

El pacto de retroventa.
Sus relaciones con el negocio
fiduciario y con el negocio simulado
(Estudio de la jurisprudencia del Tribunal
Supremo y de las Resoluciones de la Dirección
General de los Registros y del Notariado)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO: A) INTRODUCCIÓN. B) LA DOCTRINA CIENTÍFICA. ESTUDIO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y DE LA VENTA CON PACTO DE RETRO: a) *Breve evolución doctrinal del negocio fiduciario*. b) *Posiciones doctrinales en torno al negocio fiduciario y su relación con la venta con pacto de retro*.—C) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO: a) *Primera etapa: «Teoría del doble efecto» del negocio fiduciario*. b) *Segunda etapa: Aparente introducción de la «teoría de la titularidad formal» del negocio fiduciario*.—D) LA VENTA CON PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS.—III. EL PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO SIMULADO: A) INTRODUCCIÓN. B) ESTUDIO DE LA DISYUNTIVA (DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL): ¿PRÉSTAMO BAJO LA APARIENCIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO, O EXISTENCIA REAL DE RETRACTO CONVENCIONAL? C) EXISTENCIA DE PRÉSTAMO SIMULADO BAJO UNA COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO. D) EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE VENTA CON PACTO DE RETRO.—IV. CONCLUSIONES.—V. INDICACION BIBLIOGRAFICA.

I. PLANTEAMIENTO

Nuestra intención con la redacción del presente artículo tiene como objeto el estudio de la venta con pacto de retro (1), y su distinción del negocio

(1) Recordemos brevemente que el pacto de retro en la primera doctrina registral fue considerado como *condición resolutoria*, pues el «ejercicio de la retroventa consiste precisamente en el desenvolvimiento de la condición», lo cual implicaba que el primitivo

fiduciario en su modalidad de venta en garantía y del negocio simulado, a través del **análisis** llevado a cabo por la jurisprudencia del TS, por las resoluciones de la DGRN, y de la crítica a la misma. Se trata, en parte, de un tema clásico pero que considero tiene cierta actualidad como lo demuestran tanto los trabajos desarrollados por la doctrina que sobre el tema recientemente se han publicado, como también por las continuas sentencias del TS que en unos casos aluden o resuelven de pasada y en otros estudian el tema.

Desde este primer momento hemos de señalar también la importancia del estudio por la poca claridad existente sobre la cuestión en las sentencias del TS no así en las resoluciones de la DGRN.

contrato de compraventa no había transferido la propiedad completa sino un dominio eventual. Mientras la condición subsista, el vendedor conserva un derecho real enajenable. Caracterización que fue acogida por la doctrina jurisprudencial y también por la científica.

La condición se incumple con el hecho negativo de no pagar el precio el vendedor primitivo en un plazo de tiempo. Con el transcurso de dicho plazo se produce la adquisición definitiva por parte del comprador, que implica la conversión en definitiva y perpetua del dominio antes revocable. El cumplimiento de la condición repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiere verificado. El vendedor es quien a su voluntad posibilita la retroacción (condición resolutoria potestativa).

Posteriormente, se le considera como un *derecho real enajenable*, pero que al introducirse como pacto anejo y simultáneo a la venta, y por sus especiales caracteres y efectos tiene similitudes con una condición.

Ultimamente, la doctrina jurisprudencial lo ha concretado como *derecho real de adquisición preferente* pues es el vendedor quien se reserva la facultad de retraer, y el ejercicio de ese derecho se realiza a través de un negocio jurídico unilateral. Es el vendedor quien si lo desea, en virtud de la reserva realizada y acordada por ambas partes en el primitivo contrato, se transforma en comprador sólo con cumplir los requisitos legales y voluntarios que en el mismo se pactaron. La readquisición se produce como consecuencia del desenvolvimiento de las condiciones establecidas en el primitivo contrato.

En cuanto a la doctrina científica, se ha producido una evolución tal vez más profunda en los últimos tiempos que en la doctrina jurisprudencial. Pues si primero se le consideró afín a una condición resolutoria potestativa, y posteriormente como una condición resolutoria que afecta a la venta pero que en sí misma constituye una facultad o poder de readquisición del vendedor, la posición más actual es su consideración como derecho de readquisición del vendedor, aunque no hay que olvidar que algún autor lo entiende como un derecho de adquisición preferente del tipo de opción.

En conclusión, entendemos por retracto convencional, el pacto anejo a la venta, simultáneo —sólo tiene encaje al tiempo de perfección del contrato— y accesorio al mismo, que se configura como un derecho reservado por el propio vendedor consistente en el derecho de recuperar la propiedad de la cosa que anteriormente le había pertenecido. Derecho cuyo ejercicio es facultativo, esto es, se confía al arbitrio del vendedor y que supone la obligación del comprador de revertir la cosa con posterioridad al vendedor. Sus elementos esenciales, determinados por imperativo legal, son la consignación del precio, gastos, reembolsos, y el establecimiento de un plazo para su ejercicio. Su finalidad práctica es privar al contrato de compraventa de sus naturales efectos, pues con su cumplimiento el vendedor recupera la cosa que había sido transmitida a través del contrato. Todo ello a fin de obtener rápidamente dinero, utilizándose como una hábil forma de aseguramiento, y siendo en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos.

Para llevar a cabo un verdadero análisis de la figura del retracto convencional (2) hemos considerado preciso y necesario hacer una breve reflexión en torno a la evolución doctrinal de la teoría del negocio fiduciario, y, sobre todo, analizar el estudio de la causa en la compraventa con pacto de retro y en el negocio fiduciario. De ahí que también sea importante el estudio del negocio simulado porque hay bastantes supuestos en los que no existe realmente derecho de venta con pacto de retro sino que la llamada venta en garantía simula la real existencia de un contrato de préstamo. Se trata de un supuesto de simulación relativa porque en el exterior se aprecia, o un negocio fiduciario, o una compraventa con pacto de retro, mientras que en el interior lo que realmente hay es una «venta en garantía» o un préstamo.

El estudio no resulta tan sencillo porque además no debemos olvidar la función de préstamo que, en definitiva, fue el origen de la institución, la jurisprudencia recuerda que desempeñó (con cierta importancia a fines del siglo XIX y principios del xx), y como señala el TS todavía hoy desempeña la compraventa con pacto de retro (3).

(2) Existe una gran variedad de términos que hacen referencia al *retracto convencional* -venta con pacto de retro, venta a carta de gracia, venta con pacto de retrovendo, pacto de retroventa, o «empeyament». Terminología que parece depender de la moda, de la época, y, sobre todo, de la denominación otorgada por el propio legislador a la institución tanto en el Código Civil como en los diferentes derechos forales, pues si en las primeras resoluciones se observa una terminología más arcaica —pacto de retrovendo—; en las sentencias generalmente se utilizan los términos de retroventa o venta a carta de gracia, frente a la utilización más actual de retracto convencional pero que puede dar lugar a confusión.

(3) La propia STS de 8 de octubre de 1981 (RA 3589) nos recuerda sus orígenes manifestando que la figura objeto de estudio «toma su origen del pacto de retroventa —pactum de retrovendo— y que adquirió fisonomía propia y especial, distanciándose bastante del carácter que tenía en el Derecho romano de que procede, precisamente nació a falta de una organización hipotecaria, siendo una hábil forma de aseguramiento, que simplemente consistía en un pacto por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida con devolución del precio y gastos, contribuyendo a su desarrollo el que se avenía con la forma patrimonial de los bienes, permitiendo al propietario del patrimonio obtener dinero cediendo fincas con la esperanza de recuperarlas y con aquél dinero atender al pago de obligaciones, en el mayor de los casos de índole hereditaria, y generando así en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos...»

Como ejemplo de la realidad práctica de la institución actualmente, la STS de 7 de febrero de 1989 (RA 754) resalta «la conveniencia de admitir y conservar la figura jurídica de la compraventa con pacto de retro, que tan benéficos efectos económicos puede proporcionar como fuente de crédito y numerario sobre todo en los casos en que sea difícil acceder a otras operaciones de crédito inmobiliario por estar gravada la finca con hipotecas anteriores.»

Y, por último, resulta además interesante poner de manifiesto el Preámbulo de la Ley 29/91 de 13 de diciembre del Parlamento de Cataluña, de reforma de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, en materia de venta a carta de gracia, pues en él, el legislador prepara su proyección futura y expresamente señala que «...el mantenimiento de esta figura ha sido cuestionado por la consideración de que este contrato encubre siempre un

II. EL PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO

A) INTRODUCCIÓN

Como cuestión previa debemos recordar que el *negocio fiduciario* pertenece a la categoría más amplia de negocio indirecto no fraudulento (4).

El origen del mismo surge al existir una desarmonía entre la causa típica

préstamo usurario con garantía real de la cosa vendida. Era necesaria, por lo tanto, la renovación de la venta a carta de gracia para convertirla en una figura realmente operativa dentro del actual tráfico jurídico. Esta renovación debía partir, por lo tanto, de *la consideración de que no se trata de una institución perjudicial en sí misma porque no incluye, entre sus efectos, un derecho real de garantía de un préstamo usurario*. La línea de renovación se centra, por lo tanto, en la necesidad de poner de manifiesto como finalidad típica de la figura la que resulta de su eficacia: la transmisión inicial de la propiedad de la cosa de forma indefinida, pero no definitiva. La reforma legislativa se plantea desde el convencimiento de que, en la actualidad, la venta a carta de gracia puede cumplir diferentes finalidades de tipo social y de fomento que justifican no sólo el *mantenimiento* de la figura, sino también su *difusión*».

(4) Como introducción al breve estudio que vamos a realizar, recogemos brevemente el comentario que realiza HERNÁNDEZ GIL de la STS de 25 de mayo de 1944, utilizando sus propias palabras para distinguir *el negocio simulado, el negocio fiduciario y el negocio indirecto*.

«...a) En el negocio relativamente simulado, el contenido de las declaraciones de voluntad (la del negocio simulado) es sólo aparente aunque sea real el contenido de la declaración del negocio disimulado; mientras que en el negocio fiduciario, ambas declaraciones, tanto la del contrato real positivo como la del contrato obligatorio negativo, tienen un contenido real efectivo.

b) El negocio fiduciario entraña la válida configuración de un negocio complejo, por la combinación de tipos negociales diversos, con lo que se obtiene un resultado no previsto por la ley; mientras que en el relativamente simulado, aunque se superponen dos negocios jurídicos diversos, no se engendra un negocio complejo, válido como tal, sino que sólo puede valer uno de ellos, como negocio simple (el disimulado).

El concepto que formula la sentencia de negocio fiduciario es amplio y generalizador. Le presenta como la «disonancia entre el medio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido, por utilización de una vía oblicua o combinación de formas jurídicas entrelazadas que permitan la obtención de un resultado no previsto por la ley». Esta generalidad se explica porque el propósito del juzgador no es, sin duda alguna, el definir, sino describir la función de los negocios fiduciarios y apuntar sus características en relación con los relativamente simulados. Y, además, porque tal descripción no la refiere sólo a los negocios fiduciarios propiamente dichos, sino también a los denominados negocios indirectos...

La directriz expuesta sobre el negocio indirecto es la que, en el fondo, parece consagrar la sentencia. Todo negocio fiduciario pertenece a la categoría más general del negocio indirecto, en cuanto se persigue una finalidad mediante rodeos o como ella dice, «con la utilización de una vía oblicua». Pero dentro de la categoría del negocio indirecto, la especie negocio fiduciario se caracteriza por la combinación de figuras jurídicas independientes que, al hacerlas confluir y modificarse, permiten obtener un resultado, no contrario a la ley, más si extraño a la previsión de la ley». HERNÁNDEZ GIL: «Jurisprudencia civil. Notas a la STS de 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944». RGLJ. 1945. pág. 695 y ss.

del negocio y la finalidad negocial de los otorgantes, al acudir a un tipo negocial de efectos desproporcionados con la finalidad perseguida (5).

B) LA DOCTRINA CIENTÍFICA. ESTUDIO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y DE LA VENTA CON PACTO DE RETRO

a) *Breve evolución doctrinal del negocio fiduciario*

El surgimiento de la teoría del negocio fiduciario ha sido estudiado detenidamente por la doctrina (6), de ahí que no nos detengamos en su análisis.

De forma muy resumida señalaremos que a partir de los años cuarenta (1944-1945) comienza a surgir en los negocios fiduciarios *la teoría del doble efecto* (7).

En términos generales podemos decir que según esta teoría, el negocio fiduciario se caracteriza por tener una naturaleza compleja, y, en él confluyen dos contratos independientes, uno real de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga omnes*, y otro, obligatorio, válido *inter partes*, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y de forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea la restitución de la misma cosa o abono de su valor económico.

Tiene como única causa la *causa fiduciae*, donde se asientan los efectos de diversa naturaleza, que será la que transmita la propiedad del fiduciante al

(5) En el mismo sentido, últimamente resalta esta idea GÓMEZ GÁLLIGO («Titularidades fiduciarias», en AC, n.º 33, 1992, págs. 533 y ss.), quien además señala que «el fin práctico querido por los otorgantes se podría haber conseguido sin necesidad de acudir a tal negocio (generalmente de causa traslativa)».

(6) Principalmente por DE CASTRO Y BRAVO («El negocio fiduciario, estudio crítico de la teoría del doble efecto» en RDN, jul-dic. 1966, pág. 7 y ss.; y *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1971, pág. 403 y ss.); y también por JORDANO BAREA (*El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959; «Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en ADC, 1966, pág. 619 y ss., y «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en ADC, 1983, págs. 1435 y ss.).

Y actualmente: DE LOS MOZOS («El negocio fiduciario», *La Ley*, 1986-4, pág. 1026), PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO («Consideraciones en torno al pacto de *fiducia cum creditore*», en RJN, jul-dic. 1991, págs. 43 y ss.), ALBALADEJO («El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», en AC, n.º 36, 4-10 de octubre de 1993, págs. 663 y ss.) y FUENTESECA (*El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997).

(7) Se denomina *teoría del doble efecto* porque atiende más a los efectos que produce (reales y obligacionales) que a su verdadera caracterización, Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 554.

fiduciario, y consistirá en la atribución patrimonial del fiduciante al fiduciario frente a la promesa obligacional de éste de servirse de la cosa conforme a lo pactado y de restituirla al fiduciante o a un tercero.

El negocio fiduciario no posee regulación en nuestro Derecho positivo pero cabe al amparo del artículo 1.255 CC. No puede decirse que sea un contrato ficticio o relativamente simulado, o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes (que lo elaboran mediante un acto formal mixto integrado por dos independientes). Existe una transmisión basada en la buena fe con efectos vinculantes para fiduciante y fiduciario.

En conclusión el fiduciario ostenta la titularidad dominical de la cosa frente a todos, incluyendo al mismo fiduciante. Si incumple el pacto de fiducia responderá de daños y perjuicios frente al fiduciante, pero éste no podrá reivindicar la cosa que se halle en el patrimonio del fiduciario o de un tercer adquirente (en el supuesto de quiebra del fiduciario el bien transmitido ingresa en la masa de la misma, no pudiendo el fiduciante pedir su separación alegando que él es el verdadero dueño).

Los partidarios de esta teoría analizan la estructura interna del negocio fiduciario en base a dos planteamientos diferentes (8): Una primera tesis (9) que mantiene que estamos ante un negocio complejo integrado por dos negocios conexos pero distintos (uno real positivo que opera en la transmisión plena de la cosa o derecho y otro obligatorio negativo que da origen a la obligación del fiduciario de retransmitir a su tiempo y de usar los poderes adquiridos conforme al fin propuesto). Y una segunda tesis que propugna la unidad del negocio fiduciario (10).

Los problemas que se plantean de acuerdo con esta teoría se centran en que el fiduciario se convierte en el titular del bien que le ha transmitido el fiduciante, de manera que si el fiduciario transmite el bien a terceros, el fiduciante sólo tendrá una acción personal que le permitirá exigir una indemnización de daños y perjuicios.

Fue DE CASTRO quien expresó sus razonamientos contrarios a la citada teoría (11) señalando «la función conformativa del negocio, que tiene la cau-

(8) Tomamos esta distinción en la evolución doctrinal de PÉREZ DE ONTIVEROS BACQUERO («Consideraciones en tomo...», cit., pág. 47), quien realiza un profundo análisis de la institución del negocio fiduciario a raíz del comentario de algunas sentencias del TS.

(9) Seguida en nuestra doctrina por GARRIGUES («Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil», *CCJC*, 1981, pág. 33) y NAVARRO MARTORELL (*La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950).

(10) Mantenido al principio por JORDANO BAREA en *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959.

(11) Primero en su artículo «El negocio fiduciario, estudio crítico de la teoría del doble efecto...», cit., pág. 7 y ss., que luego fue desarrollada en su libro *El negocio jurídico...*, cit., pág. 409.

sa en nuestro Derecho, no permite que el *fiduciario*, como tal adquiera la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada» (12).

En líneas generales cabe señalar que DE CASTRO (13) impugna la *causa fiduciae* de la teoría del doble efecto, al concebirla unitariamente. No puede admitirse 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: el fiduciante no recibe nada como contraprestación a su entrega, adquiere la propiedad plena y definitiva, aunque con la carga de tener en cuenta la finalidad de garantía para la que el fiduciante realiza la transmisión.

A fin de evitar todos los inconvenientes que presenta esta teoría se busca una forma distinta de concebir la titularidad dominical del fiduciario, todo ello para que el fiduciante pueda ejercitar la acción reivindicatoria frente al fiduciario y contra los terceros adquirentes del fiduciario que conociendo el pacto de fiducia no queden protegidos por éste.

Así parece ser que la doctrina española se propuso la figura del negocio fiduciario, no según la teoría del doble efecto sino conforme a la posterior variante, según la cual *el fiduciante retiene la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad formal* (14). La propiedad formal invertiría al fiduciario frente a todos menos frente al fiduciante, quien podría reivindicarla del fiduciario alegando su condición de verdadero dueño de la cosa.

DE CASTRO llama a la titularidad de ese fiduciario *titularidad fiduciaria* e identifica en cuanto a sus efectos, el negocio fiduciario con el negocio relativamente simulado: la transmisión de la propiedad es una transmisión absolutamente simulada por falta de causa, pero que, sin embargo, oculta un negocio que realmente se quiere. La venta se hace para ocultar la garantía que se da en un contrato de préstamo. A diferencia de lo que ocurre en el negocio simulado donde el falso dueño carece de todo poder verdadero, en el negocio fiduciario este poder se dará en el fiduciario, según el pacto de fiducia (15).

(12) DE CASTRO («*El negocio fiduciario...*» cit., pág. 7) señala que «en la venta en garantía, si las partes están de acuerdo en que el prestamista aparezca como comprador para que así quede bien garantizado su crédito, no habrá razón para que el prestamista adquiera con ello sólo la propiedad plena y definitiva de la cosa dada en garantía; el funcionamiento normal de la autonomía de la voluntad (art. 1.255) permite el que quede convenientemente asegurado el pago de lo debido, que es lo que se busca y lo que se logra sin injustificados excesos atribuyendo al fiduciario la correspondiente situación específica».

(13) DE CASTRO: *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 30.

(14) Teoría que fue defendida por GONZÁLEZ MARTÍNEZ («El titular», *RCDI*, 1928, pág. 272), por HERNÁNDEZ GIL («Jurisprudencia civil. Notas a la STS de 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944», *RGLJ*, 1945, pág. 695 y ss.) y por SAPENA [«Actualidad de la *fiducia cum creditore* (problemas de la carta de gracia)», *RDN*, 1957, págs. 125 y ss.).

(15) Si el pacto se hizo a fin de que fiduciario tuviese la cosa en garantía hasta que el fiduciante transmitente (deudor) pagase la deuda, el fiduciario tendrá realmente

Las conclusiones que se deducen de esta nueva teoría son las siguientes:

Al ser el fiduciario titular formal de la cosa, si transmite la cosa a terceros, éstos estarán protegidos si son de buena fe y a título oneroso. Contra estos terceros no cabe reivindicación de la cosa, sino sólo una indemnización de daños y perjuicios a cargo del fiduciario que se ha extralimitado de los poderes conferidos por el *pacto fiduciae*.

En las relaciones entre fiduciante y fiduciario, éste no podrá alegar nunca que posee a título de dueño, siendo perfectamente posible el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando la cosa se encuentre en el patrimonio del fiduciario o haya pasado a poder de terceros adquirentes en quienes no concurren los requisitos anteriores: buena fe y título oneroso (16).

Lo más importante a destacar es que la titularidad fiduciaria —en nuestro sistema **causalista**— no se puede basar en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (venta simulada), sino que descansa **únicamente** en el pacto fiduciario subyacente (garantía del préstamo disimulado) (17).

sobre la *res fiduciae* los poderes que se derivan del pacto de fiducia que le liga con el fiduciante.

(16) La preferencia de esta teoría sobre la del doble efecto radica principalmente en que ésta no conduce a la desarmonía entre la causa y la eficacia del negocio, ya que la propiedad no se entiende transmitida de modo pleno y definitivo, sino limitada a la eficacia externa y condicionada a su finalidad fiduciaria. Con esta teoría también se evita el resultado: que el fiduciante quede inerte frente a los terceros adquirentes de la cosa confiada, cómplices del fiduciario desleal. No obstante, esta teoría también ha sido criticada por el desdoblamiento que supone de la propiedad formal y material, con la consiguiente creación de derechos reales extraños al ordenamiento.

En un Derecho causalista como es el nuestro —que no admite negocios abstractos—, los negocios fiduciarios se manifiestan en dos momentos: en el contrato de compraventa, simulado o con causa falsa (falta de precio), y en los pactos disimulados. De forma que conforme a nuestro sistema, la *titularidad jurídica* del fiduciario descansa no en el negocio transmisor de la propiedad (venta simulada), sino en el pacto fiduciario subyacente, la *garantía de préstamo*.

(17) De la mucha jurisprudencia existente recogemos dos sentencias que expresan esta idea en la Jurisprudencia:

STS de 25 de febrero de 1976 (RA 884) donde se establece la validez de un negocio encubierto y la inexistencia de la compraventa, diciendo que «no constituye en este caso el precio la causa del contrato pues conforme a lo previsto en el art. 1.276 CC, la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad sólo en el caso de que no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita...»

Y en la STS de 23 de mayo de 1980 (RA 1958) donde se establece la inexistencia de compraventa y opción de compra, determinándose «que según la doctrina científica que puede estimarse de mayor aceptación, la función que nuestro Derecho atribuye a la causa consiste en la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales, función que desde el punto de vista subjetivo se traduce en la finalidad que se pretende conseguir como resultado individual o social, en vista del cual se busca o espera amparo jurídico; de lo que se deduce que cuando el negocio que se pretende amparar por el Derecho es irreal como sucede con la compraventa y la opción discutidas en la litis, y que el que se trataba de encubrir envuelve una finalidad ilícita y maliciosa, entonces

Tras la doctrina de DE CASTRO, aparece autores que le siguen:

JORDANO BAREA, entiende que la tesis acertada es la de la validez del negocio fiduciario, apoyada en la validez de la atribución fiduciaria como atribución causal, cuya causa es la *causa fiduciae* (18). Autor que reconsidera su posición acercándola a la tesis mantenida por DE CASTRO, con la siguientes palabras «se impone, por tanto, el total abandono de la teoría del doble efecto del negocio *fiduciae causa*, como contrario a los fundamentos del mismo sistema jurídico español, y la adopción de la teoría realista más justa del negocio fiduciario propugnada por el profesor De Castro».

ALBALADEJO (19) señala que «el negocio fiduciario como tal, no es admisible en nuestro Derecho, porque sobrepasando el medio utilizado al fin perseguido, éste no es causa suficiente para mantener aquél. Habría una íntima disonancia dentro del ámbito del negocio, un desacuerdo de éste consigo mismo, lo que es inadmisibles. Por ejemplo el fin de garantía carece de fuerza para justificar la transferencia de la propiedad de la cosa que se da en garantía... Ahora bien el negocio fiduciario vale como negocio del tipo que resulte justificado por el fin perseguido (garantizar al fiduciario su crédito), y por tanto, transmite al fiduciario un poder adecuado a ese fin...». «Y así, la transmisión fiduciaria que se haga de algo, da al que lo recibe, no la propiedad (ni siquiera la propiedad formal, que dicen algunos para expresar la idea de haber sido puesta a su nombre), sino sólo la representación para ella del dueño» (20).

surge la inexistencia del negocio jurídico por falta de causa, ya que la causa es uno de los requisitos exigidos ineludiblemente para la validez de todo contrato por el artículo 1.261 CC y su falta determina conforme al artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, la invalidez y carencia de efectos del negocio, la expresión de una causa falsa, conforme al artículo 1.276 no da lugar a la nulidad, ello se halla condicionado a la prueba de la existencia de otra verdadera y lícita...»

(18) Este autor fue uno de los seguidores de la doctrina del doble efecto en el negocio fiduciario, si bien cambió de postura y así lo expone en un artículo publicado en *Anuario de Derecho Civil*, en 1983 «Mandato de adquirir y titularidad fiduciaria», cit., pág. 1.453.

(19) ALBALADEJO (*Derecho civil. I. vol. seg. 1.ª ed.*, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 297 y ss.), quien después de afirmar la inadmisibilidad del negocio fiduciario en nuestro Derecho, niega la existencia de la propiedad formal, pues entiende que «la transmisión fiduciaria que se haga de algo, da al que lo recibe, no la propiedad sino sólo la representación para ella del dueño».

(20) ALBALADEJO («El llamado negocio fiduciario...», cit., págs. 666 y ss.) pone de manifiesto en este trabajo que el negocio fiduciario en el que se exterioriza una transmisión que se finge y encubre un negocio verdadero y querido por las partes pero no difundido u oculto constituye un negocio simulado. En estos supuestos, el que enajena en un negocio fiduciario no desea transmitir sino garantizar, por lo que el negocio exteriorde transmisión no es válido por falta de consentimiento no hay voluntad de transmitir ni precio), de ahí que sólo sea válido el negocio que se pretende ocultar generalmente de garantía. El negocio fiduciario es un negocio simulado relativamente pues siendo nulo el acto simulado, sólo se mantiene el disimulado.

DE LOS MOZOS mantiene que «el negocio fiduciario más que un negocio real o verdadero, en cuanto tal, sólo es un negocio aparente, cuya causa tiene que fundarse en otra verdadera y lícita. Por tanto dicho con otras palabras, en cuanto a negocio aparente es un negocio anómalo, cuyos efectos no pueden deducirse, como en los demás negocios, de un *nomen iuris* o de una tipicidad social, aunque de ellos aparezca revestido, pues la determinación de los efectos del negocio no puede desentenderse de la causa del mismo, que es lo que constituye su fundamento, es decir la condición del reconocimiento por el ordenamiento del acto de autonomía en que consiste el negocio mismo y, en este caso, ello no puede hacerse sin desvelar lo que encubre tal apariencia» (21).

FUENTESECA (22) siguiendo a los autores anteriormente citados, principalmente a ALBALADEJO (23), mantiene que «se trata (el negocio fiduciario) de un negocio simulado... hay que averiguar cual es el negocio disimulado». A su juicio, en la llamada venta en garantía, el negocio disimulado se puede configurar de dos modos diferentes: (24) concurrencia del mandato cuyo objeto está constituido por un negocio de garantía, el bien se transmite en garantía, la causa del negocio es la garantía y con fundamento en el mandato, se encuentra ligado a la idea de confianza o *fiducia* (25), o prescindir de la idea de mandato y reconocer simplemente una garantía atípica.

(21) DE LOS MOZOS: «Negocio fiduciario»..., cit., pág. 1.029.

(22) FUENTESECA: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997.

(23) La causa de garantía se articula como objeto de un mandato. El que recibe la cosa confiada para un fin (mandatario) cumple una misión transitoria, una función de confianza como tal mandatario que no le convierte en dueño verdadero.

(24) FUENTESECA (*El negocio fiduciario...*, cit., pág. 216 y ss.) considera que «en la figura que contemplamos, el negocio disimulado está constituido por un mandato cuyo objeto es un negocio de garantía. A través del mandato no se transmite la condición de dueño pleno sino el ejercicio fiduciario, basado en el acuerdo de confianza, de la función dominical con una finalidad concreta de garantía. El mandatario-acreedor sólo recibe un poder sobre la cosa. Con el objetivo de cumplir el fin de garantía debe el que recibe la cosa, esto es el mandatario-fiduciario, devolverla cuando sea satisfecha la deuda, en caso contrario existe una facultad o mandato de vender. No se trata de reconocer a un nuevo propietario sino de instaurar un agente comisionado mediante el mandato para una función transitoria de dueño fiduciario, como persona de confianza del fiduciante que es también mandante-deudor. La persona que recibe la cosa confiada, esto es, el mandatario debe cumplir la función de dueño dentro del ámbito de la confianza que le ha sido conferida con el mandato».

(25) FUENTESECA (*El negocio fiduciario...*, cit., pág. 211 y ss.) entiende que en este caso «la entrega de una cosa efectuada por el mandante-deudor con un fin confiado que consiste en que el mandatario-fiduciario y acreedor debe restituir el bien cuando cobre el crédito debido, pero si éste no se le abona se le faculta para vender. Es preciso buscar una protección para el acreedor fiduciario y defender la función de garantía que cumple la cosa confiada. Para ello habrá que reconocer que el mandatario acreedor adquiere un poder, una función práctica de propietario pero no ostenta una cualidad de dueño pleno y verdadero». A su juicio el acuerdo existente entre las partes consiste en que la cosa se

En conclusión, la doctrina española mayoritaria admite que el negocio fiduciario no puede transmitir la propiedad, entendiendo algunos autores que existe la propiedad formal, mientras que la doctrina más actual se decanta por la inexistencia del negocio fiduciario, y por su caracterización en negocio simulado relativamente (26).

b) *Posiciones doctrinales en torno al negocio fiduciario y su relación con la venta con pacto de retro*

Una vez expuesta en líneas generales lo que la doctrina entiende que es el negocio fiduciario, y, a fin de centrarnos en el objetivo de nuestro estudio, debemos profundizar en si es posible la equiparación entre negocio fiduciario y venta con pacto de retro, o, si por el contrario, ambas son instituciones jurídicas diferentes.

La consideración de que el pacto de retroventa es un negocio fiduciario tiene hondas raíces en nuestra doctrina científica. Por el contrario, los autores que han dedicado una especial atención al estudio del pacto de retro últimamente precisan la distinción entre el pacto de retroventa y el negocio fiduciario.

Dentro del primer grupo doctrinal se encuentran SAPENA (27), y GISPERT PASTOR (28) en relación con la especialidad foral catalana, venta a carta de gracia.

SAPENA afirma que «la compraventa a carta de gracia es, normalmente, un negocio fiduciario, ya que reúne todos los requisitos de este tipo» (29).

mantenga vinculada en condición de garantía. Este sería el sentido de la causa operante en función de garantía hasta que el deudor fiduciante haga efectiva la deuda contraída. El fiduciario-mandatario adquiere así un poder sobre la cosa confiada para el cumplimiento de una función de garantía acordada con el propio fiduciario en un marco específico: el de *fides* o confianza.

El cumplimiento de la función de garantía va aún más allá: -cuando se abona lo debido cesa el vínculo de garantía fiduciaria que recae sobre la cosa y el fiduciario-mandatario está obligado a devolver. -Si no hay pago de lo debido, el fiduciario acreedor estará facultado para vender la cosa confiada. Esta posibilidad aleja la figura de la *lex commisoria*.

(26) Para un mayor estudio de la visión doctrinal del negocio fiduciario, ver FUENTESECA: *El negocio jurídico...*, cit., págs. 82 y ss.

(27) SAPENA TOMÁS: «Actualidad de la *fiducia cum creditore*», en *RDN*, jul-dic. 1957, págs. 125 y ss.

(28) GISPERT PASTOR: «Contrato de compraventa a carta de gracia (Comentario a la Sentencia del TS de 23 de marzo de 1972)», en *RJC*, 1973, pág. 115.

(29) Compara los requisitos de la carta de gracia con los del negocio fiduciario y los equipara. En primer lugar recoge el resultado indirecto que se persigue con la carta de gracia como es la de conferir garantía real a un préstamo. Señala la dualidad de elementos: a su juicio la existencia de tres contratos el de préstamo, el de garantía y el de compraventa pura o a carta de gracia. A su juicio, existe también la evidente desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido (lo que los contratantes

GISPERT PASTOR distingue dentro de la figura, lo que denomina la forma «pura» y la forma «impura». La primera se basa en la transmisión del derecho de propiedad resoluble, especialísimo, limitado, pero derecho que confiere al comprador las mismas facultades y acciones que le conferiría una venta perpetua. La segunda, que considera que es la más corriente, es la que tiene como fin la garantía de un mutuo y en donde se dan todas las características del negocio fiduciario (30).

El principal autor partidario de la distinción de ambas figuras jurídicas es RUBIO TORRANO (31) quien determina que «en la venta con pacto de retro con finalidad de garantía, la enajenación no puede descansar en la venta porque ésta es inválida al faltarle la causa». Pero también afirma que esto no obsta para que se sostenga el carácter de verdadera venta con pacto de retro en aquellos casos en los que las partes, sin serles ajena la finalidad de garantía que el propio negocio puede desempeñar, quieren realmente la venta celebrada, en cuyo caso el medio se adecúa al fin.

GARCÍA CANTERO sigue en su exposición a RUBIO TORRANO (32).

pretenden es que el crédito del acreedor goce de garantía real, que el deudor no pueda burlarlo con su insolvencia, para conseguirlo acuden a la transmisión del bien). No se olvida de la posibilidad de que el fiduciario abuse de la situación de propietario que tiene si inscribe en el Registro y enajena a un tercero. En último término se hace eco de la característica propia del negocio fiduciario como es el rango superlativo de la confianza, señalando además que en la venta a carta de gracia el vendedor siempre confía en sí mismo en que podrá recuperar y que el comprador no abusará de su titularidad dominical (continúa afirmando que «únicamente en el caso en que esta confianza no exista ni en el grado mínimo, cuando se vende al albur para conseguir dinero de quien sea, no habrá negocio fiduciario».)

(30) A su juicio la titularidad del fiduciario es la propiedad de la cosa que ha recibido en garantía por medio del contrato de compraventa. La causa de este negocio no se encuentra en el artículo 1.274 CC, que hace referencia a las causas de las obligaciones, sino que se encuentra en las causas transmisivas de la propiedad del artículo 1.901 CC. En base al cual, teniendo en cuenta que determina un sistema abierto, afirma que la causa de garantía será idónea para la transmisión de la propiedad. De manera que la propiedad del fiduciario es verdadera propiedad, con todas las facultades inherentes a ella aunque con una limitación temporal paralela a la duración de la causa de la garantía.

(31) RUBIO TORRANO: *El pacto de retroventa*, Madrid, 1990, págs. 155 a 175; y también en *Comentario del Código Civil*, tomo II, «arts. 1.507 a 1.520», Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, págs. 989 y ss.

(32) GARCÍA CANTERO (*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo XIX, Madrid. 1991) recoge casi textualmente las palabras señaladas por dicho autor manteniendo que «la mayor parte de los supuestos sobre los que se ha elaborado la doctrina jurisprudencial relativa al carácter fiduciario de la venta en garantía han operado sobre la base no de un retracto convencional, tal y como lo define el artículo 1.507, sino más bien sobre la existencia de una primera compraventa a la que posteriormente se ha añadido un nuevo documento que trata de fijar el alcance y significado del primer negocio; resulta, en este sentido clarificador el hecho de que cuando nuestro TS ha tenido la oportunidad de enfrentarse con la calificación jurídica de una compraventa con las características recogidas en el artículo 1.507 no ha dudado en denunciar tal negocio como venta con pacto de retro o retracto convencional».

En relación con la venta a carta de gracia, YSAS SOLANS afirma las diferencias entre ambas instituciones (33). Esta autora señala, desde la perspectiva teórica, como notas distintivas, en primer lugar, la consideración de contrato de la venta a carta de gracia mientras que la fiducia es un negocio jurídico. En segundo lugar, la desaparición de la fiducia tras la extinción de la deuda con la devolución de la cosa por parte del fiduciario, sin que el fiduciante haya adquirido ningún derecho real sino que recupera la cosa porque no hay causa en el negocio, a diferencia de lo que ocurre en la carta de gracia, donde el vendedor recupera la cosa en virtud de su derecho de luir y quitar. Y por último, tras el impago de la deuda por el fiduciante, el fiduciario no puede mantener la propiedad de la cosa, de otro modo incurriría en el supuesto prohibido del pacto comisorio, sino que debe a fin de hacer efectivo el cobro de su crédito utilizar los medios legales; mientras que en la carta de gracia si el vendedor no usa su derecho éste caduca, convirtiéndose la propiedad resoluble del comprador en definitiva.

Desde el punto de vista práctico, destaca que ambas instituciones buscan como resultado el aseguramiento de un crédito. Recuerda como el origen de la venta a carta de gracia ha supuesto siempre un *empeyament* (34).

En conclusión, la doctrina actual que ha estudiado el pacto de retroventa o la especialidad foral, venta a carta de gracia, tras diferenciar las figuras, mantienen la existencia de la finalidad de garantía que puede tener la venta con pacto de retro, aunque las partes tengan como intención principal la transmisión del bien.

C) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO (35)

a) *Primera etapa: «Teoría del doble efecto» del negocio fiduciario*

La *teoría del doble efecto* del negocio fiduciario fue introducida en España por las SSTs de 7 de enero y 10 de marzo de 1944.

(33) YSAS SOLANS (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. XXX (arts. 326 a 328), Madrid, 1991, pág. 582 y ss.) define (en la pág. 598) la compraventa a carta de gracia como el contrato nominado en cuya estructura y como elemento principal se encuentra una condición resolutoria. Contrato en el que pesa de manera importante el elemento *empeyament*, cuya finalidad es de garantía y que le aleja de la compraventa común.

(34) Recordemos como la denominación de *empeyament* (nombre que también se le otorga a la carta de gracia) supone la existencia de una situación económica difícil que provoca el dar o dejar una cosa en prenda como garantía.

(35) Como ya hemos expuesto en la introducción de este artículo, nuestra misión principal se centra en el estudio de la compraventa con pacto de retro, de ahí que no nos extendamos en el análisis de todas las sentencias existentes del negocio

La STS de 7 de enero de 1944 (36), considera «inconcebible» la cesión a fines de garantía (si hay cesión se extingue el crédito y no puede garantizarse lo ya extinguido); las expresiones usadas en el documento, sobre el aseguramiento de pago, dice «han de tomarse como expresión del fin psicológico que les movió a contratar» (37).

En la **STS de 10 de marzo de 1944** (38) se indica el siguiente supuesto de hecho: las partes formalizan una escritura pública en la que el vendedor enajena la cuarta parte de una fábrica; en la misma fecha se firma un documento privado en el que se contempla que la verdadera intención de las partes era la de formalizar una operación de garantía y en virtud de ella se prevé la posibilidad de que dicha porción indivisa se vuelva al patrimonio del vendedor. La sindicatura de la quiebra del vendedor interpuso demanda alegando la nulidad por simulación de la escritura pública; oponiéndose a ella el comprador en base a la verdadera naturaleza de ambos documentos: una garantía real que cubra los riesgos asumidos por él mismo.

El TS acoge la tesis del demandante y declara que no puede reputarse nulo por falta de causa un negocio que inequívocamente la tuvo. Admite que la transmisión hecha en escritura pública podría quedar sin efecto según el documento privado y que en este caso el vendedor se había reservado la facultad de rescatar el bien, facultad que hemos de considerar atribuida, en caso de quiebra a la masa.

Esta sentencia fue comentada por HERNÁNDEZ GIL (39), quien señaló la existencia de un negocio fiduciario, pues el comprador de la fábrica va a

fiduciario —ni siquiera en todas aquellas en las que podía entenderse existente una venta en garantía— (sobre el que como ya hemos señalado, existe un recentísimo estudio realizado por FUENTESECA, C: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cit.*), sino sólo en las que podría entenderse que existe una compraventa con pacto de retro.

(36) STS de 7 de enero de 1944 (RA 109).

(37) El cuarto considerando señala que «esta actuación contractual ajustada a la finalidad práctica que en la realidad de la vida del derecho se asigna *al contrato de compraventa cuando se le adiciona el pacto de retroventa como facultativo a favor del enajenante, previsto en el artículo 1.507 CC*, no debe quedar desconocida mediante una interpretación que prescindiendo del valor gramatical de las palabras y del tecnicismo jurídico, priva al contrato de sus naturales efectos, pues la *cessio pro soluto* o dación en pago, opera, como la compraventa, la traslación del dominio, por precio, si bien éste en la dación está representado por el crédito de que se da por satisfecho el acreedor, y es por esto inconcebible, legalmente, la cesión de bienes para garantizar el pago de una deuda porque el que paga no garantiza sino que extingue su obligación, como es también incomprensible que pueda establecerse un derecho de retracto a favor de quien no llega a desprenderse del dominio de los bienes a que ha de referirse tal derecho».

(38) STS de 10 de marzo de 1944 (RA 526).

(39) HERNÁNDEZ GIL: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1944» en *RGLJ*, 1945-I, págs. 690 y ss.

adquirir la propiedad de forma efectiva, pero en virtud de lo estipulado en el negocio obligatorio negativo dicha titularidad no le confiere más que un poder de administración, una facultad de garantía (40).

El conflicto central de esta decisión judicial se plantea en las relaciones entre los acreedores de la quiebra, en sustitución del fiduciante y como subrogados suyos y el fiduciario. Se trata de un caso en el que el bien objeto de fiducia no ha sido transmitido a terceros. La sentencia niega al fiduciante la reivindicación de los bienes objeto de fiducia y reconoce la realidad de la venta, a pesar de que dicha transmisión podía quedar sin efecto cuando se cumplan las obligaciones que el comprador asumió por virtud de su afianzamiento. En resumen, para que resulte la ineficacia de ese pacto respecto a terceros han de darse determinadas circunstancias, es decir, se protege a terceros adquirentes (que lo son por enajenación abusiva del fiduciario).

También la **STS de 25 de mayo de 1944** (41) indicó que no había de pensarse que cualquier incongruencia entre la estructura jurídica y la finali-

(40) Se reconoce en el último considerando de la sentencia que «de la apreciación conjunta de ambos documentos resulta que la transmisión que se hizo en escritura pública, podía, según el documento privado quedar sin efecto, cuando el señor C cumpliera, en relación con el señor M las obligaciones que este asumió por virtud de su afianzamiento; o, lo que es más claro, se reservó una facultad de rescate, que explicablemente, se ha atribuido en el procedimiento de quiebra a la masa, por cuanto, en aspectos especiales le sustituye así en el ejercicio de sus derechos de contenido económico, como en el cumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza; y resultaría exorbitante si se siguiese la tesis de la demanda que es, en último término, la que acoge la sentencia recurrida, que aparte de ello, fuese lícito a los acreedores de la quiebra obtener en su propio provecho la nulidad de un contrato, por obra de una simulación que la realidad no confirma y el derecho rechaza, cuando por el juego normal de las normas específicas aplicables, que son las que precisamente podrían invocar en su apoyo, y muy singularmente por la contenida en el artículo 880 del Código de Comercio, *sólo hubieran podido solicitar la revocación del contrato partiendo de supuestos que en el caso de autos no se dan, pues ni la transmisión tuvo lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración de la quiebra, ni pudo por una elemental razón cronológica, defraudar los futuros intereses de una masa formada cinco años después con lo que cae por su base la posibilidad de simulación por fraude...*»

(41) STS de 25 de mayo de 1944. (RA 800). Decisión judicial que entiende que «si bien el contrato de 7 de marzo de 1935 no fue efectivamente de préstamo ni en el de 6 de febrero de 1936 hubo entrega formal de precio, tuvieron ambas convenciones como causa la liquidación previa y consiguiente pago de los débitos que por consecuencia de suministro de géneros había contraído la demandada *con el actor concurriendo en ellas, de este modo, la oportuna reciprocidad de prestaciones, constituida en el primer convenio —configurado como préstamo hipotecario— por la correlación de la cantidad liquidada como adeudo y la hipoteca establecida, y en el segundo convenio —estructurado como venta con pacto de retraer— por la correlación entre la venta de la casa y el precio recibido por la vendedora, cualquiera que fuera el origen causal de su obligación*; de lo cual infiere la Audiencia, que no cabe admitir que tales contratos fuesen inexistentes por carencia de causa o anulables por su carácter simulado».

dad económica de un negocio jurídico haya de producir la ineficacia del mismo (42).

Importante es la **STS de 23 de febrero de 1951** (43), que diferencia entre negocio simulado y fiduciario, señalando que éste realiza una combinación de figuras, que salvo caso de probarse la existencia de fraude, no se opone a su validez, ya que al establecer el artículo 1.276 del Código Civil el principio de nulidad de los contratos en que se hace expresión de una causa falsa, exceptúa el supuesto de que están fundados en otra verdadera y lícita.

Así pues la teoría del doble efecto del negocio jurídico se introduce y goza de gran aceptación en nuestro país. Sus requisitos esenciales se hallan recogidos en la **STS de 3 de mayo de 1955** (44). En esta decisión judicial se analiza **pormenorizadamente**, por nuestro más alto Tribunal, la existencia y los caracteres de un negocio fiduciario, y en concreto, la *fiducia cum creditore* (45). Concretamente, en el sexto considerando se señala que:

«si bien en nuestro Derecho positivo no se regula específicamente el negocio fiduciario, nada hay que se oponga a su admisión, según doctrina y jurisprudencia moderna, sino que, por el contrario, el art. 1.255

(42) HERNÁNDEZ GIL («Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1944...», cit., págs. 697 y ss.) entiende que «se da un paso más al perfilar el concepto de negocio fiduciario, se apuntan sus líneas básicas y se le integra en la teoría general del negocio jurídico, acogiendo sin reservas su denominación técnica».

(43) La STS de 23 de febrero de 1951 (RA 267) señala que «no cabe confundir el negocio simulado con el fiduciario, porque, aparte otras notas diferenciales, el primero es un negocio simple y se realiza para producir una apariencia o un engaño, mientras que el segundo reviste una forma compleja y está integrado por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo, pues aunque se transfiere la plena titularidad de un derecho, el adquirente se obliga a volver a transmitirlo al enajenante o a un tercero, una vez conseguido aquél fin económico, realizando una combinación de figuras jurídicas que —salvo caso de probarse la existencia de fraude— no obsta a su validez, ya que al establecer el art 1.276 del Código Civil el principio de nulidad de los contratos en lo que se hace expresión de una causa falsa, exceptúa el supuesto de que estén fundados en otra verdadera y lícita». Se identifica el negocio fiduciario con el relativamente simulado, acogiendo la tesis que hemos visto en la STS de 25 de mayo de 1944.

(44) STS de 3 de mayo de 1955 (RA 1561). No hay nada que se oponga a la validez *inter partes* de la venta en garantía. La posibilidad de que ella oculte la imposición de una cláusula comisoría en favor del fiduciario o prácticas usurarias, podrá siempre ser reprimida por los tribunales como actos en fraude a la ley; para lo que se podrá tener en cuenta toda clase de pruebas, incluso la de presunciones.

(45) Parte en su primer considerando de la venta con tradición inmediata y la sucesiva inscripción en el Registro de dos casas y 16 fincas rústicas por el precio de 4.500 pesetas y el pacto de retrovender, «compromiso contraído por el comprador de devolver al vendedor las fincas enajenadas si le pagaban las 4.500 ptas. que aquél le había entregado como garantía del préstamo, la Sala sentenciadora estimó que lo realmente querido por los interesados fue garantizar el cobro de la cantidad prestada mediante la estipulada venta, y calificó de *negocio fiduciario* lo convenido...»

del Código Civil, entre otros que autorizan la libertad de pactos lícitos, ofrece vasto campo de contratación atípica, como la fiduciaria; y 2º porque la materia contemplada en este pleito revela claramente su estructura de *fiduciary creditore*, de tipo romano, por la concurrencia de los requisitos que la caracterizan, a saber: a) hay un contrato complejo, integrado por otros dos interdependientes, uno real, de transmisión plena del dominio, la compraventa con su correspondiente contribución patrimonial eficaz erga omnes y otro obligacional, válido entre partes, que constriñe al comprador al uso del derecho adquirido en forma que no impida el rescate por el vendedor de la titularidad transmitida y consiguiente deber en otro caso de indemnizar daños y perjuicios, sirviendo de causa al contrato unificado la fiduciaria propia del vínculo obligacional que presta soporte también a la compraventa en su función de garantía entre los contratantes; b) hay una evidente desproporción entre el medio empleado —venta de dos casas y 16 fincas rústicas— y el fin realmente perseguido —mera garantía de un préstamo de 4.500 pts.—;...».

Decisión judicial que, a su vez, establece las limitaciones y los problemas que conllevan la utilización de esta vía, tal y como continúa diciendo la propia sentencia:

«c) hay, en consecuencia, la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario, si éste procede deslealmente y abusa del poder excesivo que se le confirió, bien creando terceros *adquir* entes frente a los cuales el fiduciante carece de acción, si aquellos merecen el concepto de terceros, bien resistiendo infundadamente el cumplimiento de la obligación de restituir, que es lo que se aprecia en este pleito; y d) hay, en fin, el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser conseguido por la vía directa y típica del préstamo con *afianzamiento*, prevista en el ordenamiento jurídico» (46).

No obstante, tanto la jurisprudencia registral como la del TS, admiten cierta cautela en cuanto a la eficacia de la transmisión fiduciaria, es decir,

(46) Se recoge en esta sentencia el criterio del doble efecto. Además queremos hacer constar que el supuesto de hecho de esta sentencia constituye el ejemplo típico de negocio fiduciario formalizado a través de venta en garantía que puede confundirse con venta con pacto de retro, pues se parte de un doble documento suscrito en dos momentos distintos: un contrato de compraventa en documento privado, y otro posterior, realizado quince días más tarde, en el que se acuerda la retro venta de las fincas si se abonase por el vendedor la deuda por la que las fincas han sido vendidas en garantía.

se hicieron eco de la variante adoptada con posterioridad por la doctrina científica, de considerar al fiduciario propietario formal. Así la **R. de 14 de junio de 1922** (47), ya estableció que:

«una Comisión pagadora de deudas de una testamentaria, nombrada judicialmente en situación de otra anterior que ya había funcionado, *no es una personalidad distinta o un sucesor a título universal de la primera, sino un órgano de disposición colocado en el puesto y con las atribuciones de la misma*» (48).

La práctica judicial, ante determinadas compraventas donde el comprador adquiere por cuenta y para fines de otro, reconoce la existencia de supuestos correspondientes a la dogmática del negocio fiduciario. Así, en la **STS de 23 de mayo de 1935** (49), se decide el siguiente caso: se habían adjudicado unas fincas «en comisión para pago de deudas» a tres de los seis herederos. El acreedor de uno de los adjudicatarios embarga las partes de finca adjudicadas a éste e inscritas a su nombre (50).

La supuesta venta en garantía en que consiste el supuesto de hecho, supone la creación de una titularidad fiduciaria pues se transmite al fiduciario un poder sobre la cosa confiada (irrevocable por el fiduciante en interés del fiduciario). El fundamento de la transmisión se encuentra en el pacto fiduciario extraño a la escritura de venta, por el que se pone la cosa confiada en poder y posesión del fiduciario a fines de garantía. La situación fiduciaria no puede considerarse separadamente del préstamo concedido, o la concesión de prórroga respecto de un crédito vencido o próximo a vencer. La transmisión de la finca supone una garantía para el prestamista (51).

(47) R. de 14 de junio de 1922. ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia Registral*. T. V (1917-1924). Bosch. Barcelona.

(48) En esta RDGRN se estudia el interés por el concepto de titularidad fiduciaria. Considera al *adjudicatario como propietario formal*, de modo que los bienes adjudicados no se incorporan al patrimonio de ninguno de los miembros de la comisión de pagadores designada; estimando que esos bienes —mientras no se dispusiera de ellos— quedaban tan separados del de los adjudicatarios, que se les califica de «patrimonio especial, dotado de órganos de disposición»; y las facultades de éstos quedan «siempre caracterizadas por su finalidad fiduciaria».

(49) STS de 23 de mayo de 1935 (RA 1123).

(50) El supuesto de hecho estaba constituido por una «figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas (en este caso en una testamentaria se hace la adjudicación de determinadas fincas a tres de los herederos solidariamente con el exclusivo fin de pagar las deudas de la testamentaria y pagar el resto que quedase a los seis herederos por partes iguales) es muy compleja, pero *cabe afirmar que por ella se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizada por su finalidad fiduciaria o sea por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza*».

(51) En la STS de 30 de octubre de 1965 (RA 4752) se considera una partición de bienes en la que los albaceas adjudicaron ciertas fincas a uno de los herederos «a fin de

Debemos destacar también la **STS de 8 de marzo de 1963** por recoger la teoría de la propiedad formal al afirmar que el fiduciario,

«aunque ante terceros ostentase la cualidad de titular *erga omnes* con todas las facultades inherentes al dominio consignadas en el art. 348, respecto al *fiduciante*, únicamente obtuvo un dominio impropie dictum, o sea una propiedad formal y sujeta a condición que origina a favor del recurrido (el fiduciante) un derecho de reversión esgrimible a través de una acción personal derivada de la *bona fidei*».

A fin de recopilar la doctrina jurisprudencial que aborda estas cuestiones, con una visión expositiva podemos señalar, a modo de resumen que, en un principio, el TS citaba claramente como doctrina más autorizada la del doble efecto real y obligacional del negocio fiduciario [**23 de febrero de 1951 (52)**, **7 de junio de 1955 (53)**, **31 de octubre de 1955 (54)**, **22 de mayo de 1956 (55)**, **10 de julio de 1957 (56)**, **5 de diciembre de**

que con el carácter de mandatario de los demás coherederos que tiene, venda los (bienes) necesarios a tal objeto y rinda cuenta justificada del cumplimiento de su cometido con derecho a reclamar y obligación de abonar en sus respectivos casos lo que faltare o sobrare para dejar completamente saldado el pasivo de la sucesión». El TS no casa, y caracteriza la situación del fiduciario como «careciendo de derecho de incorporar a su patrimonio lo que le fue transferido para otro fin con base en la confianza». Es pues un ejemplo de la transmisión de propiedad formal (el heredero es el titular formal).

(52) La STS de 23 de febrero de 1951 (RA 267) tiene como supuesto de hecho la simulación de una escritura pública en la cual se transmiten unas fincas, dado que el mismo día los mismos otorgantes firman un contrato en que declaran nulo y sin valor lo que en ella se dispone.

(53) La STS de 7 de junio de 1955 (RA 2298) en sentido negativo, para establecer la inexistencia de negocio fiduciario, en su primer considerando establece, sin más, que: «analizando la prueba practicada, con la soberanía que le está atribuida aprecia que no se está en el caso de un negocio fiduciario en que lo querido sea constituir una garantía para pagar una deuda encubierta bajo la forma de contrato de compraventa...».

(54) La STS de 31 de octubre de 1955 (RA 3563) reseña que al no hacerse efectivo el precio del préstamo, se otorgó —en garantía del mismo— escritura de compraventa de una finca a favor de la acreedora. De ahí, la existencia de un, «negocio fiduciario, con los caracteres de revestir una forma compleja y está integrado por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo, sin que pueda tenerse en cuenta otras consideraciones hechas por el recurrente respecto a que lo concertado fue un pacto de retroventa de distinta naturaleza, dada la inexistencia del negocio fiduciario, pues fueron los contratantes los que optaron por la forma jurídica que estimaron conveniente...».

(55) La STS de 22 de mayo de 1956 (RA 2433), en su segundo considerando, establece que «la *fiducia* encubre una operación de garantía bajo una aparente transmisión, supuesta, es claro, la licitud de la operación, y la de sus efectos...».

(56) STS de 10 de julio de 1957 (RA 2225). El supuesto de hecho es el siguiente: Al no haberse hecho efectivo el importe del préstamo, se otorgó en garantía del mismo una escritura pública de compraventa de varias fincas, por el precio de 52.000 ptas.,

1959 (57)]. Según los fallos judiciales expuestos, la línea que sigue el TS es la de corroborar la teoría de que el fiduciario adquiere plena y definitivamente la propiedad de la cosa confiada en garantía, pero también admite cierta cautela en la eficacia de la transmisión fiduciaria, pues en alguna decisión se mantiene que *lo adquirido por el fiduciario es sólo la propiedad formal* (23 de mayo de 1935, 8 de marzo de 1963, además de la RDGRN de 14 de junio de 1922), es decir se adoptaba una variante de la citada teoría.

firmándose en la propia Notaría un documento privado, en el que los otorgantes de la escritura pública convenían que mediante la entrega, por parte de la deudora-vendedora, del importe del principal del préstamo de 145.000 ptas. y sus intereses, se otorgaría nuevamente escritura de retransmisión a favor de aquella, la parte acreedora-compradora de las fincas transmitidas fiduciariamente en el mismo documento privado, que fueron objeto de la mencionada escritura pública.

El Tribunal Supremo afirma en esta sentencia, por un lado, que no ha de pensarse que cualquier incongruencia entre la estructura jurídica y la finalidad económica del negocio debe producir la ineficacia del mismo, esto es, reafirma la validez y licitud del negocio jurídico. Y, por otro lado, desentraña la estructura del negocio fiduciario, expuesta ya en otras decisiones judiciales, que se compone a su vez de dos negocios uno de transferencia, y otro, de garantía que obliga.

Continúa en la misma línea jurisprudencial expuesta, indicando incluso cuales son las sentencias que recoge. Así, el Tribunal establece en el tercer considerando que:

«los elementos característicos del *negocio fiduciario*, indica ya que no ha de pensarse que cualquier incongruencia entre la estructura jurídica y la finalidad económica del negocio haya de producir la ineficacia del mismo, pues por el contrario, puede éste ser válido y producir sus efectos en el caso de la mera disonancia entre el medio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido, por utilización de una línea oblicua o combinación de formas jurídicas entrelazadas para la obtención de un resultado no previsto en los cuadros de la Ley, la Sentencia de 28 de enero de 1945 (RA 111) sintetiza y desenvuelve la doctrina anterior sobre negocios fiduciarios, indicando que el *negocio fiduciario* se compone en su esencia de dos diferentes: uno, de transferencia y otro, de garantía que obliga: doctrina que reiteran las sentencias más recientes de 23 de febrero de 1951 (RA 267) y 31 de octubre de 1955 (RA 3563).

(57) La STS de 5 de diciembre de 1959 (RA 4487) recoge un supuesto de retracto legal de colindantes de una finca rústica, en el que durante la tramitación del juicio de retracto se edificó una construcción. El Juez de Primera Instancia acordó no haber lugar a que el edificante fuera reintegrado de los gastos originados por la indebida construcción de la casa edificada en el predio rústico, condenándole a que derribe dicha edificación y entregue el predio al ser y estado en que se encontraba cuando fue adquirido por él. Sentencia confirmada por el TS.

El TS utiliza textualmente la expresión «*titularidad fiduciaria*», para referirse a la que ostenta el fiduciario y determina el alcance a atribuir a dicho concepto: titularidad de confianza y garantía pero sin poder de disposición.

No obstante, más adelante la propia sentencia recoge el presupuesto esencial de la teoría del doble efecto, pues señala que nos encontramos ante un negocio fiduciario constituido por dos diversos y que converge en una misma finalidad de transmisión el primero y de garantía el segundo. En virtud de dicho negocio, aunque se transfiera la plena titularidad de un derecho, los adquirentes contraen la obligación de volver a poner las fincas a nombre del vendedor.

b) *Segunda etapa: Aparente introducción de la «teoría de la titularidad formal» del negocio fiduciario*

Como hemos visto al estudiar la evolución del negocio fiduciario en la doctrina científica, en torno a los años *setenta* se supera la teoría del doble efecto tras las críticas y el estudio realizado por DE CASTRO. Y que como acabamos de señalar influyó también en la doctrina jurisprudencial, pues comienza a examinarse la *titularidad fiduciaria como titularidad formal en base a que el negocio fiduciario se halla exento de efectos transmisivos* (58).

Tras el análisis de las siguientes decisiones judiciales [SSTS de 19 de enero de 1977 (59), de 27 de junio de 1980 (60), de 9 de diciembre de

(58) Para llegar a descubrir la verdadera posición jurisprudencial resulta de especial interés el análisis de la caracterización de la titularidad del fiduciario: *la cuestión de si dicha titularidad sirve para adquirir la propiedad de la cosa confiada por usucapión y si con el simple paso del tiempo puede quedar liberado el fiduciario de su obligación de restituir dicha cosa*. Cuestión que se resuelve en sentido negativo por la STS de 3 de mayo de 1955 (RA 1561) partiendo de la aceptación nominal de la teoría del doble efecto. Se trataba de la venta por 4.500 ptas. de 2 casas y 16 fincas rústicas, inscrita en el Registro de la Propiedad, respecto de la que en posterior documento privado constaba un pacto de retroventa por cuatro años si el vendedor pagaba las 4.500 ptas. entregadas en concepto de préstamo. El TS entiende que había un negocio de la estructura de fiduciario «cum creditore». Frente a las reclamaciones del fiduciante para el rescate de las fincas, el fiduciario opone las excepciones de prescripción adquisitiva por haberlas poseído a título de dueño durante dieciséis años, con título inscrito en el Registro. Y señala que: «este contrato funcionó realmente como garantía de un préstamo y las fincas que se figuran vendidas las ha poseído en tal concepto el demandado, sin transferencia a tercer adquirente, por lo que, a efectos de prescripción adquisitiva entre los contratantes, ni las había poseído a título de verdadero dueño, según exige el artículo 1.941 del repetido Código, ni la relación jurídica creada se gobierna por normas hipotecarias».

(59) STS de 19 de enero de 1977 (RA 92) donde entre el actor y el demandado se concertó un contrato en virtud del cual la venta de las 52 acciones de Unic Hoteles S.A., realizada por el primero al segundo ante corredor de comercio, constituyó solamente una operación de garantía o afianzamiento, del cumplimiento por parte del demandante de determinadas obligaciones de pago, a las que debía hacer frente dentro del plazo de un año.

En el cuarto considerando se establece que: «las acciones no han salido de la propiedad del primitivo titular, ya que, aquella venta autorizada a dicho fundador, no llegó a llevarse a efecto; pues entregadas las acciones en garantía, éstas hubieran salido del patrimonio del vendedor, sólo cuando, pasado un año no se hubiera extinguido el crédito que ostentaba el comprador frente al vendedor, hipótesis que no ha llegado a realizarse».

(60) STS de 27 de junio de 1980 (RA 2414). El TS considera que hay compraventa al existir precio y ánimo transmisor de las partes. En dicha decisión se establecen los requisitos necesarios del negocio fiduciario (según los postulados más rigurosos de la teoría del doble efecto) a fin de su diferenciación de la compraventa: «Para considerar como *vínculo fiduciario* una relación jurídica se requiere que se cumplan las exigencias jurisprudenciales requeridas para su adecuada configuración, cuales son —según reiterada jurisprudencia— la transmisión por una persona (fiduciante) en plena propiedad, de un determinado bien o derecho a otra persona (fiduciario), para garantizarle el pago de la

1981 (61), de 19 de mayo de 1982 (62), de 2 de junio de 1982 (63), de 6

deuda, con la obligación por parte de esta de retransmitirla a su anterior propietario, cuando la obligación asegurada se haya cumplido (*factum fiduciae*).»

En definitiva, sin llegar a mantener la existencia de vínculo fiduciario, al recoger y exponer los criterios de la teoría del doble efecto deja entrever que dicha teoría sigue en vigor.

(61) STS de 9 de diciembre de 1981 (RA 5153). El supuesto de hecho consiste en la adquisición de bienes a través de escritura pública. Simultáneamente el adquirente formal de los mismos reconocía en un documento privado que los devolvería al demandante-transmitente, previo cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél.

Negocio que el Tribunal califica de fiducia (textualmente señala: «la transmisión figurada del dominio y el préstamo en garantía del cumplimiento de lo pactado»). Se menciona la existencia de transmisión plena de la propiedad, siguiendo los requisitos de la teoría del doble efecto: «El negocio fiduciario viene caracterizado como 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 ha de claudicar también, en atención a la efectiva presencia, en el caso litigioso de los dos contratos realmente queridos por los litigantes... es un típico contrato de fiducia, cuya existencia no está contradicha por la circunstancia de que, a la vez, se arbitró, en el propio documento un mecanismo de garantía de cumplimiento de lo pactado que se inserta en los antecedentes del pacto como un préstamo simulado representativo del valor que las partes atribuyen a lo adquirido, cuya devolución por el prestatario, dentro de cierto tiempo, configura una contraprestación de éste *in solutione*».

Pero más adelante, en el mismo considerando, podemos apreciar cierta confusión del juzgador, al mencionar «el adquirente formal de los bienes», es decir se mantiene la existencia de lo que la doctrina científica entiende por propiedad formal del fiduciario. Y, posteriormente, en el Considerando quinto *in fine* afirma que «la simulación del préstamo, deja intacta la verdadera relación que las partes han concluido, consistente en una obligación de tipo fiduciario, contraída como consecuencia de la *real adquisición de los bienes por el demandante (que es el fiduciante)*, no obstante figurar hecha a nombre del demandado».

(62) STS de 19 de mayo de 1982 (RA 2580). En esta sentencia se declara que no hay transmisión del bien, pues no hay ánimo de comprar y vender. Tras enumerar los requisitos existentes en el negocio jurídico según la teoría del doble efecto, insiste en la limitada eficacia real de la venta en garantía (por tanto, titularidad formal), no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio *inter partes*. No obstante, parece que al propio fiduciante se le otorga el carácter de crédito privilegiado, frente a los acreedores del fiduciario, que gozará de preferencia para hacer efectivo sobre la finca aquella parte del capital mutuo que quedaba por devolver. Se considera por tanto que el bien no puede acceder al patrimonio de la actora.

(63) STS de 2 de junio de 1982 (RA 3402). Fallo destacable por la calificación del negocio objeto de examen como de fiduciario en la modalidad de *fiducia cum creditore*. Sentencia que va marcar un punto de arranque, pues en ella se van a basar decisiones posteriores para afirmar la existencia de la propiedad formal del fiduciario. Concretamente en esta sentencia se señala como: «la teoría científica más reciente se aparta del doble efecto y prescinde de la sustantividad de la causa fiduciae como comprendida en el art. 1.274 CC...» «... y, por ello la titularidad fiduciaria o propiedad formal 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 venta en garantía...».

de abril de 1987 (64) y de 8 de marzo de 1988 (65)] consideramos necesario calificar la doctrina jurisprudencial de bastante confusa (66).

(64) STS de 6 de abril de 1987 (RA 2494). El Tribunal entiende que no cabe estimar que el fiduciante siga siendo verdadero dueño de la cosa, sino que por el contrario se ha operado una verdadera transmisión de la misma, basada en la buena fe y con atribución de la titularidad real al fiduciario. Textualmente, en el fundamento de derecho segundo, recoge todos los requisitos de la teoría del doble efecto. Determinándose en dicho fundamento *in fine* que «de acuerdo con tal doctrina, no cabe estimar, como pretende el recurrente, que el fiduciante siga siendo verdadero dueño de la cosa, siendo el contrato fiduciario un nuevo instrumento para articular en la práctica la obligación del fiduciario de reponer formalmente a aquél en la posesión de la cosa, sino que, por el contrario, se ha operado una auténtica transmisión de la cosa basada en la buena fe y con atribución real de la titularidad dominical al fiduciario...».

Aunque con carácter previo en el mismo fundamento había señalado que «si bien es cierto que la doctrina científica más reciente se aparta de la teoría del doble efecto...y por ello la titularidad fiduciaria o propiedad formal 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 venta en garantía...».

En resumen, parece que se va a mantener la superación de la teoría del doble efecto y, a continuación exponer la idea de la propiedad formal, pero confusamente el TS señala que «estamos en presencia de un contrato, que ocasiona una transmisión basada en la buena fe, con vinculantes efectos para fiduciante y fiduciario.»

(65) STS de 8 de marzo de 1988 (RA 1607). Recoge idénticos planteamientos que la de 2 de junio de 1982, y explica en el fundamento de derecho segundo, no sólo todos los reiterados caracteres de la teoría del doble efecto, sino también con lucidez la aceptación de la propiedad formal en el negocio fiduciario «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, siendo 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 terceros, de todo lo cual concluye 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 esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender».

(66) Frente al criterio de la DGRN, que en su Resolución de 30 de junio de 1987, expone con claridad los efectos de la venta en garantía y que recogemos en este momento por su importancia.

Se plantea la cuestión de la inscribibilidad de un contrato denominado venta en garantía de deuda. Lo que aquí nos interesa para nuestro estudio es el primer defecto planteado por el Registrador en su nota acerca de la naturaleza del negocio celebrado.

La Resolución establece que «la automática aplicación de la doctrina del doble negocio o doble efecto pasa por alto el problema preliminar de determinar si en el complejo negocial articulado existe un acto susceptible de provocar la transferencia plena y definitiva del dominio cuya inscripción se pretende, y en esta búsqueda debe tenerse en cuenta: a) Que en nuestro Ordenamiento jurídico la sola voluntad de adquirir y transmitir no basta para provocar el efecto traslativo perseguido; por una parte, rige la teoría del título y el modo para la transmisión voluntaria e *inter vivos* de los derechos reales, por otra la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que justifique el reconocimiento jurídico del fin práctico querido por los contratantes. b) Que no cabe considerar fraccionadamente la total operación realizada..., no hay sino un nego-

A mi juicio existe gran barullo en la doctrina jurisprudencial a la hora de calificar el negocio fiduciario. De las escasas sentencias que hemos recogido observamos cómo el TS «copia íntegramente» siempre los requisitos de la teoría del doble efecto del negocio fiduciario apuntados en su día por la Sentencia de mayo de 1944, utilizándose de forma conjunta expresiones que parecen quitar el verdadero sentido de dicha teoría tales como el «adquirente formal de los bienes» STS 9-I-1981, o, como ocurre con la STS 10-V-1982 al hacer referencia a la teoría del doble efecto detalla la existencia de transmisión plena de la propiedad del fiduciante al fiduciario; señala que es un contrato real y querido por las partes, es decir, no es simulado o disimulado; que es un acto formal mixto integrado por dos contratos independientes; que la *causa fiduciae* consiste no en la enajenación de los bienes sino en la garantía... para finalizar concluyendo el considerando haciendo hincapié en la *limitada eficacia real de la venta por no haberse operado una verdadera transmisión*. Parece que la Sala 1ª no quiere apartarse de la jurisprudencia de 1944 transponiendo íntegramente todos los términos de la teoría del doble efecto, y, a la vez, hacer constancia de la imposibilidad de que el fiduciario sea un verdadero propietario.

La STS 2-VI-1982, que parecía que iba a acabar con esta confusión, al reconocer, por primera vez, la existencia de la superación de la teoría del doble efecto por la doctrina científica que prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae*, no llega más lejos. Para finalizar con la STS 6-IV-1987 que recoge en un sólo fundamento de derecho el desconcierto existente, pues tras negar la alegación de la parte recurrente de que la fiducia no comportó la transmisión efectiva del dominio, y reproducir la teoría del doble efecto, recoge a continuación la titularidad formal del fiduciario, a fin de concluir afirmando que se ha operado una verdadera transmisión de la cosa.

En conclusión, entiendo que debe quedar claro que...:

— La teoría del doble efecto mantiene, en líneas generales, que el negocio fiduciario es un acto formal mixto integrado por dos independientes uno de naturaleza real que supone la transmisión plena de la propiedad y otro obligacional válido *inter partes*, y que su *causa fiduciae* radica no en la enajenación sino en la garantía.

cio unitario». Continúa señalando que «en la operación celebrada... la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno; 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 1.859 y 1.884 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...» (AMORÓS GUARDIOLA-MADERO JARABO: *Jurisprudencia registral* (1986-1990), Tecnos, Madrid, 1991).

— La teoría de la titularidad formal, se opone a la anterior y señala que existe una limitada eficacia real de la venta por no haberse operado una verdadera transmisión. Ante lo cual la titularidad fiduciaria únicamente producirá los efectos que las partes hayan convenido, es decir, «mantener la situación anómala creada» que precisamente consiste en que el propietario formal (fiduciario-comprador) no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, que es lo que realmente se pretendía.

— Aceptar la teoría de la titularidad fiduciaria o propiedad formal, pone claramente de manifiesto que el negocio fiduciario es un negocio simulado donde lo realmente querido es la garantía del préstamo y no la transmisión del bien. Entendemos que es contradictorio señalar que el negocio fiduciario es «real y querido por las partes» como dice el juzgador, cuando a continuación afirma la inexistencia de la transmisión (voluntad declarada de las partes) frente al préstamo encubierto.

D) LA VENTA CON PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS

Una vez expuestos los primeros pasos en la evolución doctrinal y jurisprudencial del negocio fiduciario, y su situación actual, debemos profundizar en la *determinación del carácter del negocio*, a fin de distinguir, si es posible, cuando hay negocio fiduciario o cuando estamos en presencia del contrato de compraventa con pacto de retro.

Entre las operaciones dirigidas a su concreción se encuentra, en primer lugar, la necesidad de perfilar el supuesto de hecho, luego deducir cual ha sido el verdadero propósito de las partes, y en base a ambas operaciones, clasificar cual es la categoría jurídica del negocio que resulte más adecuada a su verdadera naturaleza.

En relación con la primera operación, la técnica de la que nos valemos son *los medios de prueba*. Su utilización será fácil, si de las contradecларaciones o de las declaraciones complementarias resulta el carácter fiduciario o no de la enajenación hecha. La existencia de dichas declaraciones puede ser a su vez objeto de prueba y considerarse probada por un testimonio suficientemente autorizado (67). La prueba de presunciones se utilizará con el criterio amplio necesario para averiguar lo que se procuró ocultar, teniendo en cuenta la estructura compleja de lo acordado y la experiencia sobre el modo de proceder ordinario en las relaciones sociales.

En segundo lugar, es necesario investigar *la voluntad de los otorgantes*, y, para ello, «el intérprete debe captar de todas las circunstancias anteriores, con-

(67) STS de 8 de marzo de 1957 (RA 1547) y STS de 10 de julio de 1957 (RA 2225).

comitantes, 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» (68).

En cuanto a *la calificación del negocio* es también tarea muy delicada (69), pues habrán de separarse aquellos negocios que puedan clasificarse dentro de otras figuras jurídicas. Esto sucede cuando se puede llegar a la conclusión de que estamos ante una dación en pago para pago de deudas considerada como negocio fiduciario (70) (STS de 23 de mayo de 1935 y Resolución de 14 de junio de 1922) de los casos de dación en pago de mero efecto solutorio (STS de 7 de enero de 1944).

Probada la condición fiduciaria del negocio será ya, en general, fácil distinguir, si estamos ante una fiducia constituida por medio de venta (10 de marzo de 1944, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo de 1955, STS de 7 de junio de 1955 (71), 31 de octubre de 1955 (72), 22 de mayo de 1956 (73), 8 de

(68) STS de 8 de marzo de 1963 (RA 1628).

(69) Es importante la calificación del negocio a efectos de plantear un pleito. Tal y como se pone de manifiesto en la STS de 31 de octubre de 1955 (RA 3096). Donde se deniega la petición de declaración de simulación de una compraventa con pacto de retro, y se permite entablar un nuevo pleito con el objeto de exigir el cumplimiento de obligaciones derivadas del negocio fiduciario de garantía, que constituía aquella compraventa. Todo ello en base a la inexistencia de la presunción de cosa juzgada material, por no concurrir la identidad de causa que para ello exige el artículo 1.252 CC.

(70) Las sentencias que no recogemos a pie de página ya han sido estudiadas anteriormente.

(71) STS de 7 de junio de 1955 (RA 2298). El supuesto de hecho es el siguiente: el actor adeudó a su hermana, la demandada, la suma de 65.000 ptas., y con objeto de garantizar su deuda simuló un contrato de compraventa de finca, contrato que no tuvo otro alcance que el de garantía de parte de la deuda por una cuantía de 25.000 ptas., pues el resto se garantizó con una acciones.

El TS entiende y señala en su primer considerando que «...el contrato disimulado será lícito y si además concurren en él los requisitos que su naturaleza requiera, si bien recoge esta doctrina con el carácter restrictivo que este Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado, y analizando la prueba practicada, con la soberanía que le está atribuida aprecia que no se está en el caso de un negocio fiduciario en que lo querido sea constituir una garantía para pagar una deuda encubierta bajo la forma de contrato de compra-venta...»

(72) STS de 31 de octubre de 1955 (RA 3096). En el segundo considerando, el TS señala que estamos ante un negocio fiduciario cuyo fin era el de garantizar el pago de unas deudas «sin que pueda tenerse en cuenta las consideraciones hechas por el recurrente de que *lo concertado fue un pacto de retroventa de distinta naturaleza*, dada la inexistencia de negocio fiduciario...»

(73) En la STS de 22 de mayo de 1956 (RA 2433) se declara que «las diferencias separan la simulación de la fiducia... que en muchos casos encubre una operación de garantía bajo una aparente transmisión, supuesta, la licitud de la operación, y de sus efectos...»

En el considerando de la segunda sentencia se establece que «la eficacia de la consignación hecha y *establecida la naturaleza meramente fiduciaria* del contrato de venta.. fuerza a declarar bastante la cantidad consignada y lleva aneja la cancelación del asiento que el contrato aparente de venta determinó...»

marzo de 1957, 10 de julio de 1957, 8 de marzo de 1963) o, si en realidad las partes desearon pactar una venta con pacto de retro (STS de 23 de marzo de 1957 y STS de 8 de marzo de 1957) (74).

Concretamente en las siguientes decisiones judiciales, el TS estudia el negocio fiduciario (adoptando la confusión que hemos expuesto en sentencias anteriores) y lo diferencia del pacto de retro.

La primera decisión judicial en la que hemos percibido la distinción que vamos a analizar se contiene en la **STS de 23 de marzo de 1957** (75). En ella se establece la existencia de un contrato de compraventa con pacto de retro y no de un préstamo y menos usurario, pues la situación del actor al otorgar aquella escritura no era angustiosa ni pueda calificarse como hace el recurrente de estado de necesidad civil que mediatizase su libre discernimiento.

Constituye una excepción (desde el punto de vista formal) a la línea jurisprudencial expuesta, porque en ella no existen los dos documentos sucesivos en el tiempo que en las otras sí aparecen. *Se parte de un sólo documento: un contrato de compraventa en el que se reserva el pacto de retroventa por un tiempo determinado.*

También la **STS de 8 de marzo de 1957** (76), señala el alcance meramente de garantía de la titularidad fiduciaria y, con ello, niega que el fiduciario adquiera, por ser tal, la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada. Recoge el supuesto de venta con pacto de retraer en garantía de un préstamo, y establece que:

«el prestatario en garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pen-

(74) En relación con este tema DE CASTRO (*El negocio jurídico...* cit., pág. 441) afirma que «la condición anómala del negocio que se pretende clasificar de fiduciario y su misma aptitud 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 calificación de estos negocios».

Aunque la doctrina jurisprudencial ya lo señaló en la STS de 3 de mayo de 1955 (RA 1561) que señala que... «cabe que 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 éste, *en cuyo caso habrá que abandonar la ruta del negocio fiduciario y buscar otros derroteros* que conduzcan a la misma finalidad del cumplimiento de lo verdaderamente convenido».

(75) STS de 23 de marzo de 1957 (RA 1177). Su primer considerando afirma que «la naturaleza de un contrato, su alcance y eficacia jurídicos se hallan determinados por las condiciones esenciales de su validez y el conjunto armónicamente examinado de las estipulaciones que lo integran, valoradas e interpretadas según el sentido natural y lógico de sus cláusulas y su finalidad, a menos que fueren oscuras y dudosas o que de modo evidente se acreditase y apareciese demostrado que fue distinta la intención de los contratantes a la que se expresa en el contrato».

(76) En la STS de 8 de marzo de 1957 (RA 1547) se distingue la verdadera venta con pacto de retro de la venta en garantía de préstamo.

dientes en su caso, quedando entonces liberada la garantía y que *no pasa automáticamente a poder del acreedor como en la compraventa a pacto de retro*, al no verificarse el retracto a su tiempo, sino que tratándose de préstamo, incluso con plazo pactado, habrá de perseguirse la garantía, una vez pronunciada y probada la falta de capital e intereses objeto del préstamo».

La STS de 3 de mayo de 1976 (77), tiene como objetivo desentramar la diferencia entre la compraventa con pacto de retro y el negocio fiduciario en el que aparece una transmisión y una garantía, siendo la pieza clave la verdadera intención de las partes al suscribir el contrato (78). En ella se deter-

(77) STS de 3 de mayo de 1976 (RA 1988). Sentencia que fue en su día comentada por ARECHEDERRA: «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones». ADC, 1978, pág. 441 y ss. Comentario que le lleva a profundizar y distinguir el pacto de retro como pacto especial típico y como cauce para una operación de garantía.

Afirma que «el pacto de retro introduce en el esquema de la venta en garantía, como negocio fiduciario, un matiz digno de tenerse en cuenta. Se trata de la incorporación, en el propio negocio de transmisión del mecanismo de la retroacción. El carácter limitado de la transmisión y la eventual recuperación por parte del deudor prestatario de la cosa vendida no se produce en virtud de una obligación paralelamente establecida.» «...cuando dicho mecanismo (venta con pacto de retro) se utilice para fines de garantía no parece que nos encontremos ante un negocio fiduciario, puesto que el interés del deudor enajenante no queda amparado exclusivamente en la confianza que le merece el acreedor adquirente sino por pacto típico de eficacia real». Por ello, aunque la finalidad de garantía exceda del esquema del pacto de retro, cuya formulación causal no se expresa en los textos legales, no parece que nos encontremos ante un negocio fiduciario. No se da la desproporción entre el medio empleado y la finalidad perseguida, no cabe hablar de un doble efecto y la confianza es irrelevante. En todo caso nos encontramos ante un negocio indirecto...»

Añade además, que en la compraventa con pacto de retro el plazo queda incorporado al negocio de transmisión, mientras que en la venta en garantía el plazo sigue la suerte del acuerdo obligacional. La eficacia del plazo es distinta.

(78) Se recoge en su primer considerando que: «la figura contractual de la compraventa con pacto de retro, que ha ocasionado entre los tratadistas discusiones y polémicas apasionadas por estimar que se presta fácilmente a *encubrir negocios fiduciarios* y resultar normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado, habiéndose llegado a propugnar la supresión de dicho pacto por ser un semillero de fraudes y pleitos, tiene sin embargo su justificación en la libertad de contratación proclamada por el artículo 1.255 del CC y puede obedecer sin duda a razones perfectamente respetables compaginando por ejemplo, la necesidad de vender, sin más complicaciones, para disponer del precio con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio de la situación económica; de tal forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral, tipificado como tal en el artículo 1.507 del CC; y por tanto, *lo procedente, cuando el problema se plantea, es comprobar por el resultado de la prueba si concurren o no las circunstancias reveladoras de la verdadera intención de las partes al suscribir aquél, valorando los hechos que demuestren ésta o la hagan presumir racionalmente, sin perder de vista que, es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos, en relación con los que puedan encubrir, pues la fe o confianza se conjugan*

mina con claridad que *la esencia de la compraventa con pacto de retro* es la transmisión de la cosa a cambio de precio con la esperanza de recuperación de la cosa vendida dentro de un plazo determinado, mientras que *en el negocio fiduciario* la nota dominante es la fe o confianza entre las partes. Aunque también se enumeran los requisitos necesarios que dan lugar a un pacto de *fiducia cum creditore*.

La dificultad en la calificación de los negocios suscritos aparece reflejada en la **STS de 24 de enero de 1983** (79), donde el TS afirma que estamos ante una compraventa con pacto de retro. En su tercer considerando señala que:

«el Tribunal sentenciador llega a la conclusión de que la figura comercial plasmada en dicho documento puede ser considerada como una *compraventa con pacto de retro*, o quizás más propiamente como una *operación de préstamo con otra de compraventa superpuesta*, aunque está sometida a la condición de que el prestatario deje de pagar la deuda del préstamo dentro del plazo señalado... calificación que lejos de implicar la aplicación indebida del art. 1.281, párr. 2.º del CC es acertada, en cuanto la figura que aparece en el documento privado objeto de valoración por el Tribunal *a quo* reviste los caracteres de un negocio mixto o complejo, clase o categoría que algún sector doctrinal incluye entre los atípicos y se caracteriza porque en ellos se dan u ofrecen elementos caracterizadores de dos o más tipos negociales, en este concreto supuesto de *un contrato de compraventa con pacto de retro y de otro fiduciario*, ya que según la cláusula 4.ª del mismo las participaciones que fueron objeto del pacto de retro figuraban a nombre de un tercero que las entrega con objeto de configurar aquel negocio de compraventa» (80).

Por otro lado, la **STS de 22 de diciembre de 1988** (81), afirma la existencia de un negocio fiduciario en base a que la causa eficiente del contrato

con mayor o menor intensidad en toda la contratación, y el negocio fiduciario ha de adquirir rango superlativo como clave o nota dominante en el concierto de voluntades que constituyó la base fundamental tomada en consideración por los interesados para la conclusión del contrato.»

(79) STS de 24 de enero de 1983 (RA 384).

(80) RUBIO TORRANO *{El pacto de retroventa..., cit.,* pág. 172 a 174) estudia esta decisión del TS y concluye señalando que «en esta sentencia no sólo el negocio se contiene en un documento privado, sino que en él para nada se alude a una compraventa; es necesario llevar a cabo un detenido análisis para concluir que lo que se esconde detrás de las cláusulas cuarta y quinta del documento es una *compraventa con pacto de retro*. De cualquier modo, apenas si se enfrenta con los problemas de la venta con pacto de retro o el negocio fiduciario plantean; la trayectoria habida desde la instancia, así como el flojo y poco riguroso recurso de casación formulado por el demandante-recurrente, pueden ser la explicación».

(81) STS de 22 de diciembre de 1988 (RA 9748).

suscrito entre las partes no es la enajenación sino la garantía o afianzamiento de una obligación anterior (82). El Fundamento jurídico decimoséptimo va más allá, al analizar la naturaleza del contrato origen de la discordia:

«no obstante el inicial acuerdo de las partes e incluso de las dos sentencias dictadas, no ofrece una tipificación tan clara como la que se le ha dado, por cuanto más que de *negocio fiduciario merece la calificación de fiducia, diferencia radicante en que si bien en unos y en otros concurren dos manifestaciones negociales distintas; en este caso un préstamo y una venta con pacto de retro, en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intencionado 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*, finalidad que en casos como el presente, consiste para el prestatario en obtener el capital que necesita y para el prestamista garantizarle la devolución de lo prestado» (83).

A mi juicio, el supuesto de esta sentencia podría configurar el típico caso de venta con pacto de retro cuya finalidad era la garantía de una deuda anterior. Y ello por las mismas declaraciones que se contienen en el contrato recogidos en el fundamento de derecho segundo (84). Contrariamente, el TS estudia la retroventa desde el punto de vista del negocio fiduciario, pues la apariencia y estructura externa es la misma.

(82) «El contrato traslativo de los bienes (contrato de compraventa con pacto de retro en garantía de la devolución del préstamo) fue un *negocio fiduciario*, cuya causa eficiente no consiste en la enajenación propiamente dicha sino en ser garantía o afianzamiento de la obligación a que la relación obligacional responde...».

(83) Continúa afirmando que: «en cuanto a la posibilidad de *estos negocios de garantía con fiducia, o de fiducia en garantía —que no fiduciarios—* tiene su razón de ser además de en las peculiaridades que se han dejado expuestas, en la circunstancia de que el Código Civil no limita las figuras contractuales a salvo las prohibiciones del art. 1.255; que el art. 3-1.º del CC, proclama la aplicación del derecho atendiendo a las necesidades sociales de cada momento histórico, lo que ha permitido la creación de nuevos tipos o manifestaciones tanto de derechos reales, como de contratos... a los efectos de configurar a esa figura de la fiducia, que la Ley no favorece ni el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial, marcos éstos entre los que se encuentra comprendido el enriquecimiento injusto...».

(84) «... la Agencia Melo renovó los préstamos parciales subsistiendo la garantía cambiaría incluso después de transcurrido el plazo fijado en el documento privado de 27 de febrero de 1870 para que el señor Y pudiera ejercitar su derecho de retroventa...» «El tiempo para reclamar la devolución de las fincas es el de tres años, contados a partir del día de hoy...», «consignándose también que la referida operación tiene, no obstante lo manifestado en la escritura pública de compraventa el carácter de garantía para el cumplimiento de las obligaciones que le incumben al señor Y, con motivo del préstamo concedido al mismo por la agencia...».

En la misma línea que la anterior, la **STS de 19 de mayo de 1989** (85), vuelve a hablar —en el cuarto fundamento de derecho— de garantía con fiducia, semejante a la prenda que confiere al acreedor una *titularidad formal de bienes, nunca oponible como derecho de dominio al deudor dueño, aunque la recuperación por éste de tal titularidad se subordine al cumplimiento de obligaciones garantizadas*. A juicio del Tribunal nunca puede prevalecer entre las partes la apariencia creada por el negocio indirecto sobre el negocio real directo de garantía (86).

El propio juzgador entiende que se trata de un *negocio fiduciario y no de compraventa con pacto de retro* basándose en:

«una declaración de hechos relevantes, como son, el mantenimiento de la real situación posesoria, la fijación del precio de la *re tro* venta en función de la cantidad prestada, la continuación por parte de los vendedores, en el pago de gastos y tributos propios del derecho de dominio, el mantenimiento de esta situación dominical de forma pública incluso en la percepción de indemnizaciones por servidumbres impuestas de paso de líneas de conducción eléctrica y prórrogas sucesivas del término del derecho a recuperar la propiedad, hechos que llevan a la presunción favorable del negocio fiduciario».

La **STS de 7 de marzo de 1990** (87), resulta también muy interesante para nuestro estudio.

Parece que en las sentencias de instancia se produce una identificación entre negocio fiduciario y compraventa a carta de gracia (88). El TS afirma que es-

(85) STS de 19 de mayo de 1989 (RA 3780).

(86) En esta sentencia se recogen los posibles efectos *inter partes* y respecto a terceros del negocio fiduciario, en el cuarto fundamento de derecho, el cual establece que «*el negocio base de fiducia*, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor dueño aunque la recuperación, por éste, de tal titularidad, esté subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que, en ningún caso, pueda prevalecer, entre partes, la apariencia creada por el negocio indirecto (transmisión de dominio, bajo distintas capas, como, en este caso, venta con pacto de retro), sobre el negocio real directo, de garantía».

(87) STS de 7 de marzo de 1990 (RA 1.674). El supuesto de hecho de la sentencia trata de una compraventa en la que el TS declara su rescisión por lesión *ultra dimidium*. El fundamento de derecho cuarto reconoce la existencia, validez y eficacia del negocio fiduciario como negocio real y no simulado. En él se menciona la teoría del doble efecto y a continuación se menciona la superación por la doctrina científica de dicha teoría, señalando que en base a la propiedad formal, habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido.

(88) El tercer fundamento de derecho el TS dice que «acudieron a la vía negocial rebuscada de celebrar en el mismo día un doble contrato de compraventa; uno, instrumento en escritura pública complementada por un documento privado de la misma fecha..., y otro, formalizado en documento privado, por el que invirtiendo sus posiciones contrac-

tamos en presencia de un «claro y evidente negocio fiduciario, en su concreta modalidad de *fiduciarius creditore*». No se admite la transmisión de una propiedad plena. En relación con la titularidad del fiduciario afirma que:

«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 en su favor, siempre que no existan otros obstáculos, al margen del propio negocio fiduciario, que impidan al contrato, a través del cual fue instrumentado, desplegar la referida virtualidad transmisiva del dominio».

En definitiva parece desprenderse que el TS mantiene la existencia real del negocio fiduciario y reconoce al fiduciario una propiedad formal y un *ius retinendi*.

El problema surge cuando señala la posibilidad de consolidar el dominio, en base a la virtualidad transmisiva del negocio fiduciario. Por un lado, entiendo que la causa del negocio fiduciario no es la transmisiva, y por otro lado, otorgar efecto a la transmisión inexistente —**únicamente garantía**— se vulnera la prohibición contenida en el Código Civil relativa al pacto comisorio.

En la **STS de 7 de mayo de 1991** (89), se afirma que:

«...la naturaleza de los contratos no depende de la nomenclatura institucional que jurídicamente le asignen los contratantes sino el

tuales anteriores se venden las tres mismas fincas rústicas por el mismo precio, que debería serle pago sin interés alguno, en el plazo de un año, habiendo atribuido expresamente los contratantes a la falta de pago dentro de dicho plazo el carácter de condición resolutoria del segundo de los referidos contratos....» «...cuyos dos contratos, según entienden sustancialmente las sentencias de la instancia, aunque con distintos razonamientos jurídicos, integran un sólo negocio fiduciario, de plena validez y eficacia, pactado en garantía del préstamo...», mientras que «la sentencia recurrida dice que las partes contratantes dieron vida, con fines de garantía, a un contrato de venta a carta de gracia».

(89) Sentencia que ha sido estudiada con cierto detenimiento por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO: «Consideraciones en torno al pacto de *fiduciarius creditore*», en *RJN* (jul-dic. 1991), n.º 12, pág. 43.

El supuesto de hecho es el siguiente: «Se otorgó escritura pública por doña M y G, en virtud de la cual la primera reconocía adeudar a la segunda 8 millones de pesetas que devengarían un interés no acumulativo anual del 10% de la cantidad que en cada momento adeudara durante el plazo de 15 años y vendía en garantía de dicha deuda una finca de su pertenencia...

El TS entiende que no hay una compraventa (ya que no hay título, por inexistencia de precio y además falta la causa, pues no hay intención de transmitir la propiedad), lo que hay es un negocio fiduciario que envuelve en realidad un contrato de préstamo. Se insiste en la eficacia interna del negocio fiduciario donde el título de compraventa tiene únicamente efectos de garantía, y no es transmisivo de dominio, lo que implica que el contrato tiene una limitada eficacia frente a terceros.

nexo obligacional que los integra, es evidente que si bien la doctrina ha dado su espaldarazo a los negocios fiduciarios con raíz jurídica en el art. 1.255 del Código Civil y *cuya esencia estriba en la utilización de un instrumento jurídico de gran alcance y con dimensiones superiores a la finalidad económica que constituye el propósito de los contratantes*, no es menos cierto que aún *con aceptación de la denominada doctrina del doble efecto real y obligacional del negocio fiduciario, su plena eficacia sólo se proyecta en las relaciones internas de aquéllos, pero nunca podrá ser revestido de una eficacia que alcance más allá de lo que el propio instrumento jurídico utilizado*, se proponga y por ello en el caso que aquí y ahora contemplamos si la compraventa es de mera garantía como reiteradamente proclama la escritura de 14 de junio de 1984, no puede pretenderse con ella obtener, ni entre los propios contratantes, ni ante terceros el reconocimiento de un título transmisor del dominio, porque ello envuelve una contradicción patente ya que el contrato de compraventa es el instrumento paradigmático de dicha transmisión dominical y el título de propiedad por antonomasia...»

Esta decisión judicial puede ser la clave en la explicación de lo que nosotros consideramos confusión o contradicción de la doctrina jurisprudencial, pues expresamente afirma como existe una aceptación de la teoría del doble efecto pero a su vez, reconoce la existencia de la titularidad formal porque es obvio que los efectos sólo se producen interpartes (90).

De ahí que se concluya entendiendo la existencia de un negocio fiduciario al no existir ni precio, ni voluntad transmisora del dominio, siendo por consiguiente la venta con efecto meramente de garantía lo que a fin de cuentas conlleva que ni entre las partes ni ante terceros se reconozca la existencia de un título transmisor del dominio.

Y, tal vez, por eso no se apunte más lejos, como ha hecho la doctrina científica, al apuntar la equiparación entre negocio fiduciario y negocio simulado, lo que desembocaría en la inexistencia del negocio fiduciario.

En esta sentencia, como en la de mayo de 1982, el TS se decanta por la existencia del negocio fiduciario al no existir la transmisión de la finca al comprador. Expresamente se cuestiona la falta de mención en la sentencia

(90) Continúa señalando copiando textualmente de la Sentencia de 19 de mayo de 1982, los efectos de la titularidad formal... «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...»

recurrir de la existencia de tradición (real o ficticia), señalando que únicamente afirma que ni hay determinación de precio, como elemento real esencial de toda compraventa, ni hay voluntad transmisora del dominio, y, por consiguiente, hay carencia de título dominical.

También el **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña** se ha pronunciado sobre el tema. En **Sentencia de 29 de mayo de 1991** diferencia, con acierto, la compraventa a carta de gracia del negocio fiduciario (91).

«No es aplicable al caso de autos —compraventa a carta de gracia— la jurisprudencia relativa al contrato de *fiducia cum creditore* porque, en el supuesto enjuiciado, *hay una verdadera transmisión de dominio erga omnes e inter partes*, como se advierte de los documentos públicos y privados otorgados por las partes; de lo dicho se desprende con claridad que el contrato de autos no es un negocio jurídico simulado, ni absoluta ni relativamente, tiene la causa que le asigna el art. 1.274 Código Civil y no expresa causa falsa (art. 1.276 CC)».

Además aclara el TSJ que...

«si el préstamo es, en esencia, la base fundamentadora de la compraventa a carta de gracia, como afirma —quizá con excesiva rotundidad— la jurisprudencia o si el empeyora es un contrato específico que cumple funciones de garantía, es lo cierto que no puede decirse, como hace el recurrente, que encubre un contrato de préstamo con garantía, verdadera causa contractual querida por los otorgantes. Argumentación que sólo podría ser cierta si se partiera de la base —que se rechaza— de que el contrato de compraventa a carta de gracia o empeyora es un contrato de compraventa con una cláusula de retracto convencionalmente añadida».

Y como no podía ser menos, las sentencias de la llamada *jurisprudencia menor*, también se han ocupado de este tema. Así la **Audiencia Provincial de Asturias**, en **Sentencia de 29 de abril de 1992** (92), entiende que

«...la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, siquiera sea ésta el velo con que se cubre la auténtica voluntad negocial, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que responde lo convenido, debiendo calificarse el compromiso como fidu-

(91) TSJ de Cataluña Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 29 de mayo de 1991. (*La Llei*, 1991-2, pág. 47).

(92) Sentencia de AP de Asturias de 29 de abril de 1992 (AC 545).

ciarlo cum creditore cuando se dé, como aquí ocurre, un contrato complejo, integrado por otros dos subyacentes pero diferenciados, esto es, el real, traslativo del dominio con eficacia *erga omnes*, y el obligacional, válido *inter partes*, que impone al comprador un uso limitado de la cosa de modo que no impida el rescate ulterior —*pacto de retroventa* en el caso **presente**—, a lo que habrá de añadirse como característica esencial la evidente desproporción del medio empleado y el fin perseguido, no otro que crear una mera garantía del débito precedente...» (93).

Ante la aparente estructura exterior de venta y deuda entre ambas partes, la Audiencia piensa directamente en la existencia de un negocio fiduciario en vez de decantarse por la presencia de una compraventa con pacto de retro. Posibilidad que consideran real cuando, tras finalizar el plazo pactado para abonar las cantidades debidas de la deuda, y la conformación de una prórroga hace que el Tribunal determine la realización de una novación contractual, y, por consiguiente, la intención de los otorgantes de una venta con pacto de retraer.

La Audiencia Provincial de Granada, en Sentencia de 12 de julio de 1993 (94), nos sirve de claro ejemplo en la argumentación de la tesis que mantenemos, incrementando aún más si cabe la confusión existente.

Del detenido estudio de la sentencia se infiere que reconoce que las partes en documento privado constituyen una compraventa con pacto de retro. Pero también afirma que no ha habido en ningún momento ánimo transmisivo de

(93) «...En el supuesto de autos, en el que claramente se perfila la presencia de un acreedor titular de un crédito exigible, un deudor que no ha satisfecho su obligación, la vinculación al pago futuro de un inmueble determinado *bajo la concertación formal de una compraventa y la introducción de un pacto de retro, vinculante bajo concretas especificaciones...*, todo ello sin olvidar, como básico refuerzo de esta tesis, que buena parte del figurado precio de compra habría de satisfacerse mediante la devolución de letras de cambio aceptadas por el vendedor a favor del adquirente resultantes de negocio anterior entre ambos, *lo que afianza aún más el argumento que configura lo acordado como una auténtica fiducia.*»

Continúa señalando la inexistencia de la transmisión de la propiedad, y los limitados efectos que ello conlleva en el negocio fiduciario. Así se afirma que «la cláusula adicional segunda... no es una simple modificación del convenio anterior, sino que se trata de un nuevo contrato... bien entendido que transcurrido el plazo sin efectuarlo (el reintegro de una cantidad en metálico), el contrato de compraventa recobraría toda su vigencia. Dada la claridad de los términos en que tales pactos se establecieron, evidente resulta que esta segunda fase negocial *no puede entenderse como plasmación de un propósito de ampliar temporalmente la fiducia, sino precisamente de estimarla extinguida por incumplimiento si en la fecha indicada no satisfaciera el deudor el crédito pendiente, con lo que aquella venta inicial, utilizada como cobertura de una garantía real, adquiriría así toda su vigencia a los efectos traslativos previstos en los arts. 1.445 y ss. del Código Civil...*».

(94) Sentencia de la AP de Granada de 12 de julio de 1993 (AC 1378).

las partes, pues entre las mismas existe una deuda —impago de materiales suministrados por la compradora a los vendedores, siendo el precio de la deuda y de la venta el mismo, y, que por consiguiente, el ánimo de la actora— compradora radica en asegurarse el cobro de la cantidad que se debía.

No obstante lo cual entiende el juzgador que si hay compraventa porque ha habido transmisión y el hecho de que la finca quede en poder de los vendedores encarna la figura del *constitutum posessorium* (95).

Pero es que además, a continuación y teniendo como fin el reafirmar su creencia de que las partes no tuvieron el ánimo de realizar una compraventa, y negando el criterio de la sentencia de primera instancia que consideró la existencia de un contrato simulado, recoge íntegramente la doctrina del TS de la diferencia entre negocio simulado y fiduciario; la teoría del doble efecto, la de la titularidad formal (recogiendo expresamente que la misión del fiduciante es la de respetar y mantener la situación anómala creada), para finalizar concluyendo que estamos ante un *pactum de fiducia cum creditore* (96), y, que por consiguiente, se debe perseguir la garantía una vez probada la falta de pago de capital e intereses, y al reconocerse la deuda, el impago y la falta de otros bienes en que hacerlo efectivo, resuelve la Audiencia considerando la existencia de la compraventa y la necesidad de elevar a pública la escritura del contrato privado.

En resumen, el juzgador configura el contrato como venta, luego mantiene que es un negocio fiduciario y finaliza señalando que produce efectos transmisivos ante el impago de la deuda. Si realmente fuera un negocio fiduciario, la sociedad acreedora-compradora y fiduciaria como propietaria formal del bien, no podría obtener más que lo garantizado con ella pero nunca podría acceder a su patrimonio. (Se burlaría la prohibición del Código Civil

(95) Así se reconoce en el fundamento de derecho tercero que «...es indiscutible que las partes al amparo del art. 1.255 del Código Civil optaron por esta forma de contratación y que son ciertas tanto la deuda que se figura como precio, como el objeto, dando así vida al contrato definido en el art. 1.445 del Código Civil, con la facultad de recuperar la cosa en los términos preceptuados en los artículos 1.507 y siguientes del Código Civil...».

(96) Resulta interesante destacar en qué consiste la limitada eficacia del negocio fiduciario basado en la garantía del débito, y no en la enajenación propiamente dicha que conlleva el contrato de compraventa con pacto de retro, y que la sentencia aclara, al señalar que «... ha de concluirse sobre la relación jurídica que media entre las partes ahora litigantes, que en síntesis consiste en la creación de una *apariencia jurídica de compraventa, encubriendo una garantía para la efectividad de una deuda en que a los deudores les confiere un plazo para su efectividad ante cuyo incumplimiento se materializa la transmisión de la cosa objeto de la supuesta compraventa que era la esencia de la garantía constituida*, y que como se ha transcrito antes, ello no es más que el modo en que la titularidad fiduciaria despliega su eficacia según lo convenido, y esto es lo pretendido por la actora al instar el otorgamiento de escritura sobre la finca, debiendo entenderse con ello que se está *persiguiendo la garantía constituida y no la adjudicación inmediata como hubiese sido en el supuesto de la compraventa con pacto de retro* como que se designó el convenio...»

del pacto comisorio y sobre el que no podemos entrar a estudiar por imposibilidad de espacio).

A modo de conclusiones de la doctrina jurisprudencial analizada, cabe señalar que se ha producido una gran concreción en la distinción entre el negocio fiduciario y la venta con pacto de retro. Según las últimas decisiones jurisprudenciales y de la llamada jurisprudencia menor es fácil determinar cuando nos encontramos ante un contrato de compraventa con pacto de retro y cuando se utiliza dicha figura como garantía de un préstamo constituyendo en realidad un negocio fiduciario.

Del examen jurisprudencial realizado se deriva que en el *negocio fiduciario* la causa del contrato es la *causa fiduciae*, donde no hay enajenación propiamente dicha sino sólo garantía o afianzamiento del débito (97).

Sus caracteres principales se centran en que el transmitente-fiduciante sigue siendo el propietario del bien, y el fiduciario es el titular formal de la cosa (adquiere una propiedad aparente, externa, relativa o formal que le legitima en el tráfico frente a terceros de buena fe). Frente a terceros: se produce la limitada eficacia real de la venta en garantía (pues no hay ánimo transmisor). *inter partes*: el fiduciante debe respetar lo pactado, y el fiduciario, propietario formal, no puede obtener más que lo garantizado, además le asiste el *ius retinendi*. En resumen, nunca puede prevalecer entre las partes la apariencia creada por el negocio indirecto —compraventa con pacto de retro— sobre el negocio real directo de garantía. Además, la titularidad fiduciaria del negocio despliega su eficacia persiguiendo la garantía constituida (*ius retentionis*), mientras que en la venta con pacto de retro transcurrido el plazo si el vendedor quiere ejercitar su derecho readquiere automáticamente, mientras que si no se ejerce el pacto de retro el comprador adquiere definitivamente los bienes.

Por otro lado, la fijación del precio de la readquisición por el fiduciante se fija en función de una cantidad anteriormente prestada. El plazo de la retroacción sigue la suerte del acuerdo obligacional que han pactado las partes. Y desde el punto de vista formal, generalmente hay dos documentos sucesivos en el tiempo, uno público de compraventa y otro privado en el que se concierta la garantía (98).

(97) Generalmente en el negocio fiduciario realizado a través de venta en garantía se recoge una cláusula en la que se establece que el comprador-fiduciario «se obliga a no vender, gravar ni enajenar, ni realizar acto alguno de riguroso dominio sin expreso consentimiento del fiduciante», evidentemente, esto no ocurre en el pacto de retro donde se transfiere la propiedad plena aunque su carácter sea resoluble.

(98) Por ejemplo, no habrá duda de que hay *negocio fiduciario*, si en la escritura pública de venta de finca el precio corresponda a los intereses de un préstamo; o que el vendedor-fiduciante siga actuando como dueño (pago de contribuciones, cobro de rentas a inquilinos, renteros o aparceros); indicios de que el supuesto comprador fue prestamista (correspondencia, constancia en libros de comercio, en partición de bienes).

Por lo que respecta a la *venta con pacto de retro*, su esencia consiste en la transmisión de cosa a cambio de precio, con la esperanza de su recuperación dentro de plazo. Las partes al pactar la retroventa crean una limitación sobre el dominio transmitido al comprador, constituyen un derecho real. El plazo del retracto y sus efectos están unidos a la transmisión. El precio de la retroventa se recoge en el artículo 1.518 del CC, cuyo carácter es imperativo y obliga al pago del precio, gastos y demás reembolsos. Desde el punto de vista formal, generalmente habrá venta cuando sólo aparezca un documento en el que conste la venta con el pacto de retro por tiempo determinado. (Recordemos la nota n.º 1 de pie de página, en la que señalábamos que es un pacto anejo, simultáneo y accesorio a la venta.)

Es posible, que la venta con pacto de retro se pacte también con finalidad de garantía, sin que deje de existir una transmisión real (querida por las partes), aceptada además en Derecho foral (catalán y navarro). Pero a diferencia del negocio fiduciario no hay desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido (el medio se *adecua* al fin). La confianza es irrelevante (el vendedor tiene, en definitiva, un derecho real).

III. EL PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO SIMULADO (99)

A) INTRODUCCIÓN

Tal y como hemos estudiado en el apartado anterior, y a juzgar por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina registral, que a continuación vamos a analizar con detenimiento, esencialmente durante el último tercio del siglo pasado y la primera mitad del siglo XX (100), la compraventa con pacto de retro ha sido utilizada en ciertas ocasiones como encubridora de un préstamo, que incluso en determinadas ocasiones tenía visos de *ser usu-*

(99) La causa es uno de los requisitos exigidos ineludiblemente para la validez de todo contrato por el artículo 1.261 CC, su falta determina conforme al artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, la invalidez y carencia de efectos del negocio. La expresión de una causa falsa, conforme al artículo 1.276 CC no da lugar a la nulidad, ello se halla condicionado a la prueba de la existencia de otra verdadera y lícita. Si el negocio que se pretende amparar por el Derecho es irreal y el que se trataba de encubrir envuelve una finalidad ilícita y maliciosa, entonces surge la inexistencia del negocio jurídico por falta de causa.

De modo que en el negocio relativamente simulado, el contenido de las declaraciones de voluntad (del negocio simulado) son sólo aparentes, la voluntad real es la contenida en la declaración del negocio disimulado siendo él el válido.

(100) El motivo de la confusión se debe a los orígenes de la figura. Recordemos como el motivo de su introducción fue la inexistencia de hipoteca, utilizándose como forma de aseguramiento. De ahí precisamente que el pacto de retro haya caído en desuso a lo largo del presente siglo.

rario. La razón estriba en que aunque no es función propia o típica del pacto de retro la de garantía de un préstamo, las partes han hecho uso de esta vía, siendo necesario distinguir cuando estamos en presencia de un préstamo en realidad, o cuando estamos ante una compraventa con pacto de retro. Esta finalidad de garantía del pacto de retro, ha sido prevista en el Derecho foral, por la Compilación de Navarra, en su Ley 584 (101).

El hecho de que el préstamo —operación crediticia— se encuentre disfrazado por la compraventa con pacto de retro implica que debemos analizar la falsedad del negocio aparente y la existencia del segundo negocio disimulado, a fin de distinguir cuando hay préstamo encubierto por un negocio simulado y cuando hay compraventa con pacto de retro con finalidad de garantía. Como bien señala la Jurisprudencia para llegar a obtener la validez y eficacia del negocio disimulado, deberá analizarse, en principio, la existencia y licitud de la causa, en base a los artículos 1.274 y 1.276 C.C.

Aunque esto no significa, que existan verdaderos contratos de compraventa con pacto de retro, que se les ha pretendido disfrazar como préstamos. En ambos casos, la misión de la Jurisprudencia consiste en investigar acerca de cuál es la verdadera intención de los contratantes.

Antes de continuar con el objeto de nuestro estudio, y con motivo de la relación existente con el mismo, queremos hacer constar la existencia de una nueva corriente en la doctrina científica, formulada por DE CASTRO (102), desarrollada últimamente por ALBALADEJO (103), y seguida por FUENTESECA (104), que entiende que «el negocio fiduciario en sentido estricto, espe-

(101) El Fuero Nuevo Navarro detalla minuciosamente la figura de la venta a carta de gracia dentro del Libro III, «De los Bienes», Tit. XIV, dedicado a la compraventa y a la permuta, en concreto, en el Capítulo II, bajo la rúbrica «De la venta a retro», en las leyes 576 a 584, ambas inclusive.

La ley 584 afirma que «La venta con pacto de retro o a carta de gracia por tiempo determinado se presumirá como forma de garantía real siempre que el vendedor continúe por cualquier título en posesión de la cosa, en este caso, le serán aplicables las disposiciones del Capítulo II del título III de este libro».

(102) DE CASTRO («El negocio fiduciario...», cit., pág. 30) afirma que «Si se analiza la venta en garantía... nos encontramos con una escritura de venta... la venta, como contrato causal y no abstracto, requiere tener su propia y adecuada causa. Al no haber precio, no hay verdadera compraventa, ni ella puede transmitir la propiedad. Oculta un negocio de garantía. Mas ello no basta. Los negocios de garantía carecen de independencia; requieren que exista o subsista el crédito de cuyo cumplimiento responden...».

Posteriormente, (en *El negocio jurídico...*, cit., pág. 408) señala que «la venta, como contrato causal y no abstracto, requiere una causa. Al no haber precio, el negocio de compraventa se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario nunca llegará hasta convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado será el de garantía...».

(103) ALBALADEJO: «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente...», cit., pág. 663.

(104) FUENTESECA: *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 195 y ss.

cialmente configurado conforme a lo que el TS ha llamado venta en garantía es un negocio simulado».

Nosotros no vamos a entrar en esa cuestión (pues el objetivo de nuestro estudio es el retracto convencional en sí, y no el negocio fiduciario), sino que en base precisamente a la existencia y a la admisión de la transmisión de la propiedad, es en lo que nos vamos a detener, señalando como claramente la doctrina jurisprudencial entiende, sin duda alguna, como cuando en los casos en que se produce la transferencia de la propiedad existe compraventa con retracto convencional, mientras que cuando no hay tal transferencia surge el negocio simulado —préstamo encubierto por una aparente compraventa—.

B) ESTUDIO DE LA DISYUNTIVA (DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL):
¿PRÉSTAMO BAJO LA APARIENCIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO, O EXISTENCIA REAL DE RETRACTO CONVENCIONAL?

Ya desde las primeras sentencias y resoluciones, la cuestión enunciada en el epígrafe va a ser objeto de debate. Decisiones que van a poner de relieve la diferencia entre ambas instituciones y los efectos que producen, pues es obvio que en la utilización de una compraventa con pacto de retro encubridora de un préstamo, la finalidad del comprador no es la obtención sobre el inmueble de un dominio temporal y resoluble, sino afirmarse una simple garantía real sobre el inmueble. Así ocurría ya en la **R. de 21 de diciembre de 1886** (105).

Tras la Ley de Azcárate **de 23 de julio de 1908**, el Tribunal Supremo tiene un instrumento más a su alcance para reprobar las operaciones crediticias encubiertas bajo la apariencia de venta con pacto de retro, consignadas generalmente en dos documentos simultáneos, ejemplo de lo cual se encuentra en la **STS de 26 de octubre de 1912** (106).

(105) Resolución de 21 de diciembre de 1886 (ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia registra!*, tomo II (1883-1895) (Bosch, Barcelona), en cuyo segundo considerando se establece que: «*confirma esa doctrina el hecho harto frecuente de ser la venta con pacto de retro un modo de encubrir un contrato de préstamo*, por cuya razón puede afirmarse que, en la mayor parte de los casos, antes aspira el comprador bajo ese pacto a procurarse una garantía que a adquirir sobre el inmueble un verdadero dominio temporal y resoluble».

(106) STS de 26 de octubre de 1912 (*Col. legs. n.º 34*, pág. 158). En ella se mantiene que *hay un contrato de préstamo usurario y no una compraventa a carta de gracia*. Y, además, se pone de relieve como «la Ley de 24 de julio de 1908, que autoriza a los Tribunales para resolver en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, libertad absoluta de juicio, que el legislador consideró como intervención necesaria de la conciencia colectiva en la conciencia judicial para investir a la Administración de justicia de un poder supremo que en todo momento alcance a impedir e impida que el artificio o la astucia burlen la acción social contra la usura...».

Los dos criterios que denotan el carácter de usurario de los préstamos son el de la existencia de unos intereses altos —superiores al del valor del dinero—, y, el de encontrarse el vendedor en una situación económica angustiosa —casos de coacción moral— tal y como a continuación señalará la Jurisprudencia.

No obstante, el juzgador va a continuar intentando distinguir cuando estamos en presencia de una venta con pacto de retro, y cuando ante un préstamo encubierto. Por ello resulta interesante resaltar la **STS de 14 de junio de 1920** (107), pues su importancia reside en la determinación por el Tribunal de la naturaleza jurídica del negocio (108), que concluyó señalando que lo verdaderamente querido por las partes fue un contrato de préstamo, que además según sus cláusulas era usurario, y no un contrato de compraventa (109).

(107) STS de 14 de junio de 1920 (*Col legs.* n.º 86, pág. 525).

(108) Así, en su primer considerando establece que «para resolver el delicado problema enunciado en esta litis y que es objeto del presente recurso, preciso es determinar como obligada premisa cual es la naturaleza jurídica de la cuestión planteada... (la cual) estriba en definir si se trata de un *contrato de compraventa con pacto de retro o condición específica resolutoria, o de un préstamo simple con determinada garantía, o, por el contrario, de los denominados de usura o usurarios*, y, por tanto, comprendidos, para su calificación y consecuencia legal, en las disposiciones del Código Civil o en la Ley de 23 de julio de 1908».

En el cuarto considerando se hace hincapié en que «para determinar la verdadera naturaleza jurídica de los actos y contratos debe atenderse no a la denominación con que los designen las partes, sino a las estipulaciones comprensivas de los derechos y obligaciones que en ellos se establezcan, por ser el único modo de apreciar sus efectos, alcance y finalidad; elementos necesarios para calificarlos acertada y legalmente, de cuya doctrina y de la mutua relación entre la escritura de 4 de junio de 1906 y el documento privado de igual fecha, modificativo de aquella, se deduce que el contrato celebrado por el señor RAMOS CARRIÓN y la señora GINES reviste el carácter de préstamo: en primer término porque la suma de 65.500 ptas. que en la escritura figura como precio, aparece después como capital en el documento privado, aunque reducida a 57.000, y en segundo lugar porque se señala un interés del 15% a tal cantidad; así como la forma y plazos en que debía pagarse el capital y los intereses, o sea entregando a dicho efecto 1.000 ptas. mensuales; por todo lo cual procede afirmar que en el contrato objeto del pleito concurren los distintos y esenciales requisitos que integran el préstamo con interés de condición usurario...»

En el quinto se especifica que «además de merecer dicha calificación el contrato discutido, *debe también reputarse como usurario* si se tiene en consideración que el interés fijado del 15% es notoriamente superior al del 8% señalado como normal por la jurisprudencia constante de este Tribunal...»

(109) Cabe destacar algunas consideraciones de sus resultandos interesantes. Así, tras reseñar que estamos ante un contrato de préstamo y además usurario, se señala que «algunas de las cláusulas concertadas demuestran la imposibilidad jurídica de que lo convenido pueda ser estimado como una compraventa como ocurre con la primera de la escritura, que enajena no sólo las obras ya producidas por el Sr. Ramos Carrión, sino todas las que produzca o escriba hasta el 3 de junio de 1907, contrariando los preceptos del artículo 1.445 CC, que exige la calidad determinada en las cosas que sean objeto del contrato de compraventa, y la condición 3.^a del contrato privado, en que se amplía indefinidamente el plazo durante el cual el Sr. Ramos podía hacer uso del derecho de reden-

De esta sentencia se infiere o revela la posición del Juzgador que considera como primordial para llegar a la naturaleza jurídica del negocio pactado, indagar sobre cual fue la voluntad de las partes, en este caso pactar un préstamo, y la utilización de otro negocio, para la obtención de un fin, como es el de la compraventa. En concreto examina **pormenorizadamente** la creación de un préstamo disimulado bajo las apariencias de un pacto, que la Ley considera admisible y lícito, y lo que es más importante: que *esa forma elegida no haga perder a la operación su naturaleza jurídica de préstamo*.

Posteriormente, en la STS de 25 de octubre de 1924 (110), el Tribunal consideró que el supuesto contrato de venta a carta de gracia realizado debía reputarse de préstamo usurario y le declara nulo en la parte que no ha acreditado entrega de cantidad del confesado supuesto precio, al en realidad prestatario (111).

Merece esta sentencia un examen detenido en cuanto a que expone con claridad la *esencia* de la Ley de 1908, y sobre todo, la autorización que

ción, que es contrario a lo establecido en el artículo 1.508 CC, según el cual el retracto debe ser temporal y no perpetuo; en todo lo cual se advertía como en la redacción de los recibos, en que se habla de intereses y de capital, que *el propósito de los interesados no fue concertar una compraventa ni sujetarse a las condiciones para este contrato establecidas por el Código Civil, sino un préstamo, disimulado bajo las apariencias de un pacto de los que la ley considera admisibles y lícitos, sin que esa forma elegida para contratar haga perder a la operación su naturaleza jurídica de préstamo*, pues en realidad lo que hacía la Sra. Ginés no era otra cosa que entregar a Ramos dinero en cantidad de 57.000 pesetas, para recibir otro tanto de la misma especie y calidad, con sus intereses, en época determinada y con la garantía de obras que se suponían enajenadas; es decir, concertar un préstamo simple con todos los caracteres que le atribuyen los arts. 1.740 y 1.753 CC.»

(110) STS de 25 de octubre de 1924 (*Col. legs.* n.º 44, pág. 204). Ciertamente resulta interesante destacar el examen que realiza el Juzgador del retracto convencional en relación con el préstamo. Así, en su primer considerando se señala que «*el retracto convencional* inspirado en el respeto a la libertad de contratación sirve para modificar de un modo esencial las condiciones ordinarias del contrato de compraventa y origina acciones recíprocas de naturaleza personal que pueden ser utilizadas por quienes las hayan estipulado y por los respectivos causahabientes, y del *contrato simple de préstamo* se derivan asimismo acciones personales cuyo ejercicio compete a los que en el mismo directamente intervienen y a quienes representan el interés que los contratantes aportaron a la convención, y conforme a estos principios... se deducen efectos que puede representar legítimamente doña Manuela Álvarez, ahora se estime que dicho documento expresa una compraventa con pacto de **retro** venta, como sostiene el autor en el pleito, ya se atienda a la calificación jurídica de simple préstamo que le ha dado el Tribunal de apelación...».

(111) El cuarto considerando señala que «en la sentencia recurrida, el Tribunal, conforme a las prescripciones de los arts. 1.º, 2.º y 9.º de la Ley de 23 de julio de 1908, ha declarado que el contrato que sirve de fundamento a la acción, *se había aceptado por García de la Mata inconsciente y abatido*, recibiendo 3.112 ptas. de las 25.112 que se suponen precio de la venta a carta de gracia inferior a la estimación parcial de las fincas, *cual contrato debía reputarse préstamo usurario y le declara nulo en la parte que no ha acreditado entrega de cantidad* del confesado supuesto precio al en realidad prestatario y no se han combatido estas declaraciones del Tribunal de instancia con elementos eficaces procesalmente...»

otorgaba para declarar nulos aquellos contratos —cualquiera que fuese su forma— que por su modalidad y condiciones ofrecieran la posibilidad de encubrir un préstamo calificado de usurario no sólo por haberse pactado un interés notablemente superior al del precio del dinero, sino porque las circunstancias que rodearon al convenio fueren motivo para cohibir o violentar la aceptación del prestatario (quien presta su declaración de forma *inconsciente y abatido*, existiendo una coacción moral).

Recoge en su tercer considerando como:

«el legislador de 1908 autorizó que pudiera ser anulada toda convención, cualesquiera que sean los términos literales de la misma, en que *se hubiera pactado interés notablemente superior al normal del dinero o en que las circunstancias del convenio fueran motivo para cohibir o violentar la aceptación del prestatario*; y no solamente sometió dicha ley al arbitrio judicial la facultad de declarar nulos aquellos contratos de préstamos que incidieran en las infracciones que prevenía, sino que con igual libérrimo ejercicio autorizó a los Tribunales para que utilizaran las omnímodas facultades respecto a toda operación sustancialmente equivalente a préstamo de dinero, cualesquiera que fueran la forma que revistiese el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido; porque iguales *riesgos de coacción moral* podían tener los obligados en las demás clases de contratos que por su modalidad y condiciones ofrecieran posibilidad formal de constituir manera eficaz para garantizar a favor de prestamistas de relajada conciencia excesos de lucro abusivamente perseguido; y de cuantos contratos regula el derecho civil, ninguno ofrece mayores facilidades que el de *compraventa con pacto de retracto para encubrir con fraude las prohibiciones de dicha ley*, razón por la que está condenado en absoluto en la legislación de Portugal y todos le rodearon de garantías a prevenir los perjuicios del supuesto vendedor».

También hay sentencias más recientes que establecen la existencia de un préstamo de carácter usurario, cuando se le distingue de la venta a pacto de retro, basando sus razonamientos en la aún vigente Ley de Azcárate (**STS de 7 de febrero de 1989** (112), y, **STS de 11 de febrero de 1989**) (113).

(112) La STS de 7 de febrero de 1989 (RA 754) en su cuarto fundamento de derecho, mantiene que «para calcular los intereses ha de partirse de las declaraciones contenidas en la Sentencia de la Audiencia de que el vendedor únicamente recibió en mano la cantidad de 2.900.000 ptas., y que otras 600.000 ptas., las retuvo el comprador para pagar todos los gastos derivados del otorgamiento del contrato. Si se adopta el criterio seguido por los Tribunales de instancia de dar como precio sólo el de 2.900.000 ptas., al ser el dinero a devolver para recuperar la finca el de 5.323.000 ptas., la consecuencia es que la

Siguiendo la misma línea jurisprudencial anteriormente expuesta, la **R. de 29 de septiembre de 1927** (114), diferencia, con nitidez, *las distintas finalidades* entre el préstamo con garantía inmobiliaria y el contrato de compraventa con pacto de retro, así como *los desiguales derechos y obligaciones* de las partes (115). Expresamente se afirma que el vendedor en el retracto convencional no queda obligado a devolver el precio, mientras el prestatario asume

diferencia de cantidades para el tiempo pactado representa una tasa de interés próxima al 42%. Si se sigue el criterio de aceptar la libertad contractual de decidir quién de los contratantes ha de sufragar los gastos de la operación, habrá que tener como precio la suma de 3.500.000 ptas. (cantidad entregada más la retenida para gastos a cargo del vendedor), que es el pacto, perfectamente lícito, hecho por los contratantes, y el porcentaje de interés se reducirá a cifra inferior, pero próxima al 26%. En ambos casos resulta sensiblemente superior el porcentaje de interés si se calcula teniendo en cuenta que para utilizar una prórroga de 6 meses en el plazo de redención habrá que pagar por adelantado otras 650.000 ptas., lo que significaría que el mínimo de interés superaría el 28%. En cualquier caso, aún estimando como precio el más favorable al recurrente, esto es el de 3.500.000 ptas., nada aconseja alterar *la calificación de interés superior al normal del dinero, porque un 28% es cifra exagerada cuando la garantía real, ajena a avatar es mercantiles, asegura el cumplimiento de la operación sin riesgo para el prestamista*. En nada influye que el local estuviera arrendado porque sus pingües rentas pertenecían por pacto a los adquirentes que cedieron al vendedor la administración del inmueble, pero adquirieron la propiedad y la posesión que les da derecho a exigir la liquidación de los frutos. Tampoco afecta a la cuestión que el comprador haya pagado plazos de amortización de intereses de la hipoteca porque también, según pacto, han de ser satisfechos por los vendedores. *De todo ello se desprende que, contra lo mantenido en el recurso, las circunstancias del caso favorecerían al demandado, dificultaban al vendedor el ejercicio del retracto y permiten mantener el criterio de los Tribunales de instancia sobre la anormalidad de los intereses»*.

(113) La STS de 11 de febrero de 1989 (RA 829), también establece los requisitos para la calificación de usurario del préstamo «... el art. 1 de la Ley de represión de la Usura de 23 de julio de 1908, declara nulos los contratos de préstamo calificados de usurarios mereciendo tal calificación, según doctrina de esta Sala aquellos en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, aquellos en que se consignen condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean en favor del acreedor, y aquellos en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada, pero la calificación de usurario o no respecto del contrato de préstamo constituye un juicio de valor que versa sobre un presupuesto fáctico, juicio respecto del cual el art. 2 de dicha Ley concede a los Tribunales una gran libertad de criterio, que sólo puede combatirse proyectando la atención sobre el hecho objeto de la calificación jurídica...»

(114) Resolución de 29 de septiembre de 1927 [ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia registral*, tomo VI (1825-1829), Bosch, Barcelona].

(115) Así, afirma en su primer considerando que «la finalidad económica común a varios contratos de servir para suministrar dinero a persona determinada no autoriza para confundir jurídicamente la venta con pacto de retro y el préstamo con garantía inmobiliaria, pues para desvanecer tan popular como equivocada apreciación basta tener presente que el vendedor no queda obligado a devolver el precio, mientras el prestatario asume la obligación de reembolsar la cantidad entregada a préstamo, y que el comprador adquiere la cosa irrevocablemente una vez transcurrido el plazo, en tanto que el prestamista no adquiere la garantía por falta de pago del capital prestado.»

la obligación de reembolsar la cantidad entregada a préstamo, y que el comprador adquiere la cosa irrevocablemente una vez transcurrido el plazo, en tanto que el prestamista no adquiere la garantía por falta de pago del capital prestado.

C) EXISTENCIA DE PRÉSTAMO SIMULADO BAJO UN CONTRATO DE VENTA
CON PACTO DE RETRO

A partir de la década de los 40, época de mayor utilización de la venta con pacto de retro (como se puede comprobar por las fechas de las decisiones judiciales), se va a continuar estudiando no sólo la diferencia entre ambos contratos, sino también cuando debe declararse de usurario el préstamo. Así, las sentencias que a continuación vamos a exponer tienen como objeto un contrato de préstamo simulado bajo un contrato de venta con pacto de retro, lo cual se deduce de la finalidad y de los elementos que conforman su contenido.

Se incluye dentro de este grupo la STS de 10 de marzo de 1944 (116), que mantiene la posibilidad de que un documento privado posterior a una escritura de enajenación, fije los términos exactos del vínculo obligacional de venta creado entre las partes que revela que tal transmisión implicaba una operación de garantía, existiendo, por consiguiente, una simulación absoluta del contrato contenido en la escritura. En tales casos no puede considerarse ilícita la causa cuya finalidad es establecer la garantía de la enajenación otorgada. En idéntico sentido, las SSTs de 25 de mayo de 1944 (117), y de

(116) La STS de 10 de marzo de 1944 (RA 526) señala que «tratándose de la interpretación, que debe ser combinada, de un documento público de enajenación y otro privado de igual fecha que a modo de contradeciaración, o mejor aún, de declaración complementaria inequívoca, fija los términos exactos del vínculo obligacional de venta creado entre las partes y revela que *tal transmisión implicaba una operación de garantía* que, según las condiciones establecidas, contemplaba la posibilidad de que la cosa enajenada volviese al patrimonio del vendedor, debe estimarse que la sentencia que declara la simulación absoluta del contrato contenido en la escritura, así como la falta de valor del documento privado complementario para crear, modificar o extinguir derechos reales, olvida lo dispuesto en el artículo 1.230 del Código Civil, que legitima la validez *inter partes* de los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, aunque sea negada su eficacia por dicho precepto, en determinadas condiciones, respecto de terceros.»

En el cuarto considerando se afirma que «no puede decirse que carezca de causa, ni que ésta sea ilícita, el convenio delineado conjuntamente por una venta otorgada en escritura pública y por un documento privado aclaratorio que revela la finalidad de garantía de la enajenación otorgada, porque ni es cierto que el convenio que conjuntamente se delinea en tales documentos carezca de causa no puede decirse ilícita la que decidió concertar el contrato y sus explicable limitaciones en fecha que no podía contemplar los intereses de la masa, en cuya defensa es impugnado por el recurrente aquél contrato...»

(117) STS de 25 de mayo de 1944 (RA 800).

7 de febrero de 1948 (118), entienden que no cabe admitir que la compra-venta con pacto de retro fuese inexistente por carencia de causa o anulable por su carácter simulado (119), pues existe un lícito contrato de préstamo con la garantía de un inmueble.

Dentro del citado grupo de decisiones judiciales cuyo objeto son un contrato de préstamo simulado por un venta con pacto de retro se encuentran en la **STS de 8 de marzo de 1951** (120), cuyo principal motivo es la discusión y diferenciación entre el retracto convencional castellano y la venta a carta de gracia catalana (121), o la **STS de 6 de marzo de 1952**(122), o

(118) La STS de 7 de febrero de 1948 (RA 278), en el sexto considerando, establece que «el contrato llamado de *compra-venta con pacto de retro* celebrado por los mismos litigantes, y cuya declaración de nulidad se pide, y que aparece en forma de *compra-venta* con pacto de retro, concurren circunstancias que no son las usuales y características del contrato de compra-venta ya que el vendedor renunció a la posesión y administración de la finca vendida, que fue la misma antes hipotecada, debiendo entrar en tal posesión sólo en el caso de no ser utilizado el derecho de retracto en el plazo fijado, y por otra parte se cobraron intereses por el precio que el vendedor debía recibir y hacer suyo sin pagar interés alguno, puesto que no se pactó plazo para la entrega de dicho precio, resultando que no se entregó la cosa vendida ni tampoco la totalidad del precio, lo que unido al enlace del segundo contrato con respecto al primero del que es una continuación o transformación con mayor garantía...».

Cabe señalar que «se trata de un *contrato simulado en el que en realidad predomina el carácter de préstamo sobre el de compraventa...* y según el cual ha de aplicarse lo dispuesto sobre contratos usurarios a toda operación equivalente sustancialmente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido, habiendo declarado esta Sala que puedan declarar los Tribunales usurario el contrato de venta a carta de gracia si a su juicio es un verdadero préstamo».

(119) En el cuarto considerando establece que «si bien el contrato de 7 de marzo de 1935 no fue efectivamente de préstamo ni en el de 6 de febrero de 1936 hubo entrega formal de precio, *tuvieron ambas convenciones como causa la liquidación previa y consiguiente pago de los débitos* que por consecuencia de suministro de géneros había contraído la demandada con el actor concurriendo en ellas, de este modo, la oportuna reciprocidad de prestaciones, constituida en el primer convenio —*configurado como préstamo hipotecario*— por la correlación de la cantidad liquidada como adeudo y la hipoteca establecida, y en el segundo convenio —*estructurado como venta con pacto de retraer*— por la correlación entre la venta de la casa y el precio recibido por la vendedora, cualquiera que fuere el origen causal de su obligación; de lo cual infiere la Audiencia, con recto criterio, que no cabe admitir que tales contratos fuesen inexistentes por carencia de causa o anulables por su carácter simulado».

(120) STS de 8 de marzo de 1951 (*Col. legs. n.º 10*, pág. 156).

(121) Establece en sus considerandos que «no constituye norma distintiva *la simulación de venta donde realmente sólo hay un préstamo lícito con garantía real*, ni la mayor o menor propensión de que la venta encubra un lícito préstamo usurario es tampoco nota distintiva, pues una y otra circunstancia se dan igualmente en las dos instituciones que honestamente vividas llenan una finalidad útil en la esfera de la contratación, y viciadas frecuentemente por la usura son reprobadas y sancionadas por la Ley».

(122) En la STS de 6 de marzo de 1952 (*Col. legs. n.º 78*, pág. 169) se afirma que *el contrato de compraventa con derecho de retraer es en realidad un contrato de préstamo con la garantía de la mencionada casa*. Pues para negar la existencia real de una

la STS de 23 de diciembre de 1954 (123), o la STS de 8 de marzo de 1957 (124), donde se afirma con rotundidad que lo convenido fue un contrato de préstamo y no puede aplicarse las normas de la compraventa con pacto de retro (125), o la STS de 28 de mayo de 1957 (126), o la STS de 4

compraventa se funda en la existencia en la escritura de obligaciones que se atribuyen al supuesto vendedor, que son propias y exclusivas de quien tiene el dominio, como son las de realizar en la casa las obras necesarias para su conservación, la de pagar todas las contribuciones, impuestos y arbitrios que afecten al inmueble y, además, el seguro y suministros. De donde se deduce la existencia de una simulación que oculta otro contrato subyacente: el préstamo.

(123) En la STS de 23 de diciembre de 1954 (RA 3170), se mantiene que «a fin de asegurar el préstamo, y a la vez obtener un lucro mayor... se exigió que se otorgara escritura de pacto de retro...».

Sin duda alguna se trata de un supuesto de préstamo usurario que el juzgador de instancia apreció en base a «la amplia libertad de albedrío para apreciar y valorar los elementos probatorios aducidos al pleito incluso las alegaciones de las partes» que la Ley sobre represión de usura concede a los juzgadores.

(124) STS de 8 de marzo de 1957 (RA 1547).

(125) Se pone de manifiesto en su tercer considerando que lo convenido en la escritura de 6 de abril de 1935 fue un *contrato de préstamo y no puede aplicarse las normas de la compraventa con pacto de retro*. Se basa para llegar a esta conclusión en que con los giros telegráficos de 5 de abril de 1945 fue pagado el préstamo.

No obstante se alega que «los demandados no han recibido las cantidades giradas, que en todo caso sólo cubrirían capital prestado e intereses pero no los demás gastos ocasionados por el otorgamiento de la escritura, pago de derechos reales e inscripción en el Registro; más estos argumentos del recurrente carecen de eficacia si se tiene en cuenta que según consta en autos, la suma prestada y el importe de los intereses pendientes girados telegráficamente por el actor prestatario antes de cumplirse el plazo pactado, fueron ofrecidos y puestos a disposición de los demandados, los cuales dándose por enterados de tal ofrecimiento y puesta a su disposición, sin hacer objeción alguna sobre su pertinencia y oportunidad, encargaron al oferente que los reservase en su poder hasta que pudieran ocuparse de ello, lo que hizo suponer muy fundadamente al mandatario que su encargo estaba cumplido, porque *el prestatario con garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando liberada la garantía que era accesorio del préstamo y que no pasa automáticamente a poder del acreedor como en la compraventa con pacto de retro al no verificarse el retracto en su tiempo, sino que tratándose de préstamo incluso con plazo pactado habría de perseguirse la garantía, una vez denunciada y probada la falta de pago del capital e intereses objeto del préstamo*».

(126) La STS de 28 de mayo de 1957 (RA 2180) señala en su primer considerando que según declara el juzgador de instancia con respecto a las fincas que se reclaman denominadas,

«San Coronel» y «Suerte de los Santos», la prueba practicada obliga a estimar acreditado que la venta con pacto de retro otorgada el 30 de agosto de 1915, por el padre de doña Agueda T.C. a su hermano don Juan T. C. *no fue en realidad tal venta, sino la forma de garantizar un préstamo efectuado por este a aquél*, pues así se deduce de la confesión judicial prestada por los tres demandados, los cuales han manifestado que el padre de la citada doña Agueda tenía abundantes deudas, y que las citadas fincas no salieron nunca del poder del mismo y a su muerte del de su hija, los cuales siempre las labraron y las recolectaron, sin que al ser preguntados por ello negaren que *la expresada venta con pacto de retro fuera una forma de garantía de una deuda...*».

de junio de 1957 (127), o la STS de 10 de julio de 1957 (128), o la STS de 30 de octubre de 1957 (129), o la STS de 3 de abril de 1968 (130), o la STS de 10 de mayo de 1968(131), o la STS de 11 de marzo

(127) La STS de 4 de junio de 1957 (RA 2510) en su primer considerando alega que:

«la sentencia de instancia, después de establecer de manera inequívoca que el contrato de compraventa con pacto de retro, sobre el que versa este pleito, no es tal, sino un contrato de préstamo mutuo con interés, según se postulaba en la demanda, desestima ésta, sin embargo absolviendo a los demandados y confirmando la sentencia apelada por dos fundamentos: uno, que *el préstamo subyacente, o sea, el verdadero contrato no reviste los caracteres de usurario, porque ni el interés es superior al normal, ni desproporcionado con respecto a las circunstancias del caso, ni se supone recibida cantidad superior, ni que sea leonino por sus condiciones, según todo ello resulta de las pruebas practicadas...*»

(128) La STS de 10 de julio de 1957 (RA 2225) en la que se recoge el supuesto de que al no haberse hecho efectivo el importe del préstamo, se otorgó en garantía del mismo una escritura pública de compraventa de varias fincas, por el precio de 52.000 ptas., firmándose en la propia Notaría un documento privado, en el que los otorgantes de la escritura pública convenían que mediante la entrega por parte de la deudora vendedora del importe del principal del préstamo de 145.000 pts. y sus intereses, se otorgaría nuevamente escritura de retransmisión a favor de aquélla, la parte acreedora-compradora de las fincas transmitidas fiduciariamente en el mismo documento privado, que fueron objeto de la mencionada escritura pública.

(129) STS de 30 de octubre de 1957 (RA 3396), donde analizando con mayor detenimiento las características del préstamo, se afirma que de las pruebas practicadas se desprende que el *contrato de compra venta con pacto de retro encubridor de un préstamo no tiene el carácter de usurario*, ya que «se trata de una sencilla escritura, en donde las cosas que constituían su objeto podían ser retraídas por el vendedor en el plazo de un año fijado, quedando subsistente la hipoteca que sobre ellas pesaba, con el reintegro de las 5.000 ptas., figuradas como importe de la venta, sin que la autorización que la escritura concede sirva para suponer que se quiso limitar el plazo del préstamo, ya que la realidad de los hechos, patentiza de modo preciso y claro, que por el adquirente se concedió a los vendedores prórrogas para el retracto voluntario pactado, en dos ocasiones y por dos años cada vez, a fin de que pudiera encontrar nuevo comprador, no habiéndose hecho constar la consumación de la escritura, por la extinción del retro, hasta el 6 de mayo de 1935, *es visto que no se quiso apurar la situación del obligado, y que tanto el contrato de préstamo primero, como la escritura de compra después*, no están comprendidas en el articulado de la ley especial y deben tener su eficacia y desarrollo en la esfera del derecho común».

(130) STS de 3 de abril de 1968 (RA 3716). Establece en su considerando primero que «*bajo la cobertura externa de una compraventa con pacto de retro origina por parte del actor el ejercicio de una acción de retracto legal no contiene, sino un negocio jurídico simulado calificado de contrato de préstamo con interés con la garantía de un inmueble...* lo verdaderamente convenido no fue una compraventa, sino un préstamo con garantía del inmueble, a cuya conclusión cooperan las circunstancias y los elementos que integran la intención de actos coetáneos y posteriores de los contratantes en relación con el objeto que éstos se propusieron al contratar, hechos estos, que no han sido combatido con éxito....»

(131) STS de 10 de mayo de 1968 (RA 3483). En su único considerando establece que: «*lo verdaderamente convenido no fue una compraventa, sino un préstamo con garantía del inmueble, a cuya conclusión cooperan las circunstancias y elementos que integran la intervención de actos coetáneos y posteriores de los contratantes en relación con el objeto que éstos se propusieron al contratar...*».

de 1974 (132), o la STS de 5 de julio de 1982 (133), o la STS de 7 de febrero de 1989 (134), o la STS de 11 de febrero de 1989 (135), o la STS de 14 de mayo de 1990 (136), o la STS de 26 de abril de 1991 (137), o la

(132) STS de 11 de marzo de 1974 (*Col. legs.* n.º 118, pág. 122). Se parte de la existencia de un contrato de compraventa con pacto de retro que encubre un préstamo. Así en su primer considerando se entiende que «del conjunto de la prueba se estima acreditado que la parte actora, hoy recurrente, devolvió del préstamo de 1.149.000 ptas. solamente 742.805 ptas., sin que cuando venció el plazo de tres años concedido para el retracto convencional, hubiere abonado el resto ni lo consignara».

(133) STS de 5 de julio de 1982 (RA 4215). Afirma en su cuarto considerando que: «lo en realidad convenido fue un mero *préstamo, con garantía inmobiliaria, y no una real y efectiva compraventa con pacto de retro*, toda vez que conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, las relaciones jurídicas apreciables son las que se revelen de lo realmente querido por las partes y no por las fórmulas exteriores que le hayan dado, en ortodoxa aplicación del principio de derecho de que todas las cosas son lo que son y no lo que las partes quieren».

En su considerando sexto se aduce que «se concertó un contrato de compraventa sobre la finca litigiosa y simultáneamente en documento complementario por el que se otorgaba un derecho de retracto, constituye una apreciación equivalente a préstamo dinerario.» «La Sala sentenciadora llegó a la apreciación del encubrimiento de tales, la escritura pública y documento privado de una relación jurídica de préstamo usurario con base en el art. 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, lo hace partiendo, de reconocer, en formación de convicción legal que autoriza el art. 2 de la misma, que *la compraventa y pacto de retro* tantas veces aludidos, en cuanto parten de fijar un precio altamente desproporcionado, aceptado ante la acreditada situación angustiosa de la entidad titular de la finca que se pretende vendida, en realidad era meramente *reflejadora* de un préstamo en dinero tratado de asegurar con garantía de tal finca; aspecto que no puede alterarse por consecuencia de la existencia de las tan citadas escritura pública de compraventa y simultánea de pacto de retro, para la configuración de un préstamo, a fines de integración en las consecuencias de nulidad que dicha Ley de 23 de julio de 1908 expresa, lo fundamental a examinar es la finalidad contractual determinando los elementos que integran el contenido, de tal manera que proceda aplicar a la figura de *la compraventa con pacto de retro las prescripciones de dicha ley cuando se demuestra, por prueba clara y terminante, cual se reconoce en el presente caso ha ocurrido, que envuelve una maniobra de préstamo usurario, ya que como asimismo indica la S. de 26 de marzo de 1914, esa situación es de apreciar cualquiera que sea la forma del contrato.*»

(134) La STS de 7 de febrero de 1989 (RA 754) trata de un préstamo declarado usurario encubierto con un contrato de compraventa con pacto de retro.

(135) La STS de 11 de febrero de 1989 (RA 829) afirma que «ciertamente se aparenta un contrato de compraventa con opcional pacto de retro, lo que se considera en su conjunto negocio jurídico simulado e inexistente por falta de causa, pero escondiendo otro real y querido por las partes, consistente en un préstamo mercantil con pacto de intereses...

(136) La STS de 14 de mayo de 1990 (RA 3729) también recoge un supuesto de compraventa con pacto de retro en garantía de devolución de préstamo, al señalarse en el fundamento de derecho tercero que: «La sentencia recurrida, califica el contrato litigioso, pese a su apariencia de *compraventa con pacto de retroventa*, de una mitad indivisa de cada una de las dos casas que en el mismo se describen, diciendo que se trata bien de *la constitución de una garantía para asegurar el resultado económico de otras relaciones comerciales o bien la concesión de un préstamo del comprador a la vendedora por el importe figurado como precio en el contrato, para cuya garantía de devolución la pres-*

Sentencia de la AP de Lugo de 9 de febrero de 1994 (138), o incluso la doctrina de la DGRN, a través de la **R. de 18 de octubre de 1994**, se ha hecho eco de esta posibilidad (139).

En resumen, de toda la jurisprudencia expuesta cabe deducir que existe préstamo y no compraventa, cuando tras el estudio de la voluntad de los otorgantes, contenidas principalmente en las estipulaciones contractuales, las circunstancias, actos coetáneos y posteriores, y las pruebas judiciales (confesión de ambas partes o prueba de presunciones), elementos todos comprensivos de los derechos y obligaciones queridos por las partes, podemos llegar a apreciar los efectos, alcance y finalidad de lo realmente perseguido, resultando que:

— La finalidad del supuesto comprador no es la obtención sobre el inmueble de un dominio temporal y resoluble, sino que se quiere una simple garantía real sobre la finca.

tataria transmitió al prestamista la titularidad formal de las dos mitades proindivisas antes mencionadas...»

Continúa señalándose que «la calificación hecha por la Sala *a quo*, la que entiende que el contrato que celebraron las partes mediante documento privado de fecha 9 de marzo de 1966 *no fue de compraventa, sino de simple garantía del resultado de unas relaciones comerciales existentes entre las partes o de un préstamo*, lo que deduce de las circunstancias de haberse pactado la retroventa por la misma cantidad que se hizo constar como precio de la venta (150.000 ptas.), sin interés alguno y, sobre todo, del comportamiento de los supuestos compradores, que a pesar de celebrar el contrato en el año 1966, no han realizado en veinte años, ni tan siquiera intentado, ningún acto de posesión o dominio sobre las viviendas objeto del contrato, ni han tratado de estas cuestiones con la demandada, ni con el titular o titulares de las otras dos mitades indivisas, pues lo único que han hecho es pedir la elevación del contrato a escritura pública...»

(137) STS de 26 de abril de 1991 (RA 3064). La propia sentencia estima que: «la conclusión que se estableció: la inexistencia de compraventa y realidad de préstamo encubierto...»

(138) Sentencia de la AP de Lugo de 9 de febrero de 1994 (AC 369). «El pacto de retro es utilizado frecuentemente para los más diversos fines, por las posibilidades que estableciéndolo, pueden ser de gran utilidad práctica, y su presencia en la escritura de compraventa, junto con las demás pruebas ya analizadas, está señalando rotundamente que esa escritura no es una reproducción exacta de lo convenido; *el actor por medio de ella no ha adquirido la propiedad de la finca, sino que ésta ha continuado perteneciendo a quien en la supuesta compraventa, son los vendedores, sin que baste el otorgamiento, puramente formal, de la escritura, para que se produzca un desplazamiento de la propiedad*, porque el artículo 1.462 es exclusivamente aplicable a las compraventas, cuando éstas son efectivamente realizadas, pero no si encubren otra clase de contrato».

(139) R. de 18 de octubre de 1994. (RA 7798). La DGRN establece que «cuando se pretende *instrumentalizar la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente*, si que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor. Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, *no hay efectiva y verdadera venta como un contrato debidamente causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado, pues en tal caso el precio sólo es aparente, la transmisión dominical sólo obedece a esa finalidad de garantía y ello carece de virtualidad para justificar el efecto traslativo*».

— La falta de plazo para la entrega del precio de la retroadquisición de la cosa dada en garantía.

— La atribución al supuesto vendedor de obligaciones propias y exclusivas de quien tiene el dominio (como son las de realizar en la casa las obras necesarias para su conservación, la de pagar todas las contribuciones, impuestos y arbitrios que afecten al inmueble y, además, el seguro y suministros).

— La fijación de un precio de la retroadquisición de la finca altamente desproporcionado en relación con su valor (que además suele coincidir con el valor de una deuda anterior, fijándose en otros casos la forma y plazos en que debía pagarse el capital y los intereses).

— El prestatario con garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando liberada la garantía que era accesorio del préstamo.

— Del contrato de préstamo se derivan asimismo acciones personales cuyo ejercicio compete a los que en el mismo directamente intervienen y a quienes representan el interés que los contratantes aportaron a la convención.

— Además, el prestatario asume la obligación de reembolsar la cantidad entregada a préstamo, y ante el impago del capital prestado el prestamista no adquiere la garantía.

— Por último no habrá compraventa sino préstamo cuando se vulneran las normas relativas a la misma, por ejemplo la venta de obras que se escriban en un futuro (se contraría el art. 1.445 CC), o se marque un derecho de redención indefinido (cuando el art. 1.508 CC establece con carácter imperativo la fijación de un plazo).

D) EXISTENCIA DE CONTRATO DE VENTA CON PACTO DE RETRO

También es posible que nos encontremos en la situación contraria, existencia de un contrato de compraventa con pacto de retro y no de préstamo, incluso en aquellos supuestos en los que se estipula que el vendedor debe pagar, además del precio para retraer, determinado interés. Es lo que acontece en la STS de 3 de marzo de 1866 (140). Particular que no afecta a la esencia

(140) En la STS de 3 de marzo de 1866 (*Col. legs.* n.º 87, pág. 335) se recoge el hecho de la entrega de una finca en pago de una deuda, con sus frutos. El Tribunal lo califica como compraventa y no préstamo con pacto comisorio. En su segundo considerando establece que: «lejos de contener dicha escritura el contrato de préstamo con pacto comisorio, reprobado por derecho, únicamente se consigna el de *compraventa con el pacto de retro*, puesto que se estableció de un modo explícito, que si en el término de un año el cedente o sus sucesores entregaban el precio o cantidad, recuperarían el dominio de las indicadas fincas, lo cual además *demuestra la transmisión de éste al cesionario por dicha escritura, y en su virtud se ha ejercitado en la demanda la acción reivindicatoria*».

del contrato —la transmisión— al haberse convenido la existencia de intereses como merced o compensación por haber continuado la finca en la posesión del vendedor para usufruirla durante el plazo de la retroventa. Así ocurre en la **STS de 13 de noviembre de 1906** (141). Y, también en la **STS de 12 de julio de 1943** (142).

En ambos supuestos la existencia de compraventa es evidente, pues tiene lugar la transmisión, aunque la cosa quede en poder del vendedor lo cual no cambia la naturaleza del negocio jurídico realizado: compraventa y no préstamo (143). En ese sentido podemos citar la **STS de 13 de marzo de**

(141) La STS de 13 de noviembre de 1906 (*Col. legs. n.º 118*, pág. 652) establece en su primer considerando que «al establecerse de modo explícito que si dentro de un término dado devuelve el vendedor el precio de la cosa vendida tendrá el derecho de recobrarla, se consigna claramente *un contrato de venta con pacto de retro, y no el de préstamo*, aunque se estipule que el vendedor haya de pagar, además del precio para retraer, determinado interés, ya que este particular no afecta a la esencia del contrato y sólo es consecuencia de lo que se hubiese pactado, conforme al artículo 1.507 del Código Civil, habiéndose convenido en el caso actual los intereses como merced o compensación por haber continuado la finca en la posesión del vendedor para usufruirla durante el plazo de la retroventa».

(142) La STS de 12 de julio de 1943 (*Col. legs. n.º 96*, pág. 775) establece que «la calificación de los negocios jurídicos exige un examen, mucho más complejo, de su finalidad y de los elementos que integran y determinan su contenido, y, sobre todo, que *aunque la figura de la venta con pacto de retro se emplee con harta frecuencia para encubrir los abusos de la usura*, la Ley y la Jurisprudencia admiten, en principio, tal operación como un negocio lícito, en tanto no se demuestre, por prueba clara y terminante, que envuelve una maniobra usuraria y cae bajo las prescripciones de la Ley de 1908».

Continúa señalando como «esta Sala, en su más reciente doctrina, tiene definido que no es necesario, para que un contrato deba ser declarado nulo como usurario, que existan conjuntamente todos los requisitos contenidos en dicho art. 1.º, pues basta que se aprecie la existencia de un interés pactado notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, para que proceda declarar la nulidad del contrato, sin que se requiera ninguna otra circunstancia; es también jurisprudencia reiteradísima, en aplicación rigurosa del texto legal de referencia, en su inciso relativo a este último especial supuesto, que es necesario relacionar, al objeto de la calificación del negocio usurario la cuantía del interés estipulado con el fin a que el prestatario destinase el importe del préstamo y con los riesgos que corra el prestamista, y como aún cuando se estimase que el precio del arrendamiento que se agregó a la *venta con pacto de retro* es equivalente al interés de un préstamo, no es dicho interés exagerado...»

(143) Entre las *obligaciones* del vendedor hay que señalar que la más importante y esencial en el contrato de compraventa es la entrega de la cosa (art. 1.445 CC). No obstante, el requisito de la entrega de la cosa, lógico y necesario en cualquier compraventa, *no implica en el retracto convencional que el comprador necesariamente entre en la posesión de la cosa*. Y ello porque el vendedor, alguna veces, continúa en su posesión pero en virtud de otro título jurídico como es el de arrendatario (*constitutum possessionum*).

Podría cuestionarse que la supresión de la tradición de la cosa hiciera dudar de la existencia del contrato, pues la cosa se utiliza como garantía para la restitución de precio. No obstante cabe señalar, como lo ha matizado la Jurisprudencia, que en tales casos, el comprador obtiene como beneficio la devolución del precio, los frutos de la cosa, y los intereses en forma de la renta del arriendo pactado.

1913 (144). También dentro de este grupo de decisiones judiciales, se incluyen las **STS de 29 de abril de 1946 (145), o la STS de 23 de marzo de 1957 (146), o la STS de 12 de abril de 1957 (147), o la STS de 14 de noviembre de 1957 (148).**

(144) La STS de 13 de marzo de 1913 (*Col. legs. n.º 197*, pág. 622), en su segundo considerando, establece que «al consignarse de un modo explícito en una escritura que si dentro de los tres años siguientes devolvía la vendedora el precio de la finca enajenada, más lo que el comprador hubiese suplido para el arreglo de la titulación y los gastos de la mencionada escritura, tendría el derecho de recobrarla, es indudable que el *contrato otorgado fue el de compraventa con pacto de retro y no el de préstamo*, sin que pueda estimarse que alterase su naturaleza jurídica la circunstancia de haberse estipulado que la finca vendida continuaría en poder de la vendedora y no la poseería el comprador hasta el vencimiento de la condición resolutoria, ya que este particular no afecta a la esencia del contrato y es sólo consecuencia del mismo carácter convencional del retracto voluntario, según lo define y establece el art. 1.507 del Código Civil...».

(145) En la decisión jurisprudencial contenida en la STS de 29 de abril de 1946 (RA 557) recoge el supuesto de venta con pacto de retro simulada que encubre una donación. El TS declaró no haber lugar al recurso señalando *la existencia de compraventa con pacto de retro*, pese a que la demandada había pretendido que se declarase la existencia de donación en base a la irrealidad del precio que figuraba en la escritura y en la ausencia de causa de la compraventa.

En su considerando primero se recoge que «en ejercicio de la acción de retracto convencional dimanante del contrato de compraventa en que aquel derecho se pactó, alegó la parte demandada que tal *contrato era simulado y encubría una donación válida* que podría quedar sin efecto por revocación en los casos autorizados por la Ley, pero no por virtud de *un pacto de retroventa simulado o aparente*, y, en consecuencia, nulo; y la sentencia recurrida, examinando el tema litigioso a la luz de las pruebas practicadas, estimó la existencia real de la compra-venta y la validez del pacto de retracto, desestimando en consecuencia la pretensión del demandado».

Se alega la carencia de precio justo o de la prestación por el comprador de un valor equivalente al de la cosa vendida pero en el considerando tercero el TS señala que «para establecer la desproporción entre el precio asignado a la finca y el precio justo de la misma el recurrente se remite a la valoración dada a aquella en pleno dominio, cuando lo cierto es que el vendedor se reservó el usufructo y el derecho de retraerla, aparte cargas impuestas a la compradora que en definitiva se traducen en un incremento del precio convenido en relación con el valor intrínseco de la cosa vendida, y, en último término, la existencia de un precio cierto por ínfimo que sea, no se aviene con *la tesis del recurso de apariencia o simulación de venta por carencia de causa o falta de precio*».

(146) En la STS de 23 de marzo de 1957 (RA 1177) se establece la existencia de un contrato de compraventa con pacto de retro y no de un préstamo y menos usurario, pues la situación del actor al otorgar aquella escritura no era angustiosa ni pueda calificarse como hace el recurrente de estado de necesidad civil que mediatizase su libre discernimiento.

(147) Es la STS de 12 de abril de 1957 (RA 2499) se entiende que no cabe hablar de un préstamo sino de una venta con pacto de retro tal y como se desprende de las pruebas aportadas y especialmente de la confesión del demandado quien «al absolver la segunda posición que le fue formulada sobre si en 1942, facilitó en préstamo al vendedor la cantidad de 6.660 ptas., con la garantía de la casa y terreno consabido, fue que es cierto, aclarando que no fue prestada la cantidad, sino que *compró la casa con pacto de retroventa* y con esta contestación queda confirmada la voluntad de comprar que tuvo el otorgante».

(148) En la STS de 14 de noviembre de 1957 (RA 3402) se parte de la existencia

En esta línea jurisprudencial surge una decisión judicial, concretamente, la **STS de 8 de octubre de 1981** (149) que afirma que la compraventa con pacto de retro no se desvirtúa en su esencia y carácter jurídico por tener su causa sustentadora en un préstamo, puesto que éste, en definitiva, es lo que le da vida y la configura, sin que en consecuencia pueda revelar causa falsa, sino, por el contrario, la que en realidad se consideró por los contratantes (150). En este supuesto se determina la existencia de una compraventa a carta de gracia —**especialidad foral catalana**— pues la esencia del contrato se centraba en el ánimo transmisor de las partes. No obstante, el TS al hacer referencia a que «tiene su causa sustentadora en un préstamo», puede inducir a confusión, pues al mencionarse el término préstamo, en este contexto se refiere al «adelanto de numerario» con vistas a su devolución teniendo como causa eficiente la de transmitir el bien.

En resumen, según la doctrina jurisprudencial expuesta existe compraventa con pacto de retro cuando:

de una compraventa con pacto de retro y «no de un contrato de préstamo sin que se revele un beneficio exclusivo para el comprador, segundo, que el precio realmente entregado era el que se menciona en la escritura como está acreditado por la fe del Notario a cuya presencia se efectuó, tercero que *no estaban los vendedores en situación económica angustiosa*, pues la venta y marcha a otra población se debió al natural y legítimo deseo de aumentar sus ingresos, y cuarto que *el arrendamiento al vendedor de las fincas objeto de la venta era explicable para evitar que cuando volvieran los arrendatarios a la posesión de las fincas por utilizar el derecho de retroventa se encontraran otras personas en su posesión arrendaticia*».

(149) STS de 8 de octubre de 1981 (RA 3589).

(150) En su primer considerando se establece que «si ciertamente el vínculo creado entre los relacionados... tiene su motivación en la obtención de dinero, con alcance de préstamo garantizado mediante la compraventa concertada, ello no determina, contra lo apreciado por dicha recurrente, que no se dé *la situación jurídica, típica del derecho catalán, de la venta a carta de gracia o empenyament, cuya existencia y realidad se aprecia en la sentencia recurrida*, desde el momento en que esa relación jurídica, tomando su origen del pacto de retroventa —*pactum de retrovendendo*— y que adquirió fisonomía propia y especial, distanciándose bastante del carácter que tenía en el Derecho romano de que procede, precisamente nació a falta de una organización hipotecaria, siendo una hábil forma de aseguramiento, que simplemente consistía en un pacto por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida con devolución del precio y gastos, contribuyendo a su desarrollo el que se avenía con la forma patrimonial de los bienes, permitiendo al propietario del patrimonio mediante «empenyament» obtener dinero cediendo fincas con la esperanza de recuperarlas y con aquel dinero atender al pago de obligaciones, en el mayor de los casos de índole hereditaria, y generando así en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos... y, por consiguiente, que *la compraventa de tal naturaleza no se desvirtúa en su esencia y carácter jurídico por tener su causa sustentadora en un préstamo*, puesto que éste, en definitiva, es lo que le da vida y la configura, sin que en consecuencia pueda revelar causa falsa, sino, por el contrario, la que en realidad se consideró por los contratantes».

— A través del retracto se modifiquen de un modo especial las condiciones ordinarias del contrato de compraventa, pudiendo ser utilizado por quienes las hayan estipulado o por sus causahabientes.

— Existe verdadera transmisión del dominio.

— Se produce la tradición aunque el vendedor se quede en posesión de la cosa (*constitutumpossessorium*) en virtud de otro título jurídico —arrendamiento—.

— Para el ejercicio del retracto se abonan el precio de la cosa, los gastos de la titulación, escritura, y demás reembolsos —art. 1.518 CC— (pago de derechos reales e inscripción registral).

— De la propia confesión del comprador que señala su intención de comprar.

— Y, por último, ante el impago del precio del retracto, el comprador adquiere irrevocablemente el dominio de la cosa.

IV. CONCLUSIONES

I. Estudiar la venta con pacto de retro conlleva el análisis de la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial del *negocio fiduciario*, a fin de exponer las diferencias entre ambas instituciones.

La doctrina científica evoluciona de forma clara y uniforme. En un primer momento se siguió la *teoría del doble efecto*: el negocio fiduciario está formado por un contrato complejo cuya *estructura jurídica* está integrada por otros dos interdependientes, uno *real* y otro *obligacional*. A través del mismo se *transfiere la plena titularidad de un derecho*. El adquirente (fiduciario) se obliga a volver a transmitirlo al enajenante (fiduciante) o a un tercero, una vez conseguido el fin económico —que suele ser el cumplimiento de la obligación asegurada— (*pactumfiduciae*). El fiduciante deja de ser dueño, y el contrato fiduciario se configura como instrumento para articular en la práctica la obligación del fiduciario de reponer formalmente a aquél en la posesión de la cosa. Se ha operado una auténtica transmisión de la cosa basada en la buena fe y con atribución real de la titularidad dominical al fiduciario.

Posteriormente, como consecuencia de las cuestiones que se suscitaban en relación con la aplicación de esta teoría en nuestro sistema causalista, la doctrina científica adoptó una variante, según la cual *el fiduciante retiene la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad formal*. De manera que la transmisión de la propiedad se entiende limitada a la eficacia externa y condicionada a su finalidad fiduciaria.

Resulta muy difícil encuadrar la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el negocio fiduciario, en etapas claramente diferenciadas. Y ello porque en un primer momento se mantuvo la teoría del doble efecto (con

transmisión plena y absoluta de la propiedad del fiduciante al fiduciario), pero, a su vez, se intuía la existencia de una propiedad formal del fiduciario. En un momento posterior, podría parecer que nuestro más alto Tribunal, va a acoger la superación de la mencionada teoría, en favor de la propiedad formal, expuesta y seguida con claridad por la doctrina científica, pero en realidad no llega a ocurrir. Se continúa recogiendo en casi todas las decisiones judiciales los criterios de la teoría del doble efecto, aludiéndose además a la transferencia formal de la propiedad lo que va a generar cierta confusión jurisprudencial.

Parece razonable pensar que el paso previo y necesario para señalar que el negocio fiduciario es un negocio simulado, es pasar de la teoría del doble efecto a la de la titularidad formal. El negocio fiduciario se convierte así en negocio simulado, pues la transmisión es formal y lo que realmente se quiere es el negocio de garantía que se encubre con la venta. Esta idea señalada por DE CASTRO va a ser desarrollada por ALBALADEJO, quien, al llevarla a sus últimas consecuencias, afirma categóricamente que el negocio fiduciario es inexistente, no es real.

II. El estudio del negocio fiduciario tiene importancia a fin de su distinción con la compraventa con pacto de retro. Pues al utilizarse y encajarse, la compraventa con pacto de retro, como una venta en garantía inserta en el negocio fiduciario, resulta una operación necesaria.

Tras el estudio detallado de la jurisprudencia, es obvio que la mayoría de la doctrina jurisprudencial ha estudiado la compraventa con pacto de retro desde el punto de vista del negocio jurídico, desde su vertiente de la teoría del doble efecto y ello como consecuencia de la aparente similitud entre el negocio fiduciario en su modalidad de venta en garantía, y la estructura y fines de la compraventa con pacto de retro.

La propia jurisprudencia ha determinado que la causa del negocio fiduciario es la garantía de una deuda anterior existente entre las partes, y no la transmisión de la propiedad, en cuyo caso habrá compraventa con pacto de retro.

El sector doctrinal que en su día encajó la compraventa con pacto de retro como negocio fiduciario entendió que su causa consistía en la transmisión de fincas en garantía de una deuda (el negocio fiduciario se utiliza a través de la compraventa con pacto de retro, introduciéndose la enajenación con un pacto disimulado —el de retroventa—).

Precisamente en los últimos años, la labor jurisprudencial ha tenido como fin determinar la calificación del negocio, introducir la teoría de la titularidad formal del fiduciario, confundiéndola con la del doble efecto mantenida hasta ahora, y, en consecuencia, señalar que la causa del negocio fiduciario es la garantía y no la transmisión de la propiedad.

La utilización de la «venta en garantía» supone, además de la creación de una titularidad fiduciaria, la transmisión al fiduciario de un poder en la cosa

confiada (irrevocable por el fiduciante, en interés del fiduciario). Enajenación de poder que no puede fundarse en una venta, ya que ésta es inválida al faltarle su propia causa, sino que se funda en el pacto fiduciario extraño a la escritura de venta, por el que se pone la cosa confiada en poder y posesión del fiduciario a fines de garantía. De ahí que la situación fiduciaria no pueda considerarse separadamente del préstamo concedido (En la *venta en garantía* no hay una verdadera venta, porque no hay precio. El «enajenante» se obliga a devolver tanto como recibió en un momento anterior. En la *compraventa con pacto de retro* sí hay una verdadera venta, y en ella el vendedor se reserva una facultad jurídica: la de recuperar la cosa pagando el precio y demás gastos o reembolsos dentro del plazo pactado. El vendedor no contrae ninguna obligación, ni tampoco tiene por qué ser un deudor anterior del comprador).

Deberá calificarse al negocio de compraventa con pacto de retro si de la voluntad de las partes las pruebas evidencian que se quiere transmitir el dominio mediante precio. Puede haber garantía porque aunque la causa se la transmisiva, las partes no desconozcan dicha finalidad.

III. Resulta conveniente analizar las relaciones entre *la venta con pacto de retro y el negocio simulado* desde el punto de vista jurisprudencial. El motivo de que se utilice la venta con pacto de retro a fin de encubrir un préstamo se encuentra en que con la transmisión de la propiedad lo que se persigue es la garantía de la devolución del precio: se busca una garantía real.

Principalmente existe un *contrato de compraventa con pacto de retro* encubriendo un préstamo cuando el fundamento o causa del negocio o pacto se encuentra en «procurarse una garantía» más que en «adquirir sobre el inmueble un verdadero dominio temporal y resoluble».

La *circunstancia esencial* es la transferencia de la propiedad (con carácter absoluto, y pleno aunque revocable), pero sobre todo la recuperación futura del dominio. Su elemento esencial es el pacto de un término, transcurrido el cual, el vendedor devuelve el precio de la cosa vendida, y demás reembolsos, readquiriendo la propiedad de la misma. Todo ello independientemente de que se hayan pactado intereses además del pago del precio para retraer, pues «ese particular no afecta a la esencia del contrato»... «pudiendo convenirse como merced o compensación por haber continuado la finca en la posesión del vendedor...»; consecuencia del carácter convencional del pacto de retro, pues las partes pueden pactar cuantos requisitos consideren oportunos.

El que vende con pacto de retro trata ciertamente de obtener una cantidad de dinero, pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida; no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio, pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre

cantidad alguna. En cambio cuando se quiere instrumentalizar la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, sí que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor (además, en tal caso el precio sólo es aparente, la transmisión dominical sólo obedece a esa finalidad de garantía y ello carece de virtualidad para justificar el efecto traslativo).

En relación con los *requisitos distintivos y esenciales del contrato de préstamo encubierto bajo la apariencia de una venta con pacto de retro* debemos tener en cuenta la finalidad contractual, y, además, determinar los elementos que integran el contenido del contrato. Entre otros deben analizarse circunstancias tales como que el precio de venta que consta en la escritura pública, aparece a su vez, en documento privado como capital entregado, con un interés, y donde se señala la forma y plazos en los que debe entregarse el capital y los intereses. Préstamo que tendrá el carácter de *usurario* cuando el interés sea superior al del dinero fijado como normal por el TS, o cuando la cantidad entregada como pago de las fincas, resulte ser inferior a la estimación parcial de las mismas. Y, sobre todo, cuando la situación personal del vendedor sea calificada como de angustiosa, o como de estado de necesidad civil que hubiese mediatizado su libre discernimiento.

Otro requisito diferenciable de ambas instituciones se basa en que el prestatario con garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando liberada la garantía que era accesorio del préstamo y que no pasa automáticamente a poder del acreedor, como ocurre en la compraventa con pacto de retro al no verificarse el retracto en su tiempo, sino que tratándose de préstamo incluso con plazo pactado habría de perseguirse la garantía, una vez denunciada y probada la falta de pago del capital e intereses objeto del préstamo.

La posible utilización de la venta con pacto de retro a fines de garantía, no obstaculiza su existencia. De modo que es posible sostener la verdadera existencia de la venta con pacto de retro en aquellos casos en los que las partes conociendo y sin desaprovechar la finalidad de garantía que cumple la figura, quieren realmente la transmisión de la finca.

Por último señalar que la proyección futura del pacto de retroventa, ha sido relanzada por el legislador catalán que señala su utilización en el ámbito social y de fomento, motivado por los efectos de la figura que fundamentalmente se centra en «la transmisión inicial de la propiedad de la cosa de forma no definitiva».

V. INDICACION BIBLIOGRAFICA

ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil. I. Introducción y parte general. Vol. II. La relación, las cosas, y los hechos jurídicos.* 11ª ed. Bosch. Barcelona. 1991.

- ALBALADEJO: «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», en *AC*, n.º 36, 4-10 de octubre de 1993. Págs. 663 y ss.
- AMORÓS GUARDIOLA-MADERO JARABO: *Jurisprudencia Registral* (1986 -1990). Tecnos. Madrid. 1991.
- ARECHEDERRA: «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de prestaciones (STS de 3 de mayo de 1976)», en *ADC*, 1978, págs. 441 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*. Civitas. Madrid. 1971, págs. 403 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO: «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *RDN*, jul-dic. 1966, págs. 7 y ss.
- DE LOS MOZOS: «El negocio fiduciario», *La Ley*, 1986-4. pág. 1026.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil* Vol. I. Tecnos. Madrid. 1994.
- FUENTESECA: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona. 1997.
- GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo XIX, Madrid, 1991.
- GARRIGUES: *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, 1950.
- GISPERT PASTOR: «Contrato de compraventa a carta de gracia (Comentario a la Sentencia del TS de 23 de marzo de 1972)», en *RJC*, 1973, pág. 115.
- GÓMEZ GÁLLIGO: «Titularidades fiduciarias», en *AC*, n.º 33, 1992, págs. 533 y ss.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «El titular». *RCDI*, 1928, pág. 272.
- HERNÁNDEZ GIL: «Jurisprudencia civil. Notas a la STS de 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944». *RGLJ*, 1945, págs. 695 y ss.
- JORDANO BAREA: *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959.
- «Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en *ADC*, 1966, págs. 619 y ss.
- «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1435 y ss.
- NAVARRO MARTORELL: *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO: «Consideraciones en torno al pacto de fiducia cum creditore», en *RJN*, jul-dic. 1991, págs. 43 y ss.
- ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Jurisprudencia registral*, Bosch, Barcelona.
- RUBIO TORRANO: *El pacto de retroventa*, Madrid. 1990.
- *Comentario del Código Civil*, tomo II. «Arts. 1.507 a 1.520», Ministerio de Justicia. Madrid. 1993, págs. 989 y ss.
- SAPENA: «Actualidad en la fiducia cum creditore», *RDN*, 1957, 3, págs. 125 y ss.