 2007, después de

La jurisprudencia ha mantenido la nulidad del pacto comisorio y, si se da el supuesto, la del negocio jurídico que lo disimula. La sentencia de 15 de junio de 1999, antes citada, contempla un caso bien parecido al presente con jurisprudencia precedente (sentencias de 25 de septiembre de 1986, 26 de diciembre de 1995, 29 de enero de 1996, 18 de febrero de 1997) y posterior (27 de abril de 2000, 16 de mayo de 2000, 26 de abril de 2001, 5 de diciembre de 2001, 10 de febrero de 2005).

Por tanto, siguiendo con el caso presente, la cadena de compraventa fueron siempre, no negocios fiduciarios (que no fue alegado por las partes en sus escritos de la fase de alegaciones) sino simulados (esencia de la posición de la parte demandada recurrente en casación), con simulación relativa, que disimula un préstamo con garantía de pacto comisorio, lo cual (conforme a la reiterada jurisprudencia) da lugar a la nulidad. Nulidad que no puede ser sanada por la fe pública registral, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

CUARTO.- (...)Asimismo, se estima el motivo tercero del recurso de casación que, al amparo -como los anteriores- del artículo 1692, número 4º, denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el negocio jurídico fiduciario, que no fue alegado por ninguna de las partes en la fase de alegaciones y fue aplicado erróneamente por las sentencias de instancia, siendo así que se trataba realmente de negocios jurídicos simulados, con simulación relativa disimulando pactos comisorios prohibidos por el ordenamiento, lo que provoca una nulidad ipso iure, muy lejos del concepto de fiducia.”

⁴⁹⁶ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2012. En el Fundamento de Derecho quinto.-: “(...) El motivo del recurso de casación, el primero, sí hay que tomarlo en cuenta, pues merece ser estimado, aunque en el presente caso, más que estimarlo, se aprecia al asumir la instancia esta Sala por razón de la aceptación del motivo por infracción procesal de incongruencia interna.

Efectivamente, la sentencia de instancia ha infringido la normativa, desarrollada judicialmente, sobre la prohibición del pacto comisorio.

razonar la prohibición del pacto comisorio en nuestro sistema jurídico, resalta, como característica diferenciadora del negocio fiduciario y del negocio simulado, el establecimiento de un pacto comisorio; calificándose de simulado el negocio que contenga dicho pacto.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de mayo de 2013⁴⁹⁷, con aplicación de jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de jurisprudencia menor de

Asimismo, la sentencia de 15 de junio de 1999 declarada nulidad del pacto comisorio en contrato de compraventa simulado, en un caso claro de simulación relativa y en sendos casos de contratos simulados de *leasing*, Las sentencias de 16 de mayo de 2000 ("... la transmisión de dominio con el fin de responder del incumplimiento de la deuda convierten la simulación relativa en radicalmente nula por vulnerar la prohibición del pacto comisorio") y 10 de febrero de 2005 declaran también la nulidad del pacto comisorio. Las de 26 de abril de 2001 ("también ha de declararse la nulidad absoluta del pacto de retroventa...") y 5 de diciembre de 2001 ("... siguen siendo propietarios reales de los bienes que enajenaron a... de forma simulada para garantizar el préstamo que les concedió y, a su vencimiento, no puede quedarse como propietario de los bienes; si no pagan, ha de ejecutarlos como cualquier acreedor; de lo contrario se vulneraría la prohibición del pacto comisorio").

Como recuerda la sentencia antes citada, de 16 de mayo de 2000:

Esta prohibición, con base en la que el acreedor, en caso de impago de su crédito, no puede pretender hacer suya la cosa dada en garantía, haciendo abstracción de su valor, tiene su origen en un texto del Derecho Romano (Constantino, libro VIII, tít. XXXVI, ley 3, del C.), fue acogida en nuestro Derecho Histórico (Partidas 5ª, Ley 41 del tít. V, y 12 del tít. XIII, y Proyecto de 1851; aunque no por el Proyecto de 1882), y se considera recogida en los arts. 1859 y 1884 Cc., respectivamente para la prenda e hipoteca, y la anticresis".

Por último, la de 20 de diciembre de 2007 resume, en un caso altamente semejante al presente, lo siguiente:

"Por tanto, no se trataba de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*) sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor (que fue querellado por usura) hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas".

Y añade:

"En primer lugar, porque su negocio adquisitivo no es verdadera compraventa, sino el final de una serie de transmisiones bajo la simulación relativa de un negocio jurídico de compraventa que disimula un préstamo con pacto comisorio, es decir, que el verdadero negocio es nulo de pleno derecho bajo la sanción de nulidad absoluta del artículo 6.3 del Código civil (LA LEY 1/1889) por ir contra la mencionada prohibición expresa, de larguísima tradición histórica".

⁴⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de mayo de 2013. En el Fundamento de Derecho quinto: "los impecables razonamientos del Juzgador de instancia deben ser confirmados, pues argumenta que los contratos de compraventa de 27/10/06 y opción de compra de 28/10/06, son claramente nulos ante la clara falta de prueba de entrega del precio, y son simulados, porque encubren un pacto comisorio prohibido expresamente por el 1.884CC, que no pude ser justificado

la propia Sala, determina la nulidad negocial por simulación relativa de un negocio jurídico, al tiempo que lo diferencia de forma clara de los negocios fiduciarios. La Sentencia citada considera, que la *causa fiduciae* y la finalidad del negocio fiduciario no es la apropiación del bien dado en garantía –pacto comisorio–, por tanto, y siendo la finalidad del negocio la apropiación del bien en caso de impago, debe calificarse de simulado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de junio de 2010⁴⁹⁸ distingue entre simulación relativa y negocio fiduciario *cum creditore*, y declara nulos

por pacto fiduciario alguno, cuya existencia tampoco se demuestra en modo alguno, constando el pago de la deuda por el deudor, mediante la consiguiente consignación en este procedimiento.

Y ello en estricta aplicación de la doctrina del TS, que en sentencias como la de 30 de mayo de 2008, señalaba que "La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de ley (artículo 6.4 Código Civil)".

En el mismo sentido lo ha interpretado esta Audiencia Provincial de Madrid, en sentencias como las de la sec. 25ª, 4-1-2011; o la de la sec. 14ª, de 18-6-2010, esta última consideraba que "en la venta en garantía de un préstamo, la *"causa fiduciae"* no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa, que convierte al fiduciario en sólo propietario formal dada su posición principal de acreedor (aparente comprador), en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender bajo esta figura es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad ni siquiera a través de un pacto comisorio, al no ser esa la finalidad del negocio concertado".

⁴⁹⁸ Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de junio de 2010. En el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia, con cita jurisprudencial se diferencia entre negocio simulado relativamente y negocio fiduciario, para concluir que son radicalmente diferentes y que en el negocio fiduciario no cabe el pacto comisorio, por tanto debe declararse simulado y sin efectos respecto de la transmisión prohibida. El motivo de interesar la nulidad de dichos contratos reside en considerar que realmente estamos ante contratos simulados, en términos de simulación relativa, por cuanto realmente encubre un préstamo, es decir, que estamos ante una venta en garantía. Figura jurídica que tradicionalmente ha sido rechazada por la jurisprudencia. La sentencia de 5 de junio de 2008 declara que: "El pacto comisorio configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo - artículo 4.1 del Código Civil, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o antecresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo. Resolución de 8 de abril de 1991.

los contratos por reputarlos simulados relativamente, al considerar que el negocio objeto de la *litis* consiste en una venta en garantía de un préstamo, y en caso de no hacerse efectivo el acreedor se queda con la propiedad del bien. Esta finalidad encierra un pacto comisorio, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, siendo el negocio ilícito y fraudulento. La sentencia finalmente –con declaración de nulidad de la transmisión– condena al pago del préstamo al deudor pero con recuperación de la finca que había sido dada en garantía.

En sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1997 se declara que tratándose de una norma legal imperativa, como es la de la prohibición del pacto comisorio, (artículos 1858 y 1859 del Código Civil) no es necesario reconvertir para que se decrete su nulidad, porque no se trata de la defensa de ningún interés privado sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas. En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los Tribunales, y así debió declararla la Audiencia". En parecidos términos declara la sentencia de 30 de mayo de 2.008 que; "6º. La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de ley (art. 6.4 Cc..). Igualmente, en la de 4-12-2002:

En definitiva, en el caso de autos, se trata de venta en garantía de un préstamo, pues la "*causa fiduciae*" no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal dada su posición principal de acreedor (aparente comprador), en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender bajo esta figura es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad ni siquiera a través de un pacto comisorio, al no ser esa la finalidad del negocio concertado".

La jurisprudencia ha mantenido la nulidad del pacto comisorio y, si se da el supuesto, la del negocio jurídico que lo disimula. La sentencia de 15 de junio de 1999, antes citada, contempla un caso bien parecido al presente con jurisprudencia precedente (sentencias de 25 de septiembre de 1986, 26 de diciembre de 1995, 29 de enero de 1996, 18 de febrero de 1997) y posterior (27 de abril de 2000, 16 de mayo de 2000, 26 de abril de 2001, 5 de diciembre de 2001, 10 de febrero de 2005).

Por tanto, siguiendo con el caso presente, la cadena de compraventa fueron siempre, no negocios fiduciarios (que no fue alegado por las partes en sus escritos de la fase de alegaciones) sino simulados (esencia de la posición de la parte demandada recurrente en casación), con simulación relativa, que disimula un préstamo con garantía de pacto comisorio, lo cual (conforme a la reiterada jurisprudencia) da lugar a la nulidad. Nulidad que no puede ser sanada por la fe pública registral, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria".

Criterio que mantiene, entre otras, las sentencias de 2 de febrero de 2.006, 26 de julio de 2.004 , y que obedece, como señala esta última: "a elementales razones de justicia impeditiva que se permitan supuestos negociales en los que por penurias o carencias económicas, los deudores, en su caso, y en evitación de reclamaciones de sus acreedores, para el pago de sus créditos, se vean forzados a enajenar en contratos de compraventa sus bienes en garantía de pago de esos débitos, con el consiguiente devalúo del precio convenido".

En el negocio fiduciario, la transmisión no se declara nula, tiene los efectos acordados *inter partes* –*pactum fiduciae*– y acotados por la jurisprudencia.

4. Consideraciones finales

A lo largo del presente trabajo se ha dicho que los negocios fiduciarios son negocios casuísticos, los acuerdos internos –*pacto fiduciae*– no suelen constar por escrito, la atipicidad del negocio, las contradicciones internas de la doctrina científica, las posturas antagónicas entre doctrina y jurisprudencia, han convertido el negocio fiduciario en el caldo adecuado de negocios fraudulentos, simulados y paralegales. Sin embargo, la jurisprudencia desde, el año 2000 y más concretamente desde el año 2004 a través de dos sentencias 30 de marzo, respecto de la fiducia *cum amico* y 26 de julio, respecto de la fiducia *cum creditore*, han regulado y diferenciado de forma clara y meridiana del resto de figuras simulatorias, y han acotado las características y efectos de las mismas. Respecto a la determinación y existencia del negocio fiduciario, se deberá desplegar una prueba intensa y seria, y a pesar de ser de presunciones, deberá ser contundente para su determinación. En definitiva se deberá estar al supuesto concreto para la determinación de la validez y existencia del negocio fiduciario. En estos términos concluye la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 12 de marzo de 2013⁴⁹⁹ que se deberá estar al

⁴⁹⁹ Sentencia de la audiencia Provincial de Salamanca de fecha de 12 de marzo de 2013. En su Fundamento de Derecho tercero *in fine* "(...) Se atiende para ello a la conducta de las partes y a sus circunstancias personales, familiares y económicas. La prueba de presunciones se utilizará con el amplio criterio necesario para averiguar aquello que se procuró ocultar; teniéndose al efecto en cuenta la estructura compleja de lo acordado y la experiencia sobre el modo de proceder de ordinario en las distintas relaciones sociales.

Es necesario, se nos dice, investigar "la común voluntad de los otorgantes", y, para ello, "el intérprete debe partir de captar todas las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a su formación, para dar al problema el tratamiento adecuado a la específica naturaleza, no dejándose arrastrar por la estructura de forma y contenido del utilizado como simple medio vehicular" (STS de 10 noviembre 1958, y 8 marzo 1963).

supuesto concreto y respecto de la prueba de presunciones –que generalmente es la que opera en este tipo de procedimientos– debe ser suficiente, clara y precisa.

Con todo, puedo concluir, como he tratado de exponer a lo largo del presente trabajo, que a pesar de que la jurisprudencia menor todavía confunde argumentos, conceptos y razonamientos, estas resoluciones dan validez a los negocios fiduciarios; pues el Tribunal Supremo sigue una línea jurisprudencial certera y clara desde el año 2000 aproximadamente, dando carta de naturaleza a la institución, concibiéndola como causal, autónoma y con efectos legales, por ello y con la finalidad de buscar la seguridad del tráfico jurídico, no se le puede dar el espaldarazo al Instituto.

La calificación del negocio es también tarea muy delicada. En primer lugar, se habrán de separar aquellos negocios que puedan clasificarse dentro de otras figuras jurídicas. Esto sucede cuando se puede llegar a la conclusión de que se trata de un supuesto de mera simulación, no de un negocio, sino de dos negocios sucesivos, de una mera venta, con o sin pacto de retro, de una renovación, de una dación adjudicación en pago, de préstamo, de mandato, arrendamiento, sociedad civil o irregular, etc. Probada la condición fiduciaria del negocio, será ya en general fácil distinguir si se trata de una figura constituida en beneficio del fiduciario, hecha, por ejemplo, por medio de venta, cesión, aceptación cambiaria o puesta en posesión de un local de negocio; o de una situación fiduciaria creada en interés del fiduciante, sea realizada a efectos de mandato, interposición de persona, depósito, gestión, etc.

La condición anómala del negocio que se pretende clasificar de fiduciario y su misma actitud estructural para el fraude, hace que en una sentencia en la que se acepta como "presumible" la condición fiduciaria de una venta en garantía, "se recomienda especial moderación en la facultad de calificar estos negocios jurídicos", pues cabe se demuestre que "el llamado fiduciante no prestó su consentimiento en aras de la confianza que le merecía el *"accipiens"*, sino que en situación de angustia económica tuvo que sucumbir ante exigencias exorbitantes de este"; en cuyo caso habría que abandonar la ruta del negocio fiduciario y buscar otros derroteros que conduzcan "a la misma finalidad de cumplimiento de lo verdaderamente convenido" (STS 3-Mayo- 1955).

CUARTO.- (...) respecto de las presunciones, tanto la simulación como el negocio fiduciario exige una prueba suficientemente clara y precisa que desvirtúe lo que aparece como efectivamente realizado y, resulta que, la sentencia de instancia, así como esta Audiencia, considera manifiestamente insuficientes los indicios aportados ante la evidente falta de prueba de algunos elementos esenciales que, de concurrir, permitiría, sin ninguna duda, afirmar que efectivamente nos hallamos ante una simulación de compraventa."

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I. El concepto de negocio fiduciario dado por la doctrina, en general, posee de una relevancia relativa, porque está sometido a constantes cambios y modificaciones. En relación al concepto de negocio fiduciario se afirma que pueden existir tantos como estudios se realicen.

La doctrina clásica ha conceptualizado el negocio fiduciario partiendo del derecho romano, de la desproporción entre las prestaciones del fiduciante y del fiduciario, la contradicción entre el medio jurídico empleado y el fin perseguido y partiendo de la confianza. Además dependiendo de la teoría interpretativa de los negocios fiduciarios –teoría del doble efecto, causa fiducial y propiedad fiduciaria– el concepto también será diferente. Con base en una o varias de estas características cada autor formula su concepto de negocio fiduciario.

II. Superada la teoría del doble efecto, a falta de una expresa regulación legal, el negocio fiduciario es una figura definida por jurisprudencia como consistente en la atribución patrimonial que uno de los intervinientes –fiduciante– realiza a favor del otro –fiduciario–, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido según la finalidad convenida –pacto de fiducia–, con la obligación del adquirente de retransmitir la cosa o derecho al enajenante o a un tercero, una vez cumplida dicha finalidad. Se trata de un negocio basado en la "confianza" o fiducia, caracterizado por la divergencia entre el fin económico que se persigue y el medio jurídico que se utiliza, de tal modo que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico que ponen en juego. Además el fiduciario no puede integrar en su patrimonio el bien transmitido como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. Pero ostenta un derecho de retención sobre el bien fiduciario hasta que el fiduciante cumpla la obligación pactada.

III. La jurisprudencia y la doctrina distinguen dentro del negocio fiduciario ambas instituciones según su finalidad. Cuando existe un fin de garantía, será fiducia

cum creditore, y cuando la finalidad sea la representación, sustitución o mandato para gestionar o administrar el bien estaremos ante una fiducia *cum amico*. Las características de cada modalidad fiduciaria son:

a) La fiducia *cum creditore*

- Se contrae en interés del fiduciario, que es el acreedor cuyo crédito se garantiza a través de una transmisión patrimonial de la cosa.
- Existe la titularidad de una cosa en nombre propio y por cuenta propia.
- La doctrina llega a calificarla como fiducia egoísta frente a la altruista (*cum amico*).
- En realidad la nota de confianza no es tan absoluta como en la fiducia *cum amico*, pero es mayor al estándar que exige cualquier contratación.

b) La fiducia *cum amico*

1. Se concluye en interés del fiduciante o de un tercero beneficiario, ya que el fiduciario ostenta un derecho de representación y tiene la carga de cumplir con lo pactado.
2. Transmisión de la titularidad en nombre propio (del fiduciario) y por cuenta ajena (fiduciante).
3. Basada en la confianza (generalmente se da entre familiares o amigos).

De estas notas se concluye que, dependiendo de la finalidad y por tanto del tipo de negocio fiduciario, se beneficiará a una parte –fiduciante en la fiducia *cum amico*– u otra parte –fiduciario en la fiducia *cum creditore*–.

IV. La determinación de la naturaleza jurídica de los negocios fiduciarios es verdaderamente compleja, porque a pesar de que la finalidad última de la institución es la garantía, la administración o la representación, en función de la teoría interpretativa del negocio variará su concreción y efectos.

Si se parte de la teoría del doble efecto, como la unión de dos negocios autónomos –uno con efecto real y otro con efecto obligacional–, cada uno requerirá de su propia causa; el real necesitará de una causa que justifique la transmisión del dominio y otra causa independiente para el contrato obligacional. DE CASTRO considera que partiendo de esta teoría la transmisión carecerá de causa, al ser nula la venta por la falta de precio. No puede servir de causa el pacto fiduciario, por haberse partido de la total independencia ente el negocio de eficacia real y el pacto de naturaleza crediticia, ya que los contratos abstractos no tienen cabida en el ordenamiento jurídico español.

V. La solución adoptada por la doctrina, en principio, y seguida por la jurisprudencia para dar validez a la transmisión es la causa *fiduciae* que consistirá en servirse de la *res fiduciae* por el fiduciario con la finalidad y limitaciones previstas *inter partes*. Considerando que existe una causa compleja pero unitaria para el negocio.

VI. La jurisprudencia opta por desdoblar el derecho de propiedad en el negocio fiduciario: propiedad material o real que ostenta el fiduciante frente a la propiedad formal que ostenta el fiduciario. Y afirma, que a pesar de la transmisión a favor del fiduciario éste no integra el bien en su patrimonio, porque no es la finalidad pactada ni convenida con el fiduciante.

La titularidad fiduciaria –como limitadora de la eficacia real de la propiedad del fiduciario– contiene las siguientes características: el derecho de retención del fiduciario; su preferencia en el cobro garantizado con la fiducia; un poder limitado por el disfrute del fiduciante; la obligación de retransmitir tras cumplirse los fines acordados; la imposibilidad de usucapir por parte del fiduciario; la garantía de que los terceros de buena fe, a título oneroso, no saldrán perjudicados por la apariencia

creada; el derecho de separación del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario; entre otros.

La titularidad formal ha sido duramente criticada por la doctrina –respecto al desdoblamiento de la propiedad en formal y material–, ya que supone la creación de derechos reales extraños al ordenamiento jurídico. Pero nada impide que el pacto fiduciario tenga capacidad limitadora del Derecho real.

VII. En los contratos fiduciarios el requisito de la *traditio* o transmisión de la posesión no hace inválida la transmisión fiduciaria, ya que es lo pactado y querido por las partes. La jurisprudencia considera que sí que existe *traditio*, aunque no en su forma plena, por lo que los tribunales lo consideran como un derecho real.

El problema ínsito a esta construcción no es otro, precisamente, que el del desdoblamiento de la propiedad en una vertiente material y otra formal, puesto que ello comporta la creación de una categoría especial del derecho real –un nuevo tipo de dominio—extraña a nuestro ordenamiento.

El negocio *fiduciae causa* puede ser, por tanto, uno de los contratos hábiles para provocar la transmisión del derecho de propiedad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica respecto a las acciones que dispone el fiduciante frente al fiduciario a efectos de prescripción: son acciones de carácter real. Considero el negocio fiduciario como un derecho real o cuasi real, con las limitaciones y facultades establecidas en el pacto fiduciario.

VIII. El sistema contractual en el ordenamiento jurídico español es causalista. La regulación de la causa en el Código civil es confusa, por cuanto no define el concepto de causa. Además, es contradictoria o cuanto menos, imprecisa respecto a la exigencia de causa del contrato o de la obligación. La doctrina tampoco mantiene un criterio unánime al respecto. La complejidad es todavía mayor en los negocios atípicos, donde se encontrarían los negocios fiduciarios, ya que la doctrina

mayoritaria considera que la causa típica viene determinada por la propia norma y se repite como un patrón en cada tipo contractual, obviamente para los contratos típicos.

La exigencia de causa, como requisito para la validez del sistema contractual, configura un ordenamiento jurídico proteccionista y encorsetado. Por ello, con esta concepción se limita la creación de nuevas figuras contractuales a través de los contratos atípicos. La causa, tal como la concibe nuestro Código civil y la interpreta nuestra doctrina, paralizaría el tráfico jurídico y bloquearía el mercado económico. Sin embargo, la jurisprudencia, con una interpretación más flexible del requisito causal, se limita a valorar la licitud de la causa dando carta de validez al negocio fiduciario que no vaya contra ley.

Los contratos atípicos –donde se incluyen los negocios fiduciarios– no se encuentran regulados legalmente, y por tanto carecen de un modelo contractual predeterminado, de ahí la dificultad para determinar la causa, puesto que adoptan formas de contratos típicos pero con causas diferentes a las contractuales típicas.

IX. Con respecto a la inexistencia de causa alegada por la doctrina para invalidar los negocios fiduciarios y equipararlos a negocios simulados, la jurisprudencia los distingue nítidamente, y concibe los negocios fiduciarios como una unidad negocial de forma compleja y con una causa unitaria y válida: la causa *fiduciae*.

La doctrina considera que las motivaciones individuales de los contratantes deben quedar al margen de la determinación de la causa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo eleva el móvil –entendido como la motivación que lleva a las partes a prestar su consentimiento para contratar– a la categoría de causa, pero este móvil debe tener una finalidad lícita.

Se puede concluir que la causa en los negocios fiduciarios será el límite entre la voluntad de las partes y la licitud del negocio. Este concepto tan sencillo es válido

para la jurisprudencia, pero no es aceptado por la doctrina. Con todo, para la determinación de la existencia de causa y su validez en los negocios fiduciarios deberá valorarse cada supuesto de hecho.

La consecuencia de los contratos con causa ilícita es que no producen efecto alguno, es decir, son nulos de pleno derecho. La ilicitud del contrato alcanzará también a los contratos cuya causa se corresponda con motivos causalizados ilícitos, sin perjuicio de determinar qué parte ha contratado bajo este vicio y qué efectos tiene para el que contrata de buena fe. Se negará, por tanto, la protección jurídica cuando la causa se oponga a las leyes o a la moral, esto es cuando la causa repugne la conciencia social. Como ejemplos de negocios con causa ilícita se citan: los delictivos, los usurarios, los defraudatorios, etc. Por tanto, no ampara los negocios con finalidad defraudatoria, por error, dolo o falsedad de la causa.

Se identifica la causa *fiduciae* con la finalidad de mandato o representación para la fiducia *cum amico*, y con la finalidad de garantía para la fiducia *cum creditore*.

X. Dada la relevancia de la causa en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha llegado a entender que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal, o una titularidad que se califica de fiduciaria o de dominio impropio, como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material. El fiduciante conserva la titularidad real y material de los bienes. En cambio, el fiduciario ostenta la titularidad formal que queda en estricta dependencia de los pactos que la originan y con el alcance de ellos derivados.

XI. Partiendo del requisito causal, la doctrina niega la validez del negocio fiduciario y considera ante la falta de causa válida que los negocios fiduciarios son inexistentes, tildándolos, en el mejor de los casos, de negocios simulados relativamente. Frente a la doctrina, la jurisprudencia defiende su validez y los diferencia de forma expresa de los negocios simulados relativamente. La jurisprudencia encuentra el límite en la licitud de la causa, entendiéndola como el fin

último que persiguen las partes a través del negocio: siendo en la fiducia *cum amico*, el fin de representación o administración; y en la fiducia *cum creditore*, el fin de garantía, con la limitación de la legalidad respecto de estos fines.

XII. Existen tantos y variados negocios fiduciarios que se deberá analizar el negocio concreto para valorar la eficacia y validez de la causa. Como se desprende de la jurisprudencia, el negocio fiduciario es una institución casuística y deberá estarse al supuesto concreto para determinar si la causa es lícita. Debe tenerse en cuenta que –como se ha podido comprobar la causa en los negocios fiduciarios, para la jurisprudencia, no es tanto un elemento típico del negocio, sino un elemento intencional, lo llega a definir como el móvil que lleva a las partes a obligarse. Por tanto, se deberá estar al supuesto concreto para poder determinar la validez y eficacia de cada negocio fiduciario, pues el negocio fiduciario puede ser el disfraz para un sinfín de negocios ilícitos, entre los que se pueden encontrar: eludir impuestos, eludir acreedores, ocultar bienes, falsear cargas, etc.

XIII. El negocio fiduciario es un negocio basado en la confianza, incluso en su vertiente *cum creditore*. En la práctica a pesar de la falta de relación interpersonal, siguen prosperando este tipo de negocios jurídicos. En la mayor parte de los casos está documentada la transmisión patrimonial –que es lo que se publicita frente a terceros–, pero el pacto interno que sólo conocen las partes, por regla general, ni siquiera se formaliza privadamente y por escrito. El cumplimiento de lo pactado está basado en la confianza existente entre las partes.

XIV. La diferencia más importante entre los negocios fiduciarios y los negocios de confianza (p.ej. mandato, depósito, comisión...) o fiducia consiste en que, estos últimos, la voluntad de las partes no es suficiente para producir el efecto

traslativo del dominio –puesto que no existe causa real para ello–, al contrario que en los negocios fiduciarios, en los que sí que existe una causa válida: causa *fiduciae*.

XV. El negocio fiduciario –complejo y problemático por naturaleza– alcanza su cota de conflictividad en los supuestos de crisis matrimoniales, ya que la confianza entre los cónyuges o familiares se convierte en recelo y malicia, generando una litigiosidad abundante con los supuestos más insospechados de reclamación y de oposición. Por tanto, los negocios fiduciarios, no admitidos por gran parte de la doctrina, han de ser enjuiciados por los tribunales, que se ven obligados a buscar soluciones y criterios unificados para resolver los problemas que el tráfico jurídico genera y que no puede obviarse como si no existieran.

Con todo, se puede extraer una conclusión importante en relación a la confianza en los negocios fiduciarios, como consecuencia del estudio en materia de crisis familiar. Considero que la pérdida de confianza es una causa de extinción o resolución del negocio fiduciario. Esta consecuencia aunque no forme parte del pacto fiduciario está implícita en él. Carece de sentido que, perdida la confianza entre las partes, se mantenga la vigencia del pacto fiduciario. Por esta razón ante un supuesto de crisis matrimonial se podrá resolver el negocio fiduciario *cum amico* con todas las consecuencias, incluida la retransmisión del bien y de la posesión en su caso. Cuando hablo de crisis matrimonial, no restrinjo sus efectos únicamente a las relaciones entre cónyuges, sino también a las que tienen lugar entre ambas familias, pues la confianza y su pérdida se da en toda su amplitud.

XVI. Los negocios fiduciarios han recibido la crítica de la doctrina científica basada en que lleva aparejado el pacto comisorio. Algunos autores han pretendido justificar y asociar que el pacto comisorio formaba parte del negocio fiduciario romano, y que, cayó en desuso a raíz de la prohibición del pacto comisorio. Extremo que como se ha expuesto es absolutamente incierto. Por otro lado, no puede

negarse que a través de la simulación de un negocio fiduciario se puede disfrazar un pacto comisorio.

El negocio fiduciario y el pacto comisorio son institutos absolutamente diferenciados, como lo podrían ser la hipoteca respecto del pacto comisorio. Si bien puede ser el negocio fiduciario el cauce adecuado para encubrir un pacto comisorio, la nulidad alcanzará a éste, al igual que si se disimulase en una compraventa dicho pacto comisorio.

XVII. El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado concluyen que los negocios fiduciarios no atentan contra la prohibición del pacto comisorio, porque la causa y la finalidad del negocio fiduciario no es la transmisión sino la garantía. Los negocios fiduciarios se diferencian de los negocios simulados o de los indirectos que pretenden pacto comisorio, confirmando que si esa es la finalidad es porque no es negocio fiduciario.

XVIII. La eficacia del negocio fiduciario *cum creditore*, no puede ser otra que la de constituir un derecho real de garantía a favor del fiduciario, y respecto de la fiducia *cum amico* será la eficacia propia de un contrato de mandato o representación.

XIX. En los negocios fiduciarios no solamente se debe estar a la literalidad de los términos en los que las partes expresaron obligarse, sino a lo que los contratantes realmente convinieron.

XX. No cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario, pues

los negocios fiduciarios escoden frente a terceros la voluntad verdadera que se pactó *inter partes*.

XXI. No se puede pretender aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia para negar la eficacia *inter partes* y consolidar definitivamente una propiedad formal y aparente, porque tampoco era lo pactado y provocaría un enriquecimiento injusto en el fiduciario. Con todo, el bien vuelve al patrimonio del fiduciante para cubrir de la responsabilidad patrimonial de éste.

XXII. A pesar de la que la jurisprudencia pueda considerar que el negocio fiduciario puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad, haciendo constar el pacto fiduciario, en el fondo perdería sus características identificadoras y dejaría de ser negocio fiduciario para ser otra tipología negocial.

XXIII. El casuismo de los negocios fiduciarios hace necesario que se despliegue una importante actividad probatoria para determinar y sacar a la luz el *pactum fiduciae* –oculto frente a terceros– el cual basado en la relación de confianza de las partes no está recogido por escrito. Si se demuestra que el tercer adquirente es de buena fe la venta será válida, y el fiduciante no podrá accionar contra los terceros que adquirieron a título oneroso ajenos a los pactos internos entre fiduciante y fiduciario. Todo ello, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse de forma directa contra el fiduciario.

XXIV. Como requisito para que prospere la usucapión inmobiliaria, la posesión de la cosa debe ser en concepto de dueño frente a la mera tenencia que ostenta el fiduciario.

En el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso, con una limitada eficacia

que no puede oponerse al fiduciante, por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio, no cabiendo por tanto la usucapión.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo con un criterio pacífico establece la imposibilidad de prescripción adquisitiva por parte del fiduciario frente al fiduciante, ya sea en su modalidad *contra tabulas* o la ordinaria, por cuanto el fiduciario no posee frente al fiduciante en calidad de dueño.

La propiedad fiduciaria o propiedad formal que ostenta el fiduciario no es título válido para que pueda operar la usucapión, máxime cuando ésta va en contra del fiduciante, cuyo pacto fiduciario obliga a las partes.

XXV. Si se habla de la quiebra o actual concurso de acreedores del fiduciante, deberá existir en el activo del fiduciante el mismo derecho que tenía frente al fiduciario, y en este sentido los órganos de la quiebra podrán ejercitar las mismas acciones de restitución que le correspondían al fiduciante frente al fiduciario. Si la quiebra es del fiduciario, el fiduciante ostenta el *ius separationis*. En cambio en caso de embargo del bien dado en fiducia, si el acreedor es tercero de buena fe, el fiduciante no tiene acción directa contra el acreedor, sino solamente contra el fiduciante. Todo ello, a pesar de que hay sentencias que estiman que cabría una tercería de dominio.

La diferencia de tratamiento, respecto de los acreedores concursales a los acreedores ordinarios, estriba en que los acreedores concursales no son terceros sino que los acreedores se subrogan en la posición del deudor. Y por tanto ostentan los mismos derechos y obligaciones que tenía el fiduciante o el fiduciario.

XXVI. La normativa concursal vigente es muy restrictiva respecto a las transmisiones patrimoniales, ya que permiten las rescisiones o acciones de reintegración casi de forma objetiva de las transmisiones realizadas durante los dos años anteriores al concurso.

XXVII. No cabe entablar la acción Pauliana o rescisoria frente a cualquier negocio fiduciario, únicamente frente aquellos que hayan sido realizados en fraude de ley.

XXVIII. Los tribunales –con un afán de “hacer justicia” ante la realidad del tráfico jurídico– han acotado la definición, los requisitos para su constitución, el alcance y los efectos de la fiducia *cum creditore*. La configuración actual del negocio realizada por la jurisprudencia lleva a replantearse las tesis clásicas de la desproporción en las prestaciones y la concepción del fiduciante como la parte desprotegida. Esto es así, porque la prohibición del pacto comisorio, la exigencia de causa lícita y la tutela judicial efectuada para la configuración del instituto, han logrado que sea una figura con mayor seguridad jurídica, más racional y equitativa. Así, se calificará como nulo el negocio cuando:

- Exista prueba cumplida de la situación económica angustiosa del deudor-fiduciante, que no le deje otra alternativa que concertar la garantía fiduciaria.
- Se desprenda del negocio una desproporción económica que revele el carácter usurario del préstamo.
- Si se pacta la apropiación del bien transmitido fiduciariamente en garantía de pago (prohibición del pacto comisorio).

XXIX. Uno de los derechos más característicos y distintivos del negocio fiduciario *cum creditore*, es el derecho de retención del fiduciario frente a fiduciante. El derecho de retención nace –en la fiducia *cum creditore*– ante el incumplimiento del fiduciante de la devolución del crédito que dio origen a la transmisión patrimonial que sirvió de garantía.

Este derecho opera a favor del acreedor que evita que el deudor pueda vender el bien y lo protege de terceros acreedores. Así, el deudor fiduciante debe respetar el bloqueo o retención del bien, mientras que el acreedor no puede hacer

suyo el bien ni disponer del mismo, y únicamente tendrá aquellas facultades otorgadas con el pacto fiduciario.

No es necesario para que pueda operar el derecho de retención en el fiduciario que se haya transmitido la posesión del bien. Ésta puede quedar en poder del fiduciante o haberse transmitido al fiduciario, supuesto menos probable este último, pero dependerá, en todo caso, de lo pactado por las partes.

La mayoría de la doctrina identifica el negocio fiduciario con el negocio simulado relativamente, con esta base no se considera por la doctrina que exista transmisión dominical, ni siquiera transmisión formal. Concluyendo que no cabe ningún efecto de esa transmisión de la propiedad (por invalidez de la misma), siendo, por tanto, inexistente el derecho de retención.

La jurisprudencia ampara el derecho de retención en la transmisión fiduciaria, y lo concibe como un derecho de retención pero sin capacidad para el fiduciario de realizar el bien, salvo pacto expreso.

En mi opinión, respecto de la satisfacción forzosa, se deberá estar al pacto de fiducia establecido entre las partes que no podrá sobrepasar los límites de la legalidad (pacto comisorio o venta con precios no ajustados a mercado.)

XXX. La fiducia *cum amico* es un negocio jurídico basado en la confianza, que contrae el verdadero propietario del bien –fiduciante– que transmite un bien o derecho con la finalidad de gestión o representación a favor del fiduciario. Tras la celebración del negocio, el fiduciante pasará a ostentar una propiedad material o real frente al fiduciario, quien a su vez se convertirá en propietario aparente del bien hasta que cese la causa que lo generó, o lo solicite el fiduciante.

La causa que se exprese para la retransmisión en la órbita del negocio fiduciario es irrelevante, ya que la celebración de ese contrato se realiza para completar el diseño negocial del pacto fiduciario.

Para determinar si estamos ante un negocio fiduciario *cum amico*, se deberá acreditar:

- La *causa fiduciae*.
- Que el fiduciario ejerza gestión o administración –a favor del fiduciante– sobre el bien transmitido en fiducia.

XXXI. La causa de extinción para la fiducia *cum creditore* es el cumplimiento de la obligación o, en todo caso, la condonación de la deuda, con la consiguiente retransmisión del bien dado en garantía.

Sin embargo, las causas de extinción de la fiducia *cum amico* –atendiendo a la especial importancia que tiene la persona del fiduciante– pueden ser la revocación, la renuncia, la muerte, la incapacitación, la declaración de prodigalidad, la quiebra o la insolvencia de cualquiera de las partes y, por supuesto, el cumplimiento del pacto fiduciario.

Por último, en materia de extinción y/o resolución considero que en el negocio fiduciario *cum amico* existe una causa de resolución ante la crisis matrimonial, siempre que ésta suponga la pérdida de la confianza en el fiduciario, ya que carece de sentido continuar manteniendo un negocio basado en la confianza ante una ruptura familiar de esta índole. La resolución podrá operar, a pesar de no estar pactado de forma expresa, pues considero que es consustancial al propio negocio.

XXXII. El negocio absolutamente simulado es aquel que carece de un contenido serio y real. La finalidad de este negocio es el engaño.

La simulación relativa es conceptuada como el disfraz de un acto. El negocio verdadero está oculto o disfrazado bajo otro no querido –que solamente sirve para engañar–, subyaciendo tras de éste el negocio querido; pudiéndose calificar de negocio enmascarado, disimulado o velado.

La consecuencia de la simulación absoluta es la nulidad radical del negocio. En relación a los efectos de la simulación relativa, la jurisprudencia se pronuncia en el mismo sentido que la doctrina científica: considera válido el negocio disimulado (oculto) siempre y cuando cumpla los requisitos legales de validez y eficacia; y declara nulo el negocio simulado (aquel mostrado a terceros).

XXXIII. La doctrina mayoritaria identifica el negocio fiduciario con el simulado relativamente y declara nulo el simulado –la transmisión de la propiedad– y válido el disimulado –garantía, administración o representación–.

La jurisprudencia considera que el negocio fiduciario es: serio, querido –con todas las consecuencias jurídicas–, complejo, válido y con causa.

El negocio simulado relativamente esconde uno válido (disimulado), pero tiene otro (simulado) que es ficticio, simple, sin causa y por tanto nulo.

XXXIV. La jurisprudencia considera que no se puede tachar de simulada la compraventa realizada en la órbita de un negocio fiduciario, por falta de la causa típica, pues la *causa fiduciae* opera como causa adecuada para dar validez a la compraventa.

En la simulación relativa cabe acudir a la nulidad del negocio simulado. La transmisión del bien no es válida, es simulada, sin que tenga efectos *inter partes*. Sin embargo, en el negocio fiduciario la transmisión es válida.

La transmisión fiduciaria es válida, con los efectos limitados y acotados por la jurisprudencia. No obstante en los negocios simulados relativamente, la transmisión

del negocio simulado se considera nula y respecto del disimulado se considerará válido si cumple los requisitos reguladores del contrato en cuestión.

XXXV. En el negocio fiduciario no cabe el pacto comisorio, pues éste es característico de los negocios simulados de forma absoluta o relativa.

XXXVI. Con todo, puedo concluir que el Tribunal Supremo sigue una línea jurisprudencial certera y clara desde el año 2000 aproximadamente, dando carta de naturaleza a la institución, concibiéndola como causal, autónoma y con efectos legales. Por ello y con la finalidad de buscar la seguridad del tráfico, no se le puede dar espaldarazo al Instituto.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J.M., *La rescisión del contrato por lesión (enfoque doctrinal y jurisprudencial)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
 - *La simulación*, Edisofer, S.L., Madrid, 2005.
 - "Prólogo" a FUENTESECA DEGENEFTE, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997, pg. 8.
 - "El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente", *Actualidad civil*, nº 4, Madrid, 1993, pgs. 663-675.
- BADOSA COLL, F., "Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho español", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, 1ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pgs. 221 - 236.
- CÁMARA LAPUENTE, S., "Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho Español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 654, septiembre-octubre, 1999, pgs. 1757-1866.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *La simulación en los negocios jurídicos*, Hijos de José Bosch, S.A., Barcelona, 1986.
- CARRASCO PERERA, A., "La transmisión fiduciaria del dominio en el concurso de acreedores", en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 1, Universidad de Murcia, 2004, pgs. 801 - 831.
 - *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16ª ed., Reus, S.A., Madrid, 1992.

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., "Comentarios a los artículos 1274 a 1277 ", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XVII, Vol. 1º-B, Edersa, 1993, pgs. 519 - 619.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 1973.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, Reimpresión 1997.
 - *El negocio fiduciario* (Estudio crítico de la teoría del doble efecto), Reus S.A., 1972, Madrid.
- DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., "Negocio fiduciario", *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1986, pgs. 1026 a 1034.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios, Dictámenes jurídicos*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1987.
 - *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil II*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1988.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., "Comentario al artículo 1309", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, pgs. 470 a 479.
- DURÁN RIVACOBA, R., *La propiedad en garantía; prohibición del pacto comisorio*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

- EGEA IBÁÑEZ, R., "Trust y Derecho Civil" en AA.VV., *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Vol. 2, Centro de estudios Ramón Areces, S.A., 2001, pgs. 1169 - 1174.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "Autonomía privada y garantías reales", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 3, Civitas, 2002, pgs. 3747 - 3770.
- FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos*, Edersa, Madrid, 1961.
- FUENTESECA DEGENEFFE, C., *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997.
- GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.
- GALICIA AIZPURUA, G., *Causa y garantía fiduciaria*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- GALINDO ARAGONCILLO, A. y NAVARRO CODERQUE, F., "El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía", *Diario la Ley*, nº 8314/14 (20 de mayo), pgs. 1-20.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J., *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1978.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M., *Manual de Derecho civil II*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.
- GINÉS CASTELLET, N., *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2004.
- GUILARTE ZAPATERO, V., "Artículo 1859", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XXIII, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1990, pg. 455 a 462.

- "Artículo 1884", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Alabart, t. XXIII, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1990, pg. 666 - 674.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid, 1983.
- JORDANO BAREA, J., *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959.
 - "Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, Madrid, 1983, pgs. 1435-1454.
- LACAL FUENTES, P., "El tema del negocio fiduciario", *Revista Crítica de Derecho Privado*, octubre, 1950, pgs. 777-781.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil II*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2003.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil III, Contratos*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., "Comentarios a la STS de 20 de diciembre de 2007", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 78, 2008, pgs. 1259 – 1276.
- MANRESA NAVARRO, J. Mª., "Artículo 1261", *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 2º, 6ª edición, Reus, S.A., Madrid, 1967, pgs. 473 - 496.
 - "Artículos 1274 a 1277", *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 2º, 6ª edición, Reus, S.A., Madrid, 1967, pgs. 619 - 658.
 - "Artículo 1859", *Comentarios al Código civil español*, t. XII, Reus, S.A., Madrid, 1973, pgs. 521 - 531.
- MARTÍN LEÓN, A., *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2012.
- MATEO Y VILLA, I., "De la fiducia garantía", en AA.VV., *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

- MONTES PENADÉS, V., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.
- NAVARRO MARTORELL, M., *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950.
- O' CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, t. I, Edersa, Madrid, 2004.
- PANTALEÓN PRIETO, F., "Negocio fiduciario", en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 4407-4409.
- PARA MARTÍN, A., "En torno a la fiducia *cum creditore*" en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, vol. 1, Civitas, Madrid, 2002, pgs. 723 - 737.
- PARRA LUCÁN, M. A., "Venta en garantía y pacto comisorio. Oponibilidad del derecho de retención a otros acreedores", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 68, Madrid, 2005, pgs. 797-812.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "Naturaleza jurídica de la letra de cambio", en AA.VV., *Derecho cambiario, Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigido por Aurelio Menéndez Menéndez, Civitas, Madrid, 1986, pgs. 95 a250.
- PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, t. II, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.
- *Compendio de Derecho civil*, vol. III, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1989.
- RAMS ALBESA, J.J., "Artículo 1261", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XVII, vol. Iº B, Edersa, Madrid, 1993, pgs. 1 - 47.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Fiducia y pacto de Retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- SANTOS BRIZ, J. y otros, *Tratado de Derecho civil*, Tomo IV, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2003.

- SAPENA TOMÁS, J., “Actualidad de la fiducia *cum creditore*”, *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1957, pgs. 125-212.
- VALIÑO DEL RÍO, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia, 1980.
- VERDERA TULELLS, E., “Algunos aspectos de la simulación”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1950.
- ZANNONI, E. A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles del Derecho cambiario*, Comares, Granada, 2004.

**ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES
CITADAS**

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo (Sala Civil)

1. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1933.
 - La operación de crédito con garantía mobiliaria está constituida por dos contratos, uno principal de préstamo en dinero con interés y otro accesorio de prenda.
2. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1940.
 - Concepto estricto u objetivo de la causa, diferenciando los motivos que han inducido a la celebración del contrato.
3. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1941.
 - La causa del contrato se confunde con los móviles que han llevado a su celebración.
4. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1944.
 - La causa del contrato se confunde con los móviles que han llevado a su celebración.
5. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1946.
 - La causa del contrato se confunde con los móviles que han llevado a su celebración.
6. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1946 (Aranzadi número 111).
 - El negocio fiduciario está muy lejos de implicar un supuesto de simulación absoluta o relativa.

7. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1947.
 - Concepto estricto u objetivo de la causa, diferenciando los motivos que han inducido a la celebración del contrato.
8. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1950.
 - La causa del contrato se confunde con los móviles que han llevado a su celebración.
9. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1951 (Aranzadi número 267).
 - Diferencia entre negocio simulado y negocio fiduciario.
10. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1955.
 - El fiduciario tiene un derecho de retención sobre el bien objeto de fiducia, sin que pueda acceder a su patrimonio.
11. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1955.
 - No debe interpretarse como negocio fiduciario aquel cuyo consentimiento se presta no por la existencia de confianza, sino por la angustia y necesidad del crédito.
12. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1955 (Aranzadi del año 1956, número 240).
 - Diferencia entre negocio simulado y negocio fiduciario.
13. Sentencia del Tribunal Supremo 22 de mayo de 1956 (Aranzadi número 2433).
 - Diferencia entre negocio simulado y negocio fiduciario.

14. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1964.
 - Validez y eficacia del negocio fiduciario y del *pactum fiduciae*, con base en la libertad de pactos.
15. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1965.
 - Concepto estricto u objetivo de la causa, diferenciando los motivos que han inducido a la celebración del contrato.
16. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1965 (Aranzadi número 882).
 - Diferencia entre negocio simulado y negocio fiduciario.
17. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1972 (Aranzadi número 1576).
 - Diferencia sin género de dudas entre el negocio simulado relativamente y el negocio fiduciario.
18. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1973.
 - La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.
19. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1976.
 - La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.
20. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1981.
 - Establece que puede ser causalizada la finalidad pretendida por ambas partes contratantes, dejando patente que esta finalidad es diferente a las motivaciones particulares y subjetivas de cada parte.

21. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981 (EDJ 1981/1768) (La Ley 17617-NS/0000)

- Concepto de negocio fiduciario con base en la teoría del doble efecto.

22. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982 (EDJ 1982/3161) (La Ley 23507-NS/0000).

- La *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde.
- Concibe el negocio fiduciario como negocio con causa: la causa *fiduciae*.
- Sentencia pionera que abandona la teoría del doble efecto.
- La doctrina jurisprudencial considera con base en la existencia de la causa (*causa fiduciae*) que los negocios fiduciarios son válidos, existentes y causales conforme al artículo 1274 del Código civil.

23. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1982 (La Ley 13624-JF/0000) (EDJ 1982/3594).

- Entiende el negocio fiduciario a espaldas de la teoría del doble efecto.
- El negocio fiduciario transmite titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe.
- La titularidad formal, en la fiducia *cum creditore*, otorga al fiduciario un *ius retinendi*.

24. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1984 (EDJ 1984/7244).

- Doctrina de los actos propios.

25. Sentencia del Tribunal Supremos de 11 de julio de 1984 (La Ley 8989-JF/0000)
- Puede afirmarse que la causa se identifica con el fin objetivo o inmediato del negocio jurídico. Respecto de los motivos causalizados, pueden considerarse integrados en la causa cuando han sido objetivados.
26. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1985.
- No se aplicará el artículo 1306 del Código civil cuando el contrato sea simulado o cuando una de las partes entregó algo.
27. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1987 (La Ley 12108-JF/0000).
- Entiende el negocio fiduciario a espaldas de la teoría del doble efecto.
28. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987 (La Ley 59505-JF/0000).
- El negocio fiduciario transmite titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe.
29. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1988 (La Ley 364-1/1988) (EDJ 1988/1126)
- Recoge las líneas maestras que configuran el negocio fiduciario *cum creditore*.
30. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1988 (La Ley 53454-JF/0000) (EDJ 1988/1543)
- Recoge las líneas maestras que configuran el negocio fiduciario *cum creditore*.

31. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1988 (EDJ 1988/1939) (La Ley 57876-JF/0000).

- Entiende el negocio fiduciario a espaldas de la teoría del doble efecto.
- El fiduciario tiene un derecho de retención sobre el bien objeto de fiducia, sin que pueda acceder a su patrimonio.
- La *causa fiduciae* en la fiducia *cum creditore*, no es la enajenación propiamente dicha, sino el afianzamiento del débito contraído.
- La doctrina jurisprudencial considera con base en la existencia de la causa (*causa fiduciae*) que los negocios fiduciarios son válidos, existentes y casuales conforme al artículo 1274 del Código civil.

32. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1988 (La Ley 153248-JF/0000).

- Puede afirmarse que la causa se identifica con el fin objetivo o inmediato del negocio jurídico. Respecto de los motivos causalizados, pueden considerarse integrados en la causa cuando han sido objetivados.

33. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989 (La Ley 602-1/1989).

- En la fiducia *cum creditore*, no establece como requisito –para que opere el derecho de retención del fiduciario– la transmisión de la posesión.

34. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1989 (La Ley 291-JF/0000).

- El negocio fiduciario transmite titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe.

35. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1989 (SP/SENT/333958).

- La figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa.

36. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1989 (EDJ 1989/9079).

- Identifica el negocio de mandato con la fiducia *cum amico*.

37. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1990 (La Ley 1290-JF/0000) (EDJ 1990/2537).

- Recoge las líneas maestras que configuran el negocio fiduciario *cum creditore*.
- La *causa fiduciae* en la fiducia *cum creditore*, no es la enajenación propiamente dicha, sino el afianzamiento del débito contraído.
- En la fiducia *cum creditore*, no establece como requisito –para que opere el derecho de retención del fiduciario– la transmisión de la posesión.

38. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 EDJ (1991/866).

- La *causa fiduciae* en la fiducia *cum creditore*, no es la enajenación propiamente dicha, sino el afianzamiento del débito contraído.
- Distingue entre negocio simulado y negocio fiduciario.
- El fiduciario tiene un derecho de retención sobre el bien objeto de fiducia, sin que pueda acceder a su patrimonio.

39. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1991 (La Ley 44174-JF/0000).

- En la fiducia *cum creditore*, no establece como requisito –para que opere el derecho de retención del fiduciario– la transmisión de la posesión.

40. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1992 (La Ley 3154/1992).

- Puede afirmarse que la causa se identifica con el fin objetivo o inmediato del negocio jurídico. Respecto de los motivos causalizados, pueden considerarse integrados en la causa cuando han sido objetivados.

41. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992 (EDJ 1992/4170) (La Ley 14721-R/1992).

- A semeja el negocio fiduciario al mandato.
- La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.

42. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1992 (La Ley 14859-R/1992)(EDJ 1992/7387).

- El fiduciario tiene un derecho de retención sobre el bien objeto de fiducia, sin que pueda acceder a su patrimonio y entiende el negocio fiduciario a espaldas de la teoría del doble efecto.
- La titularidad formal, en la fiducia *cum creditore*, otorga al fiduciario un *ius retinendi*.
- Ineficacia de la compraventa en la fiducia *cum creditore*. Se entiende que el derecho del fiduciario se concreta en la devolución de lo garantizado, no accediendo la propiedad a su patrimonio.

43. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 (La Ley 13102/1993).

- La *causa fiduciae* en la fiducia *cum creditore*, no es la enajenación propiamente dicha, sino el afianzamiento del débito contraído.

44. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1993 (EDJ 1993/6680) (La Ley 15608-R/1993).

- La *causa fiduciae* en la fiducia *cum creditore*, no es la enajenación propiamente dicha, sino el afianzamiento del débito contraído.
- El fiduciario tiene un derecho de retención sobre el bien objeto de fiducia, sin que pueda acceder a su patrimonio.

- La doctrina jurisprudencial considera con base en la existencia de la causa (*causa fiduciae*) que los negocios fiduciarios son válidos, existentes y casuales conforme al artículo 1274 del Código civil.

45. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1994 (EDJ 1994/918).

- Concepto de negocio fiduciario y distinción entre fiducia *cum amico* y fiducia *cum creditore*.

46. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1994 (EDJ 1994/3189).

- Identifica el negocio de mandato con la fiducia *cum amico*.

47. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994 (Cendoj STS 5405/1994).

- La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.

48. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1995 (EDJ 1995/608) (La Ley 435/1995).

- Recoge la tesis jurisprudencial del alto tribunal, por la que se llega a la conclusión de que, a pesar de la transmisión a favor del fiduciario, éste no integra el bien en su patrimonio, porque no es la finalidad pactada y convenida con el fiduciante.
- Entiende que la compraventa en la fiducia *cum creditore* es un instrumento ficticio y por tanto el fiduciario solo puede pedir la devolución de deuda garantizada.
- Concepto de negocio fiduciario y distinción entre fiducia *cum amico* y fiducia *cum creditore*.
- La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.

49. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1995 (La Ley 503/1995) (EDJ 1995/781)

- Recoge la doctrina jurisprudencial respecto “La causa *fiduciae*” y con base en ésta, considera que los negocios fiduciarios son válidos, existentes y casuales conforme al artículo 1274 del Código civil.
- Reconoce la validez y eficacia de la fiducia *cum creditore*.

50. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996 (EDJ 1996/945).

- Validez de la fiducia *cum amico* a pesar de expresarse causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida.

51. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1996 (La Ley 8022/1996).

- La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.

52. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 2 de diciembre de 1996 (EDJ 1996/9143) (La Ley 325/1997).

- Estima acción reivindicatoria entablada por la administración del quebrado frente a la mercantil y los socios por la transmisión fiduciaria de determinados bienes.
- Concepto de negocio fiduciario. El fiduciario tiene un derecho de retención sobre el bien objeto de fiducia, sin que pueda acceder a su patrimonio.

53. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1997 (La Ley 4500/1997).

- No se puede confundir la causa con el fin individual, para llegar a causalizar una finalidad concreta, ésta debe ser perseguida por ambas partes y su importancia debe ser tal, que es la base para la declaración de la voluntad contractual.
- La ilicitud de la causa supone su existencia, pero resulta viciada por ser contraria a las leyes o la moral en su conjunto.

54. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1997 (La Ley 8509/1997).

- La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.

55. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1997 (La Ley 7591/1997) (EDJ 1997/4132).

- La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.
- Ineficacia de la compraventa en la fiducia *cum creditore*. Se entiende que el derecho del fiduciario se concreta en la devolución de lo garantizado, no accediendo la propiedad a su patrimonio.

56. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1998 (SP/SENT/333478).

- Se da simulación a pesar de estar celebrado el contrato ante fedatario público.

57. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1998 (EDJ 1998/7896) (La Ley 7681/1998).

- La fiducia *cum amico* es ilícita cuando pretende eludir la responsabilidad patrimonial universal del fiduciante.
- Los negocios fiduciarios con finalidad ilícita, como es eludir la responsabilidad patrimonial universal, no pueden ser amparados por el ordenamiento jurídico.
- El fiduciario tiene un derecho de retención sobre el bien objeto de fiducia, sin que pueda acceder a su patrimonio.
- Obligación de retransmisión del bien una vez cumplido lo pactado *inter partes*.

58. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1998 (SP/SENT/333958).

- Determina los efectos de los negocios simulados de forma absoluta.

59. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999 (La Ley 8905/1999) (EDJ 1999/13381)

- Reconoce validez y eficacia de la fiducia *cum creditore*.
- Recoge las líneas maestras que configuran el negocio fiduciario *cum creditore*.
- El negocio fiduciario solo transmite formalmente la propiedad al fiduciario, salvo para los terceros de buena fe.

60. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 16 de noviembre de 1999 (La Ley 4252/2000).

- El Tribunal Supremo establece la imposibilidad de que el fiduciario pueda adquirir por prescripción adquisitiva, por cuanto el fiduciario no posee frente al fiduciante en calidad de dueño.

61. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero 2000 (La Ley 4212/2000).

- Identifica el negocio de mandato con la fiducia *cum amico*.

62. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2000 (La Ley 4201/2000).

- El ejercicio abusivo del mandato carece de validez y eficacia frente al fiduciante.

63. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2001 (La Ley 3752/2001) (EDJ 2001/2008).

- Concepto de negocio fiduciario y fiducia *cum amico*.
- Consideran respecto de los negocios fiduciarios, que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral.

- Concluye que cuando el negocio fiduciario no envuelve fraude de Ley, es válido y eficaz, establece las consecuencias derivadas del negocio fiduciario basado en causa ilícita o torpe y los efectos jurídicos que se derivan para los intereses de los contratantes en el caso de nulidad radical.
 - Cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz.
64. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2000 (EDJ 2000/2193) (La Ley 5465/2000).
- Validez y eficacia de los negocios fiduciarios afirmando que la institución ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria.
 - La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.
65. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2001 (SP/SENT/323560).
- Distingue la simulación relativa de la simulación absoluta.
66. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2000 (La Ley 8059/2000).
- Validez de la fiducia *cum amico* a pesar de expresarse causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida.
67. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2001 (La Ley 4639/2001) (EDJ 2001/6309).
- Validez de la fiducia *cum amico* a pesar de expresarse causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida.
68. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (EDJ 2001/5101) (La Ley 4345/2001).
- Recoge las líneas maestras de la configuración de fiducia *cum creditore*.

- Reconoce validez y eficacia de la fiducia *cum creditore*.
- Establece las líneas maestras de la fiducia *cum creditore*.
- En la fiducia *cum creditore*, no establece como requisito –para que opere el derecho de retención del fiduciario– la transmisión de la posesión.

69. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001 (La Ley 2608/2002).

- Desestima acción rescisoria planteada, y absuelve a fiduciante y fiduciario.

70. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001 (La Ley 7043/2001) (EDJ 2001/15832).

- La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.
- Determina la fiducia *cum amico* como la forma pura del negocio fiduciario.
- Posibilidad y licitud de la fiducia *cum amico*.
- Concepto de fiducia *cum amico*.
- Validez y eficacia de los negocios fiduciarios afirmando que la institución ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria.
- Reconoce normalidad y absoluta validez del negocio fiduciario, limitando el derecho de propiedad que ostenta el fiduciario como titular formal del bien dado en fiducia.

71. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001 (La Ley 6424/2001).

- El negocio fiduciario solo transmite formalmente la propiedad al fiduciario, salvo para los terceros de buena fe.

72. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2001 (La Ley 2608/2002).

- El negocio fiduciario solo transmite formalmente la propiedad al fiduciario, salvo para los terceros de buena fe.

73. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (Cendoj STS 589/2002).

- Establece que la titularidad formal produce el efecto de asistir al fiduciario, en tanto que no se produzca el cumplimiento un *ius* o título *retinendi*.

74. Sentencia del Tribunal Supremo 14 de marzo de 2002 (La Ley 3569/2002).

- Establece que la titularidad formal produce el efecto de asistir al fiduciario, en tanto que no se produzca el cumplimiento un *ius* o título *retinendi*.

75. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002 (La Ley 5899/2002).

- Definición de negocio fiduciario; concluye que cuando el negocio fiduciario no envuelve fraude de Ley, es válido y eficaz, establece las consecuencias derivadas del negocio fiduciario basado en causa ilícita o torpe y los efectos jurídicos que se derivan para los intereses de los contratantes en el caso de nulidad radical.

76. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2002 (La Ley 7811/2002).

- Validez y eficacia de los negocios fiduciarios afirmando que la institución ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria.
- Afirma la posibilidad, y la licitud, de la fiducia *cum amico*.

77. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002 (La Ley 11344/2002).

- Estima acción rescisoria o Pauliana contra fiduciante y fiduciario.

78. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2002 (La Ley 1014/2003) (EDJ 2002/46492).

- Validez de la fiducia *cum amico* a pesar de expresarse causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida.

79. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2003 (La Ley 1353/2003).

- Validez y eficacia de los negocios fiduciarios afirmando que la institución ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria.
- La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.

80. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2003 (La Ley 1218/2003) (SP/SENT/4172).

- Legalidad y validez de la fiducia *cum amico*.
- Desdoblamiento del derecho de propiedad en formal y material para interpretar este derecho en el negocio fiduciario y obligación de destino del bien a la *causa fiduciae*.
- Recoge la tesis jurisprudencial del alto tribunal, por la que se llega a la conclusión de que, a pesar de la transmisión a favor del fiduciario, éste no integra el bien en su patrimonio, porque no es la finalidad pactada y convenida con el fiduciante.
- Validez y eficacia de los negocios fiduciarios afirmando que la institución ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria.
- Concepto de negocio simulado.

81. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2003 (La Ley 12125/2003)

- Declara la existencia de un préstamo de usura y anula el negocio por esta causa.

82. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 febrero de 2003 (EDJ 2003/2059)

- Recoge la evolución jurisprudencial para concluir que la fiducia "*cum amico*" es válida y eficaz.

83. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003 (La Ley 10063/2004).

- Admite la validez y eficacia del negocio fiduciario

84. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 17 de septiembre de 2003 (La Ley 2961/2003).

- El Tribunal Supremo con un criterio pacífico establece la imposibilidad de la prescripción adquisitiva por parte del fiduciario frente al fiduciante en su modalidad *contra tabulas*, por cuanto el fiduciario no posee frente al fiduciante en calidad de dueño.
- El negocio fiduciario transmite formalmente la propiedad al acreedor, pero para los terceros de buena fe existe una transmisión real, no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconozcan.
- Reconoce la validez de los negocios fiduciarios, siempre que el propósito negocial o causa impulsora sean lícitos.

85. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2003 (EDJ 2003/146359) (La Ley 10866/2004).

- Concepto de fiducia *cum amico*; recoge la doctrina de que la fiducia *cum amico* es ilícita cuando pretende eludir la responsabilidad patrimonial

universal del fiduciante, no pudiendo ser amparada por el ordenamiento jurídico. La propiedad no pasa a formar parte real del patrimonio del fiduciario.

- Validez y eficacia de los negocios fiduciarios afirmando que la institución ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria.

86. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2004.

- Tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el artículo 1941 sin la base cierta de una posesión continuada, durante todo el tiempo necesario para conseguir la prescripción, en concepto de dueño.

87. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 (EDJ 2004/17049).

- Definición de negocio fiduciario. Legalidad y validez de la fiducia *cum amico*.
- En los contratos fiduciarios el requisito de la *traditio*, transmisión de la posesión, no hace inválida la transmisión fiduciaria, es lo pactado y querido por las partes.
- Considera respecto de los negocios fiduciarios, que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral. Reconoce la validez de los negocios fiduciarios, siempre que el propósito negocial o causa impulsora sean lícitos.
- El negocio fiduciario es válido y eficaz cuando no envuelve fraude de ley.

88. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2004 (SP/SENT/719588).

- La figura de la simulación está basada en la falta de causa.

89. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004 (La Ley 31/2005).

- Diferencia las finalidades del negocio fiduciario y en función de éstas, éste será válido o nulo, por ir contra ley.
- Recoge las líneas maestras de la fiducia *cum creditore*.
- Considera que es oponible el derecho de retención a la masa.
- El fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal, o una titularidad que se califica de fiduciaria o de dominio impropio. El fiduciante conserva la titularidad real y material de los bienes.

90. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2005 (La Ley 11102/2005).

- Concluye que cuando el negocio fiduciario no envuelve fraude de Ley, es válido y eficaz, establece las consecuencias derivadas del negocio fiduciario basado en causa ilícita o torpe y los efectos jurídicos que se derivan para los intereses de los contratantes en el caso de nulidad radical.

91. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2005 (EDJ 2005/63094).

- Pautas interpretativas para determinar la existencia de un negocio fiduciario.

92. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005 (La Ley 193720/2005).

- Establece que en la fiducia *cum creditore* la posesión la puede seguir ostentando el fiduciante, que es el supuesto más común, pero no necesario, dependerá del pacto fiduciario.

93. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005 (La Ley 236564/2005).

- Obligación de retransmisión –del fiduciante al fiduciario– del bien dado en fiducia.
- Diferencia los negocios fiduciarios de los negocios de confianza.

94. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 9 de marzo de 2006 (Cendoj STS 1369/2006).

- Distingue el negocio fiduciario de la donación. Concluye que no existe negocio fiduciario, sino donación, ya que no hay *causa fiduciae* ni pacto de fiducia.

95. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2006 (EDJ 2006/105588) (La Ley 77288/2006).

- La fiducia *cum amico* se caracteriza porque se realiza en interés del fiduciante. De ahí la nota de confianza, ya que el fiduciario no obtiene nada a cambio.
- La propiedad transmitida al fiduciario es únicamente formal.
- Doctrina de los actos propios. No cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario.
- Legalidad y validez de la fiducia *cum amico*.

96. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006 (EDJ 2006/253102).

- Legalidad y validez de la fiducia *cum amico*.

97. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 (EDJ 2007/10509).

- El negocio fiduciario se basa en la confianza.

98. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007 (EDJ 2007/36060).

- Legalidad y validez de la fiducia *cum amico*.
- Resume línea jurisprudencial de fiducia *cum amico*.
- Afirma la posibilidad, y la licitud, de la fiducia *cum amico*.

99. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2008 (La Ley 61752/2008).

- Recoge las líneas maestras que configuran el negocio fiduciario *cum creditore*.

100. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2009 (La Ley 3312/2009).

- No se puede confundir la causa con el fin individual. Para llegar a causalizar una finalidad concreta, ésta debe ser perseguida por ambas partes y su importancia debe ser tal, que sea la base para la declaración de la voluntad contractual.

101. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de marzo de 2009 (La Ley 14369/2009).

- Concluye que el negocio fiduciario no transmite más que formalmente la propiedad al acreedor, pero para los terceros de buena fe existe una transmisión real, y por tanto, no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconozcan.

102. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2009 (SP/SENT/460535).

- No es válido el negocio disimulado –en la simulación relativa– si no cumple los requisitos de forma exigidos por la Ley para su validez y eficacia.

103. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 (La Ley 119065/2009).

- El ejercicio abusivo del mandato carece de validez y eficacia frente al fiduciante.

104. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009 (La Ley 125073/2009).

- Recoge Jurisprudencia que reconoce posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, del negocio fiduciario.

105. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 (SP/SENT/494463).

- No es válido el negocio disimulado –en la simulación relativa– si no cumple los requisitos de forma exigidos por la Ley para su validez y eficacia.

106. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2010 (La Ley 49073/2010).

- Distingue el *lease back* frente al negocio fiduciario.

107. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2010 (La Ley 204546/2010).

- Validez y eficacia de los negocios fiduciarios afirmando que la institución ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria.

108. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2011.

- Doctrina actos propios. No cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario.

109. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 25 de marzo de 2011 (La Ley 14247/2011).

- Estima acción subrogatoria frente a fiduciante y fiduciario, y obliga a que el bien dado en fiducia vuelva al patrimonio del fiduciante para soportar la responsabilidad patrimonial del fiduciante deudor.

110. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2011 (La Ley 62798/2011).

- Recoge jurisprudencia que reconoce posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, del negocio fiduciario.
- Doctrina actos propios. No cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario.

111. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 4 de octubre de 2011 (La Ley 198706/2011).

- Concluye que en los negocios fiduciarios no solamente se debe estar a la literalidad de los términos en los que las partes expresaron obligarse, sino a lo que los contratantes realmente convinieron.
- En la fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal.

112. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012 (SP/SENT/667043).

- Distingue la simulación relativa de la simulación absoluta.

113. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 (La Ley 32690/2012).

- Reconoce posibilidad y validez del negocio fiduciario salvo finalidad fraudulenta.

- No se puede aprovechar el fiduciario que colaboró de forma activa en el negocio, alegando fraude de ley y conseguir de este modo un enriquecimiento injusto.

114. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2012 (La Ley 149045/2012).

- En la fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal.
- Reconoce la naturaleza jurídica del negocio fiduciario como un derecho real.

115. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012 (La Ley 177699/2012).

- Reconoce posibilidad y validez del negocio fiduciario salvo finalidad fraudulenta.
- No se puede alegar la finalidad fraudulenta del pacto de fiducia para negar toda eficacia *inter partes* a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente.

116. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 2013 (La Ley 15933/2013).

- Concluye que cuando el negocio fiduciario no envuelve fraude de Ley, es válido y eficaz, establece las consecuencias derivadas del negocio fiduciario basado en causa ilícita o torpe y los efectos jurídicos que se derivan para los intereses de los contratantes en el caso de nulidad radical.
- No se puede confundir la causa con el fin individual; para llegar a causalizar una finalidad concreta, ésta debe ser perseguida por ambas partes y su importancia debe ser tal, que es la base para la declaración de la voluntad contractual.

- Reconoce la validez de los negocios fiduciarios, siempre que el propósito comercial o causa impulsora sean lícitos.
- La causa puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico. Respecto de los motivos causalizados, pueden considerarse integrados en la causa cuando han sido objetivados.

117. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2013 (SP/SENT/41726).

- La figura de la simulación está basada en la falta de causa.

118. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013 (La Ley 10205/2013).

- En la fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal.

119. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2013 (La Ley 15930/2013).

- Establece respecto a la prescripción adquisitiva que la propiedad adquirida a través de negocio fiduciario es una propiedad puramente formal y por tanto no puede considerarse que exista una posesión en concepto de dueño a los efectos de prescribir a su favor la adquisición del dominio.

120. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013 (La Ley 95932/2013).

- Demuestra que si el tercer adquirente es de buena fe, la venta será válida y el fiduciante no puede accionar contra los terceros que adquirieron a título oneroso ajenos a los pactos internos entre fiduciante y fiduciario; todo ello sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse de forma directa contra el fiduciario.

121. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2013 (La Ley 179539/2013).

- Concluye respecto a la usucapión que la norma presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió mientras no se pruebe lo contrario.

Tribunales Superiores de Justicia

122. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de julio de 1990(La Ley2404/1990).

- Da validez al pacto fiduciario *cum amico* naciendo en la adquirente la obligación a volver a transmitir el bien dado en fiducia.

123. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de mayo de 2003(La Ley 96479/2003).

- Da validez al pacto fiduciario *cum amico* naciendo en la adquirente la obligación a volver a transmitir el bien dado en fiducia.

Audiencias Provinciales

124. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de enero de 2002 (EDJ 2002/13372).

- Usucapión ordinaria en relación con negocio fiduciario, no es válida la propiedad fiduciaria para usucapir.

125. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de mayo de 2004 (La Ley 117657/2004).

- Admite la existencia y validez del negocio fiduciario *cum amico*.
126. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 2005 (La Ley 268324/2005).
- Diferencia entre negocio simulado –sin causa y susceptibles de nulidad– y negocio fiduciario –con causa cierta y válida.
127. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 14 de septiembre de 2006 (La Ley 226581/2006).
- Concibe el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto (como dos negocios independientes), pero considera que la propiedad transmitida al fiduciario es formal, ostentando el fiduciante la titularidad real.
 - Definición de negocio fiduciario caracterizándolo por la divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado.
128. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha de 28 de junio de 2007 (La Ley 185722/2007).
- El fiduciante, mientras está pendiente de cumplirse el negocio fiduciario, no prescribe la propiedad, pero no la prescribe no porque no posea a título de dueño, sino porque no necesita de dicha prescripción adquisitiva, ya que sigue siendo propietario frente al fiduciario, mientras que frente a terceros lo es este último.
129. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de octubre de 2007 (La Ley 271250/2007).
- Concibe el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto (como dos negocios independientes), pero considera que la propiedad transmitida al fiduciario es formal, ostentando el fiduciante la titularidad real.

- Definición de negocio fiduciario caracterizándolo por la divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado.
130. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007 (La Ley 335268/2007).
- Recoge un supuesto de fiducia *cum amico*. La doctrina de los actos propios no se puede aplicar en los negocios fiduciarios, respecto de lo mostrado frente a terceros
131. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 23 de marzo de 2009 (La Ley 47112/2009).
- Rescisión de negocio fiduciario ante el concurso de acreedores.
132. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de Septiembre de 2009 (La Ley 210383/2009).
- Contempla el derecho de retención como medio para poder realizar el bien dado en garantía para el caso de impago.
133. Sentencia Audiencia Provincial de Albacete de 20 de mayo de 2010 (La Ley 104623/2010).
- Concibe el negocio fiduciario a través de la teoría del doble efecto (como dos negocios independientes), pero considera que la propiedad transmitida al fiduciario es formal, ostentando el fiduciante la titularidad real.
 - Definición de negocio fiduciario caracterizándolo por la divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado.
134. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de junio de 2010 (La Ley 180733/2010).
- Distinción entre simulación relativa y negocio fiduciario *cum creditore*.

135. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 junio 2010 (EDJ 2010/146344).
- Reconoce posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, del negocio fiduciario.
136. Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 8 de julio de 2010 (La Ley 282899/2010).
- Configura la eficacia del negocio fiduciario concebido a través de la teoría de la *causa fiduciae*, entre las partes y frente a terceros.
137. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010.
- Validez y eficacia de la fiducia cum amico, pues no se demuestra que sea un negocio en fraude de ley.
138. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010. REF
- No se acredita la existencia de negocio fiduciario. No se ha probado la existencia de pacto de fiducia y de causa fiduciaria.
139. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha de 27 de enero de 2011 (La Ley 12446/2011).
- La propiedad fiduciaria es meramente formal y no es válida para el instituto de la usucapión.
140. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de marzo de 2011 (La Ley 137656/2011).
- Da validez al pacto fiduciario *cum amico* naciendo en la adquirente la obligación a volver a transmitir el bien dado en fiducia.

141. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011 (La Ley 58015/2011).

- Fiducia *cum creditore*, se reclama la retransmisión de los bienes que formaban parte de la comunidad post ganancial de un segundo matrimonio del fiduciante, y que se acuerda que deben volver al patrimonio ganancial del primer matrimonio.
- Concluye que la propiedad fiduciaria o propiedad formal que ostenta el fiduciario no es título válido para que pueda operar la usucapión, máxime cuando ésta va en contra del fiduciante, cuyo pacto fiduciario obliga a las partes.

142. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de junio de 2011 (La Ley 211384/2011).

- Establece la equiparación de la ausencia de causa con la ilicitud de ésta.
- Diferencia entre negocio simulado –sin causa y susceptibles de nulidad– y negocio fiduciario –con causa cierta y válida–.
- Establece en su Fundamento de Derecho tercero, la distinción entre negocios simulados y carentes de causa y los negocios fiduciarios: (existencia de causa).
- Recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estableciendo: “Cuando el artículo 1.276 del Código Civil establece que la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad (veracidad de la causa)”.

143. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 12 de julio de 2011 (EDJ 2011/188689).

- Resume jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la teoría del doble efecto hasta la actualidad.

144. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/292022).

- Definición de fiducia *cum creditore*.
- Considera nulo un negocio fiduciario por calificarlo de préstamo de usura.

145. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 27 de noviembre de 2011 (SP/SENT/658886).

- Requisitos para determinar la simulación de los contratos.

146. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 14 de diciembre de 2011 (La Ley 246972/2011).

- Acción reivindicatoria entablada por el fiduciante y contestada reconvenzionalmente por el fiduciario con acción declarativa de dominio.

147. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de marzo de 2012 (La Ley 56059/2012).

- Definición de negocio fiduciario caracterizándolo por la divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado.

148. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de marzo de 2012 (La Ley 138486/2012).

- El negocio fiduciario transmite titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe. No cabe la usucapión por el fiduciario.

149. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012 (La Ley 172874/2012).

- No se puede aprovechar el fiduciario que colaboró de forma activa en el negocio, alegando fraude de ley y conseguir de este modo un enriquecimiento injusto.

150. Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 16 de octubre de 2012 (La Ley 203863/2012).

- Concluye que existe derecho de retención cuando la venta en garantía va acompañada de la transmisión del bien.

151. Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha de 12 de marzo de 2013 (La Ley 33471/2013).

- En los negocios fiduciarios la prueba de presunciones es válida si es suficiente, clara y concisa.

152. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de mayo de 2013 (La Ley 113684/2013).

- En el negocio simulado relativamente, los efectos del simulado es la nulidad, y el disimulado será válido si cumple los requisitos legales.

153. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 27 de diciembre de 2013 (SP/SENT/759218).

- La validez del negocio disimulado –en la simulación relativa– queda supeditado al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su validez y eficacia.

154. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de diciembre de 2013 (La Ley 245829/2013).

- Establece respecto a la prescripción adquisitiva, que la propiedad adquirida a través de negocio fiduciario es una propiedad puramente formal y, por tanto, no puede considerarse que exista una posesión en concepto dueño a los efectos de prescribir a su favor la adquisición del dominio.

155. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de diciembre de 2013 (SP/SENT/751229).

- No es válido el negocio disimulado –en la simulación relativa– si no cumple los requisitos de forma exigidos por la Ley para su validez y eficacia.

156. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2014 (SP/SENT/774584).

- La simulación lleva implícita la finalidad de engañar a terceros.
- Elementos comunes a la simulación relativa y simulación absoluta.
- Determina los efectos de los negocios simulados de forma absoluta.
- La validez del negocio disimulado –en la simulación relativa– queda supeditado al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su validez y eficacia.

157. Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 6 de mayo de 2014 (SP/SENT/772952).

- La validez del negocio disimulado –en la simulación relativa– queda supeditado al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su validez y eficacia.

158. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de junio de 2014 (La Ley 129221/2014).

- Evolución jurisprudencial del negocio fiduciario, concluyendo que la titularidad que ostenta el fiduciario es formal y aparente frente a la titularidad real y material que conserva el fiduciante.

159. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de junio de 2014 (SP/SENT/775113).

- La validez del negocio disimulado –en la simulación relativa– queda supeditado al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su validez y eficacia.

160. Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de noviembre de 2014 (La Ley 212473/2014).

- Rescisión de negocio fiduciario ante el concurso de acreedores.

161. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de abril de 2014 (SP/SENT/763807).

- Se da simulación a pesar de estar celebrado el contrato ante fedatario público.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

162. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922.

- Primera calificación como fiduciario de un pacto realizado entre los coherederos a favor de uno de ellos para el pago de las deudas de la herencia.

163. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986.

- Afirma que no cabe argumentar la admisión del pacto comisorio en los negocios fiduciarios, que este sea tolerado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

164. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1987.

- No es válida la transmisión definitiva de la propiedad en concepto de garantía y para el supuesto de incumplimiento de ésta, ya que choca con la prohibición legal del pacto comisorio.

165. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de julio de 2012 (La Ley 147728/2012).

- Establece las líneas maestras que configuran el negocio fiduciario cum creditore, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.