

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora de Derecho Civil. Doctora en Derecho  
Universidad de Sevilla

## EL NEGOCIO FIDUCIARIO COMO NEGOCIO JURÍDICO SIMULADO RELATIVAMENTE. LA COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO COMO NEGOCIO SIMULADOR

Comentario a la Sentencia del TS de 15 junio 1999 (RJ 1999, 4474)

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

*NEGOCIO FIDUCIARIO: Consideración del doble efecto, real y obligacional: evolución progresiva a su asimilación al negocio jurídico simulado, con simulación relativa: validez del negocio disimulado si reúne los elementos precisos para ello; INEXISTENCIA: Compraventa con pacto de retro: negocio jurídico simulado: garantía de un crédito consistente en un pacto comisorio ilícito: inexistencia de causa por ilicitud de la misma: nulidad. SENTENCIA: FORMA: MOTIVACIÓN: INSUFICIENTE: Sentencia que se limita a revocar la Sentencia de primera instancia con todos sus pronunciamientos: rechazo, sin motivación alguna, de pedimento de devolución de la cantidad pendiente, con los intereses, del préstamo, cuya deuda fue reconocida: acogimiento de la pretensión.*

*Disposiciones estudiadas: CE, arts. 9.1, 24.1, 53 y 120.3; CC, arts. 348, 1254, 1255, 1258, 1281.1, 1282, 1859 y 1884; LECiv, art. 359 y LOPJ, art. 5.4.*

*Sentencias citadas: Sentencias de 6 abril 1992 (RJ 1992, 6186), 5 abril 1993 (RJ 1993, 2791), 22 febrero 1995 (RJ 1995, 1700), 2 diciembre 1996 (RJ 1996, 8784), 19 junio 1997 (RJ 1997, 5418) y 3 noviembre, 7 y 28 diciembre 1998 (RJ 1998, 8361, 9619, 9621 y 10160).*

### ANTECEDENTES DE HECHO

Don Anastasio R. P. con su madre doña Anastasia P. M y con su esposa doña Asunción T. F. vendieron en sendas escrituras públicas de 28 de noviembre de 1985 a don Ernesto M. R. y a don Ignacio M. S, respectivamente, una serie de fincas rústicas propiedad de aquéllos.

Con la misma fecha, por una parte don Anastasio R. y su esposa doña Asunción T. y por otra don Ernesto M. y don Ignacio M. expresaron en documento privado: «*Primero. Reconocen que la transmisión de propiedad contenida en los citados documentos ha sido realizada a fin de compensar las deudas que los vendedores mantenían con los compradores, pero sin verdadero "animo vendendi", y si tan sólo como garantía de la devolución de las cantidades adeudadas. Segundo. Que como consecuencia de lo anteriormente expuesto conceden a los cónyuges presentes la posibilidad de recuperar la titularidad de las fincas transmitidas ejercitando para ello un derecho de retracto convencional que se pacta por seis años y cuyo ejercicio se efectuará mediante el pago de las siguientes cantidades: cuatro millones de pesetas para el lote adquirido por don Ernesto M., y dos millones quinientas mil pesetas para el adquirido por don Ignacio M. Tercero. El ejercicio del derecho de retracto deberá realizarse conjuntamente en cuanto a ambos lotes de fincas, no admitiéndose la posibilidad de actuar respecto a unas y no respecto a las otras*».

Posteriormente, los citados compradores devolvieron a don Anastasio R. una serie de fincas, en forma de compraventa, con precio inexistente, bajo escritura pública de fecha 18 de diciembre de 1986. El resto de las fincas, que siempre han sido poseídas por don Anastasio R., no ha sido devuelto.

Aparte de lo anterior, don Anastasio R. y esposa doña Asunción T. reconocieron deber en documento

privado de 11 de abril de 1986, a don Ignacio M. una cantidad de la que no se han pagado 2.046.707 pesetas.

Habiendo fallecido don Ignacio M., su viuda doña M<sup>a</sup> Luz R. P., usufructuaria universal de la herencia y sus hijos, herederos, don Ernesto y doña Elisa M. R., formularon demanda ejercitando acción reivindicatoria de las fincas objeto de aquellos contratos mencionados y que no fueron devueltas y acción de reclamación de la cantidad pendiente de pago de aquel reconocimiento de deuda. Los demandados don Anastasio R. P. y doña Asunción T. F. se opusieron a la demanda y formularon reconvencción.

El JPI estimó la demanda. La AP revocó dicha Sentencia, estimando el recurso de apelación de los demandados. Los demandantes formulan recurso de casación, que el TS estima, casando y anulando la Sentencia de la AP.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.—«La cuestión jurídica esencial sobre el fondo del presente caso gira alrededor del negocio fiduciario, que ha servido a la Sentencia de primera instancia para estimar la demanda y a la de la Audiencia Provincial para desestimarla; esta última es la que es objeto del recurso de casación. Ciertamente *esta Sala ha mantenido la doctrina del negocio fiduciario, en su consideración del doble efecto, real y obligacional, que fue importando incluso en su terminología de la doctrina alemana, pese a ser distintos los presupuestos básicos del derecho civil en este extremo; pero la doctrina española más especializada discute su autonomía, niega la existencia de la llamada "causa fiduciae" y cada vez más lo asimila, en muchos casos, al negocio jurídico simulado, con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez; la propia jurisprudencia no ha sido ajena a esta evolución y en ocasiones apunta la existencia de la simulación: la Sentencia de 6 de abril de 1992 (RJ 1992, 6186) dice que "la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésta la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender"; la de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2791) dice: "lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia"; la de 22 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1700), dice, refiriéndose a un negocio fiduciario, que "no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante" y añade: "el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia..."; la de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8784) se refiere expresamente a la "simulación de la (compraventa) referente a los recurrentes..."; la de 19 de junio de 1997 (RJ 1997, 5418), tras exponer la doctrina del contrato fiduciario, declara "ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo".*

En el presente caso, por más que se hable de negocio jurídico fiduciario en la Sentencia de instancia, que no le aplica los efectos que según la doctrina le eran propios, no hay sino un negocio jurídico simulado. Las partes celebran sendos contratos de compraventa y en documento privado, reconocido por todas ellas, manifiestan que los han celebrado "sin verdadero 'animo vendendi'". La simulación es relativa, en el sentido de que encubre, disimula, el verdadero negocio jurídico, el cual es, como dicen en el mismo documento, "garantía de la devolución de las cantidades adeudadas". Como consecuencia, dice el documento, tras la compraventa se concede a los pseudo-vendedores el derecho de retracto sobre las fincas pseudo-vendidas. El negocio disimulado es, pues, la garantía del préstamo y ésta no consiste sino en hacer suyas las fincas dadas en garantía: lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio prohibido, con antiguos precedentes, en nuestro Derecho en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

En conclusión, tal como expresan las propias partes contratantes, la compraventa de las fincas nunca se quiso ("sin verdadero 'animo vendendi'") y no hubo precio; fue un negocio jurídico simulado, que simuló con la compraventa con pacto de retro la garantía de un crédito, consistente en un pacto comisorio, ilícito, por lo que el negocio jurídico simulado adolece de causa ilícita y es nulo.

Por tanto, no cabe estimar el motivo tercero del recurso de casación que se formula al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se denuncian como infringidos los artículos 1254, 1255 y 1258 en relación con los artículos 1281.1º y 1282 del Código Civil. *No cabe en casación alegar, como motivo, la infracción de artículos heterogéneos y de carácter tan general como los que se refieren al concepto de contrato, al principio de autonomía de la voluntad, a la eficacia y a la interpreta-*

*ción del mismo; así, Sentencias de 3 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8361), 7 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9619 y 9621) y 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10160). Lo que realmente se mantiene en este motivo es la validez de la compraventa como contrato transmisivo de propiedad, en la que no tuvo efecto el retracto convencional, a sabiendas de que las partes expresaron que no querían vender y que el negocio jurídico era en garantía, para cuyo efecto se pretende la ejecución de un puro pacto comisorio. No se estima, pues, el motivo. Como necesaria consecuencia, se desestima también el motivo cuarto que, al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción del artículo 348 del Código Civil y se refiere a la posesión —que se reclama en la demanda y no ha sido estimada en la instancia— de las fincas: si se desestima el motivo anterior, rechazándose la declaración de propiedad de las fincas, no cabe discutir siquiera la reclamación de la posesión de las mismas».*

TERCERO.—«Los dos primeros motivos del recurso de casación tienen el mismo contenido, aunque distinta formulación. La Sentencia de primera instancia razona (en el fundamento tercero, que dice: "la parte demandada reconoce adeudar 2.046.707...") y en el fallo condena a los demandados a abonar a los actores la cantidad, reconocida, que pende de pagar todavía por razón de una deuda que asimismo fue reconocida por los demandados. La Sentencia de la Audiencia Provincial no razona nada sobre este extremo y en el fallo, al decir simplemente y con muy mala técnica, "revocamos dicha Sentencia con todos sus pronunciamientos", queda revocada también dicha condena.

El primer motivo denuncia incongruencia, en base a lo expuesto; se formula al amparo del número 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No la hay, pues no puede apreciarse en sentencia totalmente desestimatoria de la demanda y el primer motivo se debe, por ello, rechazar. Pero sí debe estimarse el segundo motivo, en que, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se estiman infringidos los arts. 9.1, 24.1, 53 y 120.3 de la Constitución Española, sobre motivación de las sentencias. Efectivamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial en el extremo relativo a la devolución de la cantidad pendiente, con los intereses, del préstamo, cuya deuda fue reconocida, no hace referencia alguna, ni argumenta en ningún sentido y, sin absolutamente ninguna motivación, rechaza tal pedimento al revocar la Sentencia del juzgado "con todos sus pronunciamientos". En este sentido y en este extremo, debe estimarse este motivo y, conforme al artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resolver lo procedente que será confirmar y hacer nuestro el pronunciamiento del Juzgado de 1ª Instancia.

Así, en definitiva, se estima el motivo segundo del recurso de casación; no se estima el primero; tampoco se estiman el tercero y cuarto, atinentes al fondo del tema del negocio fiduciario, aunque no se mantiene el razonamiento de la Audiencia Provincial que se considera erróneo, sino que, con otros argumentos, se confirma la desestimación de la acción reivindicatoria al rechazar estos motivos...».

#### COMENTARIO

##### SUMARIO

- I. CAUSA TÍPICA CON FINALIDAD ATÍPICA
- II. CAUSA TÍPICA CON FINALIDAD ATÍPICA Y SUPUESTOS ANÓMALOS

Especialmente interesante es la sentencia que nos proponemos comentar. Fundamentalmente, por dos motivos: de un lado, porque, como ha apuntado una reciente doctrina que el Tribunal Supremo se decide abiertamente a acoger, el negocio fiduciario no es más que un negocio jurídico simulado relativamente; de otro, porque el negocio empleado como simulador o disfraz es, una vez más, la compraventa con pacto de retro.

Aunque la finalidad que se persigue mediante el contrato de compraventa es la transmisión «in aeternum» de la propiedad de la cosa al comprador, el pacto de retro permite que el vendedor que se ve en la necesidad de llevar a cabo la enajenación de un bien de su patrimonio se reserve el derecho a volverlo a adquirir, en caso de mejorar su fortuna, dentro de un plazo determinado y en las condiciones que a tal efecto se convengan con el comprador en el mismo contrato de venta.

En la venta con pacto de retracto, como en cualquier otra venta, existen siempre dos transmisiones de signo contrario, la de la cosa y la del precio, cuya relación determinará en cada caso la equivalencia o no de las prestaciones, en definitiva, la licitud o ilicitud de la causa del negocio. Cuando el precio es auténtica contraprestación del dominio sobre la cosa cuya transmisión es realmente querida por las partes, nos hallamos ante una pura y ordinaria compraventa –*causa típica con finalidad típica*–; en cambio, si el precio adquiere un papel predominante, puesto que el contrato se otorga por él y para su seguridad, la transmisión de la propiedad no persigue otra cosa que garantizar la devolución del mismo, en cuyo caso nos encontramos ante una enajenación aseguradora o garantía real –*causa típica con finalidad atípica*–.

De este modo, en la compraventa con pacto de retro el propósito práctico de los contratantes será dato esencial en la disyuntiva contrato típico de transmisión o simple compraventa ordinaria y contrato atípico de garantía, tarea harto difícil en muchos casos desde el momento en que habrá de ser descubierta la intención oculta de los contratantes, la finalidad última por ellos perseguida, indagación ésta que, como es sabido, constituye exclusiva misión del juzgador.

## I. CAUSA TÍPICA CON FINALIDAD ATÍPICA

Vendedor y comprador quieren realmente vender y comprar.

El de retraer es un pacto accesorio a la venta que la ley concede para servir, en todo caso, finalidades lícitas de los interesados: el vendedor, la de recobrar, durante cierto tiempo y en determinadas condiciones, la cosa que enajena; el comprador, la de adquirir un dominio que puede consolidarse si el vendedor no llega a ejercitar su facultad de rescatar el bien vendido.

Pese a que en la venta los contratantes hayan estipulado que el vendedor puede recobrar la cosa, éste ha querido realmente venderla, transmitir el derecho de propiedad que sobre la misma ostenta –aunque reservándose el derecho a retraerla llegado el caso– y el comprador la adquiere efectivamente «*animus domini*», siéndole ajeno el hecho de que el vendedor, mediante la retroventa, trate de obtener provisionalmente liquidez con su patrimonio. De otro modo, en la venta con pacto de retro existe la entrega de una cosa con ánimo de transmitir y adquirir, respectivamente, la propiedad de la misma, genuina función económico-social del contrato de compraventa. El pacto de retracto por sí mismo no tiene fuerza para alterar o desnaturalizar la causa típica del contrato de compraventa, pues envuelve, por así decirlo, un *motivo secundario*. Se trata del simple intercambio de cosa por precio querido y logrado, aun cuando en un momento ulterior pueda hacerse dicho intercambio en inversa dirección y en virtud de la convención accesorio estipulada al efecto. Éste y no otro es, a nuestro juicio, el pacto de retroventa recogido por nuestro legislador en los arts. 1507 a 1520 CC.

Algunos datos externos que acompañan al contrato de compraventa pueden ayudarnos a discernir si verdaderamente estamos ante una venta propiamente dicha en la cual la intención de los contratantes es la de vender y comprar o, por el contrario, el negocio es meramente aparente, siendo otro bien distinto el propósito práctico de las partes. Se señalan, entre otros, los siguientes para llegar a la conclusión de que estamos ante la presencia de una simple y auténtica compraventa: la unidad y simplicidad en la forma, la tradición de la cosa, la justicia del precio y la inexistencia de un pacto de intereses encubierto como renta de un arriendo o retención de la posesión pactados en favor del vendedor. De todos modos, téngase en cuenta que dichos indicios o aspectos apriorísticos del negocio han de ser tomados en consideración como meros elementos orientadores que pueden proporcionar el hecho base de una presunción siempre útil en el conocimiento y tratamiento de las anomalías negociales, pero no se trata de una regla infalible, sino sólo de una camino para encontrar la verdadera intención de los sujetos y, en consecuencia, la conformidad o disparidad de la causa real con la manifestación (SAPENA TOMÁS, J.: «Actualidad de la fiducia “cum creditore” (Problemas de la carta de gracia)», en *RDN*, 1957-II, núm. XVII-XVIII, pg. 150).

## II. CAUSA TÍPICA CON FINALIDAD ATÍPICA Y SUPUESTOS ANÓMALOS

En la retroventa no ha de existir un crédito preexistente que garantizar, pues la compraventa no es un contrato accesorio al de retro con fines de garantía, sino un presupuesto necesario para la existencia del derecho a retraer. El vendedor trata de obtener con su patrimonio una liquidez que no puede obtener de

otro modo, necesita transformar en dinero un determinado bien, y ello no tiene por qué constarle al adquirente, quien paga, pero no presta (ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones (STS de 3 de mayo de 1976)», en *ADC*, t. XXXI, fasc. II, abril-junio, 1978, pg. 448). No es una venta en garantía, sino, si se nos permite la expresión, una *venta con finalidad de retraer*.

Y es que, como señalara la RDGRN de 5 de junio de 1991 (RJ 1991, 4649), a propósito de un supuesto de dación en pago con pacto de retro «conviene insistir en que no siempre que el propietario de un bien lo pone en juego para obtener una cantidad de dinero reservándose la facultad de devolverlo y reintegrarse en el bien, hay préstamo con garantía real», declarando más adelante que «en la enajenación con pacto de retro, en cambio, sí hay verdadera venta y no hay técnicamente préstamo ni hay, consiguientemente, garantía, aunque, a efectos de la Ley de Usura, pueda tratarse de operaciones sustancialmente equivalentes» –F. 5º–.

En la compraventa, en general, la paridad o equilibrio de posiciones entre el vendedor y el comprador se observa en la satisfacción que experimenta el comprador al conseguir el bien adquiriendo su dominio y el vendedor al cobrar el precio íntegro. En la retroventa esto efectivamente se logra.

Mas, desde un enfoque realista de los hechos, dadas las necesidades de los particulares en el tráfico jurídico-económico, ha de reconocerse que, en la mayoría de los casos, si no en todos, se acude a la compraventa con pacto de retro para conferir garantía real a un préstamo. La venta con pacto de retro, por su función típica de medio que permite a un sujeto obtener una suma como precio de un bien que le pertenece, manteniendo la facultad de *recuperar* ese mismo bien restituyendo dicho precio, se presta fácilmente a una función de garantía, pudiendo el precio ser considerado como suma dada en préstamo y el bien vendido constituir la garantía del acreedor, para el caso de que aquélla no llegue a restituirse. Y ello no es sólo actual, pues basta acudir a la dilatada trayectoria histórica de esta figura para comprobar dicha práctica.

Pese a que la finalidad de garantía exceda el esquema del pacto de retro y su formulación causal no se exprese en el Código Civil –sí con enorme nitidez en la ley 475 de la Compilación Navarra–, creemos que su utilización atípica disfruta de una *tipicidad social* (en palabras de JORDANO BAREA: «Los contratos atípicos», en *RGLJ*, 1953, t. XXVII, pgs. 62-64). Por tanto, es oportuno verificar si el negocio jurídico de compraventa a retro, por cuanto formalmente válido y eficaz, es, en realidad, un instrumento apto para perseguir un fin de garantía, siendo necesario atender no sólo a los elementos psicológicos y estructurales del negocio transmisivo, sino también a la función económica efectivamente desarrollada por el mismo.

Atendiendo a la reseñada relación cosa-precio, existe efectivamente traspaso del dominio sobre la cosa a cambio de un precio, cantidad, en realidad, entregada en calidad de préstamo cuya devolución queda garantizada, precisamente, con la transmisión de la propiedad, razón ésta por la que se recurre a la venta con pacto de retraer. Ahora el adquirente presta y no paga. Un atento análisis del fenómeno no puede inducir a considerar el esquema de la venta a retro como incompatible con un fin de garantía, no inconciliable, a su vez, con la «causa vendendi». El pacto de retroventa es una figura con finalidad propia, pero susceptible de albergar otra distinta de garantía [en este sentido, vid. RUBIO TORRANO, E.: «La venta a carta de gracia en el Derecho Navarro», en *RJN*, julio-diciembre, 1986, núm. 2, pg. 14, quien señala gráficamente que «en el Código Civil el traje se hizo pensando en un usuario concreto, si bien puede vestir a otro de características y proporciones distintas»; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho Civil (LACRUZ)*, t. II, Bosch. Barcelona, 3ª ed., 1995, pg. 76; FELIU REY, M. I.: *El tanteo convencional*, Civitas. Madrid, 1997, pg. 38].

De este modo, la venta con pacto de retro puede absorber una función de garantía de una preexistente o concomitante relación crediticia entre las partes sin que ello adúltere o desnaturalice la causa típica del contrato, pues el fin atípico de garantía constituye un motivo lícito común a los contratantes que no puede afectar en modo alguno la validez del negocio.

La dificultad estriba en dilucidar cuándo, ante un caso de venta a retro originada por un préstamo –bien entendido como adelanto de numerario–, existe realmente el ánimo de transmitir o la sola intención de garantizar la devolución de lo prestado [para MANRESA y NAVARRO, J. Mª: *Comentarios al Código Civil español*, t. X, vol. 1, Reus. Madrid, 6ª ed., revisada por J. Mª BOSCH, 1969, pg. 429, la diferencia entre el

retracto convencional y el préstamo radica en que «en la venta con pacto de retracto hay siempre la transmisión del dominio de una cosa, siquiera sea de un dominio revocable; en el préstamo, esa transmisión no existe: aseméjense los dos actos en que en ambos se transmite dinero, en el préstamo el que se presta, en la compra con pacto de retro el que sirve de precio; pero la transmisión de la cosa determinada, fuera aparte del numerario, sólo se da en la venta»; en Italia, CARNELUTTI, F.: «Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto (S. Cass. 16 aprile 1945)», en *RTDPC*, 1946-II, pg. 156: «tutto dipende dal se, veramente, chi dà il denaro voglia procurarsi "medio tempore" il godimento della cosa; nell'ipotesi affermativa, malgrado il rischio di doverla restituire, avverandosi il riscatto, sta la "causa emendi"; nell'altro la "causa mutuandi"»].

La cuestión consistirá en detectar cuál es el predominante, si el ánimo de transmitir o el exclusivo fin de seguridad o garantía, en cuyo último caso habrá de determinarse la inexistencia de la causa típica del contrato de compraventa puesto que no hay intención dirigida a transmitir el dominio ni auténtico precio, ya que la suma que se dice serlo, no se entrega a cambio de la adquisición dominical del bien, sino que tal suma, o es ficticia por el mismo monto de una deuda o, si se da realmente, se da como préstamo, quedando asegurada su devolución por la puesta a nombre del prestamista de la cosa aparentemente vendida. Indicios de ello pueden serlo, entre otros, la coincidencia del precio de venta con el monto del préstamo y su inadecuación respecto del valor del bien, la ausencia de transmisión de la propiedad sobre el bien al comprador, etc., en definitiva, un claro desequilibrio de las prestaciones (vid. ARECHEDERRA: «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones...», cit., pgs. 445-446).

Relevante será, pues, la intención que guía a los contratantes y que ha de estar constituida por la auténtica voluntad de transmitir. Ausente por completo ésta, esto es, verificada la «causa mutandi», la exteriorización del negocio de venta a retro no irá en absoluto de acuerdo con el querer interno, con el fin empírico realmente perseguido por las partes. Existirá claramente una discordancia entre la voluntad interna y la manifestada exteriormente, entre el fin querido y el medio exteriorizado, siendo la forma adoptada mero receptáculo en el que se oculta otra realidad verdaderamente querida, lo cual separa la verdadera y lícita venta con pacto de retracto –atípicamente aseguratoria– de la convenida en garantía oculta de un préstamo. Son los supuestos anómalos del pacto de retroventa, que pasamos ahora a conocer.

#### –Negocio simulado

Su anomalía se produce por la consciente –pues la inconsciente nos llevaría al error obstativo– divergencia entre la causa externa y la interna u oculta. De este modo, en el negocio relativamente simulado –dejando a un lado la simulación absoluta puesto que, en el supuesto que abordamos, las partes quieren verdaderamente celebrar un negocio–, las declaraciones de voluntad del negocio simulador son sólo aparentes, siendo la voluntad real la contenida en la declaración del negocio disimulado, siempre que sea verdadera y lícita «ex» artículo 1276 CC.

Esto dicho, aunque no es función propia o típica del pacto de retro la de garantía de un préstamo, se ha hecho uso de esta vía –sobre todo a finales del siglo XIX y principios del XX y todavía hoy–, precisándose distinguir cuándo estamos en presencia de un préstamo real simulado y cuándo ante una auténtica compraventa con pacto de retro (vid. cdo. 1º de la STS de 14 de junio de 1920 [JC 1920, 86] y Cdo. 1º de la RDGRN de 29 de septiembre de 1927 [JC 1927, 125]). El hecho de que el préstamo se encuentre disfrazado por la compraventa con pacto de retro implica que debe analizarse la falsedad del negocio aparente y la existencia del segundo negocio disimulado, a fin de discriminar cuándo estamos en presencia de un préstamo encubierto por un negocio simulado en el que la finalidad del comprador no es la obtención sobre el bien de un dominio temporal y resoluble, sino afirmarse una simple garantía real sobre el bien supuestamente vendido y cuándo ante una compraventa con pacto de retro con finalidad de garantía.

Ciertamente no deja de sorprender que la utilización de la compraventa con pacto de retro para garantizar un préstamo haya sido en nuestro país una constante en el último siglo, como evidencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La vitalidad de la institución en la práctica judicial española viene a ser con frecuencia –si no siempre– de garantía, prueba todo ello de que el tráfico jurídico tiene en el campo de los llamados *derechos de garantía*, necesidades que no quedan suficientemente cubiertas con las figuras tradicionales, y exigencias, a las que, en tanto en cuanto no comporten abuso o fraude, el Derecho habrá de ofrecer de algún modo, fórmulas jurídicas que permitan satisfacerlas. De todos modos, es preciso recordar que la venta con pacto de retracto ha caído en desuso ante los derechos de prenda e hipoteca,

dada la actual superioridad técnica de éstos, aunque algunas sentencias de los últimos años muestran que se sigue acudiendo a la compraventa con pacto de retro en garantía.

Como negocio relativamente simulado existiendo un verdadero y lícito préstamo –usurario o no, según el caso– con garantía de un inmueble calificó la venta con pacto de retro el propio Tribunal Supremo en Sentencias como la de 26 de octubre de 1912 (JC 1912, 34), 14 de junio de 1920 (JC 1920, 86), 25 de octubre de 1924 (JC 1924, 44), 10 de marzo y 25 de mayo de 1944 (JC 1944, 12 y 88), 7 de febrero de 1948 (RJ 1948, 278), 6 de marzo de 1952 (JC 1952, 78), 23 de diciembre de 1954 (RJ 1954, 3170), 25 de septiembre de 1956 (RJ 1956, 3009), 8 de marzo, 28 de mayo, 4 de junio, 10 de julio y 30 de octubre de 1957 (RJ 1957, 1547, 2180, 2510, 2225 y 3396), 3 de abril y 10 de mayo de 1968 (RJ 1968, 3716 y 3483), 11 de marzo de 1974 (JC 1974, 118), 5 de julio de 1982 (RJ 1982, 4215), 7 y 11 de febrero de 1989 (RJ 1989, 754 y 829), 14 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3729) y 26 de abril de 1991 (RJ 1991, 3064), entre otras. Según la Jurisprudencia aquí recogida, existe realmente un préstamo con garantía del bien disfrazado bajo la veste de una venta con pacto de retro cuando: la finalidad contractual del comprador no es la obtención sobre el bien de un dominio temporal y resoluble sino procurarse una garantía real; la falta de garantía; la atribución al supuesto vendedor de obligaciones propias y exclusivas de quien detenta el dominio –vgr. el pago de impuestos–; la fijación de un precio para readquirir el bien altamente desproporcionado en relación con su valor y coincidente con el de una deuda anterior y el abono de los intereses en su caso, observándose –en la mayoría de los casos– que el precio de venta que consta en la escritura pública aparece, a su vez, en documento privado como capital prestado, con interés, y donde se señala la forma y plazos en los que debe entregarse dicho capital y sus intereses, etcétera.

De las decisiones judiciales del Tribunal Supremo se colige asimismo que podemos encontrarnos ante la existencia de un contrato de venta con pacto de retro y no de préstamo, incluso, en aquellos supuestos en los que se conviene que el vendedor debe pagar, además del precio para retraer, determinado interés, ya que este particular no afecta a la esencia del contrato, o también en los que se haya estipulado que el bien vendido quede en poder del vendedor –puesto que tiene lugar la transmisión dominical en forma inmaterial–, lo cual sólo es consecuencia de lo que se hubiese pactado, conforme al art. 1507 CC. Es lo que acontece ya en la temprana Sentencia de 3 de marzo de 1866 (JC 1866, 87) y, con posterioridad a la promulgación del Código Civil, en la de 13 de noviembre de 1906 (JC 1906, 118), 13 de marzo de 1913 (JC 1913, 107), 29 de abril de 1946 (RJ 1946, 557), 23 de marzo, 12 de abril y 14 de noviembre de 1957 (RJ 1957, 1117, 2499 y 3402), 8 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3589) y la más reciente de 19 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6409). De este modo, nos hallamos ante una compraventa con pacto de retro y no ante la presencia de un préstamo cuando: la intención del comprador sea comprar; a través de la retroventa se modifiquen de un modo especial las condiciones ordinarias del contrato de compraventa; exista verdadera transmisión de la propiedad –con carácter absoluto y pleno, aunque inicialmente no definitiva– sobre el bien vendido, debiéndose producir, por tanto, la tradición, aunque, insistimos, el vendedor se quede en posesión de la cosa –«*constitutum possessorium*»– en virtud de otro título jurídico –v. gr. arrendamiento o usufructo–; cuando exista un plazo para la entrega del precio de retracto ajustado a los límites fijados imperativamente por el art. 1508 CC; si el vendedor hace uso de su facultad de retraer –pues no está obligado a ello al no existir ningún derecho de crédito contra él–, deberá abonar el precio de venta –siendo perfectamente posible la estipulación de intereses– y demás gastos comprendidos en el art. 1518 del mismo Texto Legal; por último, ante el impago del precio –y restantes partidas– de retroventa, el comprador adquiere irrevocablemente el dominio de la cosa «ex» art. 1509 CC.

En definitiva, la base a considerar –junto con otras varias circunstancias– es la existencia de una transmisión de la propiedad. De este modo, la jurisprudencia entiende que en los casos en que se produce la transferencia dominical existe realmente una compraventa con pacto de retro, mientras que cuando dicho traslado no se verifica surge el negocio fingido o simulado –préstamo encubierto por una compraventa a retro– que habrá de ser sancionado.

#### –Negocio fiduciario

En el negocio fiduciario concurren la causa externa y la interna sin llegar a la ilicitud del negocio realizado. Su origen surge al existir una desarmonía entre la causa típica del negocio y la finalidad práctica de los otorgantes, al acudir a un tipo negocial –generalmente de causa traslativa– de efectos desproporcionados al fin perseguido.

Son innumerables las ocasiones en las que se ha relacionado al pacto de retroventa con la «fiducia cum creditore», dadas las importantes coincidencias que ambas instituciones parecen presentar. Nuestro objetivo será, pues, profundizar en su estudio, concluyendo bien en la equiparación entre negocio fiduciario y venta con pacto de retro o, por el contrario, en la distinción de las dos figuras jurídicas.

De acuerdo con la tradicional doctrina patria [vid., por todos, SAPENA: «Actualidad...», cit., pg. 128 y, en relación con la venta a carta de gracia catalana, DE GISPERT PASTOR, M<sup>a</sup> Teresa: «Contrato de compraventa a carta de gracia (Comentario a la STS de 23 de marzo de 1972)», en *RJC*, t. 72, enero-marzo, 1973, pgs. 115-116], la venta con pacto de retro encaja perfectamente en el negocio fiduciario, en concreto, en la fiducia «cum creditore» o impura, en su modalidad de venta en garantía, pues reúne los requisitos propios de ésta, en conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y que sucintamente pasamos a exponer:

1. Uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley —el complejo fiduciario de la venta con pacto de retro— para obtener un resultado que pudo ser conseguido por vía directa y típica —constituyendo hipoteca o anticresis—.

2. Negocio complejo integrado por otros dos interdependientes, uno real, de transmisión plena del dominio y eficaz «erga omnes» —el contrato de compraventa—, y otro obligacional, válido «inter partes» —que constriñe al comprador al uso de la propiedad adquirida en forma que no impida el rescate por el vendedor de la titularidad transmitida—, de conformidad con la denominada *teoría del doble efecto* [uno de los seguidores de la doctrina del doble efecto del negocio «fiduciae causa» fue JORDANO BAREA, J. B.: «Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto», en *RDP*, 1958, pgs. 1019-1032 y en *El negocio fiduciario*, Bosch. Barcelona, 1959, si bien reconsideró su posición acercándola a la posteriormente sustentada por DE CASTRO, como expone en su artículo «Mandato de adquirir y titularidad fiduciaria. (Notas sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983. A la luz de la doctrina del Prof. De Castro)», en *ADC*, 1983, pg. 1435], o bien con la variante adoptada con posterioridad por la doctrina científica según la cual el fiduciante retiene la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad formal o *titularidad fiduciaria*, como la llama DE CASTRO (en torno a los años setenta se supera la teoría del doble efecto tras las críticas y el estudio realizado por DE CASTRO y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas. Madrid, 1985. Hoy existe una nueva corriente en la doctrina científica, formulada por el propio DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pgs. 423-424, desarrollada por ALBALADEJO, M.: «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», en *Act. Civ.*, núm. 36, 4-10 octubre, 1993-IV, pgs. 663-675 y seguida por RIVERA FERNÁNDEZ, M.: «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1996», en *CCJC*, enero/marzo 1997, núm. 43, pg. 357 y FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch. Barcelona, 1997, pg. 16 y, con especial detenimiento, en pgs. 195-207, que entiende que el negocio fiduciario es un negocio simulado relativamente, lo cual encuentra confirmación en los fallos del Tribunal Supremo que recoge en la página 206, a los que puede sumarse el que es objeto del presente comentario).

3. Evidente desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido —vender cuando sólo se quiere garantizar—.

4. Posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario —si abusa de su potestad en perjuicio del deudor dificultando o haciendo más gravosa la recuperación de la cosa o, incluso, resistiéndose infundadamente al cumplimiento de su obligación de restituir el bien—.

5. Rango superlativo de la fe o confianza que se conjuga con mayor o menor intensidad en toda la contratación —el deudor confía en sí mismo en cuanto a sus posibilidades de recuperar el bien en el plazo convenido y confía en que el comprador no abusará de su titularidad dominical—.

La compraventa con pacto de retro es, según esta línea doctrinal, un negocio fiduciario, puesto que reúne los requisitos de este tipo que hemos apenas examinado. De este modo, si el fin perseguido por la venta con pacto de retracto es proporcionar garantía real a un mutuo, estaremos frente a un negocio jurídico válido, cuyo carácter es el de negocio fiduciario. Se sostiene que, de alguna manera, el pacto de retracto es una verdadera plasmación legal de lo que más tarde vendría a denominarse «fiducia cum creditore» (vid. SAPENA: «Actualidad...», cit., pg. 128).

Sin embargo, los autores que últimamente han dedicado especial atención al estudio del pacto de retroventa se inclinan por la neta distinción entre éste y el negocio fiduciario [entre ellos, ARECHEDERRA: «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones...», cit., pg. 447; VIDAL MARTÍNEZ, J.: *La venta en garantía en el Derecho Civil Español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Civitas. Madrid, 1990, pg. 187; RUBIO TORRANO, E.: *El pacto de retroventa*, Tecnos. Madrid, 1990, pgs. 155-175 y en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, sub art. 1507, pg. 991; GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y S. DÍAZ ALABART, t. XIX, Edersa. Madrid, 2<sup>a</sup> ed. 1991, pgs. 559-560; DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> I.: «El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado (Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RCDI*, enero-febrero, 1998, núm. 644, pgs. 57-94, expresando su concreta opinión en la última página citada y RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons. Madrid, 1998, pgs. 158-160. En relación con la carta de gracia catalana, afirma la diferencia entre ambas figuras jurídicas YSAS SOLANS, M<sup>a</sup>: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XXX, Edersa. Madrid, 1987, pgs. 600-602]. La venta con pacto de retro mantiene su carácter en aquellos casos en los que las partes, sin serles ajena la finalidad de garantía que el propio negocio puede desempeñar, quieren realmente la venta celebrada —y, en definitiva, su principal efecto transmisivo—, en cuyo caso el medio se adecua convenientemente al fin.

Tales voces discrepantes observan (por todos, vid. RUBIO TORRANO: *Comentario al Código Civil*, t. II, cit., sub art. 1507, pg. 991) que la mayor parte de los supuestos sobre los que se ha elaborado la doctrina jurisprudencial relativa al carácter fiduciario de la venta en garantía han operado sobre la base no de un retracto convencional, tal y como lo define el art. 1507 de nuestro CC, sino más bien sobre la existencia de una primera compraventa a la que posteriormente se ha añadido un nuevo documento que trata de fijar el alcance y significado del primer negocio; resulta, en este sentido, clarificador el hecho de que cuando nuestro supremo Tribunal ha tenido la oportunidad de enfrentarse con la calificación jurídica de una compraventa con las características recogidas en el artículo 1507 no ha dudado en denunciar tal negocio como venta con pacto de retro o retracto convencional. En conclusión, siempre que el Tribunal Supremo ha elaborado la doctrina de carácter fiduciario de la venta en garantía lo ha hecho sobre presupuestos diversos del artículo 1507 del CC. Esto claro, no se nos oculta que, en la práctica, será labor, sin duda, difícil determinar el carácter del negocio a fin de distinguir cuándo se trata de un negocio fiduciario y cuándo estamos en presencia de una compraventa con pacto de retro (sobre los pasos a seguir para la determinación del carácter fiduciario del negocio, vid. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pgs. 439-442, seguido por DE LA IGLESIA MONJE: «Pacto de retroventa...», cit., pgs. 81-82, procedimiento constituido por tres operaciones íntimamente conexas entre sí: en primer lugar, perfilar el supuesto de hecho valiéndonos de los medios de prueba; en segundo lugar, investigar cuál ha sido el verdadero propósito de las partes investigando, para finalizar calificando el negocio).

A la separación de ambas figuras jurídicas apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1955 (RJ 1955, 1561), la cual señala que «cabe que se demuestre que el llamado fiduciante, no prestó su consentimiento en aras de la confianza que le merecía el “accipiens”, sino que en situación de angustia económica tuvo que sucumbir ante exigencias exorbitantes de éste, en cuyo caso habrá que abandonar la ruta del negocio fiduciario y buscar otros derroteros que conduzcan a la misma finalidad del cumplimiento de lo verdaderamente convenido».

En la Sentencia de 8 de marzo de 1957 (RJ 1957, 1547) se distingue la verdadera venta con pacto de retro de la venta en garantía de un préstamo y establece que «el prestatario en garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando entonces liberada la garantía y que no pasa automáticamente a poder del acreedor como en la compraventa a pacto de retro, al no verificarse el retracto a su tiempo, sino que tratándose de préstamo, incluso con plazo pactado, habrá de perseguirse la garantía, una vez pronunciada y probada la falta de capital e intereses objeto del préstamo» —cdo. 3<sup>o</sup>—.

El Tribunal Supremo, tan sólo días después, dictará otra resolución acerca de este particular. Se percibe la distinción en la Sentencia de 23 de marzo de 1957 (RJ 1957, 1177), en la cual se establece la existencia de un contrato de compraventa con pacto de retro y no de un préstamo y menos usurario, pues la situación del actor al otorgar aquella escritura no era angustiosa ni podía calificarse como hace el

recurrente de estado de necesidad civil que mediatizase su libre discernimiento. Constituye una excepción, desde el punto de vista formal, a la línea jurisprudencial expuesta, porque en ella no existen los dos documentos sucesivos en el tiempo que en las otras sí aparecen. Se parte de un solo documento, un contrato de compraventa en el que se reserva el pacto de retroventa por un tiempo determinado. En su cdo. 1º se afirma que «la naturaleza de un contrato, su alcance y eficacia jurídicos se hallan determinados por las condiciones esenciales de su validez y el conjunto armónicamente examinado de las estipulaciones que lo integran, valoradas e interpretadas según el sentido natural y lógico de sus cláusulas y su finalidad, a menos que fueren oscuras y dudosas o que de modo evidente se acreditase y apareciese demostrado que fue distinta la intención de los contratantes a la que se expresa en el contrato».

La Sentencia de 3 de mayo de 1976 (RJ 1976, 1988), comentada en su día por ARECHEDERRA ARANZADI, tiene como claro objetivo desvincular la compraventa con pacto de retro del negocio fiduciario, siendo la pieza clave la verdadera intención de las partes al suscribir el contrato de venta.

Afirma el autor («Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones...», cit., pg. 447), que el pacto de retro introduce en el esquema de la venta en garantía, como negocio fiduciario, un matiz digno de tenerse en cuenta. Se trata de la incorporación, en el propio negocio de transmisión, del mecanismo de retroacción. El carácter limitado de la transmisión y la eventual recuperación por parte del deudor prestatario de la cosa vendida no se produce en virtud de una obligación paralelamente establecida. Además, en menor medida cabe hablar de un efecto real –transmisión– concomitante a un efecto obligacional –retransmisión subsiguiente al cumplimiento del deudor– dado que para el art. 1510 CC el pacto de retro tiene eficacia real.

De conformidad con ello, cuando el mecanismo del pacto de retro se utilice para fines de garantía, no parece –señala ARECHEDERRA (op. cit., pgs. 447-448)– que nos encontremos ante un negocio fiduciario, puesto que el interés del deudor enajenante no queda amparado exclusivamente en la confianza que le merece el acreedor adquirente –en relación al acuerdo obligacional–, sino por un pacto típico de eficacia real. No se trata de un negocio fiduciario porque no se da la desproporción –doctrinalmente exigida– entre el medio empleado y la finalidad perseguida, no cabe hablar de un doble efecto –porque el negocio es unitario y no complejo– y la confianza –insiste– es irrelevante. Además –añade– el plazo desempeña un papel diferente, puesto que en el pacto de retroventa es incorporado al negocio de transmisión, y su existencia no sigue la suerte del acuerdo obligacional, es decir, el plazo de cumplimiento de la obligación garantizada no opera como plazo de recuperación del bien vendido.

El soporte fáctico de la Sentencia de 24 de enero de 1983 (JC 1983, 27) lo constituye una compraventa con pacto de retro: «el Tribunal sentenciador llega a la conclusión de que la figura comercial plasmada en dicho documento puede ser considerada como una compraventa con pacto de retro, o quizás más propiamente como una operación de préstamo con otra de compraventa superpuesta, aunque está sometida a la condición de que el prestatario deje de pagar la deuda del préstamo dentro del plazo señalado... calificación que lejos de implicar la aplicación indebida del art. 1281, párr. 2º del CC es acertada, en cuanto la figura que aparece en el documento privado objeto de valoración por el Tribunal “a quo” reviste los caracteres de un negocio mixto o complejo, clase o categoría que algún sector doctrinal incluye entre los atípicos y se caracteriza porque en ellos se dan u ofrecen elementos caracterizadores de dos o más tipos negociales, en este concreto supuesto de un contrato de compraventa con pacto de retro y de otro fiduciario, ya que según la cláusula 4ª del mismo, las participaciones que fueron objeto del pacto de retro figuraban a nombre de un tercero que las entrega con objeto de configurar aquel negocio de compraventa» –cdo. 3º–.

En opinión de RUBIO TORRANO (*El pacto de retroventa*, cit., pgs. 173-174), esta decisión judicial constituye un caso extremo dentro de la doctrina jurisprudencial sobre el pacto de retro, pues si las escasas sentencias que califican el negocio en cuestión como venta con pacto de retro coinciden en el hecho de que el contrato aparece recogido en documento público de venta, una de cuyas cláusulas contiene justamente el retracto, como si la forma –documento público– contribuyera de modo determinante en la calificación jurídica, en esta última Sentencia no sólo el negocio se contiene en un documento privado, sino que en él no se alude en absoluto a una compraventa, siendo necesario llevar a cabo un detenido análisis para concluir que lo que se esconde detrás de sus cláusulas es una compraventa con pacto de retro.

Diversamente, el Tribunal Supremo, en sus SS. de 22 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9748) y 19 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3780) afirma la existencia de un negocio fiduciario y no de compraventa con

pacto de retro basándose, en la primera de las decisiones, en que la causa eficiente del contrato suscrito entre las partes no es la enajenación sino la garantía o afianzamiento de una obligación anterior (para DE LA IGLESIA MONJE: «El pacto de retroventa...», cit., pg. 86, «el supuesto de esta Sentencia podría configurar el típico caso de venta con pacto de retro cuya finalidad era la garantía de una deuda anterior. Y ello por las mismas declaraciones que se contienen en el contrato recogidas en el fundamento de derecho segundo. Contrariamente, el TS estudia la retroventa desde el punto de vista del negocio fiduciario, pues la apariencia y estructura externa es la misma») y, en la segunda, en «una declaración de hechos relevantes, como son, el mantenimiento de la real situación posesoria...».

En la STS de 7 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1674) (vid. el comentario a la misma por C. GETE-ALONSO Y CALERA, en *CCJC*, 1990, pgs. 333-347), parece que en las sentencias de instancia se produce una identificación entre negocio fiduciario y compraventa a carta de gracia –F. 3º–. El TS afirma, sin embargo, que estamos en presencia de un «claro y evidente negocio fiduciario, en su concreta modalidad de fiducia “cum creditore”» –F. 4º–.

Sobre la distinción negocio fiduciario y venta a carta de gracia se ha pronunciado con acierto el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 29 de mayo de 1991 (citada por PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS E.: *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, vol. I, Tirant lo Blanch. Valencia, 4ª ed. 1993, pg. 175): «no es aplicable al caso de autos –compraventa a carta de gracia– la jurisprudencia relativa al contrato de fiducia “cum creditore” porque, en el supuesto enjuiciado, hay una verdadera transmisión de dominio “erga omnes” e “inter partes”, como se advierte de los documentos públicos y privados otorgados por las partes; de lo dicho se desprende con claridad que el contrato de autos no es un negocio jurídico simulado, ni absoluta ni relativamente, tiene la causa que le asigna el art. 1274 del Código Civil y no expresa causa falsa (art. 1276 CC)».

La AP de Asturias, en su Sentencia de 29 de abril de 1992 (AC 1992, 545) se decantó por la existencia de un negocio fiduciario en vez de por la presencia de una compraventa con pacto de retro: «en el supuesto de autos, en el que claramente se perfila la presencia de un acreedor titular de un crédito exigible, un deudor que no ha satisfecho su obligación, la vinculación al pago futuro de un inmueble determinado bajo la concertación formal de una compraventa y la introducción de un pacto de retro, vinculante bajo concretas especificaciones..., todo ello sin olvidar, como básico refuerzo de esta tesis, que buena parte del figurado precio de compra habría de satisfacerse mediante la devolución de letras de cambio aceptadas por el vendedor a favor del adquirente resultantes del negocio anterior entre ambos, lo cual afianza aún más el argumento que configura lo acordado como una auténtica fiducia».

La AP de Granada, en Sentencia de 12 de julio de 1993 (AC 1993, 1378) viene a aumentar aún más, si cabe, la confusión que rodea esta cuestión, pues, considerando que el documento privado constituye una compraventa con pacto de retro, luego mantiene que es un negocio fiduciario y, por último, señala que produce efectos transmisivos ante el impago de la deuda por los materiales suministrados por la compradora a los vendedores (vid. DE LA IGLESIA MONJE: «El pacto de retroventa...», cit., pgs. 91-92).

Así las cosas, del rápido examen de la jurisprudencia apenas realizado cabe señalar que se ha producido una mayor concreción en la distinción entre el negocio fiduciario y la venta con pacto de retro, óptica jurisprudencial que nos parece más persuasiva que la hasta ahora mantenida.

Como hemos podido comprobar, es la pura facticidad comercial el factor determinante en cada caso: en el negocio fiduciario no hay enajenación propiamente dicha, sino sólo garantía o afianzamiento del débito (como señala DE LA IGLESIA MONJE: op. cit., pg. 93, nota 97: «generalmente en el negocio fiduciario realizado a través de venta en garantía se recoge una cláusula en la que se establece que el comprador-fiduciario se obliga a no vender, gravar ni enajenar, ni realizar acto alguno de riguroso dominio sin expreso consentimiento del fiduciante», lo cual, concluye la autora, «no ocurre en el pacto de retro donde se transfiere la propiedad plena aunque su carácter sea resoluble»), frente a la venta con pacto de retro cuya esencia consiste en la transmisión de la cosa por precio con la esperanza de su recuperación en un determinado tiempo; el transmitente-fiduciante sigue siendo el propietario del bien, en tanto el fiduciario es titular formal o aparente de la cosa, a diferencia de la venta a retro, en la que el comprador es titular de un derecho de dominio –art. 1511 CC–, aunque claudicante; la venta en garantía tiene una limitada eficacia real, pues no hay ánimo transmisor, frente a la eficacia «erga omnes» de la retroventa –art. 1510 CC–; la titularidad fiduciaria del negocio despliega su eficacia persiguiendo la garantía constituida, mientras que

en la venta con pacto de retro, transcurrido el plazo, si el vendedor ejercita su derecho readquiere automáticamente en tanto que si no lo hace el comprador adquiere definitivamente el bien –art. 1509–; la fijación del precio de readquisición por el fiduciante se fija en función de una cantidad anteriormente prestada, en tanto que el precio –gastos y demás reembolsos– de la retroventa está sujeto al imperio del artículo 1518; el plazo de la retroacción sigue la suerte del acuerdo obligacional que han pactado las partes en tanto que el plazo de ejercicio del derecho a retraer viene recogido por el artículo 1508 y, por último, desde el punto de vista formal, generalmente en el negocio fiduciario hay dos documentos sucesivos en el tiempo, uno público de compraventa y otro privado en el cual se concierta la garantía, en tanto que habrá venta con pacto de retro cuando ésta aparezca sólo en un documento.

Así, pues, la venta con pacto de retro no puede ser comprendida en la compleja figura del negocio fiduciario, ya que la posición de las partes que resulta del contrato corresponde plenamente al contenido y a la función de éste y nada queda fiado a acuerdos y relaciones extrínsecas. La venta a retro puede ser pactada con finalidad de garantía sin que deje de ser ella misma [para DE LA IGLESIA MONJE: op. cit., pg. 94: «es posible, que la venta con pacto de retro se pacte también con finalidad de garantía, sin que deje de existir una transmisión real (querida por las partes), aceptada además en Derecho foral (catalán y navarro). Pero a diferencia del negocio fiduciario no hay desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido (el medio se adecua al fin). La confianza es irrelevante (el vendedor tiene, en definitiva, un derecho real)»].

#### –Negocio indirecto

El negocio indirecto en sentido estricto es aquel en el cual existe discrepancia entre medio y resultado, de forma tal que el primero, jurídicamente válido y realmente querido por las partes, es distinto a los previstos por la Ley para alcanzar el fin pretendido, conforme a la sobradamente conocida fórmula de RUBINO.

Esto dicho, podría pensarse que en el pacto de retracto el medio empleado es jurídicamente válido y el resultado que se pretende no es el propio de él, sino el de otros previstos por la Ley, el de los contratos de garantía. Los efectos de la compraventa a retro, y, por lo tanto, la misma en su *normalidad*, no son realmente queridos por las partes, las cuales no pretenden una transmisión plena de la cosa, sino simplemente garantizar el préstamo con la titularidad externa de ésta, inmovilizándola para el tráfico jurídico.

Sin embargo, se observa (SAPENA, V.: «Actualidad...», cit., pg. 162; cfr. ARECHEDERRA: «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones...», cit., pg. 447, quien tras negar la calificación de negocio fiduciario para el pacto de retro, se inclina por su encaje en el negocio indirecto), no se trata de un resultado distinto, sino de un resultado de efectos disminuidos, pues no se quiere el medio empleado en todos sus efectos al tiempo que, a través de él, se obtiene un resultado superior en intensidad al realmente pretendido. El negocio utilizado no queda reducido a una mera formalidad externa, sino que realmente produce efectos en cuanto tal –vgr. derechos y obligaciones de las partes en virtud de la venta–. La función para la cual el pacto es previsto y admitido por la Ley no viene a menos.

#### –Negocio fraudulento

Sabemos que en las figuras de garantía la Ley prohíbe que el acreedor se apropie automáticamente de las cosas dadas como aseguramiento –arts. 1859 CC, en relación a la prenda e hipoteca, y 1884.2 CC, para la anticresis–. De este modo, cuando para garantizar una deuda se constituye un derecho de prenda, de hipoteca o de anticresis en favor del acreedor, una vez llegado el vencimiento, si el deudor no paga, aquél no podrá apropiarse sin más de las cosas dadas en garantía, sino que ha de seguir el procedimiento legalmente marcado para la satisfacción de su interés, esto es, enajenación forzosa, mediante subasta, del objeto de garantía. La función de la prohibición del pacto comisorio, por todos conocida, es evitar el enriquecimiento abusivo e injusto del acreedor aprovechando la situación de inferioridad o necesidad del deudor, y al tiempo proteger las expectativas de los terceros acreedores –regla de la «par condicio creditorum» ante el incumplimiento del deudor–, las cuales quedarían afectadas, ya porque el acreedor favorecido por el pacto consiguiera una ventaja del mayor valor del bien respecto a la deuda garantizada, ya porque el pacto creara una causa de prelación no prevista por la ley. Por tanto, la prohibición hace referencia a un resultado económico –desproporción entre el monto de la deuda y el valor de la cosa dada en garantía– y también jurídico –«par condicio creditorum»–.

Asimismo sabemos que el comprador a retro se hace dueño libre y pleno de la finca por el mero hecho de haber transcurrido el plazo fijado –convencional o legalmente– para el ejercicio del derecho de retracto, según prescribe con toda claridad el artículo 1509 CC.

Realizadas estas indicaciones, acerca del pacto de retroventa en garantía nos cuestionamos: ¿estamos ante un pacto comisorio encubierto, ante un claro intento de esquivar o burlar oblicuamente la Ley, ante un «fraudem legis», en consecuencia, sancionable en virtud del art. 6.4º CC?

Sí, si tal fuese la primordial intención de los contratantes, pero, a nuestro entender (opinión sustentada por SAPENA: «Actualidad...», cit., pg. 158), en la venta con pacto de retraer la apropiación definitiva de la cosa por parte del acreedor no reviste el carácter de fin determinante o causa del contrato, ni siquiera el de móvil principal –aunque en la mente de algún acreedor pueda jugar, en efecto, un importante papel–, pues se atiende siempre primeramente a garantizar la devolución del capital prestado; además, como en su momento veremos, los efectos ni son automáticos –se requiere un determinado acto, la declaración o no de retraer o la prueba, en su defecto, de su falta y el desembolso del precio y gastos– ni dependen sólo de la decisión unilateral del acreedor, pues se da oportunidad de cumplimiento al deudor sin que el comprador–acreedor pueda ejercer esa coacción al cumplimiento sobre el vendedor que deriva del peligro de perder el bien dado en garantía, cuando éste tenga valor superior a la suma prestada, que parece ser una de las razones de la prohibición legislativa, presión que, como mucho, acaso existiría en la venta a retro en garantía tan sólo en la fase de la estipulación del contrato para conducir a dicha convención, que si bien son diversos los motivos por los cuales no puede decirse que esté incurso la figura de la retroventa en la prohibición –en ocasiones atenuada por el propio legislador– de la «lex commissoria» (la prohibición de los arts. 1859 y 1884.2º CC no es absoluta, de modo que impida al acreedor adquirir en todo caso el objeto de la garantía, sino que, como observa SAPENA: «Actualidad...», cit., pg. 199, «sólo se refiere a la apropiación automática, equivaliendo a ella la que se consume por la mera voluntad del acreedor sin publicidad alguna». Existen muchos ejemplos en los que el propio legislador ha atenuado el pacto comisorio, vid. en SAPENA: op. y loc. cit., permitiéndose la adquisición del bien por el acreedor a la que se dé cierta publicidad, descartándose así el peligro de que aquél se convierta en dueño a espaldas del deudor, cesando, de este modo, la razón del veto del pacto comisorio).

Además, la venta con pacto de retro en función de garantía realiza la causa típica del contrato –aunque con finalidad atípica–, dado el inmediato efecto traslativo del dominio sobre el bien. Es decir, en el pacto de retro hay transmisión actual de la propiedad de la cosa vendida del vendedor al comprador, aunque provisional en tanto no transcurra el plazo de retracto sin que éste sea actuado, a cuyo vencimiento no acaece el reforzamiento del efecto transmisivo ya plenamente verificado, sino la salida de la esfera patrimonial del vendedor del poder de hacer entrar de nuevo en el mismo el bien vendido. La venta ya había producido con anterioridad a dicho momento su eficacia real.

De este modo, que se verifique el efecto transmisivo hace verdadero y real el negocio y la función de garantía no determina, a nuestro entender, una modificación estructural del negocio de venta con pacto de retro, pues el efecto traslativo no es considerado en caso de incumplimiento, absorbiendo, de este modo, una función garantizadora, sino que la transmisión dominical acontece en virtud de la misma venta, siendo pues difícil invocar la ilicitud de la causa del negocio de venta, dado el verificarse del efecto traslativo del bien al cual el negocio está preordenado. De hecho, es el comprador-prestamista quien ha ya de sufrir los riesgos de pérdida de la cosa como dueño de la cosa que es (cfr. el F. 3º de la reciente RGDRN de 18 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7798], a propósito del debate sobre la inscripción de una venta con pacto de retro documentada en territorio foral relativa a un bien sito en territorio de Derecho Común).

La enajenación del bien entra en el propio contenido del contrato y está presente en la previsión y en la determinación de las partes en el momento mismo en que el contrato se perfecciona, no siendo, pues, asumida como una eventualidad futura, de la cual el vendedor pueda no haber valorado plenamente su incidencia económica en el momento de obligarse. El resultado al que se llega con la venta con pacto de retro, incluso cuando desempeña una función de garantía, es, por tanto, sustancialmente diverso del que acontece con el pacto comisorio, por lo que no puede decirse que se produzca una elusión de la norma prohibitiva.

De acuerdo con ello, la retroventa es convenida para una seguridad –aunque no completa, dado que debe soportar el riesgo de la pérdida de la cosa– del acreedor, pero también en interés del vendedor. La

transmisión inmediata del dominio absorbe perfectamente la función de garantía deseada por el comprador, quien así es puesto al seguro de los riesgos de las eventuales agresiones por parte de los acreedores del enajenante, dada la transmisión dominical consensuada desde el inicio y no como consecuencia del incumplimiento del pago de la deuda, pero también desempeña una función económica favorecedora para el vendedor, por todo lo cual creemos debe considerarse la validez del negocio. Intacta queda, pues, la «ratio» del negocio, aunque sea en función de garantía.

Distinto será evitar que mediante la venta a retro de bienes no se valoren éstos objetivamente, concediéndose al acreedor bienes de valor superior al importe del numerario adelantado. Eso sí que habrá que evitarse, pues el acreedor resulta excesivamente favorecido al adquirir la propiedad de la cosa y el deudor excesivamente perjudicado, con lo que para huir de un peligro se viene a caer en otro. Es decir, el pacto puede suponer una medida que beneficie de manera desproporcionada y abusiva al comprador, a menos que el acreedor se haya comprometido a devolver al deudor el valor excedente del bien cuando ésta no haga uso de su derecho a retraer —es decir, incumpla la deuda—, puesto que la venta ya no quedará al arbitrio incontrolable del acreedor y beneficiará al vendedor, puesto que el precio de la venta, casi con toda seguridad, se estimó en base a un valor inferior al real del bien vendido. Nos estamos refiriendo al pacto marciano, posibilidad ésta que aleja completamente nuestra figura de la «lex commissoria».

En consecuencia, la compraventa con pacto de retracto con finalidad garantizadora no es «per se» un negocio fraudulento por cuanto pretenda vulnerar la prohibición del pacto comisario, a no ser que se trate de una retroventa usuraria, supuesto excepcional y que, como vimos en su lugar, tampoco afecta a la validez intrínseca de la figura retractual. Otra cosa será que quepa la posibilidad de que la venta a retro oculte directamente la imposición de una cláusula comisoria en favor del comprador o prácticas usurarias —con las cuales entronca la lesión enorme o enormísima en aquellos Ordenamientos que la contemplen (vid. expresamente para la venta a carta de gracia, el art. 323.3º de la Compilación de Cataluña y la Ley 503 del Fuero Nuevo de Navarra para la venta a carta de gracia, excluyendo la rescisión por lesión en la venta con pacto de retro como garantía en su Ley 478. Acerca de la rescisión por lesión en el Derecho Civil Español común, vid. ÁLVAREZ VIGARAY, R. y R. AYMERICH DE RENTERÍA: *La rescisión por lesión en el Derecho Civil Español común y foral*, Comares. Granada, 1989)—, situaciones éstas que podrán ser siempre reprimidas por los Tribunales como auténticos actos en fraude de ley.

En cualquier caso, no podemos contemplar la figura —y por extensión el juego de la autonomía de la voluntad— con una actitud negativa de sospecha de fraude, pues como ha puesto de manifiesto recientemente la RDGRN de 8 de abril de 1991 (RJ 1991, 3138), «es de tener en cuenta la buena fe, esencial en nuestro sistema jurídico, que exige para apreciar el carácter fraudulento de un negocio bien la intencionalidad subjetiva de burlar una norma o bien la producción de un resultado antijurídico» —F. 5º—.