

NO ES NECESARIA LA PREVIA INSCRIPCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO CON OPCION DE COMPRA («LEASING») PARA PODER INSCRIBIR LA TRANSMISION REALIZADA EN BASE DEL EJERCICIO Y EJECUCION DE DICHO DERECHO DE OPCION. (Resolución de la Dirección General de los Registros de 21 de junio de 1994, BOE de 30 de julio de 1994.)

Hechos. I. El día 28 de octubre de 1992, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Jaén don Juan Lozano López, «Lico Leasing, Sociedad Anónima», vende y transfiere a don Antonio Castro Alba y a don Manuel Mármol Gutiérrez, que compran y adquieren por mitad y *pro indiviso* en el ejercicio de la opción de compra establecida a su favor, una finca urbana. En esta escritura se expone: «II. Que mediante escritura otorgada el día 31 de julio de 1987 ante el Notario de Jaén don Juan Lozano López, bajo el número 1.046 de Protocolo, “Lico Leasing, Sociedad Anónima”, y don Antonio Castro Alba y don Manuel Mármol Gutiérrez, pactaron el arrendamiento financiero de la finca descrita en el expositivo anterior. III. Que “Lico Leasing, Sociedad Anónima”, en la escritura citada en el expositivo anterior, concedió a don Antonio Castro Alba y a don Manuel Mármol Gutiérrez, en *pro indiviso* y por iguales partes, un derecho de opción de compra con el carácter gratuito sobre la finca descrita en el exponendo I de esta escritura, por el plazo máximo que se señala en el último párrafo del artículo 14 del Reglamento Hipotecario equivalente al del período de vigencia del contrato y en el precio de 1.500.000 pesetas, para el caso de que ejercitara el derecho de opción referido. IV. Que el precio de dicho contrato de arrendamiento financiero por parte de la arrendataria financiera ha sido satisfecho antes de ese acto a la parte arrendadora financiera, mediante el pago de todas las cuotas financieras hasta el día de hoy.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 1, de los de Jaén, fue objeto de la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la escritura precedente por los siguientes defectos subsanables: Primero.—Aparecer inscrita la finca en el Registro a nombre de “Central de Leasing, Sociedad Anónima”, —“Lico, Sociedad Anónima”—, y no justificarse que dicha entidad se ha convertido actualmente en “Lico Leasing, Sociedad Anónima”. Segundo.—No aparecer inscrito el arrendamiento financiero que sirve de base a la opción ahora solicitada, y constituir dicho arrendamiento y opción dos partes completamente inseparables de un mismo contrato complejo, con causa unitaria, como es reconocido expresamente por el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, y los propios comparecientes de la escritura presentada, en el exponente II y en la cláusula sexta del exponente. V. Tercero.—Como consecuencia de lo antes dicho, el precio de compraventa no es el señalado como tal en el ejercicio del derecho de opción, sino el fijado por las partes en la escritura no inscrita, y que ha sido satisfecho, según el exponente IV de la escritura presentada. Jaén, 12 de mayo de 1993. El Registrador (firma ilegible).»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos doctrinales, contra el apartado segundo de la anterior calificación, y alegó: Que de acuerdo con el señor Registrador, hay que señalar que existe un solo contrato complejo, económicamente hablando, integrado por tres negocios jurídicos distintos, que no pierden su individualidad; la compraventa de la finca con la finalidad de ceder su uso realizada por la entidad de arrendamiento financiero, el arrendamiento financiero propiamente dicho, en el que hay que incluir, por exigencia legal, el negocio independiente de opción de

compra y, por último, la compraventa que la entidad arrendadora ha de otorgar en favor de la arrendataria, si ésta ejercita el derecho de opción de compra que se reservó. Que al dictarse la normativa reguladora del arrendamiento financiero, tanto en la anterior como en la vigente, lo que se pretendió fue crear un instrumento financiero para que las empresas pudiesen adquirir cómodamente bienes muebles o inmuebles para el desarrollo de su función, y se pensó que el final sería la adquisición en pleno dominio por parte de quien necesitaba de dichos bienes, mediante una sucesión de negocios jurídicos, cualquiera que fuese su denominación, los cuales serían: 1. La adquisición por parte de quien va a ceder el uso de bien necesitado por quien al final va a ser dueño; negocio que no pierde su individualidad y que será o no inscrito según decisión de quien adquiere. 2. La cesión del uso, por parte de la empresa de arrendamiento financiero, a quien al final va a convertirse en propietario del bien; contrato que tampoco pierde su individualidad, que como arrendamiento urbano es inscribible, pero que prácticamente no tiene acceso al Registro de la Propiedad. 3. Un contrato de opción de compra, que por imperativo de la operación financiera, tiene que estar inscrito en el documento que contiene el arrendamiento, que tampoco pierde su individualidad, por lo que tendrá o no acceso al Registro de la Propiedad, según la voluntad de su titular, pudiendo tener acceso al Registro de la Propiedad sin que en él se inscriban las demás partes del documento en que se recoge el arrendamiento financiero, si así se solicita. 4. Por último, un contrato de compraventa o ejercicio del derecho de opción de compra pactada, el que tiene predeterminado el precio a pagar por el bien: el que las partes en uso de su libertad fijan libremente, por lo que no puede mantenerse que el precio de la compraventa no es el señalado como tal en el ejercicio del derecho de opción, olvidando que el precio en el contrato de compraventa es el fijado libremente por las partes y que, en ningún sitio, se exige que dicho precio sea justo. Que en cuanto a la escritura calificada hay que señalar que, dentro de su exposición, se relata toda la relación económico financiera existente entre los distintos negocios jurídicos, y, por último, se celebra el contrato de compraventa por cuya virtud la empresa arrendadora vende a los arrendatarios o usuarios la finca que éstos decidieron adquirir para el desarrollo de su actividad y cuya adquisición se financió en la forma dicha. Por tanto, lo único que hay que examinar para determinar si es inscribible el pleno dominio, que sin duda pertenece a la parte arrendataria o usuaria, es la escritura calificada, la cual es otorgada por el titular registral, que tiene plena personalidad jurídica, a favor de la parte adquirente, que igualmente goza de capacidad suficiente, habiendo total acuerdo entre las partes, entre las cosas objeto del contrato de compraventa y el precio del mismo. Por lo que, habiendo título y modo, la parte adquirente, plena propietaria de la finca, tiene derecho a publicar su titularidad mediante el Registro de la Propiedad, en base, únicamente, a la escritura pública, en la que adquiere el dominio. Que el contrato de opción de compra y el arrendamiento, pese a ir inscritos por exigencia legal en el mismo documento, son totalmente independientes, queda claramente justificado por el hecho de que la parte arrendataria podría no hacer uso de ese derecho de opción de compra e incluso, con consentimiento de la propiedad, podría cedérselo a un tercero, el que no necesitaría, para inscribir su propiedad, más que el contrato de compraventa que a su favor otorgaría la entidad arrendadora, la cual estaría sujeta a lo pactado en el contrato de opción de compra, cualquiera que fuese el precio señalado para la compraventa.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que hay que tratar de delimitar la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero de bienes inmuebles («leasing inmobiliario»): Muy difícil ha sido fijar tal naturaleza jurídica. Su corta vida, su escasa regulación legal y jurisprudencial, ha hecho que la doctrina se haya volcado en el estudio del mismo, y cabe señalar que la inmensa mayoría de los autores han visto en él un contrato complejo, único y con unidad causal sustancial. El ser un contrato complejo no es incompatible con su calificación de unitario, ya que la complejidad lo es de orden morfológico, ya que desde el punto de vista de su fisiología o funcionamiento responde a una unidad causal. Las escasas normas que lo regulan en nuestro Derecho le atribuyen esta misma naturaleza, así hay que señalar el artículo 19 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y el Real Decreto de 31 de julio de 1980 y la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito en su disposición adicional séptima, punto 1. Que, por tanto, se observa que las tres normas anteriores vinculan inseparablemente el arrendamiento o cesión de uso y la opción de compra. Que lo mismo se puede decir de la escasa jurisprudencia, debiéndose citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978, 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983. Como aclaración a estas dos últimas sentencias cabe citar la de 3 de julio de 1941. Que, finalmente, hay que señalar lo declarado en la Resolución de 7 de diciembre de 1978. Que con todo lo expuesto queda suficientemente demostrado que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato nuevo, complejo y con causa unitaria, cuyos elementos integrantes forman un todo, que no puede separarse, sin que desvirtúe su auténtica y verdadera naturaleza. Que, por último, en cuanto a la inscripción registral del arrendamiento financiero, consecuentemente con lo afirmado anteriormente, la inscripción debe ser en su totalidad, considerándole totalmente improcedente la inscripción por partes, quedando a la voluntad del optante el inscribir la última relación contractual (ejercicio de la opción), toda vez que no se puede comprender este último peldaño, desconociéndose los anteriores. El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, al ser una figura nueva, no es contemplada por nuestra Ley Hipotecaria y su Reglamento y, por ello, para que los contratos que lo integran tuviesen acceso individual y separado al Registro tendríamos que enmarcarlos en el artículo 2, apartado quinto de la Ley Hipotecaria y el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Cualquier parecido entre estos dos preceptos y los supuestos que recoge el contrato de arrendamiento financiero, como contrato único, es pura imaginación, por lo que la inscripción individual y optativa de los contratos que lo integran sería, cuando menos, improcedente. Dicho lo anterior, se considera que la inscripción del arrendamiento financiero, como verdadero derecho real, quedará sujeto a la legislación hipotecaria y a las condiciones que dicha legislación impone con carácter general, por lo que su acceso al Registro de la Propiedad tendría lugar en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 2, apartado segundo, de la Ley Hipotecaria, y artículo 7 de su Reglamento. Que reconocida la inscribibilidad del derecho de arrendamiento financiero, como un contrato múltiple, mixto o complejo, y ya en el campo estrictamente registral, no se puede desligar de la calificación del Registrador. El artículo 20 de la Ley Hipotecaria impone el principio de tracto sucesivo, que hace inviable un salto entre dos inscripciones sin estar relacionadas entre sí. En el caso que se estudia, si accediendo a la voluntad del señor Notario recurrente se inscribiere la escritura por él autorizada, nos encontraríamos con una inscripción vigente de dominio a favor de

la sociedad cedente, cuyo precio de adquisición fue de 10.000.000 de pesetas, y una inscripción de compraventa en ejercicio del derecho de opción por un precio de 1.725.000 pesetas, que no coincide con el real, sino que es el «valor residual» tras haberse pagado, dados los plazos que se señalan en el contrato de arrendamiento financiero y que fueron recogidos en la escritura que no se inscribió, ni ahora se acompaña. Siendo el precio un requisito esencial del contrato de compraventa, no sería el que recoge la escritura de ejercicio de opción, un precio verdadero. Que lo necesario es la presentación de las dos escrituras, arrendamiento financiero y ejercicio de la opción, no siendo, en cambio, imprescindible la inscripción previa de aquél, pues basta su examen y reflejo registral en una sola inscripción a través del tracto abreviado.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador, fundándose en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniendo las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo, puesto que no se han resuelto ninguna de las cuestiones planteadas en el mismo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito; los artículos 2 y 20 de la Ley Hipotecaria; artículo 14 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1969 y 28 de mayo de 1990, y las Resoluciones de este Centro de 7 de diciembre de 1978, 30 de julio de 1990, 17 de diciembre de 1993, 11 de marzo de 1992 y 12 de mayo de 1994.

1. La cuestión debatida en este recurso se concreta en dilucidar, a efectos doctrinales, si es indispensable la previa inscripción de un contrato de arrendamiento financiero para que posteriormente pueda ser inscrita la venta celebrada entre los mismos contratantes y respecto del mismo bien sobre el que recayó dicho arrendamiento (tesis del Registrador) o, por el contrario, aquella previa inscripción no es necesaria para la inscribibilidad de la venta (tesis del Notario autorizante de la escritura).

2. Funda el Registrador su tesis en dos razonamientos: 1) El arrendamiento y la opción son dos partes inseparables de un contrato complejo de causa unitaria; 2) El precio de la compraventa no es el señalado para ejercitar la opción, sino el fijado por las partes en la escritura no inscrita.

Una tesis de tal naturaleza se hace acreedora a dos dificultades que la doctrina no ha podido solventar. En virtud de qué mecanismo se transforma la causa económica unitaria que ha dado origen al arrendamiento financiero y a su protección fiscal, la financiación de la empresa, que nadie niega, en una única causa jurídica que dé explicación al uso inicial indispensable del bien por el arrendatario y a la adquisición posible de aquél por dicho arrendatario transformado en optante, es la primera. La segunda se concreta en precisar en qué momento se produce el efecto transmisivo, que concilie la existencia de dos declaraciones de voluntad, la de constitución del «leasing» y la del ejercicio de la opción, de manera que no haga superflua la segunda.

Las posiciones que han asimilado el arrendamiento financiero a una venta con precio aplazado, ya sea con condición suspensiva o sin ella, no han podido salvar el escollo que supone la segunda de las dos dificultades aludidas si no admitían la condición suspensiva y, si la admitían, ha sido a costa de desdibujar el concepto técnico de condición al asimilarlo a un acto del propio

adquirente como es el pago del valor residual al que se vería compelido por razones económicas para terminar de adquirir el bien que se le había entregado.

2. La Resolución de este Centro de 12 de mayo de 1994, que resolvió una controversia idéntica a la que motiva este expediente, declaró que la configuración del arrendamiento financiero como compraventa no ha sido asumida por el legislador. La regulación legal no ha ligado el efecto transmisivo al propio contrato de «leasing», sino que ha dejado a la libre voluntad del arrendatario el ejercicio de la potestad de adquisición. La unidad del contrato de «leasing» queda concretada a una cesión onerosa de uso del bien con derecho de adquisición del mismo por el usuario a la conclusión de aquél. En el contrato de arrendamiento financiero ha de incluirse necesariamente, por imperativo legal, una opción de compra a su término en favor del usuario. La relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura como contornos propios, no puede haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento ni el derecho de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va ínsita una facultad potestativa de adquisición. Pero el ejercicio de esta facultad exige una declaración de voluntad recepticia dirigida a la sociedad de «leasing» dentro del plazo fijado en el contrato, que deberá justificarse fehacientemente, y a la que debe ir unida la entrega o, en su caso, la consignación del valor residual, si bien la transmisión no se operará hasta que se formalice la venta y no se podrá inscribir en el Registro hasta el otorgamiento de la correspondiente escritura pública bilateralmente entre ambas partes, a no ser que se haya pactado en el contrato inicial el otorgamiento unilateral por el adquirente, cumpliendo los requisitos exigibles. Por ello, desde el punto de vista registral, se ha de distinguir entre la inscripción del derecho que surge del contrato, que ha de realizarse unitariamente como un todo, sin que pueda pretenderse la inscripción aislada de alguna de sus partes, ya sea de la opción o de la facultad de goce, de la inscripción de la venta realizada en ejercicio de la facultad potestativa de adquisición.

La cuestión estriba ahora en dilucidar si es necesario que conste inscrito el contrato como un todo del que dimana la facultad de adquisición cuyo ejercicio puede determinar un acto inscribible en el Registro de la Propiedad. Estimarla necesaria es la posición que sostiene el Registrador, pero llevada a sus últimas consecuencias esa tesis implicaría la necesidad de inscribir todo tipo de derecho de adquisición, ya sea legal o voluntario, ya de carácter real o personal, como condición indispensable para lograr, en el ejercicio de aquel derecho, la adquisición del bien inmueble y su posterior inscripción. Pero esto no ocurre así ni en los derechos de adquisición de carácter legal, como en los derivados de los arrendamientos urbanos y rústicos, en la que no es posible la inscripción (art. 37.3.º de la Ley Hipotecaria), ni en los de origen voluntario como los retractos convencionales, ni en el mismo derecho de opción de carácter personal, en los que no es indispensable (arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento Hipotecario). Ni desde el punto de vista del transmitente ni desde el del adquirente se da esa necesidad. El adquirente es libre de acudir al Registro para lograr la máxima protección para su derecho de adquisición, pero, inscrito o no, cuando se verifica la adquisición ésta se conecta directamente con la inscripción del dominio del titular registral (en este

caso la sociedad de «leasing») que es el otorgante de la venta, cumpliéndose así lo que dispone el artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria. Hay un enlace directo desde el vendedor al adquirente, sin que sea necesario un estado intermedio porque el comprador no se sucede a sí mismo, sino al titular registral que realiza la venta. Desde el punto de vista del transmitente se cumple, además, en vía formal, uno de los fundamentos de tracto sucesivo, la protección del titular registral sin cuya voluntad real o legalmente suplida esa titularidad permanece incólume. Además, en ningún precepto se impone la previa inscripción del arrendamiento financiero para que la sociedad que otorgó éste pueda realizar ventas de bienes inmuebles que se deriven de ese arrendamiento.

Hay que tener en cuenta, también, que del ejercicio potestativo del derecho de la adquisición que realiza el usuario adquirente surge un nuevo negocio jurídico con causa onerosa que, aunque genéticamente conectado con el propio contrato de «leasing» es jurídicamente independiente de él y su causa también independiente de la propia causa «leasing». La compraventa en que se concreta la transmisión final no es un mero acto de ejecución de alguna de las prestaciones de un negocio anterior, sino un verdadero negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, sin que ello obste a que sea una compraventa de contornos propios y típicos propios de ella, en la que el precio, en virtud de la conexión genética antes expresada, y de la propia causa onerosa típica de la figura, es lícito, no sólo que las partes lo fijen como tengan por conveniente, sino que para determinarlo lo hagan en función de otras consideraciones que no sean el total valor del bien transmitido.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto y la nota del Registrador.

Madrid, 21 de junio de 1994.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

CONSIDERACIONES CRITICAS

La presente Resolución, muy semejante a la de 12 de mayo de 1994, me libera de ciertas dificultades, pues ni el Registrador ni el Notario tienen relación amistosa conmigo. De otra parte solamente GÓMEZ GÁLIGO comenta esta Resolución en el *Boletín* de Cataluña. Presumo que la mano «pecadora» que redacta el contenido de la Resolución es la misma, pues hay párrafos literalmente copiados de la anterior. Sin embargo, en ésta existen pequeñas diferencias, aunque el asunto es el mismo: si puede inscribirse la adquisición que se realiza, sin tener previamente inscrita la operación financiera de arrendamiento con opción de compra o «leasing». El recurso se entabla a efectos puramente DOCTRINALES, y, aparte del primer defecto de confusión entre la Sociedad titular del bien y la actual en que se ha convertido, los dos defectos que se alegan son la falta de previa inscripción del «leasing» y la falta de determinación del precio. Aquí, en vez de un comprador final son dos *pro indiviso* a quienes se les había concedido el uso y la opción.

Las posiciones de Notario y Registrador son antagónicas, pues el primero entiende que la figura del arrendamiento financiero permite la entera separación de los componentes: es decir, por una parte el uso, por otra la opción y por otra la venta. El Registrador considera —apoyándose en la doctrina y en el Tribunal Supremo (SS 28 de marzo de 1978, 10 de abril de 1981 y 18 de

noviembre de 1983)— que estamos ante un negocio unitario, aunque complejo, con una unidad causal, lo cual obliga a que la inscripción refleje la totalidad del mismo. No entenderlo así significa identificar la figura con la del arrendamiento a la que se le añade la opción de compra. Que el precio, al reducirse al «valor residual», exige la plena determinación del mismo. En su condescendiente actitud, llega a admitir que con la presentación de creación del «leasing» bastaba para reflejar todo ello en el Registro, en forma abreviada.

Más que insistir en los temas tratados al comentar la otra Resolución, me gustaría destacar aquí algo que se me antoja una especie de «herejía» jurídica que me deja perplejo: el núcleo central de la Resolución está destinado a construir y tratar de convencer al lector del carácter unitario del negocio que encierra la financiación y cuando uno va transitando y pensando en el sentido común de la construcción, en el último párrafo se da un giro de 180 grados y se viene a decir lo contrario. Además de «herejía» yo me atrevería a calificarlo de proceder «irónico»: te digo esto para que te creas lo contrario. Vamos, pues, a destacar los tres puntos claves de la misma:

— *Construcción jurídica del negocio.* La unidad del contrato de «leasing» queda concretada a una cesión onerosa del uso del bien con derecho de adquisición del mismo por el usuario a la conclusión de aquél. La relación entre el derecho de uso y la opción es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios, NO PUEDE HABER ENTRE ELLOS SEPARACION..., el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va insito una facultad potestativa de adquisición. Pone, eso sí, en duda el posible mecanismo para transformar la causa económica en unitaria. Este problema, sin embargo, no llega más que a una mera alusión.

Consecuentemente con lo que lleva dicho la Resolución al afrontar la *inscripción* del contrato y del derecho que en su base surge, considera que ha de realizarse UNITARIAMENTE, como un todo, sin que pueda pretenderse la inscripción aislada de alguna de sus partes, ya sea la opción o la facultad de goce y de la inscripción de venta realizada en ejercicio de la facultad potestativa de adquisición.

Lo tremendo del caso es que habiendo llevado al intérprete a estas orillas de la concepción de la figura tanto en su naturaleza como en su reflejo registral, la cosa varía y las conclusiones que se sacan no son «congruentes» con todo lo que se lleva dicho. Los dos últimos párrafos de esta Resolución puede ser que lleven el ánimo que encierra la *iocandi causae* o que se esté minusvalorizando al lector.

— Después de las proclamas de la unidad se llega al final con esta curiosa afirmación: «Hay que tener en cuenta también que del ejercicio potestativo del derecho de adquisición que realiza el usuario adquirente SURGE UN NUEVO NEGOCIO JURIDICO con causa onerosa que, aunque genéticamente (?) conectado con el propio contrato de «leasing» es jurídicamente INDEPENDIENTE de él y su causa también independiente de la propia causa del «leasing». La compraventa en que se concreta la transmisión final, no es un mero acto de EJECUCION de alguna de las prestaciones de un negocio anterior, sino un *verdadero negocio jurídico* que exige nuevas declaraciones de voluntad...». Lo que sucede es que al fijar el precio el nuevo negocio está «genéticamente» vinculado al «leasing».

Está visto que la Dirección General, por esa mano que redacta la Resolución, trata de justificar, sin conseguirlo, la falta de respeto al principio de

tracto sucesivo que no es el formal de la conexión de titulares, sino de facultades en base de las cuales el titular registral puede disponer o está legitimado para disponer. Para llegar a esa conclusión no hacía falta del arrendamiento financiero y sí el del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, cosa que confunde la Dirección General. Considero que las partes son libres para fijar el precio, pero si se están refiriendo a otro acto anterior o en «*función de otras consideraciones*», el precio sólo puede ser tenido como «cierto» si así se expresa y su expresión lleva consigo el enlace de este «nuevo negocio» con el anterior, que podríamos calificar de «DERIVADO» y si es derivado deja de tener sustantividad, para convertirse en un negocio que «facilita» la ejecución.

— La argumentación sobre la inscripción necesaria o previa de los derechos de adquisición preferente está totalmente superada hoy día. En todos los campos, incluidos los autonómicos, los urbanísticos, los rústicos y los urbanos los retractos legales constan en la inscripción y respecto a los «convencionales» la Dirección desconoce la realidad registral, pero puede alegarse, por último que la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos parte de la base de admitir el retracto convencional y no cito el artículo porque se cansa uno de leer afirmaciones sin justificante... y uno cae en la tentación de ponerse al mismo nivel.

Resulta muy penosa esta labor de comentar Resoluciones actuales de la Dirección General, pues cuando yo he vuelto al ruedo del comentario —quizá con menos facultades— he tenido que acudir al contraste de aquellas que se me encargaron hacer en el Anuario de Derecho Civil y ahí sí que había que andarse con mucho tiento, pues todavía seguían prestigiando la «doctrina» que se predicó de las mismas desde la época de don JERÓNIMO. O existe una falta de conocimiento pleno de la aplicación de los principios hipotecarios, como he demostrado en mi revisión de los mismos, o de lo contrario hay una inclinación sectorial para que la razón la tenga aquel que no detectó el defecto, y esto va en contra del principio de legalidad.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Resolución de 5 de junio de 1991.

NO ES INSCRIBIBLE UNA VENTA CON PACTO DE RETRO QUE PERSIGUE COMO OBJETIVO SUBYACENTE QUE EL ACREEDOR, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE SU CREDITO, PUEDA APODERARSE DEFINITIVAMENTE DE LOS BIENES DADOS EN GARANTIA POR EL DEUDOR.

Hechos.—El día 20 de julio de 1988 se otorgó ante el Notario de Barcelona Juan Veciana Vilá escritura de adjudicación en pago de deuda con pacto de retro, en la que se establecía lo siguiente:

A) Don Ramón Esperanza Pelegrín, dueño de una mitad indivisa de un piso y de una plaza de aparcamiento, las cede, a título de adjudicación en pago de deuda, a la entidad «Sota, Sociedad Cooperativa, Compañía Limitada», que, representada por el señor Malaret, las acepta, otorgando carta de pago y quedando cancelada la deuda.

B) Don Ramón Esperanza Pelegrín se reserva, con el consentimiento de

«Sota, Sociedad Cooperativa, Compañía Limitada», el derecho a retraer las participaciones indivisas referidas, durante un plazo que finalizará el 20 de junio de 1992, quedando obligado a abonar a dicha Cooperativa 3.500.000 pesetas por la mitad del piso y 500.000 pesetas por la mitad del parking, facultándole la Cooperativa para otorgar, por sí solo, la mencionada escritura de efectuación de retracto, siempre que presente al Notario las dos letras de cambio, una con el importe de 3.500.000 pesetas y otra de 500.000 pesetas, ambas con vencimiento el día 20 de junio de 1992, libradas por la Cooperativa y aceptadas por el señor Esperanza.

C) Todos los gastos e impuestos por razón de la citada escritura serán a cargo del señor Esperanza, quedando la Cooperativa obligada a otorgar cualquier documento para restablecer el dominio del señor Esperanza.

Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad número 10 de Barcelona, fue denegada la inscripción por dos defectos:

1.º La simple certificación de un acuerdo de la Asamblea General de Socios en la Cooperativa, no es título formal suficiente para acreditar a su representante, don Juan Antonio Malaret Miracle, la legitimación necesaria para intervenir en el patrimonio de la Cooperativa.

2.º Incluso asimilando la dación en pago a la compra-venta a efectos de la aceptación del retracto convencional, estaríamos ante una compraventa en garantía, a cuya admisión se oponen preceptos fundamentales de nuestro Código Civil, siendo un defecto insubsanable.

El señor Malaret Miracle interpuso recurso gubernativo con informe favorable del Notario autorizante.

El Registrador, en el informe en defensa de su nota, mantuvo su calificación en todos los extremos.

Por auto dictado el 15 de junio de 1989 el Presidente del Tribunal Superior de Cataluña confirmó íntegramente, y por idénticos razonamientos, la nota del Registrador.

El señor Malaret Miracle se alzó contra la calificación del Registrador manteniendo sus alegaciones, y la Dirección General de Registros y del Notariado dictó la siguiente Resolución:

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 609, 1.203, 1.204, 1.261, 1.274 a 1.275, 1.278, 1.280, 1.507 a 1.520 y 1.884 del Código Civil, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1951, 8 de octubre de 1981, 19 de mayo, 2 de junio y 5 de julio de 1982, y las Resoluciones de 29 de septiembre de 1927, 10 de junio de 1986 y 30 de junio de 1987.

1. Respecto al primer defecto de la nota impugnada:

Dada la exigencia de documentación pública para acceder al Registro de la Propiedad, sin entrar a prejuzgar otros extremos, es indudable que quien actúa en nombre de la sociedad habría de acreditar al menos (lo que no ha ocurrido), bien su condición de apoderado con facultades suficientes, bien su calidad de miembro del Consejo Rector, aportando respectivamente, ya la escritura pública de apoderamiento (art. 1.280-5 CC), ya la correspondiente certificación del Registro de Cooperativas o el documento acreditativo del nombramiento debidamente inscrito en ese Registro.

2. Respecto al segundo defecto: no estamos ante una verdadera adjudicación en pago con pacto de retro.

En la venta con pacto de retro el vendedor no contrae obligación alguna;

se reserva una facultad jurídica cuyo ejercicio depende de su libre arbitrio, y sólo su ejercicio fundamenta el simultáneo deber de reembolso del precio y demás gastos contemplados en el artículo 1.518 del CC.

En el caso debatido, el transmitente del bien, que era ya deudor, acepta dos cambiales libradas por el adquirente por un importe idéntico al de la deuda anterior que se declara extinguida y cuya tenencia por el transmitente y deudor le facultaría para otorgar, por sí solo, la escritura de efectución del retracto.

Todo ello pone de manifiesto que la transmisión por adjudicación en pago es un negocio que bajo la apariencia de una causalización suficiente —la extinción del crédito preexistente— pretende amparar una transmisión dominical que no tiene más justificación que servir de garantía a una obligación que, aunque se extingue, es inmediatamente sustituida por las incorporadas a las cambiales emitidas.

Finalidad que no tiene virtualidad para justificar una transmisión definitiva del dominio; sino, a lo sumo, una titularidad real distinta y limitadora del dominio que respete la prohibición legal del pacto comisorio.

Una valoración global de la operación revela que la verdadera voluntad no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar a consolidar en caso de incumplimiento de una obligación.

3. En la práctica, los propietarios han intentado obtener dinero:

— Mediante la enajenación con pacto de retro, reservándose el enajenante la facultad de reintegrarse en el bien devolviendo el precio recibido.

— Ya quedando el enajenante obligado a devolver la cantidad prestada, de modo que en caso de incumplimiento, el prestamista podrá optar entre exigir su cumplimiento forzoso o hacer suya definitivamente la propiedad del bien.

4. El caso presente plantea una cuestión a la que no se ha referido nadie: si el pacto de retro tal como está estipulado podría tener cobertura en el Derecho Civil privativo de Cataluña, en la regulación de las ventas a carta de gracia o «empenyament» (arts. 326 y sigs. de la Compilación) o si, por el contrario, el término «empenyament» no excluye que para aplicar esta figura haya de haber verdadera venta y no la llamada «venta en garantía».

Por todo ello la Dirección General acuerda desestimar el recurso interpuesto sin juzgar sobre si el pacto de retro sería válido conforme al Derecho Civil privativo de Cataluña.

Resolución de 22 de septiembre de 1992.

No es inscribible un Derecho de Opción, caracterizado por las siguientes circunstancias:

A) Su ejercicio se condiciona al impago por parte de los concedentes de cualquiera de las obligaciones hipotecarias emitidas en escritura autorizada un año antes.

B) Su extinción se producirá por pago de la última de dichas obligaciones.

C) El precio fijado para el supuesto del ejercicio de la opción asciende a la suma de 10.500.000 pesetas, estipulándose que la parte vendedora sólo percibirá del precio de venta la cantidad resultante tras la liquidación de las

cargas existentes, que según el propio título se reducen a la hipoteca en garantía de las obligaciones ya mencionadas, cuyo importe asciende a 10.500.000 pesetas de capital, 12 por 100 de interés por un año y 2.100.000 pesetas para costas y gastos.

Tal Derecho de Opción está configurado en función de garantía, constituyendo un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento.

Resolución de 5 de mayo de 1992.

No es inscribible un Derecho de Opción de las siguientes características:

A) Su ejercicio se condiciona al impago de la sociedad concedente de cualquiera de las obligaciones hipotecarias emitidas en el mismo día.

B) Su extinción se producirá por pago de la última de dichas obligaciones.

C) El precio fijado para el supuesto del ejercicio de la opción asciende a la suma de 140.300.000 pesetas, estipulándose que la parte vendedora sólo percibirá la cantidad resultante tras la liquidación de las cargas existentes, que según el propio título, se reducen a la hipoteca en garantía de las obligaciones antes mencionadas, cuyo importe total es de 140.000.000 de pesetas (las 300.000 pesetas de diferencia corresponden al precio de la opción ya pagado por la entidad acreedora, que en caso de ejercitar la opción, se considerará a cuenta del precio estipulado para la compra).

Tal Derecho de Opción está configurado en función de garantía, constituyendo un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones hipotecarias previamente emitidas.

COMENTARIO

Vamos a continuación a comentar fundamentalmente la Resolución de 5 de junio de 1991, si bien teniendo en cuenta las Resoluciones de 22 de septiembre de 1992 y 5 de mayo de 1992 sucintamente reseñadas y que guardan esenciales concomitancias en cuanto a sus pactos esenciales con la primeramente citada.

El tema central de la Resolución a estudiar exige distinguir dos grandes aspectos:

1) El problema básico del estudio de la admisibilidad o no del negocio concertado entre las partes, surge como previo y no fácil problema a solucionar.

2) El de la calificación misma del negocio en cuestión (que viene siendo habitual en numerosas Resoluciones, centradas en el análisis de cuestiones derivadas de la tendencia a sortear, matizar o suavizar las dificultades de toda índole en los procedimientos de ejecución de los derechos de garantía o de realización de valor.

I) Vamos a ver pues la cuestión previa:

La compleja construcción jurídica que contemplamos exige un análisis global, y no fraccionado, de la operación realizada. Así teniendo en cuenta este

carácter unitario, y la finalidad práctica de garantía perseguida por las partes (fundamento IV.B), la Dirección General examina conjuntamente los distintos negocios interconectados, como son el reconocimiento de deuda preexistente y la adjudicación por el deudor al acreedor de la finca del primero.

En esta construcción jurídica se pretende causalizar el negocio como medio de extinción de un crédito, pero en realidad a través de la sustitución de esta deuda por otra nueva —la incorporada a las letras de cambio emitidas— sin que ello constituya una verdadera transmisión dominical, estamos ante una transmisión cautelar en garantía de la nueva obligación que hace operar así a la primitiva deuda como precio de recompra.

Esto se confirma tanto por la retención de la finca por el adjudicante, como por el retracto convencional pactado a favor del transmitente, cuyo ejercicio se condiciona al cumplimiento en plazo de la nueva obligación concertada.

Partiendo de esta interpretación la Dirección General llega a la conclusión de que, en realidad, las partes conforman un negocio fiduciario (*fiducia cum creditore*), pues como tal ha de considerarse a la venta en garantía que es la calificación que finalmente recibe la transmisión realizada (más concretamente aquí dación de pago en garantía, aunque por la asimilación de ésta a aquélla, lo admitido para la primera habrá de valer también para la segunda).

Esta es una de las distintas posibilidades (que el propio Centro Directivo menciona en el fundamento V de su Resolución) que tiene el propietario de un bien para obtener dinero poniendo en circulación sus bienes, aunque reservándose la facultad de devolver lo prestado reintegrándose en la plena titularidad del bien, la Dirección General estima que nos encontramos no propiamente ante una simple compraventa con pacto de retro con fines de garantía (en la que como ha señalado la doctrina, las partes quieren vender aunque sólo sea para proporcionar al comprador garantía de la restitución del dinero que este prestó al vendedor y que en la venta figurará como precio recibido), sino ante una verdadera venta en garantía en la que, aunque el negocio se articule formalmente como una compraventa, las partes no quieren el resultado último de dicho negocio, luego estamos ante un negocio fiduciario, aunque no cabe presumir el fraude.

Y esta calificación (aunque con las dificultades propias de la calificación del negocio fiduciario) parece la acertada pues a ella contribuye la existencia de determinados indicios, como son:

- 1) El espacio de tiempo que media entre el nacimiento del crédito y la transmisión del bien.
- 2) La aparente desproporción entre el valor del bien y el importe de la deuda.
- 3) La retención de la posesión del bien por el transmitente (que evidencia que el único interés del adquirente-acreedor respecto de la finca radica en tener una garantía de la devolución de la cantidad debida).

Pero admitida esta premisa fundamental del encuadre del negocio estudiado dentro de la categoría de los negocios fiduciarios y concretamente en su subespecie de los negocios fiduciarios *cum creditore*, sería posible, sin embargo, someter a análisis a alguna de las consideraciones que a partir de la calificación citada llega la Resolución.

Ello exige una breve consideración acerca de la categoría de los negocios fiduciarios, encuadrados dentro de los llamados negocios irregulares o anónma-

los, considerando éstos como ajustados en sus requisitos íntegramente a la ley, pero que no cumplen o no persiguen el fin o función que les son propios y que definen su utilidad típica.

Se dan, sin lugar a dudas, en este caso las dos notas que caracterizan este negocio íntimamente ligadas, por una parte la evidente desarmonía e incluso contradicción entre el fin que se proponen las partes (simple garantía, etc.), y por otra el medio jurídico empleado (transmisión de la propiedad de la cosa o de la titularidad del derecho), provocando así para conseguir un fin económico concreto un efecto jurídico más fuerte que el estrictamente necesario para conseguirlo.

4) Se puede añadir precisamente por producir este efecto jurídico desproporcionado en toda su intensidad que caracteriza también al negocio fiduciario la nota de la confianza.

El negocio fiduciario se funda así siempre en la confianza que inspira en el fiduciante el fiduciario, y confianza, además, no en el sentido ordinario que domina en general todo el ámbito del derecho de obligaciones, sino en un rango superlativo (en palabras de Sapena), hasta el punto de que, a diferencia de los negocios ordinarios de confianza en los que la ley o la autonomía de la voluntad regulan las consecuencias jurídicas de la falta de lealtad de aquel a quien se confió determinada conducta, en el negocio fiduciario el fiduciante lo jugará todo a la pura confianza, incluso hasta el extremo de someterse a la posibilidad de quiebra de esta confianza y concretamente a las consecuencias del abuso por parte del fiduciario.

Todos estos especiales efectos son consecuencia de la compleja estructura del negocio, fiduciario, integrado siempre por dos negocios, ya se consideren según la tesis germanista como dos negocios distintos aunque unidos o conexos; ya según la tesis italiana (mayoritariamente admitida para nuestro derecho, que ve el pacto comisorio, como un único negocio complejo que combinará dos negocios que producen sus propios efectos independientemente uno del otro.

Así, se distinguen en el negocio fiduciario; un contrato real positivo (la transferencia de la propiedad o del crédito que tiene lugar con carácter perfecto o irrevocable) y un contrato obligatorio negativo (*pactum de fiduciae*, obligación del fiduciario de hacer sólo un cierto uso del derecho adquirido restituyéndolo después al transmitente o a un tercero).

Los dos negocios correrán entre sí paralelos, pues el convenio negativo no limita, ni subordina la eficacia real de la operación, si bien trata de ejercer sobre ésta una cierta corrección, para impedir el abuso que pudiera derivarse de su eficacia, aunque sólo por vía de reparación indirecta en su caso, esto es, a través de una simple obligación personal del fiduciario.

Consecuencia directa de esta estructura sería la de la duplicidad de los efectos del negocio que se concretarán en una eficacia real, *erga omnes* en cuanto al negocio traslativo, haciendo así al fiduciario propietario pleno tanto frente al fiduciante como frente a cualquier tercero, y en mera eficacia obligacional frente al fiduciante en cuanto al negocio interno por el que en caso de incumplimiento del pacto de fiducia, sólo podría el primero reclamar la correspondiente indemnización del fiduciario, aunque quedando inatacable la posición del posible tercer adquirente, ya lo fuera de buena o mala fe (salvo que ésta se probase y...).

Sin embargo, los constantes abusos a que indefectiblemente podría conducir la aplicación en todos su rigor de esta teoría del doble efecto, han hecho

reaccionar tanto a la doctrina (ya desde DE CASTRO) como a la Jurisprudencia, que aunque con distintas construcciones tratan de evitar básicamente la posibilidad de que el fiduciario pueda ser considerado por terceros, o deba serlo por el fiduciante como propietario pleno. Y así, ya sea a través de la consideración del fiduciario como mero propietario formal, o de la admisión para el mismo de una especial titularidad fiduciaria análoga a la aparente se trataría de lograr que el fiduciante pueda esgrimir su condición frente a todos, excepto frente a terceros que de buena fe y a título oneroso hubieren adquirido del fiduciario, y esto último como concesión a la protección del tráfico y seguridad jurídica.

Toda esta construcción en torno al negocio fiduciario, aplicable también al ejemplo paradigmático de éste, la venta en garantía ha sido reiteradamente admitida por nuestro Tribunal Supremo que, ya en la Sentencia de 25 de mayo de 1944, afirmaba que «de la necesidad de existencia de causa como requisito esencial de toda atribución patrimonial, no debe deducirse que cualquier incongruencia entre la causa expresada y la causa verdadera de la operación o, en general, entre la estructura jurídica y la finalidad económica de la misma, haya de producir la ineficacia del negocio, pues, por el contrario, puede éste ser válido y producir sus efectos en el caso de la mera disonancia entre el negocio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido por utilización de una vía oblicua o combinación de un resultado no previsto en los cuadros de la ley para los negocios indirectos y negocios fiduciarios, válidos cuando no envuelven fraude de ley».

Múltiples sentencias posteriores (así las de 8 de mayo de 1963, 19 de mayo de 1982, 8 de marzo de 1988, etc.) vienen a recoger esta misma tesis, apoyada siempre en la premisa fundamental de la nítida separación de 12 negocios simulados, que, no queridos, y carentes así de causa, serían nulos siempre, de los negocios fiduciarios, realmente queridos por las partes, no ficticios y por tanto asentados sobre verdadera causa.

El negocio fiduciario tiene pues su propia causa.

Aunque la misma no ha de buscarse (como parece pretender en todo caso la DG en el fundamento IV de la Resolución), en la causa misma del negocio de transmisión de la propiedad (aquí la de la dación en pago), pues es claro que la mera finalidad de garantía buscada por las partes (a realizar normalmente a través de la constitución de derechos reales de garantía) no puede ser causa apta para la transferencia de la propiedad, porque, como dice GARRIGES, habrá una disonancia interna que haría del negocio un negocio en desacuerdo consigo mismo y en contraste con su propia causa.

Por el contrario, y sin olvidar que el negocio real de transmisión es tan sólo uno de los dos que componen el complejo negocio fiduciario, al buscar la causa de dicho negocio hemos de referirnos, no a la causa de cada uno de los dos actos que lo integran, sino por contra, a la causa de ese negocio complejo.

Este es el criterio seguido por la doctrina alemana que ha conseguido así, partiendo de la consideración del propósito económico perseguido por las partes en la fiducia como causa determinante de la conclusión del negocio mismo, llegar a hacer centrar en el negocio obligatorio (pacto fiduciario) el negocio determinante de esa finalidad perseguida por el total complejo negocial.

En esta línea señalan LEOPOLDO SÁNCHEZ GIL y NAVARRO MARTORELL que esta *causa fiduciae*, ínsita en el negocio obligatorio, expresa la causa propia tanto de los dos negocios considerados aisladamente, como incluso del negocio fiduciario complejo.

No falta, como dice GARRIGUES, en nuestro ordenamiento base para reconocer sustantividad a esa causa *fiduciae*, identificada con la finalidad de garantía, pues incluso el propio artículo 1.274 CC, junto a la causa *sovendi* y *donandi*, en donde la prestación de una de las partes se justificaría respectivamente por la extinción de una obligación por la otra o por el enriquecimiento de la otra parte, reconoce que también podría justificarse por la adquisición de determinado derecho.

Así, en efecto, es también posible la causalización por la simple promesa de una cosa o servicio (*causa credendi*), servicio que en el negocio fiduciario consistirá en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho, conforme a las instrucciones del fiduciante y de restituirlo de acuerdo con esas instrucciones.

A estas mismas conclusiones llega el Tribunal Supremo, cuando en idénticos términos afirma en las Sentencias de 19 de mayo de 1982 y de 8 de marzo de 1988 que el complejo negocio fiduciario integrado por dos negocios independientes, pero de finalidad unitaria «constituye en un conjunto un contrato causal conforme al art. 1.274 CC, en el que la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del debido a que la relación obligatoria responde».

Así reconocido este carácter causal del negocio, y por tanto reconocida también su plena admisibilidad, es consecuencia lógica de ello la aceptación por nuestro Tribunal Supremo de la venta en garantía, aunque siempre en sus justos términos.

Pues, precisamente, atendiendo a esa *causa fiduciae*, que ilumina toda la venta (dación en pago), el mismo Tribunal Supremo ha reiterado que, aunque admisible, la venta en garantía no tiene carácter transmisivo, y que admitida la validez del pacto subyacente movido por una finalidad de garantía, la titularidad del fiduciario está sometida a dicha finalidad, sin que pueda otorgarse otra virtualidad que la mera posesión, ni otro alcance que el que se deriva del aseguramiento.

En efecto, en las mismas Sentencias citadas anteriormente y a continuación de lo transcrito el Tribunal Supremo afirma que es justamente en la causa del contrato fiduciario (esa finalidad de garantía), donde hay que reseñar la limitada eficacia real de la venta en garantía, que no podrá oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio. Por ello en caso de incumplimiento por el fiduciante de la obligación de devolución de lo prestado al mismo por el fiduciario, éste no puede obtener más que la devolución de la cantidad adeudada, sin que pueda atenderse a la solicitada incorporación a su patrimonio de modo definitivo del derecho de propiedad sobre la finca objeto de la compraventa, ya que no fue este efecto la finalidad perseguida sino que se quiso sólo garantizar la efectividad de la devolución de la cantidad prestada, de tal modo que acceder a lo pretendido significaría en el fondo atribuir al contrato una calificación diferente de la que se acomoda a su verdadera naturaleza jurídica, dando por existente una voluntad de comprar y vender en abierta pugna con la reconocida voluntad de las partes.

En base a todo lo anterior, como destaca BEGOÑA RUIZ ALUTIZ, es necesario en principio, distinguir, para mayor claridad, dos momentos en el íter complejo a que da lugar la figura estudiada.

1.º) El de la inicial transmisión del fiduciante-deudor al fiduciario acreedor.

2.º) El que habría de producirse caso de cumplimiento o incumplimiento

de la relación obligatoria subyacente entre ambos y que motiva la transmisión en garantía e igualmente es fácil de entender que la dificultad surge cuando esa posible consecuencia posterior se entrelaza, antecediéndose a su natural momento de llegada, con esa primera transmisión, como hemos visto, perfectamente admisible.

Tenemos que partir de que, como hemos señalado, el Tribunal Supremo ha reiterado que esa transmisión inicial al acreedor no autoriza al mismo a adquirir la plena propiedad del bien cuando el deudor no pague; pues su finalidad no es esa, sino únicamente de garantía, así por ejemplo, como entiende DÍEZ PICAZO, dirigida a apartar el bien transmitido del patrimonio del deudor, sustrayéndolo a su disponibilidad.

Lo que también ha quedado claro es que el criterio jurisprudencial es que la transmisión misma es perfectamente válida.

Así, calificaba el mismo DÍEZ PICAZO de incomprensible la denegación de la inscripción de una transmisión calificada en garantía por la Resolución de 30 de junio de 1987, y así, igualmente, lo aceptan también, implícitamente, en su estudio (incluso parece que como algo evidente, sin necesidad de tratarlo expresamente) esa posibilidad de inscripción de la transmisión fiduciaria, GARRIGES, RICARDO DE ANGEL y SAPENA.

Todavía más, JUAN FRANCISCO BOMILLA ENCIMAS y NAVARRO MARTORELL proponían el acceso del pacto interno obligacional al Registro de la Propiedad en estos casos, a lo que claramente se opone el artículo 9 del RH, aunque fuera a través de la anotación preventiva, para lograr con ello una mayor seguridad del tráfico jurídico.

La inscripción de la transmisión y de la titularidad fiduciaria parece que no ha de encontrar ningún obstáculo concebida la venta en garantía como contrato causal ordinario. Y no ha de considerarse como tal obstáculo las posibles consecuencias que pueden derivarse de tal transmisión que parecen meridianamente el motivo de la posición de la Dirección General.

Estas consecuencias entiendo que no deberían suponer la no admisión de la inscripción de la transmisión, partiendo como hemos dicho del rechazo de la adquisición automática por el acreedor-fiduciario del bien transmitido en garantía para el caso de incumplimiento de la obligación por el deudor, quedando con ello también en principio salvada la posibilidad del no admisible pacto comisorio.

Es obvio, que subsistirá todavía el problema de la posible disposición que del bien inscrito a su favor pudiera realizar el fiduciario y que, por la imposibilidad de constancia registral de las limitaciones inherentes a su derecho, podría dar lugar a la aparición de terceros hipotecarios, terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, contra los que no podría actuar el fiduciante que se vería obligado a proceder únicamente contra su acreedor.

Pero esta posibilidad y su consecuencia, como veíamos, es ineludible en todo negocio fiduciario, por estar éste fundado en la confianza, y no ha de ser tampoco obstáculo para la inscripción.

En cualquier caso, como señala además SAPENA, toda vez que la titularidad del fiduciario, por la finalidad propia del negocio, lo es sólo a efectos de evitar que pueda el deudor sustraer de la ejecución al bien transmitido, y facilitar así al acreedor el reintegro de su crédito, sólo podría disponer el fiduciario de esa titularidad y no de otra, y sólo esa misma titularidad podría adquirir el tercero adquirente, salvo que se trate de tercero protegido por el Registro, en cuyo

caso podría devenir en adquirente pleno, pero simplemente como un supuesto típico de adquisición *non domino*.

Rechazada así la virtualidad del comiso del bien por el acreedor fiduciario y con ello el obstáculo fundamental de la transmisión la inscripción de la venta en garantía ha de encontrar un fundamento. Y en tal sentido pueden apuntarse dos posibilidades gravadas de menor a mayor dificultad en su admisión.

A) En primer término, la sostenida por RICARDO DE ANGEL, el cual, partiendo de una concepción restrictiva en cuanto a la eficacia del negocio fiduciario, y manteniendo así siempre el principio de seguir siendo el deudor-transmitente, propietario del bien transmitido en garantía, se plantea si en el caso de incumplimiento de su obligación podría el acreedor fiduciario invocar derechos especiales sobre la cosa transmitida o quedaría limitado a ser un acreedor más del fiduciante, toda vez que, subsistente el bien en el patrimonio del deudor, su destino sería la satisfacción igualitaria de todos sus acreedores.

Entiende el citado autor que, pese a ser menos arriesgado para la seguridad jurídica optar por la primera Resolución, no cabe duda de que la segunda debe ser admitida, atendiendo a la voluntad de las partes y a la causa última de la transmisión fiduciaria, ya que es evidente que el deudor quiso conceder al acreedor-adquirente una cierta garantía especial para el cobro de su crédito.

Por ello ha de admitirse que, si bien no hay una verdadera venta, ni verdadera transmisión de propiedad, sí surgiría a través del pacto de fiducia algún efecto especial. Efecto que, como había entendido DE CASTRO y ha recogido igualmente la Jurisprudencia (así las citadas Sentencias de mayo del 82 y marzo del 88) se concretaría en la concesión de un derecho de retención en favor del fiduciario, que hasta la satisfacción de su deuda por el fiduciante no podría ser obligado por éste a la restitución del bien, y todavía más en el reconocimiento en favor del acreedor fiduciario de una preferencia sobre el resto de los acreedores del deudor para el cobro del crédito garantizado con la transmisión del bien y por lo que respecta al valor de éste.

El obstáculo que para este último efecto resultará del tradicional carácter de *numerus clausus* de los privilegios legales, podría sortearse si se entiende que el verdadero fundamento de este criterio restrictivo para la admisión de preferencias para determinados créditos (que busca contrariar la regla de la *par conditio creditorum*) se encuentra más que el encaje exacto en alguno de los supuestos admitidos legislativamente, en el cumplimiento de los requisitos sobre todo formales que, en orden básicamente a la protección de terceros, son exigidos para el reconocimiento de ese carácter privilegiado.

Por lo que parece que, en el caso que nos ocupa de venta (dación en pago) en garantía, la formación de ésta en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad podría bastar al adquirente para invocar preferencia semejante a la que, para el acreedor hipotecario concede el artículo 1.923.2 CC, pues también análogamente quedarían aquí protegidos los derechos de terceros que contarían con los medios suficientes para conocer la existencia de ese privilegio.

No obstante el propio DE ANGEL admite la dificultad para aceptación de esta tesis por los Tribunales, a los que DE CASTRO había invocado para el reconocimiento de una regla consuetudinaria en tal sentido.

B) Tesis bastante más arriesgada y difícil de admitir que la anterior sería la que trata de defender SAPENA.

Producido el evento del incumplimiento de la obligación por el deudor, SAPENA entiende que en determinados términos sería incluso admisible la apro-

piación definitiva del bien por el acreedor fiduciario pues, para el citado autor, no caería esta apropiación en la prohibición que para el comiso proclama el artículo 1.859 del CC.

Parte SAPENA de la consideración especial de que goza la titularidad que en favor del fiduciario engendra la venta en garantía, su propiedad fiduciaria que con NAVARRO MARTORELL define como «aquella propiedad peculiar caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo, de duración de su titularidad». Limitación, en principio, sin efectos. Frente a terceros, aunque en el supuesto especial contemplado ordenándose en favor del fiduciario además de la limitación ordinaria del negocio fiduciario otro derecho-refuerzo de su posición, el derecho de retracto (normalmente pactado con carácter real), cuyas consecuencias no se limitarían por esa naturaleza a las relaciones internas.

Sobre la base de esa premisa puede entenderse, según el citado autor, que no se trata de que el titular de un simple derecho de garantía sobre una cosa se convierta en propietario de la misma por el mero hecho del incumplimiento del deudor (que es lo que prohíbe el art. 1.859 CC), sino del cese de las restricciones a la titularidad que ya el acreedor tenía sobre la finca como consecuencia de la extinción de la realización creditual que trae consigo la del negocio obligacional causante de dichas limitaciones. Sin haber por ello transmisión de dominio que requiera la intervención del dueño. Pues dicha transmisión, aunque limitada, se produjo ya en su día, sino simplemente extinción de las limitaciones que lo sujetaban.

Se acoge así SAPENA a la generalizada tendencia de suavización de la prohibición del pacto comisorio que permite introducir correctivos en orden a facilitar la ejecución siempre que se eviten los perjuicios inherentes al pacto comisorio, tanto para el deudor, como para los acreedores de éste distintos al ejecutante.

Así, SAPENA entiende que la clave del problema radica en sortear lo que la prohibición del comiso trata fundamentalmente de evitar esto es que la adquisición-apropiación por parte del acreedor puede tener carácter autonómico. Lo que podría conseguirse introduciendo algún elemento que evite ese automatismo en la adquisición.

Esto es, para que la transmisión en garantía pueda convertirse en transmisión de dominio, haciendo así desaparecer la limitación a la propiedad fiduciaria del acreedor no bastará con el mero transcurso del tiempo (aún fijado por las partes) puesto que, para que, contemplado el complejo negocio, pueda operarse esa transformación de la relación, hace falta que la finalidad de garantía, base de la limitación interna (obligacional) de la transmisión fiduciaria, desaparezca, es decir, es necesaria la extinción de la relación crediticia en virtud de la cual se convino la garantía.

Y para ello, como decimos, no será suficiente con el mero transcurso del tiempo, pues la obligación subsistirá (incluso incurso en mora el deudor), sino que será necesario un concreto acto de las partes que producirá la adjudicación definitiva del bien al ejecutante, este acto de partes requerido no va a poder consistir en un acto de voluntad unilateral del acreedor, sino que percibirá la concurrencia del deudor, su declaración de no querer o no poder pagar, ya expresa, ya tácita, no pagando y ofreciendo el pago.

El medio adecuado para tal efecto sería así el requerimiento (no simple notificación) hecho por el acreedor fiduciario al deudor, fiduciante, seguido de la correspondiente contestación expresa o tácita de este último.

En cualquier caso esta construcción jurídica es de difícil admisibilidad práctica.

Cosa distinta de todo lo anterior es que pueda ser el negocio calificado de usurario. Bien sea el préstamo aisladamente considerado, bien sobre todo el complejo fiduciario.

En una primera aproximación y por equivalencia a lo que ocurre en los derechos reales de garantía típicos (hipoteca, prenda, etc.) en que se da también esa desproporción entre el valor del bien y el de la obligación garantizada, ha de rechazarse esa calificación, pues, únicamente podría reputarse existente la usura una vez producido al deudor el efectivo daño —si se cumple la obligación, si el acreedor opta por adquirir el pleno dominio, si no se da una depreciación en el valor de la finca, si no se satisface la correspondiente compensación por el acreedor—.

Pero, ahondando más, lo cierto es que entregada la finca al fiduciario el deudor transmitente pierde su poder de disposición sobre la finca, quedando a expensas de los posibles actos dispositivos del fiduciario, y redundando además en beneficio del acreedor la posible desproporción entre el valor de la finca y el importe de la deuda, pues no tendría aquí el deudor derecho al sobrante como ocurre con la hipoteca o la prenda.

Por todo ello habría que quedar, en definitiva, y dentro de los términos de la ley de Usura de 1908, a juicio de los Tribunales la calificación como usurario o no del negocio atendiendo para ello básicamente, a la moderada o inadmisiblemente desproporción entre los dos valores (deuda-valor de la finca).

Cuestión pues de hecho y por ello de imposible calificación apriorística y resoluble tan sólo atendiendo al caso concreto, que llevara a la opción por una u otra calificación según las circunstancias concurrentes, como de hecho puede comprobarse ha ocurrido ya en la Jurisprudencia.

CONCLUSION

En cualquier caso ya se consideren las consecuencias de una u otra tesis más o menos acertadas, lo que parece claro es que los negocios fiduciarios responden a esa concepción de «instrumentos de la evolución del derecho» como los calificaba FERRARA.

En los presupuestos concretos de las Resoluciones que nos ocupan, como en las de otras muchas, hay que tener presente la realidad social del momento actual, que conlleva una cierta indefensión del acreedor, que en muchos casos no puede hacer efectivo sin crédito, ya sea por insolvencia real o presunta del deudor, ya por el formalismo excesivo de nuestros procedimientos, ya por la protección desmesurada que se le concede al deudor. Por eso y no es extraño que se arbitren nuevos medios de garantía para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito, y si con estas nuevas medidas se consigue evitar, por supuesto sin detrimento de la seguridad jurídica, que el Registro de la Propiedad no sea un burladero para algunos deudores de mala fe, ello redundará en un beneficio social y en un mayor prestigio de la institución y quizá en algunos casos esto se pueda lograr acudiendo a los negocios indirectos o fiduciarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe duda que la razón de ser de la dicotomía entre los medios empleados por las partes, y los fines económicos perseguidos a través de aquéllos, se encuentra en una voluntad de las partes de apartarse de los esquemas negociables previstos por el ordenamiento jurí-

dico, dada la radical insuficiencia de los repertorios legales frente a las necesidades de la vida práctica. En el conflicto entre la esencial estabilidad de los ordenamientos legales y la inevitable variabilidad de las exigencias económicas vitales, se acentúa hoy la necesidad de acudir a estas vías; y los motivos precintados, se añaden motivos más o menos aceptables o reprobables de elusión de medidas de carácter fiscal, que harán que haya que referir la admisibilidad, o inadmisibilidad de estos negocios a cada caso concreto.

GALO RODRÍGUEZ TEJADA
IÑIGO IRACHE VARONA