

SOBRE LAS VERDADES OFICIALES DEL DERECHO

Comunicación a la sesión de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
de 6 de Mayo de 2014

por

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Académico de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

1. La presencia de las verdades oficiales en el discurso de los juristas.

En el lenguaje corriente hacemos referencia, casi siempre, a cosas que han ocurrido, pero también, a veces, a cosas que pensamos que han de ocurrir, a cosas que parece que acaecen, a cosas que probablemente ocurren, a cosas que nos conviene decir que están ocurriendo y también a cosas que no ocurren pero que decimos que han de tenerse por acaecidas. Algo parecido pasa con las proposiciones lingüísticas jurídicas -hechas por el legislador, por el juez, por los contratantes, por los abogados o por los comentaristas- que con frecuencia recurren a las que se ha llamado “verdades públicas” (así, por ejemplo, por el administrativista Massimo Severo Giannini), “verdades legales” (así, por ejemplo, el civilista Pietro Rescigno) o “verdades oficiales” (así, por ejemplo, los civilistas Federico De Castro y Bravo, José Luís Lacruz Berdejo, Manuel Amorós Guardiola o Antonio Pau Pedrón), cuando en su lenguaje se tienen en cuenta presuposiciones, ficciones y falsedades, presunciones, apariencias, simulaciones y relaciones fiduciarias o en sus expresiones se refieren a la llamada cosa juzgada que ampara no sólo a la sentencia firme errónea o desacertada sino también a la sentencia injusta.

Todo ello tiene lugar porque así conviene al buen funcionamiento del organismo jurídico, que, sin tales válvulas de seguridad, como las llamaba Louis Jossierand, se resentiría o quebraría, y todo ello puede ser porque el derecho se formula, se establece y se aplica y realiza mediante palabras y el

jurista es, como el alfarero con el barro, artífice o artista de la palabra y, en definitiva, porque, como decía Montaigne, la verdad tiene miles de caras.

Dejando aparte la figura de la cosa juzgada, pensemos en el caso de la presuposición, figura que se refleja, aparte de en la implícitud de la facultad resolutoria a que se refiere el artículo 1.124 del Código civil español (recientemente comentado por nuestro compañero el doctor José Juan Pintó Ruiz), en categorías como la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, como el llamado riesgo imprevisible, como la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato o como la excesiva onerosidad sobrevenida, figuras estas últimas que se tienen en cuenta en las recientes propuestas de la Comisión General de Codificación de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos (art. 1.218) y de dar una nueva versión al que se denominaría Código mercantil (art. 416-2, 1 y 2).

En otra perspectiva, la apariencia es tenida frecuentemente en cuenta por el ordenamiento, de modo que se tiene por verdadero acreedor si a él se paga al acreedor aparente o poseedor del crédito (arts. 1.164 y 1.527), o por verdadero heredero al heredero aparente o por verdadero funcionario al funcionario de hecho. Piénsese también en el valor aparential de la posesión que resplandece en la norma del art. 464 del Código, en la figura del factor notorio a que se refiere el art. 286 del Código de comercio, en la categoría del funcionario de hecho contemplada en el art. 53 del Código civil, en la apariencia que se tiene en cuenta en los supuestos de la llamada posesión de estado familiar (a que se refieren los arts. 131 y siguientes del Código civil), en el caso del llamado mandatario aparente (art. 1.738), en el supuesto del administrador de hecho de una sociedad, en la figura del llamado socio aparente o, en fin, en la apariencia sobre la que se articula la disciplina del llamado matrimonio putativo contenida en el art. 79 del Código civil.

También las ficciones son frecuentes en las normas jurídicas, igual en las de derecho administrativo como en las de derecho privado, y, por su parte, tenemos que aceptar como verdadera la falsa transformación de un hombre en mujer en consideración del llamado sexo psico-social o la evidentemente falsa existencia simultánea de dos madres -una biológica inseminada artificialmente y la otra su antigua conviviente- con arreglo a derecho, según afirma una reciente y polémica sentencia del pleno de la sala de lo civil de nuestro Tribunal Supremo de 15 de enero de este año 2014 (ponente Orduña Moreno).

No vale la pena hacer mayores referencias a la categoría de las presunciones, tanto de las que tienen una finalidad legitimante como de las que propenden a una finalidad probatoria, por ser muy frecuentes en el ordenamiento jurídico, tanto en su parcela civil como en otras parcelas, en particular en la tributaria, cuajada ésta tanto de ficciones como de presunciones. En el ámbito del ordenamiento, aparte de la ideológica presunción de inocencia, nos encontramos incluso con ciertas presunciones legales que ni siquiera se inducen a partir de un hecho cierto, por admitido o probado, para llegar deductivamente al llamado hecho presunto, como es el caso -caracterizado por apartarse del propio concepto que de la presunción adopta el legislador (art. 385 de la ley de enjuiciamiento civil)- de las abundantes e importantes presunciones de buena fe.

Otras verdades oficiales radican en la simulación o en las figuras negociales de carácter fiduciario, a las que nos referiremos más adelante con una cierta amplitud.

2. Breves indicaciones taxonómicas.

Las verdades oficiales de las que venimos hablando, de las que jurídicamente se deriva certeza con independencia de su correspondencia con la realidad, se afirman, unas veces, directamente por las normas, como es el caso de las verdades judiciales revestidas judicialmente de autoridad,

el caso de las verdades presupuestas -que descienden de la ley o de los principios generales detectados por la jurisprudencia-, el caso de las verdades aparentes, el caso de las verdades ficticias -salvo los escasos supuestos de ficciones negociales-, el caso de las verdades presuntas y, desde luego, el caso de las que he denominado verdades falsas por contradecir radicalmente la naturaleza de las cosas. En otras ocasiones, tales verdades alcanzan relevancia en cuanto constituidas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que les compete, por los particulares, como son los supuestos ya citados de las verdades simuladas y de las verdades fiduciarias.

Es de advertir también que las verdades oficiales son muchas veces incompatibles entre sí, de modo, por ejemplo, que la ficción no puede convivir con la apariencia o la presuposición referida a la voluntad negocial nada tiene que ver con la cosa juzgada. Pero hay que tener también en cuenta que las distinciones de verdades oficiales señaladas no siempre se refieren necesariamente a categorías excluyentes, pues, por ejemplo, las verdades aparentes pueden perfectamente ser reflejo de unas verdades simuladas y las verdades presuntas de unas verdades fiduciarias.

Desde otro punto de vista, las verdades oficiales -que aquí se examinan fundamentalmente en la circunscrita perspectiva del derecho civil- pueden ser provisionales o reversibles, por poder ser descabalgada su transcendencia en orden a reconducir las cosas a la verdad sustancial, o, por el contrario irreversibles, en cuyo caso es persistente la divergencia entre la verdad oficial constituida en certeza por las normas y la realidad histórica o material. En este sentido, son reversibles las verdades judiciales transidas de autoridad -siquiera lo sea en supuestos muy tasados-, las verdades aparentes, las verdades presuntas, las verdades simuladas y las verdades fiduciarias; e irreversibles, en cambio, las verdades presupuestas, las verdades ficticias y las verdades que pueden calificarse de completamente

falsas. En efecto, mientras, por ejemplo, la presunción *iuris tantum* es una suposición de verdad que autoriza a dar paso a la prueba contraria, la ficción, a la que se asimila la llamada presunción absoluta o *iuris et de iure*, es decisiva independientemente de su falta de exactitud.

3. Referencia a las verdades simuladas.

a) *Ámbito potencial de la simulación.*

La simulación es, desde antiguo, bastante habitual en el desenvolvimiento de la vida jurídica y ello no sólo en la praxis contractual.

Pensemos en el matrimonio simulado, tan frecuente en nuestros días hasta el punto de que el legislador se ha visto precisado a prever que en el expediente matrimonial se haga inquisición de la firmeza de la decisión de convolar nupcias de los futuros contrayentes, siquiera no deja de ser curioso que los términos del interrogatorio se hayan publicado, dando así la posibilidad de que se prepare convenientemente a los que quieren casarse simuladamente.

La simulación tiene también algún reflejo en el ámbito judicial, a través, por ejemplo, del caso no infrecuente de los que, de manera convenida, se separan judicialmente con la intención de seguir viviendo juntos, ya sea por razones fiscales o bien para tener que dejar legalmente o de manera formal la habitación conyugal y poder acceder así a una vivienda social o de iniciativa sindical, sin que entre dichos esposos decaiga la llamada *affectio maritales* ni, desde luego -como dirían los canonistas-, la *vitae coniugalis communio* Todo ello sin olvidar, aparte de los casos al parecer existentes de arbitrajes simulados, el supuesto simulatorio consistente en la llamada “prueba negociada”, figura estudiada por algunos procesalistas, respecto de la cual podría plantearse el eventual contraste entre el principio de libre aportación de la prueba, correlativo aunque diferente del llamado principio dispositivo, y la exigencia del

comportamiento de los litigantes de acuerdo con la llamada buena fe procesal.

b) *Los diferentes supuestos de simulación contractual.*

Los supuesto de simulación más interesantes son, en cualquier caso, los que se refieren a la contratación, en cuyo ámbito quienes simulan tienen interés en crear una apariencia de convención que, mientras no se desbarate, constituye la “verdad jurídica”. Esta actividad simulatoria, de la que el llamado acuerdo simulatorio que prefigura la apariencia contractual es el *prius* lógico, puede desenvolverse libremente mientras no entrañe una finalidad defraudatoria -defraudación que no necesariamente tiene lugar cuando hay engaño- y de hecho se desenvuelve con bastante facilidad porque seguramente se impugnan relativamente pocos casos de simulación contractual de los muchos que en la práctica existen.

Es de señalar, que la simulación contractual puede revestir muchas modalidades, no sólo cuando se realiza aparentemente un contrato simulado que encubre a otro efectivamente querido y disimulado (simulación relativa) o se lleva a cabo un contrato sin querer celebrar ninguno (simulación absoluta), sino también cuando, por referencia a la simulación relativa y además del caso de declarar que se utiliza un determinado tipo contractual y en realidad se adopta otro, se hace figurar en el documento contractual una fecha distinta -a veces muy anterior- de la real, se señala un precio de venta de un inmueble menor o incluso mayor al efectivamente satisfecho (por ejemplo, según es frecuente, en Aragón, para evitar el retracto de abolorio) o se indican términos o condiciones contractuales diferentes de los que realmente se quieren, por ejemplo, en relación a la duración de la sociedad que se constituye para llevar a cabo la construcción de un edificio o para conseguir la adjudicación de un contrato administrativo. O bien cuando se celebra el contrato con una cierta persona pero con el intento convenido de que sus efectos se produzcan para otra.

A la vista de todas estas manifestaciones posibles de la simulación la doctrina suele distinguir no sólo entre simulación absoluta y simulación relativa, sino también por relación a esta última entre la simulación relativa objetiva, que a su vez puede ser total -por ejemplo, si se dice celebrado un arrendamiento concertando en realidad una compraventa- o parcial, si la simulación se refiere a la fecha, al precio o a las condiciones o términos contractuales, y la simulación relativa subjetiva, categoría esta última que se contempla en los artículos 628, 755 y 1.459 del Código civil español.

c) *El caso de la donación disimulada.*

Un supuesto particular de simulación relativa objetiva, a destacar porque es tradicionalmente muy frecuente en la práctica, que ha dado lugar a una abundantísima jurisprudencia y obedece fundamentalmente a razones de carácter tributario, se refiere a la donación disimulada de bienes inmuebles encubierta bajo la capa de una simulada compraventa. El aspecto más relevante de este supuesto radica en la posible trascendencia que sobre el mismo puede tener -apreciada la existencia de la donación por indicios, como la intimidad o el parentesco entre donante y donatario, la avanzada edad del donante o bien la falta de recursos para comprar del donatario- la exigencia del art. 633 del Código civil, que requiere para la validez de la donación de cosa inmueble que se haga en escritura pública notarial.

Puede decirse que, en general y salvo -según se ha pensado y declarado en ocasiones- que se tratase en realidad de donaciones de carácter remuneratorio, la jurisprudencia tiene declarado que la donación de bienes inmuebles encubierta bajo una escritura notarial formalizadora de una compraventa no debería valer por no expresar este instrumento público la *causa donandi* y contradecir así lo dispuesto en el precepto apenas citado, si bien, mientras no se impugne tal venta que disfraza la donación, la misma desenvolvería sus efectos, permitiría al “comprador”

comportarse como tal y sería admisible a la registración, previa la satisfacción de sus consecuencias tributarias.

Es de señalar, sin embargo, que no siempre las declaraciones jurisprudenciales se han producido en el mismo sentido, habiendo sido sus resoluciones fluctuantes en este punto, llegándose en ocasiones a aceptar que, aunque la escritura pública expresase la *causa vendendi*, la donación disimulada habría de considerarse como válidamente concertada por los contratantes, en cuanto que la forma solemne exigida para la donación de inmuebles requerida por el art. 633 se habría cubierto suficientemente con la documentación pública de la compraventa simulada, llegándose a decir por alguna resolución, como la sentencia de 9 de mayo de 1988 (ponente González Alegre y Bernardo), que “en verdad el notario está autorizando un contrato de donación. En cambio, en un sentido más riguroso y centrado en la exigencia de forma para la donación de inmuebles a que se refiere el mencionado precepto de nuestro primer cuerpo legal, otras resoluciones jurisprudenciales, sin duda mayoritarias en cuanto a la doctrina que defienden, han sido más estrictas en cuanto al alcance ordenador del mismo.

En la actualidad las referidas oscilaciones jurisprudenciales, así como la consecuente incertidumbre que las mismas generaban, se han visto del todo superadas de manera definitiva en la fundamental sentencia de 11 de enero de 2007 (ponente Gullón Ballesteros), la cual ha sido emanada, con la finalidad de cerrar los anteriores contrastes y unificar el criterio interpretativo, por parte del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuya doctrina ha inspirado necesariamente otras resoluciones posteriores, de entre cuyas últimas cabe señalar las de 28 de noviembre de 2011 (ponente Roca Trías) y de 16 de enero de 2013 (ponente Orduña Moreno), cuya última resolución rechaza resueltamente que de tal doctrina pueda hacerse excepción alguna y, en concreto, en relación a las donaciones de

carácter remuneratorio. En consecuencia, no vale como forma exigida de la donación de bienes inmuebles una escritura notarial otorgada para dar a la donación la apariencia de una compraventa simulada, aunque muchas veces dicha invalidez no se denuncie y no se descubra la falsedad de la venta.

d) *La interposición ficticia de persona.*

En el ámbito de la simulación relativa subjetiva es de destacar la figura de la interposición ficticia de persona.

Pensemos en el caso de que quien quiere adquirir un inmueble no desea aparecer, por motivos fiscales o por otras razones, se pone de acuerdo con una persona de confianza (la llamada persona interpuesta) y con el vendedor, de modo que la venta sea estipulada aparentemente entre dicho hombre de paja y el indicado transmitente, en el sentido de que el contrato entre dicho vendedor y la persona interpuesta aparezca socialmente como efectivamente realizado, si bien dicho adquirente interpuesto se compromete -a través del convenio trilateral celebrado entre todos los interesados, que puede ser de formación progresiva- a transmitir el bien adquirido a la persona del interponerte.

La figura simulatoria de la interposición ficticia de persona no debe confundirse con la llamada interposición real, que es propia de la llamada representación indirecta en la que, por ejemplo, el representante adquiere en propio nombre, como si adquiriera definitivamente para sí, para luego retransmitir al representado interesado lo que adquiere de un tercero o bien vende a un tercero, siempre en nombre propio, un bien que le ha sido transmitido previamente por el verdaderamente interesado en la venta, al que luego se entrega el precio pagado por el tercero, frente al cual el verdadero vendedor permanece desconocido y oculto. Este último caso se verifica cuando, por ejemplo y con habitualidad, en las ventas efectuadas por las casas de subastas, venden éstos objetos que les han sido confiados por sus clientes y estipulan el contrato en propio nombre, de manera que el

adjudicatario de la subasta ignora de quien proviene el objeto que él ha adquirido; y también se da, con cierta frecuencia, en supuestos de relaciones fiduciarias *cum amico*.

e) *La acción de simulación.*

Como bien se sabe, en relación en particular al supuesto del tipo contractual simulado, la divergencia entre lo que se dice contratar y lo que en realidad no se contrata se resuelve en la simulación absoluta con la nulidad del contrato solamente aparente y lo mismo se diga respecto de la divergencia entre el contrato simulado y el disimulado, por cuanto que este último es el único querido y que, por eso, debe valer. Ello no obstante, no se puede afirmar del contrato simulado que está afectado de nulidad radical en todo caso, ya que tal nulidad es meramente relativa cuando hay terceros subadquirentes de buena fe que traigan causa del contrato que se simula celebrar y a los que se debe protección y frente a los cuales el contrato simulado no puede estar dotado de total oponibilidad.

El mayor problema práctico que suscita la simulación radica en el ejercicio de la acción encaminada a impugnar el contrato simulado, dada la habitual dificultad de la prueba de la simulación, en cuanto que los simulantes desean precisamente que la simulación que llevan a cabo prevalezca socialmente pero quieren que el verdadero contrato que concluyen o su decisión de no contratar nada permanezcan ocultos y secretos. Es cierto que cada vez más frecuentemente los simulantes se proveen de una prueba preconstituida de la simulación y suscriben en la misma fecha que otorgan, acaso notarialmente, el contrato simulado la llamada contradecларación extendiendo y suscribiendo el contrato disimulado que realmente desean concluir. Esta realidad no siempre es aceptada, sin embargo, por uno de los simulantes, en particular en el caso de la compraventa que encubre una donación, como demuestra el hecho de que sea precisamente en relación a este supuesto de simulación respecto del

cual la jurisprudencia, que insiste machaconamente en la dificultad de la prueba de la simulación, ha ido enumerando los indicios de simulación que se dan en este caso más frecuentemente, tales como el precio vil, el parentesco entre los contratantes, la falta de medios económicos del simulado comprador o la avanzada edad del simulado vendedor. La frecuencia de tener que recurrir en el caso de la simulación a los indicios con fortaleza suficiente ha propiciado entre nosotros, como es bien sabido, la publicación de interesantes contribuciones relativas a la prueba de la simulación, como una bien conocida de Luís Muñoz Sabaté.

4. Las verdades fiduciarias.

a) Los supuestos negociales expresivos de un pactum fiduciae.

Según se ha descrito genéricamente por la jurisprudencia, “el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista” (STS de 2 de diciembre de 1996, ponente García Varela).

Además de que el contrato simulado es muchas veces el vehículo del fiduciario, de esta última realidad negocial, que supone una operación traslaticia que en la intención de quienes la llevan a cabo no está destinada a consolidarse, se puede decir que las verdades fiduciarias, aunque distintas porque realmente queridas, son cercanas a las verdades simuladas, en cuanto que, de una parte y desde un punto de vista sustancial, aquellas verdades resultan de la celebración de un contrato para el que, en base a la relación o nexo de confianza -constituyente de una pretendida denominada *causa fiduciae*- que existiría entre los interesados, se quiere un efecto distinto, más tenue o más limitado, del efecto más intenso que corresponde

al tipo negocial utilizado, y en cuanto que, de otra y desde el punto de vista funcional, dicho efecto, aunque sólo es instrumentalmente querido y no como definitivo ni, por tanto, para los contratantes como verdadero, aparece como tal al exterior y se tiene, en consecuencia, oficialmente por “cierto”. Precisamente por ello, y en razón de la apariencia a que da lugar la situación que configura esta suerte de verdad oficial, la confianza que la misma genera en los demás debe ser protegida, al igual de lo que ocurre en el caso de la simulación, cuando dichos terceros actúan de buena fe, frente a quien, en virtud de esa verdad fiduciaria, se presenta, sin serlo en realidad, como dueño de una cosa o titular de un derecho.

Estos supuestos de verdades fiduciarias, que lo son únicamente en cuanto efectivamente queridos por los contratantes que confían entre ellos, no están contemplados expresamente en nuestra legislación civil, pero se han presentado siempre en las relaciones entre particulares, aparecen continuamente en la vida social -con incidencia muy significativa en el ámbito mercantil- y, desde luego, son admitidos, en virtud del llamado principio de autonomía de la voluntad y siempre que con ellos no se incurra en fraude, por la jurisprudencia, que es muy copiosa en tema de relaciones jurídicas fiduciarias.

Los ejemplos de negocios fiduciarios que se cuentan en la experiencia -reconducibles según algunos, por sus características, a modalidad específica del denominado negocio indirecto- suelen agruparse, por común referencia a un convenio identificado como *pactum fiduciae* -así llamado porque en el mismo se vierte la confianza que une a los contratantes-, bajo las denominaciones tradicionales de *fiducia cum amico*, en cuanto considerada altruista o pura, y de *fiducia cum creditore*, apreciada, en cambio, como impura o egoísta.

b) *La llamada fiducia cum amico.*

En este primer tipo de fiducia y según explica una asentada doctrina jurisprudencial, “el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que sólo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza, de ahí que algunos autores consideren que la fiducia *cum amico* constituye la forma pura del negocio fiduciario”.

A este grupo se adscribe el contrato, bastante corriente, por el que un bien -una cosa o un derecho- se transmite, se adjudica o se pone a nombre de otra persona, distinta de la de quien, sin embargo, quiere continuar siendo o ha de volver a ser verdadero titular o propietario. Entre los abundantes casos que presenta la experiencia se podrían indicar, por ejemplo y atendiendo a casos tratados por la jurisprudencia, el supuesto de que, para formar una sola finca con las dos colindantes que pertenecen a ambos socios, venda uno al otro la suya para facilitar así la obtención de un único y más cuantioso préstamo hipotecario; o el de que se atribuyan al adjudicatario ciertos bienes en la división de una herencia no para que los reciba y se los quede libremente sino para que los aplique al pago de las deudas hereditarias; o el de que se pongan unas fincas, para fines instrumentales no declarados, a nombre de unos amigos y socios; o el de que se transmitan unas fincas a una persona para que con los productos de su explotación pague las deudas del fiduciante y de ser necesario las venda para satisfacerlas; o el de que transmita la esposa a su marido acciones de la sociedad constituida por ella con finalidades fiscales o instrumentales; o el de que convengan verbalmente dos amigos que en la subasta judicial de la vivienda de uno, que carece de medios económicos, pujan el otro y luego se la transmita al primero; o el de que se de lugar a la constitución de una sociedad apareciendo como socio una persona distinta del verdaderamente

interesado en ella; o el de que se ponga a nombre de la hija en el registro de bienes muebles del patrimonio artístico el cuadro de un gran pintor en el entendimiento de conservar el padre su propiedad; o el de que pongan los padres a nombre del hijo una vivienda de protección oficial por adquirir al ser ellos ya propietarios de otra vivienda de la misma calificación; o el de que se haga aparecer como adquirente de la totalidad de un inmueble a una sola persona cuando en realidad es adquirida y pagada en su mitad por otra; o el de que se abra y ponga a nombre de otra persona un comercio que el verdadero titular no puede abrir por razones administrativas; o el de que se ceda un crédito para ser cobrado en interés del cedente o de un tercero; o bien el de que ceda una persona sus bienes a otra para aparecer como menos pudiente; o, incluso, como a veces ha ocurrido, para sortear el riesgo de una eventual incautación de bienes, supuesto al que todavía se refiere respecto de un local cedido a unos afiliados por un partido político la sentencia de 17 de mayo de 2011 (ponente Salas Carceller). También se podría pensar en aquellos frecuentes supuestos en que se ceden y ponen a nombre *-nomen commodat-* de una persona acciones de una sociedad al objeto de que su cesionario ejerza el derecho político de voto que a las mismas corresponde. Son de indicar también las llamadas sociedades fiduciarias que gestionan paquetes accionariales ajenos como si fueran propios, no sólo para ejercer el derecho de voto que a ellos corresponde sino también para realizar respecto de los mismos desinversiones y reinversiones. En la jurisprudencia del Tribunal de la Mitra de Andorra se han examinado diversos casos de negocios fiduciarios consistentes en la puesta a nombre, para cumplir formalidades administrativas, de una librería (sentencia de 20 de diciembre de 1979, ponente Puig Ferriol) u otro tipo de negocio (sentencias de 14 de junio de 1983 y de 8 de octubre de 1984, ponente Gómez de Membrillera y López Guijarro, en las que se indica que

se contempla en ellas la figura del “presta-nom” o testafarro, muy frecuente dice la última de las sentencias “en estos Valles de Andorra”.

En todos estos casos, que obedecen, en interés del fiduciante, a finalidades de salvaguardia, de custodia, de gestión, de administración, de transferencia a un tercero, o de liquidación de bienes, la fiducia *cum amico*, dentro del género del negocio fiduciario, “implica -como acertadamente se ha declarado- la creación de una apariencia, un caso de intestación en que el fiduciante sigue siendo el dueño”.

c) *La denominada* fiducia cum creditore.

El caso de la llamada *fiducia cum creditore* es más interesante y también seguramente más usual.

De esta segunda modalidad de *fiducia cum creditore*, en la que la posición del fiduciario se constituye en su propio beneficio, se presenta como supuesto más ordinario, en la llamada “venta en garantía”, negocio que se concierta, para tener la seguridad de que se cumplirá una determinada obligación y, con frecuencia, la de evitar el riesgo de que el dinero que en realidad se presta no sea objeto de devolución, configurando entonces a dicha cantidad prestada como precio de compra de un bien que se entrega a quien en verdad es prestamista. De esta manera, y con la indicada finalidad de garantía, se hace aparecer al prestatario que ha pedido y recibido en mutuo el dinero como vendedor y a quien se lo presta como comprador del bien.

Además del supuesto de la venta en garantía, una fiducia *cum creditore* podría también tener lugar a través de la llamada donación fiduciaria, del mandato para enajenar, del mandato para cobrar, de la prenda irregular, de la cesión de créditos con finalidad no de gestión para su cobro sino de garantía, de la cesión del crédito *pro solvendo*, del contrato de depósito, del contrato de “leasing” en particular en su modalidad de “lease back”, del contrato de opción de compra y de ciertas

cesiones fiduciarias de carácter financiero con fin de aseguramiento, reguladas en el Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de impulso a la productividad.

d) *La configuración técnica del negocio fiduciario.*

Respecto de la trascendencia del negocio fiduciario, que, según se ha indicado, la jurisprudencia considera en principio válido, se han formulado diversas explicaciones, si bien ninguna llega a considerarlo como figura jurídica autónoma y específica.

Entre ellas, ha sido en nuestra doctrina la más tradicional la llamada “teoría del doble efecto”, uno real que investiría al fiduciario de una titularidad sobre el bien o derecho considerado y otro obligacional que recaería sobre el mismo para reintegrarlo a la persona del fiduciante, teoría ésta de ascendencia alemana de indudable influencia entre nosotros, sobre todo a partir de la sentencia de 25 de mayo de 1944 y de la obra científica de su ponente el profesor José Castán Tobeñas. Puede recordarse a este propósito la doctrina según la cual “el contrato fiduciario aparece definido jurisprudencialmente como aquel convenio en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes* y otro, obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se de el supuesto obligacional pactado”, la tesis según la cual habría lugar a un negocio principal y a otro pacto de carácter accesorio o bien, según posición que incluiría una mera variante más sofisticada, la doctrina que piensa en un negocio único pero de naturaleza compleja del que derivarían a la vez los indicados efectos real y obligacional.

Esta primera teoría -la eventual dureza o desmesura de cuyas eventuales consecuencias prácticas pronto fue objeto de matización- no dejaba, sin embargo, de presentar flancos de debilidad técnica prontamente denunciados por la doctrina, siendo particularmente atacada con brillantez

por el profesor Federico de Castro sobre la base, fundamentalmente, de consideraciones ligadas a nuestro sistema causalista, en apreciación de las cuales el negocio fiduciario vendría a ser un negocio anómalo por cuanto que se haría deducir de él efectos que no corresponden con los del tipo negocial utilizado. Por otra parte, incluso los autores que acogieron, entre nosotros, la teoría del doble efecto, no dejaron de advertir los riesgos de justificar a través de la misma la atribución al fiduciario de una titularidad real plena en cuanto que el mismo podía abusar, mediante la posible enajenación eficaz del bien, de dicha titularidad.

A esta primera configuración técnica subsiguió una nueva orientación, que más que a sustituir viene en realidad a transformar la teoría que le antecede. En efecto, se ha propuesto y ha alcanzado preponderancia en la actualidad la llamada “teoría de la titularidad fiduciaria”, que distingue entre una titularidad meramente instrumental, formal o fiduciaria en cabeza del fiduciario y una titularidad real que correspondería al fiduciante. Se fijaba esta tesis en resaltar que la figura de la titularidad fiduciaria concedida por el fiduciante no podía entenderse, como en el planteamiento anterior, en un sentido pleno y radical, en cuanto que ello no sólo sería contradictorio con la intención de los agentes del negocio sino que además supondría contradecir reglas básicas de nuestro sistema jurídico, como, por ejemplo, en el caso de la venta en garantía, subvirtiendo en favor del acreedor garantizado por ella el carácter de derecho estricto que tienen en nuestro ordenamiento las normas en materia de preferencia de créditos.

Según estos nuevos puntos de vista, la “teoría de la titularidad fiduciaria”, elaborada fundamentalmente en relación a la venta en garantía, considera que, en tal negocio fiduciario, el fiduciante “transmite al fiduciario una propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así

asegurar al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario”, de manera que, sin embargo, “el fiduciario no se hace dueño real -propietario- del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades de la fiducia”, pues “el pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión”, de modo que “la falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía” y, en consecuencia y en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, “ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo”.

Como se ve, en los casos indicados se advierte, de una parte, una propiedad verdadera o material y, de otra, una propiedad fiduciaria o formal, de manera que, no obstante la diversa “verdad” que subyace en el supuesto, es la titularidad fiduciaria la que, hacia el exterior, alcanza oficialmente “certeza”.

Del modo descrito tendría lugar, como se ha explicado con agudeza en la sentencia de 17 de septiembre de 2003 (ponente Gullón Ballesteros), un “desdoblamiento de titularidad”, de una parte, en la externa que ostenta formalmente el fiduciario frente a terceros en su caso protegidos por la apariencia jurídica y, de otra, en la real que sigue perteneciendo al fiduciante. Las dos vertientes en que se proyectaría la titularidad sobre la cosa o el derecho afectados por el contrato fiduciario vendrían a colocarse en una relación que no deja de tener ciertos aspectos de reciprocidad, por lo que con la “teoría de la titularidad fiduciaria” no se borrarían del todo - como por lo demás no es inusual en los discursos doctrinales de los

juristas- vestigios de explicaciones anteriores sobre la estructura de la relación fiduciaria.

En todo caso, estos nuevos planteamientos técnicos sobre la configuración estructural y la virtualidad del negocio fiduciario se han hecho preponderantes en nuestra doctrina y en la actualidad son seguidos prácticamente sin excepción por la jurisprudencia.

Últimamente, y formulándose frente a la mayoritaria teoría de la titularidad fiduciaria, se ha avanzado la tesis -referida en particular a la llamada venta en garantía- de que el *pactum fiduciae* configuraría, en su caso, una causa -la denominada *causa fiduciae*- no asumible en nuestro ordenamiento y por tanto rechazada por él y ocasionadora de nulidad. En efecto, no dejan de significarse en nuestros días formulaciones -destacando en este sentido una reciente obra de Gorka Galicia Aizpurua- que, sobre ser confirmatorias de las graves deficiencias que aquejan a la llamada “teoría del doble efecto”, son también críticas con la más moderna y habitualmente aceptada tesis de la denominada “teoría de la titularidad fiduciaria”, en base a que el que se designa como *pactum fiduciae* no puede ocasionar la transmisión de la propiedad a que pretendidamente daría lugar, puesto que a la pérdida sufrida por el fiduciante no se correspondería un sacrificio correlativo del fiduciario, en cuanto que, “dicho de otro modo, el *pactum fiduciae* carece de aptitud para provocar la traslación del dominio porque la obligación asumida por el fiduciante en beneficio del fiduciario carece de un fundamento (causa) que justifique el empobrecimiento que comporta para su patrimonio: ni cabe apreciar en él (deudor) ánimo munificente alguno, ni la contraparte (acreedor) da ni hace nada en cambio del aumento patrimonial que experimentaría al aceptar la adjudicación en su favor de un derecho preexistente y que era (de) titularidad del obligado”. Además -se argumenta también-, “el compromiso del fiduciario de retransmitir la propiedad una vez pagado el préstamo garantizado” no viene a dotar al

supuesto contemplado de onerosidad basada en la conmutatividad y más bien es indicativo de la voluntad de los interesados de “asignar a la transmisión un carácter provisional”. Por otra parte, no concurre en este caso la existencia de una causa en el sentido que esta categoría asume en el art. 1.274 del Código civil, por lo que la venta en garantía vendría a ser nula también por vulneración del art. 1.261, 3º, nulidad que se comunicaría necesariamente al denominado *pactum fiduciae* en cuanto que el mismo sería el soporte de la transmisión de la propiedad.

Acaso, a la vista de cuanto hasta ahora indicado, deba considerarse como opción adecuada y plausible recurrir al pragmático planteamiento de que el régimen de los negocios fiduciarios, que nuestro sistema legal acepta y que son socialmente útiles, ha de componerse en cada caso, a falta de norma expresa aplicable a los mismos, “por lo querido por las partes y las reglas generales imperativas de la contratación, así como por aquellas normas específicas del contrato (típico o atípico) elegido como medio de ejecución de la finalidad perseguida”, como propone mi maestro zaragozano el profesor Jose Luis Lacruz Berdejo. No serían discordes de este planteamiento la idea de que, no pudiendo dar lugar el *pactum fiduciae* a una verdadera, autónoma y única *causa fiduciae*, el mismo vendría solamente a configurar el motivo que inspira a los contratantes a dar vida a la convención fiduciaria, como sugiere mi maestro romano el profesor Francesco Santoro-Passarelli, el entendimiento del *pactum fiduciae* como un acuerdo en orden a un “diseño” a realizar, resolviéndose la fiducia en un particular *modus operandi*, o bien la consideración de que el fenómeno fiduciario, según sugiere en una prestigiosa monografía Nicolò Lipari, debe ser apreciado como un hecho socialmente relevante capaz por sí mismo, por la intención de los interesados en él y por los comportamientos de los mismos conformes con tal intención, de asegurar el resultado práctico querido.