

Negocios fiduciarios y usucapión

ANTONIO MARTÍN LEÓN

Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad de Granada

RESUMEN

La usucapión constituye una magnífica piedra de toque para calibrar la funcionalidad de las distintas tesis acerca del negocio fiduciario.

Una vez superada la teoría del doble efecto, que supone la transmisión plena de la propiedad, y, en consecuencia, hace innecesario recurrir a la usucapión, la pretensión del fiduciario de haber usucapido la cosa dada en fiducia sería admisible tanto desde la tesis que equipara el negocio fiduciario con el simulado relativamente, como desde la teoría que sostiene el desdoblamiento de la propiedad en formal y material. A nuestro juicio, el negocio fiduciario no transmite propiedad alguna, ni plena ni formal. El negocio fiduciario constituye un caso de simulación relativa, en el que bajo la apariencia de un negocio traslativo (simulado) se oculta el negocio verdaderamente querido, pero disimulado, que no es otro sino un negocio de garantía o de mandato no transmisivo del dominio. La usucapión ordinaria exige, junto a la posesión, buena fe y título, que ha de ser justo, verdadero y válido.

El título simulado no es apto para la usucapión abreviada, pues no es justo, ni verdadero, ni válido. Tampoco puede tenerse al fiduciario como poseedor de buena fe ni en concepto de dueño. Por lo que respecta al título disimulado, no puede ser considerado justo (no tiene naturaleza transmisiva del dominio), es verdadero (aunque oculto), y puede ser válido (pues la simulación, de por sí, no determina la nulidad del negocio disimulado). En lo que se refiere a la usucapión extraordinaria, la jurisprudencia suele desestimar la pretensión del fiduciario por falta de la imprescindible posesión en concepto de dueño. Es más, en la fiducia, el negocio o título disimulado (negocio de garantía o mandato para administrar) no tiene carácter traslativo del dominio, por lo que no configura la posesión recibida como en concepto de dueño, no pudiendo el fiduciario usucapir si no intervierte su concepto posesorio.

PALABRAS CLAVE

Negocios fiduciarios. Negocios simulados relativamente. Transmisión de la propiedad. Usucapión ordinaria. Usucapión extraordinaria. Justo título, verdadero y válido. Posesión material: Inscripción como presunción de posesión ad usucapionem. Posesión de buena fe. Posesión en concepto de dueño.

ABSTRACT

Usucaption, or acquisition by prescription, may be used as a valid touchstone to measure the appropriateness of the different theses regarding fiduciary transactions

After leaving aside the principle of double effect, which involves the full transfer of the ownership and, consequently, makes it unnecessary to have recourse to usucaption, any claim of the trustee to have acquired the ownership of the goods given in trust by usucaption would be acceptable, both from the point of view that puts on the same level fiduciary transactions and relatively simulated transactions, and on the basis of the theory which sustains the splittening of the property into formal and material property. In our opinion, fiduciary transactions do not represent any kind of transfer of ownership, either of a full or formal nature. Fiduciary transactions represent a case of relative simulation, where a (simulated) transfer hides the truly pursued - while concealed - transaction, which is actually a warranty or a mandate without transfer of the ownership. Ordinary usucaption calls for, along with possession, good faith and title, which should be a fair, genuine and valid title. Consequently, simulated title would not be valid for the purposes of an abbreviated usucaption, as it is neither fair, nor genuine or valid. The trustee cannot be considered as a good faith possessor, but neither in his capacity of possessor as owner. As far as concealed title is concerned, it cannot be considered fair (it does not involve a transferable nature of the ownership), it is genuine (while concealed) and might be valid (since simulation, as it is, does not imply the nullity of the concealed transaction). In the context of extraordinary usucaption, the case law usually rejects the aspirations of the trustee, on the basis of the lack of the unavoidable possession as owner. Furthermore, in the case of trusts, the concealed title or transaction (guarantee transaction or administration mandate) does not involve a transfer of the ownership and consequently, the possession is not received as owner of the goods, and the trustee may not acquire it by usucaption, unless the nature of the possession is inverted.

KEY WORDS

Fiduciary transactions. Relatively simulated transactions. Transfer of the ownership. Ordinary usucaption. Extraordinary usucaption. Fair, genuine and valid title. Material possession. Registration as presumption of possession ad usucapionem. Good faith possession. Possession as owner.

SUMARIO: I. *El negocio fiduciario*: 1. Concepto. 2. Características. 3. Atipicidad y complejidad de su estructura. 4. Clases. 5. Negocios fiduciarios y simulación. 6. Negocio fiduciario y transmisión de la propiedad: la causa del negocio fiduciario.—II. *Negocios fiduciarios y usucapión ordinaria*: 1. Negocio fiduciario *cum creditore* y usucapión ordinaria. 1.1 El negocio fiduciario *cum creditore* como título para la usucapión ordinaria. 1.1.1 Justicia. La inscripción como justo título para la usucapión. 1.1.2 Veracidad. 1.1.3 Validez. 1.2 La posesión del fiduciario. 1.2.1 La habitual falta de posesión material del fiduciario. 1.2.2 La inscripción como presunción de posesión *ad usucapionem*. 1.2.3 Posesión de buena fe. 1.2.4 Posesión en concepto de dueño. 1.3 Consideraciones críticas en cuanto a la pretensión del fiduciario de usucapir en forma ordinaria frente al fiduciante. 1.4 La sorprendente alegación de usucapión ordinaria del fiduciante frente al fiduciario. 2. Negocio fiduciario *cum amico* y usucapión ordinaria. 2.1 El negocio fiduciario *cum amico* como título para la usucapión ordinaria. 2.1.1 Justicia. 2.1.2 Veracidad. 2.1.3 Validez. 2.2 La posesión del fiduciario. 2.2.1 Posesión material. La inscripción como presunción de posesión *ad usucapionem*. 2.2.2 Posesión de buena fe. 2.2.3 Posesión en concepto de dueño.—III. *Negocios fiduciarios y usucapión extraordinaria*.

I. EL NEGOCIO FIDUCIARIO

La falta de una disciplina positiva general del negocio fiduciario en el Derecho civil común ha provocado que todo respecto de él sea objeto de discusión: no sólo es que se discuta su concepto, caracteres, estructura y eficacia, ni de que no exista consenso acerca de los supuestos que pueden encuadrarse en la categoría, sino que la existencia autónoma de la propia categoría es negada por gran parte de la doctrina actual.

A efectos del adecuado estudio del objeto central de nuestro trabajo (la usucapión en virtud de los negocios fiduciarios) es necesario exponer, siquiera de forma breve, nuestra posición acerca de cuestiones tales como el concepto, caracteres y estructura del negocio fiduciario, su equiparación o no con el negocio simulado relativamente, para, después de ello, examinar el aspecto de su eficacia que en estos momentos más nos interesa, a saber, su eficacia transmisiva o no de la propiedad, y, en su caso, de qué tipo de propiedad¹.

¹ Para un detenido y pormenorizado análisis de todas estas cuestiones puede consultarse MARTÍN LEÓN, *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra), 2012.

1. CONCEPTO

La falta de regulación legal ha hecho que no exista un concepto unívoco y mayoritariamente compartido del negocio fiduciario, pues nos encontramos, más que ante una figura jurídica, ante una construcción jurídica².

En la actualidad, predomina el eclecticismo en la jurisprudencia a la hora de definir el negocio fiduciario, a diferencia de lo que acaecía en etapas anteriores donde se definía el negocio fiduciario con arreglo a los presupuestos de la teoría del doble efecto y se le caracterizaba como un negocio que provocaba una transmisión plena y definitiva de la propiedad. Hoy se prefiere una concepción más aséptica, que se distancia de la teoría del doble efecto y que, con suma prudencia, no se pronuncia acerca de la traslación o no de la propiedad³. Así, por ejemplo, la STS de 2 de diciembre de 1996, luego seguida por muchas otras, afirma que el negocio fiduciario «consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista»⁴.

2. CARACTERÍSTICAS

Se ha venido caracterizando desde antaño al negocio fiduciario como el resultado de la conjunción de dos elementos, desproporción y confianza⁵. Aunque se le ha aproximado o incluso identificado con el negocio indirecto⁶, lo más usual es incluir los negocios fiduciarios dentro de los negocios anómalos: la fiducia, al igual que

² Por todos, GINÉS CASTELLET, *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, Madrid, 2004, pp. 186-189, 262-264 y 278; MEZQUITA DEL CACHO, «Negocio aparente y negocio fiduciario. Aplicaciones de éste como negocio modal y en función de garantía», *RDEA*, 1960-V, p. 41 A. Se ha llegado a decir que cada jurista que aborda el estudio del negocio fiduciario ha formulado su propia concepción del mismo. Cfr. ALBALADEJO, *Prólogo a El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, de C. FUENTESECA, Barcelona, 1997, p. 13; FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997, pp. 79, 86 y 184.

³ CÁMARA LAPUENTE, «Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español», *RCDI*, 1999, p. 1771, nota 47.

⁴ En el mismo sentido, SSTS 4 julio 1998, 5 marzo 2001, 7 junio 2002, 31 octubre 2003, 26 julio 2004, 23 junio y 27 julio 2006 y 29 noviembre 2007.

⁵ Por todos, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 2001, p. 508.

⁶ Cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 338-342. Véase DE REINA TARTIÈRE, «La propiedad en garantía: negocio indirecto y fiducia», *RGLJ*, 2011, pp. 303 ss.

otras figuras más o menos próximas (negocios simulados, indirectos y en fraude de ley), no es un tipo negocial autónomo, sino una simple anomalía negocial, una deformación, o, mejor aún, un procedimiento deformador de figuras negociales típicas⁷.

3. ATIPICIDAD Y COMPLEJIDAD DE SU ESTRUCTURA

A nuestro juicio, el negocio fiduciario es un negocio atípico que se caracteriza por poseer una estructura compleja⁸. En este sentido, doctrina y jurisprudencia han calificado como negocios fiduciarios fundamentalmente dos tipos de operaciones:

– por un lado, el empleo de negocios traslativos típicos (compraventa, donación) con fines fiduciarios, lo que se consigue adjuntando pactos de carácter complementario que limitan internamente el alcance de la transmisión⁹. Cuando el Tribunal Supremo caracteriza al negocio fiduciario aludiendo al uso de un «medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley» (STS 3 mayo 1955), se está refiriendo al negocio fiduciario en su conjunto, y no a ninguna de sus partes, que negocios típicos suelen ser¹⁰. El negocio típico traslativo es el simple instrumento del que se valen fiduciante y fiduciario para obtener finalidades que, de por sí, no requerían de tal transmisión¹¹. Así, por ejemplo, en la fiducia *cum creditore*, al con-

⁷ Esta orientación, propugnada por DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 329-457, es seguida por gran parte de nuestra mejor doctrina. Cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pp. 502-517; GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del Derecho civil español*, Madrid, 1983, pp. 379-382; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, pp. 119-143; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Madrid, 2000, pp. 454-458; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1988, pp. 439-494.

⁸ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1772 ss.; GETE-ALONSO, «La compraventa con finalidad de garantía», en *El contrato de compraventa* (Cuadernos de Derecho Judicial, XXI), Madrid, 1993, p. 251; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Consideraciones en torno al «pacto de fiducia cum creditore»», *RJNav*, 1991, n.º 12, pp. 57-58.

⁹ Entre otros, ALBALADEJO, «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», *Act. Civ.*, 1993, pp. 672-673; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1772, 1773 y 1788; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Bolonia, 1998, p. 216; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 418 y 432; Díez-PICAZO, «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», en *Dictámenes jurídicos*, Madrid, 1981, pp. 29, 32 y 64; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 234, 236 y 251; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 110; JORDANO BAREA, «Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto», *RD*, 1958, p. 1030; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-2.º, Barcelona, 1987, pp. 188-193; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión de la propiedad en garantía», en *Tratado de los derechos de garantía*, II, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 612-613; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 439 y 455; SAPENA TOMÁS, «Actualidad de la “fiducia cum creditore” (Problemas de la *carta de gracia*)», *RDN*, 1957, julio-diciembre, pp. 146, 161, 162, 164, 169, 170 y 205. En jurisprudencia, SSTS 10 marzo 1944, 23 febrero 1951, 3 mayo 1955, 25 septiembre 1956 y 18 febrero 1965.

¹⁰ SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 164-165, texto y nota 59.

¹¹ Según las SSTS 10 noviembre 1958 y 18 febrero 1965, el negocio fiduciario «se concluye utilizando las partes un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo que adoptan externamente con fin distinto al expresado».

trato traslativo típico, venta por lo común, se le agregan pactos complementarios en los que se manifiesta el fin de garantía que se persigue con la aparente transmisión; la retransmisión del bien al fiduciante cuando abone la deuda se consigue por medio de la estipulación de un pacto de retro o de una opción de recompra, o incluso mediante la celebración de una segunda venta en sentido inverso estableciendo su resolución en caso de impago de la deuda garantizada. Los llamados negocios fiduciarios no son más que negocios típicos transmisivos adaptados a fines fiduciarios, a otros fines diversos y menores que los suyos propios¹².

– Por otro, la combinación de negocios típicos, en apariencia independientes, cuya interconexión persiga como resultado sujetar la titularidad de un bien del deudor a la garantía de un crédito¹³. Se trata de negocios típicos que, individualmente considerados, carecen de autonomía, no siendo más que partes integrantes de un negocio más complejo que persigue una finalidad única y unitaria, negocio unitario que debe ser valorado globalmente en consideración a la efectiva función práctica proyectada¹⁴.

Constituye también una opinión bastante generalizada aquélla que afirma que el negocio fiduciario se caracteriza por poseer una estructura compleja. Esta afirmación ya fue realizada por los partidarios de la teoría del doble efecto¹⁵. Otros autores, pese a no adhe-

¹² CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, pp. 54-55; LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., pp. 188 y 193.

¹³ CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, I-2.º, Madrid, 1982, p. 714; FERNÁNDEZ GIL, «Notas a las SSTs 10 marzo y 25 mayo 1944», *RGLJ*, 1945-I, pp. 699-701. Según la STS 23 febrero 1951, el negocio fiduciario consiste en una «combinación de figuras jurídicas».

¹⁴ Entre las combinaciones empleadas a tal fin se pueden señalar la compraventa de un bien del deudor por parte del acreedor seguida de una opción de compra en favor del primero (cfr. LLORENTE SAN SEGUNDO, *La opción de compra inmobiliaria en garantía*, Cizur Menor [Navarra], 2007, pp. 173 ss.; SSTs 22 enero 1998 y 21 febrero 2003), y el arrendamiento financiero o *leasing* de retorno, en inglés, *sale and lease-back* (GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 182-183; MARÍN LÓPEZ, «El arrendamiento financiero», en *Tratado de los derechos de garantía*, II, Cizur Menor [Navarra], 2008, pp. 597-603. SSTs 13 julio 1999, 16 mayo 2000, 17 julio 2001 y 10 febrero 2005). Sobre la naturaleza jurídica del *lease-back*, GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Pamplona, 2001, pp. 134 ss. y 149 ss.; PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 1 febrero 1999», *CCJC*, 1999, pp. 835-838; ID., «Comentario a la STS de 2 febrero 2006», *CCJC*, 2006, pp. 1763, 1766-1767 y 1771.

¹⁵ Esta teoría sostiene que en el negocio fiduciario concurren dos contratos, el contrato real positivo, que opera la transmisión plena del bien, y el contrato obligatorio negativo, que origina la obligación del fiduciario de retransmitir a su tiempo el bien adquirido y de usarlo conforme a los fines previstos. En principio, dichos contratos se consideraron independientes aunque el obligacional se encontrase subordinado al real (CASTÁN, *op. cit.*, p. 716; FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, pp. 83 ss.); más adelante se entendió que constituía un supuesto de conexión de contratos (NAVARRO MARTORELL, «Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios», *RDP*, 1950, pp. 233-238). Dentro aún de la teoría del doble efecto, como una subvariante, están aquéllos que apartándose de la dualidad negocial, consideran el negocio fiduciario unitariamente, con

rirse a dicha teoría, continúan caracterizando al negocio fiduciario como un negocio unitario aunque con estructura compleja. Así lo afirman tanto los que sostienen que en el negocio fiduciario se produce una disociación entre la propiedad formal y la propiedad material¹⁶, como los que estiman que lo que se transmite al fiduciario es un verdadero derecho de propiedad, si bien de carácter temporal¹⁷, como, por último, los que se decantan por negar cualquier tipo de transmisión de la propiedad del bien al fiduciario, considerando que se trata de un supuesto de simulación relativa que provoca, a lo sumo, una apariencia de titularidad¹⁸.

La jurisprudencia suele hablar de «contrato complejo» o de «relación compleja», y parece optar por la diferenciación de los actos o negocios concurrentes¹⁹, mas no ha ido más allá a la hora de delimitar la naturaleza del negocio fiduciario desde una perspectiva estructural, si no fuera por la notable excepción que representa la STS de 20 de mayo de 1986. Esta resolución establece que el «verdadero negocio fiduciario (...) requiere la coexistencia de una convención expresa y exteriorizada, que normalmente tiene un mayor alcance jurídico que el económico propuesto por las partes en la convención tácita o no exteriorizada». En este sentido, parte de la doctrina indica que, desde un punto de vista estructural, el negocio fiduciario se caracteriza por la descomposición en un doble plano, interno y externo²⁰. Dentro de la línea que reputamos más correcta, es decir, la que equipara los negocios fiduciarios con los simulados relativamente, se ha afirmado, bien que los negocios fiduciarios se manifiestan en dos «momentos», el contrato de compraventa simulado y los pactos disimulados de garantía o mandato²¹, bien que el negocio total se compone de dos «partes», una

su propia y peculiar causa (*causa fiduciae*). Negocio único, con causa también única, aunque de estructura compleja (ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pp. 222-225; GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Madrid, 1976, pp. 36-40; JORDANO BAREA, «Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario», *RDP*, 1958, pp. 829-830).

¹⁶ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1772 y 1779; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 35 y 64; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 695, 696 y 700; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 164, 165, 172, 186 y 187.

¹⁷ MATEO Y VILLA, «De la fiducia gestión», *RCDI*, 2007, pp. 2630-2631; SOTO NIETO, «La titularidad del fiduciario en la fiducia “cum creditore”», *RJC*, 1970, pp. 530, 534, 541, 544 y 545.

¹⁸ ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 665-674; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, pp. 218 y 227.

¹⁹ SSTS 3 mayo, 31 octubre y 28 diciembre 1955 y 25 septiembre 1956. La STS 20 noviembre 1965 afirma que el negocio fiduciario supone una «relación compleja, constituida por dos fases perfectamente diferenciadas, una, de «transmisión plena» y otra relación obligacional que limita los efectos de aquella transmisión».

²⁰ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1772, desarrolla esta idea, ya avanzada por ARECHEDERRA ARANZADI, «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones (*Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1976*)», *ADC*, 1978, p. 451.

²¹ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 423.

externa, atributiva de un poder excesivo para el fin perseguido, y otra interna, limitativa de ese mayor poder²².

Si recurrimos a la praxis jurisprudencial resulta que el modo más frecuente de instrumentar el negocio fiduciario, o, quizá mejor, la transmisión fiduciaria, pasa por el otorgamiento de dos actos jurídicos diversos y separados. La manera más común de proceder es la siguiente: otorgamiento de escritura pública de compraventa seguida de la redacción de otro documento, ahora de carácter privado, en el que las partes suscriben el acuerdo o pacto fiduciario, manifestando cuáles son los fines realmente perseguidos mediante la transmisión de la propiedad y la obligación del fiduciario de retransmitir cuando dichos fines se hayan cumplido. En este sentido, Rubio Torrano ha señalado que «todos los supuestos sobre los que se ha elaborado la doctrina jurisprudencial relativa al carácter fiduciario de la venta en garantía han operado sobre la base no de un retracto convencional, tal y como lo define el artículo 1507 del Código Civil, sino más bien sobre la existencia de una primera compraventa a la que posteriormente se le ha añadido un nuevo documento que trata de fijar el alcance y significado del primer negocio»²³.

4. CLASES

Con apoyo en la fiducia del Derecho Romano, y en atención a la distinta finalidad pretendida, se distinguen dos especies dentro del género del negocio fiduciario, la fiducia *cum amico* y la fiducia *cum*

²² ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 665-666. En el mismo sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, pp. 217-220.

²³ RUBIO TORRANO, *El pacto de retroventa*, Madrid, 1990, pp. 162, 169 y 175, y también en *Comentario del Código Civil*, dirigido por BERCOVITZ, Díez-PICAZO, PAZ-ARES y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1991, p. 991. Cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, *op. cit.*, p. 446; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1772-1773; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Problemas que suscita la “venta en garantía” en relación con los procedimientos de ejecución del deudor», *RCDI*, 1973, pp. 48, 51, nota 7 y 52; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 48; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 110, 131 y 293; GULLÓN, *op. cit.*, p. 130; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», cit., p. 612; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 57; RODRÍGUEZ ADRADOS, «Escrituras, contraescrituras y terceros», *AAMN*, 1959, pp. 245, 354 y 357; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, 1998, pp. 160, 163-164, 204, 220 y 274; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 133, 134, 144, 161, 163 y 168. Respecto del contenido, no siempre homogéneo, del pacto fiduciario, así como de los distintos procedimientos formales empleados para articular la compleja estructura del negocio fiduciario (a saber: transmisión en documento privado y acuerdo de retransmisión verbal; transmisión en escritura pública y pacto fiduciario verbal; transmisión en escritura pública y acuerdo de retransmisión también otorgado, pero separadamente, en otra escritura pública; y, por último, el más común, transmisión en escritura pública y pacto fiduciario confinado en un simple documento privado), cfr., con mayor detalle, MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pp. 40-48.

*creditore*²⁴. Mientras que los negocios fiduciarios *cum creditore* se celebran para garantizar el pago de un crédito (la situación fiduciaria se impone por el fiduciario, y en su exclusivo provecho, como acreedor que obtiene de este modo una enérgica garantía), en los negocios fiduciarios *cum amico*, el fiduciario actúa a la conveniencia del fiduciante, pues la situación fiduciaria es creada en interés de este último y se justifica en formas de favor o de complacencia.

El negocio fiduciario consiste, pues, en la transmisión de la propiedad realizada con la finalidad de garantía o de administración. En la fiducia *cum creditore*, la transmisión se efectúa para asegurar el cobro de un crédito, de forma que el fiduciario debe retransmitir el bien al fiduciante cuando éste haya pagado la deuda. La llamada venta en garantía es el supuesto más frecuente de este tipo de fiducia. En la fiducia *cum amico*, el fiduciante transmite un bien al fiduciario, que se obliga a retransmitirlo cuando aquél se lo exija²⁵.

5. NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y SIMULACIÓN

La relación entre los negocios fiduciarios y los simulados se ha venido caracterizando por la radical contraposición entre los pareceres de la jurisprudencia y de la doctrina científica. Mientras que lo más usual dentro de la primera ha sido distinguir los negocios fiduciarios de los simulados²⁶, la segunda ha optado mayoritariamente por su equiparación. No obstante, la jurisprudencia ha experimentado una notable evolución. Si bien la orientación tradicional de nuestro Tribunal Supremo ha sido negar que en el negocio fiduciario haya simulación, ni absoluta, ni relativa, sino que se trata de un

²⁴ Cfr. GROSSO, «Fiducia (diritto romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milano, 1968, pp. 384 ss. Frente a la orientación tradicional, que incluye ambas figuras como simples especies de una misma categoría unitaria [por todos, JORDANO BAREA, «El negocio fiduciario (Introducción)», *RDP*, 1958, pp. 214-216], en la actualidad predomina el planteamiento opuesto, esto es, negar que el negocio fiduciario constituya una categoría unitaria e indiferenciada debido a la diversidad de funciones que desempeña (DE CASTRO, *op. cit.*, p. 408, a quien siguen CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1791; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 48-50). Sobre el distinto grado de confianza existente en ambas figuras, de modo que se considera que la fiducia *cum amico* es la forma pura o genuina del negocio fiduciario: SSTS 27 julio 2006, 13 julio 2009 y 1 diciembre 2010. En doctrina, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1791. Se ha llegado incluso a señalar que la confianza del fiduciante en el fiduciario, nota característica de la fiducia *cum amico*, es anómala en la fiducia *cum creditore* (DURÁN RIVACOBRA, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, 1998, pp. 135-136, nota 31 y 169; GRASSETTI, «Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico», *RDCO*, 1936, I, p. 364).

²⁵ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1792, advierte sobre la importancia de no generalizar, de no hablar del negocio fiduciario en sentido unívoco, generalmente identificado con la fiducia *cum creditore*.

²⁶ Como bien indica GARRIGUES, *op. cit.*, p. 33, la «preocupación primordial» de nuestro Tribunal Supremo ha sido la de «separar los negocios fiduciarios de los negocios simulados».

negocio verdadero y querido²⁷, en los últimos tiempos parece estar produciéndose un cambio de criterio jurisprudencial en el sentido de equiparar negocios fiduciarios y simulados relativamente²⁸.

La doctrina científica, que en un primer momento se mostró partidaria de la distinción entre fiducia y simulación, es decir, que el primer fenómeno no implicaba con carácter necesario el segundo²⁹,

²⁷ SSTs 28 enero 1946, 23 febrero 1951, 8 marzo 1963, 4 abril 1972, 2 junio 1982, 25 febrero 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991 y 6 julio 1992. Sobre las diferencias entre fiducia y simulación pueden verse las SSTs 28 octubre 1988 y 17 septiembre 2002, que siguen la doctrina propugnada por FERRARA, *op. cit.*, pp. 82-95. Ya en su momento, GRASSETTI, *op. cit.*, p. 356, puso de manifiesto que las consideraciones de FERRARA acerca de la distinción entre fiducia y simulación sólo eran predicables respecto de la simulación absoluta. Una acertada crítica de las presuntas notas diferenciales entre fiducia y simulación relativa puede verse en ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 666-667; CLAVERÍA GOSÁLBEB, *op. cit.*, pp. 217-220; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario a la STS de 20 diciembre 2007», *CCJC*, 2008, pp. 1267 y 1271; RIVERA FERNÁNDEZ, «Comentario a la STS de 3 diciembre 1996», *CCJC*, 1997, p. 357.

²⁸ Cfr. SSTs 13 julio 1999, 16 mayo 2000, 17 julio 2001, 23 abril 2004, 10 y 11 febrero 2005, 9 marzo 2006 y 18 junio 2009. Advierten sobre la existencia en este punto de un cambio de criterio por parte del Tribunal Supremo, ALBALADEJO, *La simulación*, Madrid, 2005, pp. 89, 92 y 99-109; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, I, Madrid, 2009, pp. 392-393. Pero existen precedentes más antiguos en este sentido: la STS 25 mayo 1944, una de las primeras en admitir como categoría autónoma el negocio fiduciario (definido como figura jurídica que provoca una discordancia entre el medio jurídico y el fin propuesto), lo colocaba en un plano de semejanza con el negocio relativamente simulado (definido como figura jurídica que genera una incongruencia entre la causa expresada y la verdadera). La STS 25 septiembre 1956 contiene una declaración trascendental en este sentido, pues afirma que «la relación jurídica compleja del negocio fiduciario "inter partes", o más bien, y sobre todo respecto de terceros [se configura como], un negocio relativamente simulado con la secuela de que, el vínculo obligacional objeto de la fiducia, o el encubierto por simulación, sería el único eficaz ante el derecho». Otra sentencia en la que el Alto Tribunal optó sin ambages por la equiparación entre fiducia y simulación relativa es la STS 21 marzo 1969. Véase también STS 11 octubre 1990. La antes citada STS 20 mayo 1986, que señala la necesidad de que en el negocio fiduciario coexistan dos convenciones, una exteriorizada y otra no exteriorizada, aun sin identificar expresamente fiducia y simulación relativa, aproxima en grado sumo ambos fenómenos jurídicos; dando un paso más, las SSTs 23 abril 2004 y 11 febrero 2005, configuran el negocio fiduciario como un supuesto de discordancia entre las voluntades internas y las declaradas, esto es, de simulación. En la llamada jurisprudencia menor se pueden también encontrar declaraciones en orden a equiparar fiducia y simulación relativa: SSAP Cáceres 12 diciembre 1983 (*RGD* 1984, pp. 1495 ss.), Girona 10 junio 1994 (*AC* 1994, 1086), Cádiz 10 enero 2001 (*AC* 2001, 1813), Zaragoza 20 octubre 2005 (*AC* 2005, 1769), Barcelona 30 octubre 2006 (*JUR* 2007, 195758), Córdoba 22 enero 2008 (*JUR* 2008, 218178) y Madrid 18 junio 2010 (*AC* 2010, 1255).

²⁹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 57; CASTÁN, *op. cit.*, pp. 717 y 752; Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1991, pp. 290 ss.; GARCÍA GARCÍA, «El concepto de negocio jurídico como concepto unitario, sincrético y jurídico», en *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, 1998, p. 69; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 248 y 260; GÓMEZ GÁLLIGO, «Titularidades fiduciarias», *Act. Civ.*, 1992, pp. 535, 536 y 549; JORDANO BAREA, «Naturaleza...», *cit.*, pp. 829; ID., «Negocio fiduciario...», *cit.*, pp. 1024, 1026 y 1030-1032; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, pp. 140 ss.; PANTALEÓN PRIETO, «Negocio fiduciario», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 4408-4409; RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, pp. 107, 163-167, 258 y 273; ROSEMBUI, *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Madrid, 1994, pp. 232-234; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 159-161; SOTO NIETO, *op. cit.*, pp. 544-545; VERDERA TUELLS, «Algunos aspectos de la simulación», *ADC*, 1950, pp. 35-38. Dentro de esta orientación doctrinal que propugna la distinción entre los negocios fiduciarios y los simulados destacan, por su detallado razonamiento y por la fijación de notas diferenciales

a día de hoy se decanta por su equiparación. Como en tantas otras ocasiones, el brillante iniciador de esta corriente fue De Castro³⁰. Ya desde un primer momento, se puso de relieve que De Castro aproximaba o identificaba, por lo menos en cuanto a sus efectos, el negocio fiduciario con el negocio relativamente simulado³¹, mas, con posterioridad, se ha interpretado que el citado autor no se limitó a equipararlos en cuanto a su eficacia, sino también en cuanto a su estructura³².

entre fiducia y simulación relativa, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 700; LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 191. No obstante, a nuestro juicio, es muy significativo que algunos de estos autores, cuando se enfrentan a la ardua tarea de tratar de distinguir los negocios fiduciarios de los simulados, realizan una aproximación tal que dista poco de su plena equiparación. Nos estamos refiriendo en particular a SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 159-161, y también a LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., pp. 190-191. Este último señala que tanto en la simulación relativa como en la fiducia faltan elementos esenciales del negocio típico adoptado, y que en la venta en garantía no hay tal venta, que no es sino un negocio «aparente», pero no simulado. Con todo, se observa que a juicio de este autor existen grandes similitudes entre el negocio fiduciario y el simulado relativamente (falta de elementos esenciales en el negocio-medio y creación de una apariencia negocial diversa del verdadero propósito perseguido). Para una acertada crítica del intento de diferenciación entre fiducia y simulación relativa que realiza LACRUZ, véase CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, pp. 218-220.

³⁰ Lo que ocurre es que su exposición es tan densa y plagada de tantos matices que no es extraño que haya generado distintas interpretaciones. A nuestro juicio, sus planteamientos no han sido del todo entendidos y llevados a sus últimas consecuencias hasta fechas relativamente recientes.

³¹ Por todos, GULLÓN, *op. cit.*, p. 134.

³² Cfr. ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 664-665; FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, pp. 107-110. La tesis de DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409 y 423, es que, ante la falta de un mecanismo abstracto de transmisión del dominio en el Derecho español, que dé cauce al negocio fiduciario, los particulares se ven forzados a recurrir a tal fin a alguno de los contratos típicos traslativos (v.gr., compraventa), lo que implica irremisiblemente la existencia de simulación relativa. Literalmente afirma: «En un Derecho causalista, como el español, que no admite el negocio abstracto, los llamados negocios fiduciarios se manifiestan en dos momentos: el contrato de compraventa, por ejemplo, simulado o con causa falsa (falta de precio), y los pactos disimulados, también, por ejemplo, de garantía o mandato. Su verdadera singularidad se encuentra en que el supuesto adquirente (comprador) aparece como titular dominical, por obra del verdadero dueño, que le confía tal titularidad para conseguir un fin determinado». En otro lugar, se hace aún más explícito su pensamiento: «Si se analiza la venta en garantía, la realidad que ofrece es más simple y más compleja de lo que se nos ha dicho. Nos encontramos ante una escritura de venta. No frente a una “mancipatio” o al “contrato transmisivo” alemán. Por ello, la venta, como contrato causal y no abstracto, requiere una causa. Al no haber precio, el negocio de compraventa se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario, nunca llegará hasta convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado será el de garantía»; por lo que, concluye: «Eliminada la compraventa como tal título transmisivo, por ser simulada e inexistente, queda como único título el disimulado de garantía o de mandato». DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 329 y 409 ss., concibe, pues, el negocio fiduciario como el fruto de la combinación de un negocio transmisivo externo (por antonomasia, compraventa) y un pacto fiduciario, de carácter necesariamente «interno» y «oculto» (pp. 418, 423, texto y nota 163, 424, nota 164 y 431), por lo que, los negocios fiduciarios, al igual que los simulados, no son tipos negociales propios y específicos, sino negocios anómalos, o mejor, simples procedimientos anómalos y deformadores de negocios típicos (pp. 329, 409 y 418). El siguiente autor que admitió la existencia de simulación relativa en la fiducia fue DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, pp. 50, 54 y 59. Más adelante, sobresalen las aportaciones de ALBALADEJO y CLAVERÍA. Según el primero («El llamado...», cit., pp. 663 ss.), el negocio fiduciario carece de exis-

A nuestro juicio, la abstracción es un presupuesto esencial de la fiducia verdadera y propia. Debido a la abstracción del negocio transmisivo, éste se puede separar del pacto fiduciario, del pacto que contiene la finalidad fiduciaria: la transmisión de la propiedad se produciría así de modo completo y definitivo, al independizarse del pacto fiduciario. La abstracción del negocio transmisivo provoca la separación entre los dos elementos que integran el complejo fiduciario (transmisión de la propiedad y pacto fiduciario), y, lo que es más importante, en virtud de tal escisión, el negocio abstracto conferiría una titularidad puramente exterior, sin resultar por ello un negocio simulado; en consecuencia, fuera de los casos en que el Ordenamiento jurídico permita una plena independencia entre el lado exterior y el lado interior de la relación, el empleo de un negocio que respecto a terceros aparece confiriendo una titularidad mayor que la realmente querida por las partes, constituiría,

tencia autónoma, no es sino un caso de simulación relativa: el negocio fiduciario se compone de dos partes, una externa y ostensible (transmisión del derecho) y otra interna, limitativa de la primera y que necesariamente debe mantenerse oculta, pues, en otro caso, no existiría fiducia. CLAVERÍA GOSÁLBEZ (*op. cit.*, p. 219; ID., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, XVII-1.º-B, Madrid, 1993, p. 603; ID., «Comentario a la STS de 15 junio 1999», *CCJC*, 1999, p. 1249; ID., «notas sobre el denominado negocio jurídico fiduciario», *RGLJ*, 2012, pp. 541 ss.) se muestra favorable a la inclusión del negocio fiduciario dentro de la categoría de los negocios simulados relativamente, pues si bien todo negocio fiduciario es un caso de simulación relativa, no todos los negocios simulados son fiduciarios, sino que entre ellos existe una relación de género y especie. A su juicio, todo negocio fiduciario constituye un supuesto de simulación relativa porque se exterioriza una voluntad sobre una causa que no se corresponde exactamente con la causa real pretendida; además, no es correcto afirmar que el negocio simulado no es querido por las partes, mientras que el fiduciario sí lo es, porque este último presenta una parte externa (al igual que sucede en la simulación relativa) no querida por las partes, no siendo lógico sostener que se quiere pero con una función más limitada, porque, entonces, no se quiere del todo, y, en consecuencia, habría simulación. Se adhieren a esta tesis, y, con unos u otros matices sostienen que los negocios fiduciarios son negocios simulados relativamente: BAYOD LÓPEZ, «Comentario a la STS de 23 septiembre 2002», *CCJC*, 2003, p. 152; BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 1530; CARAMÉS PUENTES, «Algunas garantías inmobiliarias atípicas o indirectas», en *Revista de la Universidad de Deusto*, 1981, pp. 137 ss.; DE LA IGLESIA MONJE, «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)», *RCDI*, 1998, pp. 67, 81 y 112; DE LOS MOZOS, «Negocio fiduciario», *La Ley*, 1986, p. 1029; DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, pp. 150 ss.; GARCÍA PRESAS, «Comentario a la STS de 2 marzo 2009», *CCJC*, 2009, pp. 1310 y 1313; GINEBRA MOLINS, «Comentario a la STS de 1 febrero 2002», *CCJC*, 2002, p. 761; FELIÚ REY, *op. cit.*, pp. 108 ss.; FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 63-65, 77, 83 y 195 ss.; INFANTE RUIZ, «La causa de la venta en garantía y su extinción. Comentario a la Sentencia del TS de 9 diciembre 1998», *RDP*, 1999, n.º 3, pp. 456-457; LLORENTE SAN SEGUNDO, *op. cit.*, pp. 165, nota 144, 173, texto y nota 188, 177 y 183; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997, pp. 342, 345, 348 y 358, nota 59; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 1264-1276; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», *cit.*, pp. 612, 617, 628 y 632; MARTÍNEZ ROSADO, «Consideraciones en torno a modernas figuras de garantía: las reservas de dominio complejas», *RDP*, 2003, pp. 489, 494 y 506; NAVARRO PÉREZ, *La compraventa civil*, Granada,

siempre, simulación³³. El Derecho español no reconoce un negocio general y abstracto para la transmisión del dominio, sino sólo contratos concretos que constituyen causa de la tradición *ex* artículo 609 CC. Ante la falta de un mecanismo abstracto de transmisión del dominio, es decir, basado únicamente en la concorde voluntad

1993, pp. 107 y 109; O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pp. 391-392; PARA MARTÍN, «En torno a la fiducia "cum creditore"», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, I, Madrid, 2003, pp. 725, 726 y 736; RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones y contratos*, Madrid, 2000, p. 220; REDONDO TRIGO, «El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005», *RCDI*, 2007, p. 373; REGLERO CAMPOS, «El pacto comisario», *AC*, 2007, pp. 1923 y 1931; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 357 y 359; ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, coordinado por NIETO CAROL y BONET SÁNCHEZ, Madrid, 1996, p. 160; RODRÍGUEZ PRIETO, «Sobre el pacto comisario», *La Notaría*, 2005, n.º 15, p. 53; SERRANO GARCÍA, «Comentario a la STS de 5 abril 1993», *CCJC*, 1993, p. 352; VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, Granada, 2006, pp. 178, 183 y 185. Aun sin equipararlos de un modo explícito, algunos autores aproximan de forma considerable el negocio fiduciario al negocio simulado relativamente. Es el caso de MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título de usucapión», *ADC*, 1971, p. 1131, quien considera que tanto el negocio simulado relativamente como el negocio fiduciario provocan «una discordancia entre el título formal escriturario y lo verdaderamente querido por las partes en el acto transmissivo». Este mismo autor, en otra obra (*Poseción y usucapión*, Madrid, 1972, pp. 100 y 146), señala que en los negocios fiduciarios, al igual que en los simulados relativamente, para fijar el verdadero título posesorio a efectos de usucapión hay que tener en cuenta la causa verdadera del negocio, pues desde ella se configura el concepto posesorio excluyendo el señalado por el título aparente. VIVAS TESÓN, «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», *RDP*, 2000, n.º 4, pp. 206-207, aproxima bastante el negocio simulado (concebido como divergencia entre la causa interna y la externa) al negocio fiduciario (en el que también concurren una causa interna y otra externa). JORDANO BAREA, que en principio defendió otras tesis acerca de la naturaleza del negocio fiduciario (fue partidario de la teoría del doble efecto, para después, ante la crítica de DE CASTRO, pasar a sostener la tesis de la transmisión formal o relativa), parece finalmente decantarse por la tesis de la simulación relativa del negocio fiduciario, pues «la titularidad fiduciaria es en definitiva una especie de titularidad aparente, puramente externa y formal, que envuelve un mandato o una garantía real», de modo que, en consecuencia, la fiducia *cum amico* no sería más que un mandato encubierto, y la fiducia *cum creditore*, una especie de prenda o hipoteca oculta («Las obligaciones solidarias», *ADC*, 1992, pp. 860-861).

³³ PESTALOZZA, «Simulazione», en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, XV, 1925, pp. 745 ss. Sobre la conexión de la fiducia en Roma con los modos formales y abstractos de transmisión del dominio, *vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, p. 396; GROSSO, *op. cit.*, p. 385; SEGRÉ, «Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio», en *Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi del Galgano*, II-III, Roma, 1929, pp. 835 ss. Del mismo modo, el sistema alemán de transmisión abstracto del dominio ha favorecido la admisión de los negocios fiduciarios (cfr. BOUZA VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, 1991, p. 69; MÜHL, «Sicherungsübereignung, Sicherungsabrede und Sicherungszweck», en V.V.A.A., *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1992, p. 288). Según KLEIN (citado por PUIG BRUTAU, «La relación fiduciaria», *RDP*, 1961, p. 1011, notas 9 y 12), el Derecho alemán, en el que la propiedad se transmite en virtud de un negocio abstracto, establece una separación tajante entre lo querido (asegurar una obligación) y lo efectuado (transmitir la propiedad de una cosa): en el Derecho alemán, la *causa fiduciae* funciona como causa de la atribución en el ámbito de un negocio abstracto de transmisión, del mismo modo que la *causa venditionis*. La transmisión se llevaría a cabo desvinculada de su causa, jugando ésta un papel secundario en materia de enriquecimiento injusto.

de adquirir y transmitir, que dé cauce al negocio fiduciario, las partes se ven impelidas a recurrir a alguno de los contratos traslativos típicos (v. gr., compraventa), lo que implica la existencia de simulación³⁴.

En nuestra opinión, los caracteres esenciales de la simulación, a saber: a) divergencia entre una declaración externa y otra interna u oculta; b) acuerdo simulatorio, es decir, acuerdo previo o simultáneo al negocio aparente, por el que se pacta la operación en su conjunto, que comprende la creación de una –falsa– apariencia y el ocultamiento o la desfiguración de las voluntades reales y del contenido de éstas; y, c) procedimiento destinado a escindir apariencia y realidad con fin de engaño a terceros, están presentes en la fiducia³⁵.

³⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 406-409 y 423; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 32; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pp. 511-512; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 109-110, 361-364, 373, 400-401 y 574. MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., pp. 225 ss., señala que las diferencias entre un sistema transmisivo abstracto como el alemán y otro causal como el español se ponen de relieve en cuestiones tales como los negocios simulados, fiduciarios e indirectos.

³⁵ Compartimos el planteamiento de GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 370-374 y 573-575, quien en vez de intentar señalar las diferencias entre fiducia y simulación relativa, analiza las similitudes entre ambos fenómenos, llegando a la conclusión de que el grado de las mismas es tan elevado que aconseja su tratamiento unitario, esto es, considera que los elementos esenciales del fenómeno simulatorio se dan también en la fiducia, por lo que estima correcta la tesis que configura el negocio fiduciario como un simple supuesto de simulación relativa. Para un más detenido estudio de los caracteres esenciales de la fiducia, *vid.* MARTÍN LEÓN, *op. cit.* pp. 68 ss. No obstante, a modo de síntesis, dichos caracteres serían: a) divergencia entre una declaración externa y otra interna y oculta. Concebimos la fiducia al modo y manera de la simulación relativa, esto es, como contraste o divergencia entre dos declaraciones de voluntad, externa (la del negocio simulado, operante frente a terceros) e interna o contradecación (la del acuerdo o pacto fiduciario, operante entre las partes y en la que consta la auténtica voluntad). En este sentido, cfr. SSTS 20 mayo 1986, 23 abril 2004 y 11 febrero 2005. Cfr. ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 665 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 219. b) El llamado acuerdo fiduciario es un simple acuerdo simulatorio, pues la declaración externa (transmitir la propiedad, por lo general, mediante compraventa) no coincide exactamente con la declaración interna (dar en garantía o en administración). La consideración del *pactum fiduciae* como un simple acuerdo simulatorio, bastante extendida en la doctrina italiana (por todos, y ya desde fechas muy lejanas, FADDA, «Vendita a scopo di garanzia», en *Annuario Critico di Giurisprudenza Pratica*, 1894, pp. 117 ss.) se está difundiendo también en nuestra doctrina (CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 220; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, p. 48; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 424, nota 164; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 372). En jurisprudencia, STS 17 julio 2001, y también el antiguo precedente representado por la STS 10 marzo 1944. c) Procedimiento destinado a escindir apariencia y realidad con fin de engaño a terceros. Es esencial para que se dé la fiducia que no se trasluzca al exterior la verdadera finalidad perseguida por las partes. La coexistencia en la fiducia de dos declaraciones de voluntad divergentes, externa e interna, supone de modo necesario la creación de una apariencia que no se corresponde con la realidad. La misma idea de apariencia implica la de contradicción o desajuste con la situación o negocio real, mas, si ello es así, no parece que tenga demasiado sentido exigir como requisito autónomo, tanto de la fiducia como de la simulación, el fin de engaño a terceros, pues el mero hecho de la creación intencionada de una apariencia que no se corresponde con la realidad implica inexorablemente el fin de engaño (cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 372). En cuanto a la mentira, o, al menos, ocultamiento, como característica esencial del negocio fiduciario, cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 219; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408, 418, 423, 424, nota 164 y 431.

6. NEGOCIO FIDUCIARIO Y TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD: LA CAUSA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Como pone de manifiesto Cámara Lapuente, el «nudo gordiano» del negocio fiduciario se encuentra en decidir si hay o no transmisión de la propiedad³⁶, y, en caso afirmativo, añadiríamos nosotros, si se trata de una propiedad plena y ordinaria o de una propiedad en cierto modo especial³⁷.

Aunque se han propuesto distintas configuraciones de la causa del negocio fiduciario (causa de la obligación, causa de la atribución patrimonial, causa del negocio)³⁸, creemos que lo más correcto es considerarla causa del negocio³⁹ siguiendo, una vez más, el planteamiento de De Castro que, en resumidos términos, viene a ser el que sigue: siendo simulada o con causa falsa la compraventa (negocio-medio o negocio empleado fiduciariamente), la causa de la fiducia constará en el pacto fiduciario disimulado y consistirá, bien en proporcionar una seguridad de cobro al crédito (fiducia *cum creditore*), bien en conceder un poder de administración (fiducia *cum amico*)⁴⁰.

³⁶ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1781.

³⁷ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 35, indica que el «problema central» que plantea el negocio fiduciario «es siempre el de la naturaleza y alcance de la situación que el negocio proporciona al fiduciario: propiedad fiduciaria o titularidad fiduciaria».

³⁸ Una exposición general de la problemática causal del negocio fiduciario puede verse en GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 242-248. Para un análisis pormenorizado de la cuestión, GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 295-324 y 387-425; RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, pp. 59-103.

³⁹ Para la crítica de la *causa fiduciae* como causa de la obligación, cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 407-408, y los autores citados por MARTÍN LEÓN, *op. cit.* pp. 101-104. Para la crítica de la *causa fiduciae* como causa de la atribución patrimonial, cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 317-318 y 406-407. Véase también, GALICIA AIZPURUA, *Causa y garantía fiduciaria*, Valencia 2012.

⁴⁰ Esta configuración de la *causa fiduciae* como causa del negocio está sólidamente implantada, no sólo en la doctrina científica (ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 673-674; AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario del Código Civil*, dirigido por BERCOVITZ, DÍEZ-PICAZO, PAZ-ARES y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1991, p. 486; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, *cit.*, p. 220; DE LA IGLESIA MONJE, *op. cit.*, pp. 112-113; FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 63-67 y 209-211; GINEBRA MOLINS, *op. cit.*, pp. 759-760; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 318-322; GONZÁLEZ-MENESES, «Sobre la llamada “causa fiduciae” (Divagaciones de un opositor aburrido)», *RJN*, 1994, enero-marzo, p. 429; INFANTE RUIZ, *op. cit.*, p. 457; MANZANARES SECADES, «Comentario a la STS de 11 abril 1988», *CCJC*, 1988, p. 415; PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1999, p. 355; REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, pp. 1923 y 1931; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 358; ROCA TRÍAS, *op. cit.*, p. 160; VEIGA COPO, *op. cit.*, pp. 179 y 183), sino también en la jurisprudencia (cfr. SSTS 8 marzo 1963, 20 noviembre 1965, 20 enero y 25 marzo 1966, 28 febrero 1968, 8 marzo 1988, 30 enero 1991, 5 julio 1993, 26 abril 2001, 1 febrero y 4 diciembre 2002, 26 julio 2004, 30 mayo 2008 y 20 enero 2009). En realidad, la perspectiva más acertada es aquella que tiende a aunar o unificar las respectivas causas del negocio, de la obligación y de la atribución patrimonial en una sola. Partiendo de un concepto unitario de causa que engloba la causa de la obligación, la causa de la atribución patrimonial y la causa del negocio, se ha dicho que «si la atribución procede de un negocio, la causa justificativa de la atribución es también la causa justificativa de la obligación que antecede a dicha atribución y la causa de la tradición que provoca, en su caso, la transmisión

Mas, llegados a este punto, «el problema grave no consiste en articular la causa como “causa del contrato”, en el sentido de los artículos 1261 y 1274 CC, sino en articularla como causa de una especial transmisión de la propiedad»⁴¹. Sobre la eficacia transmisiva del negocio fiduciario se han formulado las siguientes teorías: teoría de la transmisión plena y definitiva; teoría de la transmisión formal; teoría de la transmisión temporal, y teoría negadora de cualquier tipo de transmisión.

Los partidarios de la llamada teoría del doble efecto sostienen que la propiedad se transfiere al fiduciario de forma plena y definitiva. El fiduciario sería el verdadero dueño con carácter *erga omnes*, es decir, no sólo en la relación externa (frente a terceros), sino también en la relación interna (frente al fiduciante). Se apoyan para ello en una *causa fiduciae* configurada como causa de la obligación, de carácter atípico, y considerada apta y suficiente para la transmisión del dominio⁴². A día de hoy, existe una casi total unanimidad doctrinal a la hora de criticar tanto el carácter pleno y definitivo de la transmisión de la propiedad como el artificio constructivo que supone la *causa fiduciae* atípica⁴³. El punto de partida común de las demás teorías consiste en la negación de la existencia de una transmisión plena y definitiva de la propiedad por el negocio fiduciario. Algunas de ellas sostienen que la transmisión es limitada, bien se trate de una transmisión formal, bien de una transmisión temporal. Otras, en cambio, niegan que se produzca cualquier tipo de transmisión.

Según la teoría de la transmisión formal, el fiduciario recibiría una propiedad formal, conservando el fiduciante la propiedad material. Esta teoría implica una especie de división o des-

o la constitución del derecho real: y tanto la atribución, como la tradición, como la obligación provienen de ese negocio, causa (...) justificativa de las tres». Se añade que «si tal negocio es un contrato, la causa de ese contrato (...) es, al mismo tiempo, causa de la obligación, de la tradición y de la atribución producidas por dicho contrato» (CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Comentarios...*, cit., p. 561). O, de forma más sintética, «la misma razón que fundamenta y justifica el negocio transmisivo (contrato o promesa unilateral) es la que fundamenta y justifica también la obligación, la tradición y la atribución patrimonial subsiguientes». Por tanto, la causa es una sola, mas se proyecta, «a modo de cascada», sobre todas y cada una de las fases que integran el proceso transmisivo (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Sevilla, 1999, pp. 215-216).

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 32, apreciación que comparte GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 400.

⁴² JORDANO BAREA, «Problemática del negocio fiduciario», *RDP*, 1958, pp. 521-532; RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, pp. 128, 135, 177, 203-204 y 252.

⁴³ Por todos, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1762, texto y nota 16, 1782, 1857 y 1858; PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408. Es bastante significativo que algunos de los iniciales y más autorizados defensores de la *causa fiduciae* atípica y de la transmisión plena de la propiedad se hayan retractado de sus antiguas opiniones (así, ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 663 ss.; JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria [Notas sobre la sentencia del T. S. de 16-V-1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro]», *ADC*, 1983, pp. 1435 ss.).

doblamiento en el derecho de propiedad: mientras que, en la relación interna, el fiduciante es el auténtico propietario, en la relación externa, el fiduciario aparece ante terceros como titular dominical. La propiedad del fiduciario no sería absoluta, sino relativa, en el sentido de externa o de cara a terceros⁴⁴.

Con arreglo a una tercera teoría, el negocio fiduciario no provoca una transmisión plena y definitiva de la propiedad, ni siquiera una transmisión meramente formal, sino que provoca una transmisión efectiva aunque de carácter temporal⁴⁵.

Existe una última teoría que se caracteriza por negar cualquier tipo de transmisión ya sea plena, formal o temporal. El efecto del negocio fiduciario no sería, pues, la transmisión de la propiedad, sino la creación de una titularidad fiduciaria, que es algo muy parecido, que no igual, a la titularidad aparente del que adquiere a través de un negocio simulado⁴⁶.

A nuestro juicio, no es posible admitir que el negocio fiduciario transmita la propiedad formal, sino que parece más lógico defender que, al tratarse de un negocio simulado relativamente, no se ha transmitido propiedad alguna. En efecto, si se entiende que el negocio fiduciario es un caso de simulación relativa, en el que, bajo un negocio simulado de carácter transmisivo, subyace un negocio disimula-

⁴⁴ Introducida en nuestro país por GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «El titular», *RCDI*, 1928, pp. 272 ss., se han adherido a ella, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1795-1799 y 1810-1813; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 511; GÓMEZ GÁLIGO, *op. cit.*, pp. 533 ss.; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 695-696; JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, pp. 1435 ss. (rectificando su anterior posición); LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, *cit.*, pp. 190-193; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 49 y 55-65; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 467-468; SANCIÑENA ASURMENDI, *La usucapión inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 223. Se considera que la atípica *causa fiduciae*, que se identifica con el fin de garantía o de administración perseguidos, no provoca una verdadera y auténtica traslación dominical, sino que tiene una «limitada eficacia real», esto es, que sólo es apta para producir una transmisión formal, o, si se prefiere, para transmitir una propiedad o titularidad formal. Así, SSTs 8 marzo 1963, 28 diciembre 1973, 19 mayo y 2 junio 1982, 6 abril y 9 octubre 1987, 25 febrero y 8 marzo 1988, 19 mayo 1989, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 6 julio 1992, 14 julio 1994, 14 febrero y 3 diciembre 1996, 31 marzo y 27 julio 1999, 26 abril 2001, 1 febrero, 14 marzo y 4 diciembre 2002, 13 febrero, 15 julio, 17 septiembre y 31 octubre 2003, 26 julio 2004, 17 febrero 2005, 23 junio y 27 julio 2006, 27 febrero y 7 mayo 2007, 30 mayo 2008, 20 enero, 2 marzo y 13 julio 2009 y 1 diciembre 2010.

⁴⁵ DE GISPERT PASTOR, «Contrato de compraventa a carta de gracia. Sentencia de 23 de marzo de 1972», *RJC*, 1973, p. 116; MATEO Y VILLA, *op. cit.*, pp. 2630-2631 y 2675; ID., «De la fiducia garantía», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, II, Navarra, 2008, pp. 1235-1237, 1252 y 1254; SOTO NIETO, *op. cit.*, pp. 541-542; VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, 1990, pp. 224-227. La atípica *causa fiduciae* se entiende, pues, hábil y suficiente para producir una transmisión temporal. La STS 1 febrero 2002 habla de la existencia de una transmisión formal, negando que se produzca una transmisión definitiva, lo cual parece significar una implícita aceptación de la teoría de la transmisión temporal. Por su parte, la STS 23 abril 2004, después de aproximar el negocio fiduciario al simulado relativamente, considera que transmite una titularidad de carácter no sólo «formal», sino también «temporal».

⁴⁶ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 424 y 433.

do de garantía o de mandato, y que la causa de garantía o de mandato no es idónea para la transmisión del dominio, se debe concluir que el negocio fiduciario no transmite la propiedad en absoluto, ni entre las partes, ni frente a terceros⁴⁷: nos encontraríamos, pues, ante una transmisión aparente, falsa, fingida, presunta o simulada⁴⁸.

En cualquier caso, tiene especial interés para caracterizar la titularidad del fiduciario analizar si sirve para adquirir la propiedad de la cosa por usucapión; la usucapión constituye una magnífica piedra de toque para calibrar la funcionalidad de las distintas tesis acerca del negocio fiduciario⁴⁹. Así, el hecho de que el Tribunal Supremo (entre otras, SSTS 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958) haya manifestado que la posesión del fiduciario no es idónea para adquirir la propiedad por usucapión implica el abandono de las premisas de la teoría del doble efecto, ya que, con arreglo a ellas, el fiduciario es propietario pleno de la cosa, aunque sea con la obligación de restituirla⁵⁰. En cambio, la pretensión del fiduciario de haber usucapido la cosa dada en fiducia sería admisible tanto desde la tesis que equipara el negocio fiduciario con el simulado, como desde la teoría que sostiene el desdoblamiento de la propiedad en formal y material⁵¹.

⁴⁷ ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666-668 y 674-675; ID., *La simulación*, cit., pp. 112-114; REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, p. 1930; VEIGA COPO, *op. cit.*, pp. 177 y 184. La negación de cualquier tipo de efecto transmissivo (ya sea *inter partes* o frente a terceros) se encuentra también en autores que no equiparan fiducia y simulación relativa: PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 186-187.

⁴⁸ ALBALADEJO, «El llamado...», cit., p. 666; ID., *La simulación*, cit., p. 112; CARAMÉS PUENTES, *op. cit.*, p. 139; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, pp. 54 y 57; FELIÚ REY, *op. cit.*, pp. 120, 126 y 127; FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 195-197 y 207; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 372-373, 548-549, 575, 581-582 y 587; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pp. 342, 347 y 348; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 1268, 1274 y 1275; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 358-359; VEIGA COPO, *op. cit.*, p. 179. El Tribunal Supremo, incluso en aquellas ocasiones en que configura el negocio fiduciario con arreglo a la tesis del desdoblamiento de la propiedad en material y formal, considera que el negocio fiduciario transmite una propiedad formal, en el sentido de «aparente» (SSTS 31 octubre 2003, 23 junio y 27 julio 2006 y 7 mayo 2007). En la STS 25 marzo 1966, el Tribunal Supremo comenzó a considerar que el negocio fiduciario no producía la transmisión de la propiedad, ni plena ni formal, y ello sin llegar a afirmar que fuese un negocio simulado. Más adelante, la jurisprudencia se ha mostrado contraria a que el negocio fiduciario transmita la propiedad, sobre todo, con base en la existencia de simulación (SSTS 21 marzo 1969, 5 julio 1982, 22 diciembre 1988, 13 julio 1999, 16 mayo 2000, 17 julio 2001 y 10 febrero 2005). Puede verse un estudio más detenido de las razones por las que la jurisprudencia niega el efecto transmissivo de la propiedad en la fiducia en MARTÍN LEÓN, *op. cit.* pp. 125 ss.

⁴⁹ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434 y 436, quien añade que «más que otro aspecto de la eficacia de la titularidad fiduciaria, ha preocupado en la práctica su significado para la prescripción».

⁵⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 58. De hecho, DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434 ss., alude a las SSTS 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958 como unas de las más significativas a la hora de resolver las cuestiones planteadas en contradicción con la teoría del doble efecto.

⁵¹ Cfr. JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447 ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, pp. 143-144.

II. NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y USUCAPIÓN ORDINARIA

1. NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE* Y USUCAPIÓN ORDINARIA

La usucapión ordinaria es un modo de adquirir la propiedad y demás derechos sobre los bienes mediante la posesión, con buena fe y justo título, de la cosa durante el tiempo y con los requisitos que exigen los artículos 1941, 1955 y 1957 CC.

En este apartado vamos a analizar, entre otros aspectos, si el negocio fiduciario *cum creditore* es un justo título, verdadero y válido para la usucapión ordinaria, y si el fiduciario puede ser considerado poseedor de buena fe y en concepto de dueño.

En nuestra opinión, el negocio fiduciario constituye un supuesto de simulación relativa, en el que bajo la apariencia de un contrato típico traslativo simulado se oculta el negocio verdaderamente querido, pero disimulado, que no es otro sino un negocio de garantía no transmisivo del dominio. Existe unanimidad en orden a considerar que el título simulado, en los casos de simulación relativa, no es apto para la usucapión ordinaria (no es justo, ni verdadero, ni válido)⁵², unanimidad que, a pesar de algunos pareceres diversos, prácticamente se mantiene a la hora de estimar idóneo a tales efectos al título disimulado⁵³.

⁵² Sobre esta cuestión, cfr. MARTÍN LEÓN, «Negocios simulados y usucapión», *ADC*, 2011, p. 658, texto y nota 62, y autores allí citados. *Vid.* SSTS 14 octubre 1960, 13 mayo 1963, 11 diciembre 1965, 16 abril 1990, 20 octubre 1992 y 25 junio 2003. En concreto, la STS 16 abril 1990 contiene una recapitulación de los diversos motivos por los que no procede la usucapión ordinaria en los contratos absolutamente simulados, que es extensible al contrato simulado en la simulación relativa: 1.º, porque no puede ser justo título el contrato no traslativo del dominio, ni, por tanto, el contrato radicalmente nulo por simulado; 2.º, porque el título absolutamente simulado no es verdadero ni válido; y 3.º, porque no cabe considerar como poseedor de buena fe a quien conoce que su posesión emana de un acto jurídico ineficaz, dado que, según lo establecido por el artículo 433 CC, la buena fe se identifica con la ignorancia de la existencia de vicios en el título de adquisición.

⁵³ ALAS, DE BUEN Y RAMOS, *De la usucapión*, Madrid, 1916, pp. 203-204; BUSTO LAGO, *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Madrid, 2000, pp. 116 y 119; DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, II-2.º, de Colin y Capitant, Madrid, 1923, p. 995; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 830; DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 2001, p. 129; ESPÍN CÁNOVAS, «Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión», *RDP*, 1968, p. 837; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «El justo título para usucapir», *RCDI*, 2009, p. 494; GUTIÉRREZ PEÑA, *Notas de la usucapión, prescripción extintiva y caducidad*, Madrid, 2008, pp. 134 y 135; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, p. 522; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, Barcelona, 1990, pp. 209 y 212, nota 27; LUNA SERRANO, *Comentario del Código Civil*, dirigido por BERCOVITZ, DíEZ-PICAZO, PAZ-ARES y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1991, pp. 2129-2130; MACÍ MORILLO, «La usucapión *secundum tabulas*. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 2001, p. 468, nota 16; MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., pp. 145-146; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 213; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», *ADC*, 2001, pp. 586-587. De forma

1.1 El negocio fiduciario *cum creditore* como título para la usucapión ordinaria

1.1.1 *Justicia. La inscripción como justo título para la usucapión*

Según el artículo 1952 CC, se entiende por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate⁵⁴. Justo no significa, como equivocadamente pudiera creerse, «conforme a la justicia»⁵⁵, sino adecuado según su tipo para transmitir la propiedad o derecho real de que se trate; en consecuencia, aunque nuestro Código, fiel a la tradición romanista, continúa hablando de «justo título», sería preferible que emulase al Código Civil italiano de 1942, que en su artículo 1159 no se refiere ya a un «justo» título, sino a un título que sea «idóneo» para transferir la propiedad⁵⁶.

No obstante, la terminología empleada no es tan arbitraria como en un principio podría parecer. En efecto, la noción de justo título tiene sus antecedentes en la *iusta causa usucapionis*, la cual en Derecho romano clásico expresaba un modo de adquisición de la posesión no lesivo de una posesión ajena: si la usucapión era un medio de adquirir la propiedad a través de la posesión, debía originarse de tal modo que no implicase una lesión a la posesión de otro. En la época preclásica, este requisito se entendía cumplido siempre que no se incurriese en *furtum* o usurpación. En cambio, el Derecho clásico, para establecer la ausencia de lesión de otro en la toma de posesión, exigía una relación positiva que justificase la toma de posesión, una relación con el antiguo poseedor de la cual se deduzca una intrínseca exclusión de la voluntad de lesionar a otro: ésta es la *iusta causa possidendi* o *usucapionis*. Así, de un concepto meramente negativo de posesión no viciosa (ausencia de *furtum*), se pasa a un concepto positivo de posesión con justa causa. En el Derecho justiniano se produce un desdoblamiento de la *iusta causa*, entendida como título, y la buena fe, como actitud psicológica y comportamiento ético del poseedor. El calificativo de

aislada, algunos autores sostienen que el negocio disimulado no es apto para la usucapión ordinaria, pues estiman que no es un título verdadero (DURÁN RIVACOBIA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, 1.ª ed., Pamplona, 1995, p. 178, y 2.ª ed., Cizur Menor [Navarra], 2003, pp. 217-218; DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 230).

⁵⁴ Se ha dicho que tal precepto no es del todo correcto, pues, en virtud del sistema de transmisión de los derechos reales acogido en nuestro Derecho, el título no es por sí sólo suficiente para la adquisición (HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 502). Cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, Madrid, 2004, p. 84; MIQUEL, «Justo título», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 3903-3904.

⁵⁵ MIQUEL, *op. cit.*, p. 3904; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 576.

⁵⁶ Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 836; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 559-560.

«justo» pasa de la causa al título; la *iusta causa* o *iustus titulus* deja de ser la relación con el poseedor de la cual se deduce el carácter no lesivo de la posesión para convertirse en un hecho abstractamente apto para transmitir el derecho⁵⁷. Por otra parte, para Pothier el justo título para la usucapión era «un contrato u otro acto que es de naturaleza tal que es apto para transmitir la propiedad por la tradición que se hace en consecuencia (...). Estos títulos son llamados justos títulos porque siendo por su naturaleza traslativos de la propiedad, dan un justo motivo a quienes adquieren la posesión de una cosa por esos títulos para creerse propietarios de ella, no habiendo podido adivinar que la persona de quien han adquirido la cosa y a quien veían en la propiedad de la cosa no fuera propietario de la misma»⁵⁸. Como hemos señalado, justo título quiere decir adecuado según su tipo para transmitir⁵⁹, o mejor aún, idóneo o apto, potencialmente o en abstracto, para transmitir el derecho real⁶⁰. El título ha de ser bastante, en abstracto, para operar la transmisión, aunque en concreto, por los defectos concurrentes, no se opere la misma: el título de adquisición será justo si es de naturaleza traslativa⁶¹. Si, en concreto, no se produce la efectiva transmisión del derecho es por una razón externa al título en sí mismo considerado, que radica en la falta de titularidad o poder de disposición del transmitente; con gran rigor, se ha afirmado que «el

⁵⁷ BONFANTE, «La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto colla "bona fides"», en *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1926, pp. 469 ss. Sobre la exposición de BONFANTE, cfr. BADOSA COLL, «Justo título», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIV, Barcelona, 1978, pp. 662-663; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 825-826; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., pp. 503-504. En cuanto al proceso en cuya virtud la *iusta causa usucapionis* se convierte en *iustus titulus*, vid. D'ORS, «Titulus», *AHDE*, 1953, pp. 495 ss. Según ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 84, la posesión adquirida en virtud de un justo título debe calificarse también como «justa».

⁵⁸ POTHIER, *Oeuvres. Traité de la prescription*, IX, Paris, 1861, p. 337. Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 826; MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., p. 85, nota 38. Como bien dice LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., p. 206, los plazos de la usucapión se acortan si el poseedor lo es de buena fe y tiene justo título pues, en tal caso, el legislador ha tenido en cuenta la «especial situación de quien tiene todas las razones para creerse propietario».

⁵⁹ GORDILLO CAÑAS, «Comentario a la STS de 28 diciembre 2001», *CCJC*, 2002, p. 433; LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., p. 210; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130; MIQUEL, *op. cit.*, p. 3904; MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., p. 85, nota 38.

⁶⁰ ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, XXV-1.º, Madrid, 1993, pp. 311-312 y 322-323; BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 673-674 y 711; CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 10 julio 1987», *CCJC*, 1987, p. 4805; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 836; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 523; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2123, 2127, 2129, 2130 y 2133; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, p. 181; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 535; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 560-561 y 576.

⁶¹ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 836. La jurisprudencia concibe el justo título como aquél que por su naturaleza es capaz de transferir el dominio (SSTS 30 marzo 1943, 29 diciembre 1959 y 28 noviembre 1983), o, mejor aún, aquél que «como tal y en abstracto, es idóneo para la transmisión del derecho de propiedad u otro derecho real» (STS 23 junio 1998).

defecto de la transmisión no yace en el título sino fuera de él», pues la usucapión ordinaria «no subsana un defecto del título» sino «la falta de propiedad del tradente» que «no es un defecto del título, sino de la transmisión de la propiedad por tradición»⁶². Justo título quiere significar, pues, el que habría bastado para transmitir el derecho si el transmitente hubiera sido el verdadero dueño de la cosa que se quiso transmitir⁶³.

Nuestra doctrina niega, con carácter general, que el negocio fiduciario *cum creditore* constituya justo título para la usucapión ordinaria. Se oponen a que el fiduciario posea en virtud de un justo título tanto aquéllos que sostienen que el negocio fiduciario transmite una titularidad fiduciaria (propiedad formal o relativa)⁶⁴, como los que niegan cualquier tipo de transmisión de la propiedad sobre la base de la existencia de simulación⁶⁵.

En nuestra opinión, la fiducia *cum creditore* no es otra cosa que un supuesto específico de simulación relativa, en el que bajo la apariencia de un contrato traslativo (venta), subyace, disimulado, un negocio con causa de garantía y de carácter no traslativo del dominio. El título simulado, en los casos de simulación relativa, no es apto para la usucapión ordinaria, pues no es justo, ni verdadero, ni válido⁶⁶. En cambio, nada hay que objetar a la consideración del título disimulado como justo título⁶⁷, siempre que se parta de la base de que la justicia del título implica la necesidad de que el disimulado tenga naturaleza traslativa del dominio⁶⁸. En consecuencia, el título disimulado, en la fiducia *cum creditore*, nunca podrá ser tenido por justo pues carece de naturaleza traslativa del dominio.

⁶² MIQUEL, *op. cit.*, pp. 3903-3904, al que sigue YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 560-561. Esta doctrina es también la recogida por POTHIER, *op. cit.*, p. 337, quien sin ambages afirma que «la prescripción funciona cuando la propiedad no es transferida por defecto de derecho en la persona que hace la tradición y no por defecto del título en consecuencia del cual la tradición es hecha».

⁶³ Cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., pp. 84-85 y 98; DE BUEN, *op. cit.*, p. 997.

⁶⁴ JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447-1448, seguido por CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1795-1796; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁵ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 555. RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, p. 144, nota 65, defensor de la tesis de la transmisión de la propiedad plena, señala que si se admite que el negocio fiduciario es simulado, el fiduciario carecería de justo título a efectos de la usucapión. CARRASCO PERERA, «La transmisión fiduciaria del dominio en el concurso de acreedores», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, Murcia, 2004, p. 812, texto y nota 37, prefiere hablar más que de simulación de conversión: la transmisión de la propiedad *se convierte* en una forma de garantía, y, apoyándose en la STS 3 mayo 1955, estima que como consecuencia de tal conversión se priva «al título del fiduciario de su condición de justo título a efectos de la usucapión».

⁶⁶ Cfr. MARTÍN LEÓN, «Negocios simulados...», cit., pp. 647 ss. y 658, nota 62, y autores allí citados.

⁶⁷ Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 586-587 y 591.

⁶⁸ LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130, es muy claro al respecto: «podrá valer como justo título, en el caso de la simulación relativa, el contrato traslativo oculto o disimulado». En el mismo sentido, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 119.

El análisis de la jurisprudencia confirma esta aseveración. Nos estamos refiriendo a la STS 20 noviembre 1964, en la que se abordó el caso de una compraventa con pacto de retro que encubría un préstamo con garantía inmobiliaria; el Alto Tribunal desestimó la usucapión ordinaria por falta de justo título sobre la base de que el contrato disimulado no tenía carácter traslativo del dominio⁶⁹.

Por lo que respecta al justo título en la usucapión ordinaria de bienes muebles, el artículo 1955 CC dispone que el dominio de tales bienes se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. Llama la atención que dicho artículo no mencione el justo título para la prescripción abreviada de bienes muebles, a diferencia del artículo 1957 CC que sí lo hace con relación a los inmuebles, y del artículo 1940 CC que lo exige con carácter general para toda clase de usucapión ordinaria. Esta diferencia se debe al artículo 464 CC, pues parece claro que el artículo 1955.1 aplica la regla inicial del artículo 464.1, en cuya virtud, la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, y, por ello, no necesita mencionar al título⁷⁰.

Es indudable que la interpretación del artículo 1955 CC ha de realizarse en función de lo dispuesto en el artículo 464 CC⁷¹, si bien teniendo en cuenta que, a su vez, este último precepto ha recibido muy diversas interpretaciones. Existen fundamentalmente tres interpretaciones. La interpretación más tradicional en nuestro Derecho es la calificada como romanista. Según esta teoría, la usucapión sería el único modo de adquirir muebles *a non domino*: el artículo 464.1 CC no hace sino dispensar del requisito del justo título en la usucapión abreviada de bienes muebles a quienes

⁶⁹ En esta sentencia, el Tribunal Supremo recalca que «la falta de efectos transmisivos de la propiedad de los tan referidos contratos, atendida su propia naturaleza resultante de la verdadera intención de las partes (...) impide la estimación legal del requisito del “justo título”, a la vista del concepto que el mismo figura, a efectos de la prescripción ordinaria, en el artículo 1952 del Código Civil». Conviene advertir que el Tribunal Supremo basa toda su argumentación en la existencia de simulación relativa, sin aludir a la obvia existencia también de fiducia *cum creditore*. Mas, se estima que esta sentencia constituye un supuesto de negocio fiduciario *cum creditore* (JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1448-1449) o, al menos, se la aproxima considerablemente a la fiducia *cum creditore* (MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., pp. 100 y 145-146).

⁷⁰ MIQUEL, *op. cit.*, p. 3906, y también en «Usucapión», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, p. 6770. Como señala LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., p. 197, nota 10, si no se cuenta con el artículo 464 CC, es muy difícil explicar satisfactoriamente la falta de mención del título en el artículo 1955.1 CC, frente a la exigencia del artículo 1940 CC. En otro lugar MIQUEL, *La posesión de bienes muebles (Estudio del artículo 464,1 del Código civil)*, Madrid, 1979, p. 505, expone todas las posibilidades al respecto: 1) que exista una antinomia entre los artículos 1940 y 1955 CC; 2) que el artículo 1955 CC no mencione el título por ya exigirlo el artículo 1940 CC; 3) que el artículo 1955 CC no mencione el título por equivaler ya a él la posesión de buena fe que exige el mismo artículo 1955; 4) que el artículo 1940 CC sólo se refiera a la usucapión ordinaria de inmuebles.

⁷¹ Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., p. 131.

poseen de buena fe. La presunta contradicción entre los artículos 1940 y 1955.1 CC se supera aplicando la equivalencia de la posesión al título en la usucapión ordinaria: si la posesión adquirida de buena fe equivale al título, no existe antinomia entre el artículo 1940, que exige buena fe y título, y el artículo 1955, que sólo exige buena fe y no menciona el título, porque teniendo el poseedor buena fe ya tiene título. De este modo se llega a la fundamental idea de que la equivalencia de la posesión al título despliega su eficacia, básicamente, en materia de usucapión⁷². Una segunda tesis, denominada germanista, entiende que el artículo 464 CC consagra un supuesto de adquisición *a non domino* instantáneo, que quien adquiere una cosa mueble mediante negocio jurídico válido y recibe su posesión deviene dueño de inmediato, aunque el transmitente no fuese en realidad dueño. Para los defensores de la teoría germanista, la usucapión abreviada de bienes muebles quedaría limitada o circunscrita a los casos en que no puede producirse la adquisición instantánea *a non domino*, esto es, a los casos de pérdida o privación ilegal⁷³. A juicio de la –mal– llamada tesis intermedia⁷⁴, el problema central que aborda el artículo 464 CC es el relativo a la amplitud y límites de la reivindicación mobiliaria⁷⁵.

⁷² Cfr., por todos, SCAEVOLA, *Código Civil*, VIII, Madrid, 1948, pp. 580 ss. Una defensa remozada de la teoría romanista puede verse en FUENTES PÉREZ, «Coordinación del artículo 464 con los artículos 1955 y 1962, todos del Código civil», *RCDI*, 1960, pp. 528 ss., quien, en concreto, en la p. 535, afirma: «La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, para adquirir por usucapión ordinaria». Últimamente, en favor de la teoría romanista, RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», *ADC*, 2004, pp. 1066-1070, 1082 y 1084, para quien en «la usucapión ordinaria de muebles basta un título putativo, no se exige por tanto un justo título»; de este modo, añade que la finalidad del artículo 464.1 CC «fue admitir un título putativo como suficiente para la usucapión ordinaria de bienes muebles». Según la STS 3 marzo 1951, la «prescripción adquisitiva ordinaria requiere además de la buena fe y del transcurso del tiempo que la Ley señala, el justo título, sin que a ello obste la aparente exclusión que de este requisito hace el artículo 1955, puesto que su silencio acerca de él se halla suplido al disponer en el artículo 464 que la posesión de los bienes muebles cuando se adquiere de buena fe –ha de entenderse que a título de dueño– equivale al título». Cfr. STS 23 diciembre 1952.

⁷³ Por todos, ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., pp. 115-116; LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., pp. 244 y 251-252; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2135 ss. Esta conciliación entre los artículos 464.1 y 1955.1 CC se tiene por inverosímil tanto por los partidarios de la teoría romanista (RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., p. 1061), como por los defensores de la llamada tesis intermedia (MIQUEL, *Comentario del Código Civil*, dirigido por BERCOVITZ, DÍEZ-PICAZO, PAZ-ARES y SALVADOR CODERCH, I, Madrid, 1991, p. 1243).

⁷⁴ Mal llamada, pues su denominación parece dar a entender que se trata de una interpretación ecléctica o conciliadora de las teorías romanista y germanista, cuando en realidad constituye una teoría distinta y autónoma.

⁷⁵ Esta tesis, avanzada ya por MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, IV, Madrid, 1931, pp. 296 ss., ha sido desenvuelta por VALLET, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil», en *Estudios sobre Derecho de cosas*, II, Madrid, 1986, pp. 37 ss., y por MIQUEL, *La posesión...*, cit., pp. 497 ss. TORRES LANA, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por ALBÁCAR LÓPEZ, II, Madrid, 1991, pp. 780-781, comparte las premisas de esta tesis.

Por lo que ahora nos ocupa, los defensores de esta teoría interpretan la equivalencia de la posesión al título como una presunción de que tal título existe y es eficaz en cualquier caso, no simplemente en cuanto requisito de la usucapión ordinaria⁷⁶.

La STS 21 febrero 1907 abordó un supuesto de negocio fiduciario *cum creditore* en el que el fiduciario pretendía haber usucapido en forma ordinaria un bien mueble *ex* artículo 1955 CC. Se trataba de una compraventa con pacto de retro de una serie de cuadros en la que existía una manifiesta desproporción entre el precio pagado (3.500 pesetas) y el valor de los bienes (tasados pericialmente en más de 100.000 pesetas), siendo el plazo para retraerlos bastante breve. El vendedor se desprendía de unos bienes por un precio muy inferior a su valor real con la esperanza de recuperarlos mediante el reembolso de esa módica cantidad que necesitaba perentoriamente en esos momentos. La dificultad surge cuando llegado el plazo para el ejercicio de la facultad de retraer, el vendedor no dispone de la cantidad requerida para recuperar los cuadros, y corre el riesgo de perder irrevocablemente su propiedad por un precio muy exiguo. El Tribunal Supremo enfocó la cuestión desde la perspectiva no del negocio fiduciario ni de la usura, sino desde la de la simulación⁷⁷. Según el Tribunal Supremo, el supuesto contrato de compraventa disimulaba un contrato de préstamo con interés y garantía prendaria. El comprador alegó la usucapión ordinaria de los cuadros *ex* artículo 1955 CC, con base en una posesión no interrumpida, de buena fe y en concepto de dueño durante más de tres años. Argumentaba que poseyó los cuadros en virtud de un contrato de compraventa, lo que a su juicio implicaba una posesión en concepto de dueño. El Tribunal Supremo rechaza esta pretensión

⁷⁶ Según MIQUEL, *La posesión...*, cit., pp. 503 ss., la falta de mención del requisito del justo título en la usucapión ordinaria de bienes muebles por el artículo 1955.1 CC encuentra explicación en que el artículo 464.1 CC proporciona a través de la posesión una prueba del título, lo que justifica que el primero de los preceptos citados dispense de este requisito. De este modo, la especialidad del artículo 464 radicaría en constituir una excepción al artículo 1954 CC, en cuya virtud, el título ha de probarse, no se presume nunca, y se justificaría por la dificultad probatoria que provocan las adquisiciones de bienes muebles. El artículo 464 CC supondría, pues, una disposición complementaria de la regulación de la usucapión abreviada de bienes muebles. No en vano, la coordinación entre los artículos 1940 y 1955 a través del artículo 464 CC que proponen los partidarios de la tesis romanista le parece indiscutible a MIQUEL, *Comentario...*, cit., p. 1242. Una exposición general acerca de la expectativa de adquirir la propiedad por parte del poseedor *ad usucapionem* de bienes muebles puede verse en MATEO SANZ, «Cuestiones sobre la expectativa del poseedor *ad usucapionem* de cosas muebles de adquirir su propiedad», *RCDI*, 2002, pp. 423 ss.

⁷⁷ Como ha puesto de manifiesto la doctrina, hasta que el concepto del negocio fiduciario no fue acuñado, los casos de compraventa con pacto de retro utilizados para encubrir un préstamo fueron resueltos por tres vías: el régimen de la compraventa con pacto de retro (arts. 1507 ss. CC), la doctrina de la simulación contractual, y, a partir del año 1908, mediante la aplicación de la Ley de Usura. Cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 185, nota 344; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, p. 149, nota 37; VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 140.

ya que «los cuadros los tenía el demandado, no en concepto de dueño, sino como garantía del préstamo». Como se aprecia, el Tribunal Supremo desestima la usucapión abreviada alegada por el fiduciario con base en que su posesión no es en concepto de dueño, en vez de rechazarla fundándose en la carencia de justo título para usucapir. A nuestro juicio, es bien cierto que el fiduciario no poseía en concepto de dueño y que ello bastaba para que quedase vedada la posibilidad de usucapir; no obstante, en un análisis más profundo de la cuestión, y dada la interdependencia entre el justo título para usucapir y la posesión en concepto de dueño, se debería haber afirmado que el fiduciario no poseía en concepto de dueño porque carecía de justo título. Como ya hemos señalado, en la fiducia *cum creditore*, bajo la apariencia de un negocio traslativo del dominio, subyace, oculto y disimulado, un negocio de garantía que carece de naturaleza traslativa del dominio, de tal modo que el fiduciario adolece de justo título para la usucapión ordinaria, no sólo de posesión en concepto de dueño⁷⁸.

Por otra parte, de la praxis jurisprudencial se desprende que, en la gran mayoría de las ocasiones, el fiduciario figura como titular inscrito en el Registro de la Propiedad⁷⁹. Tal circunstancia nos

⁷⁸ En descargo del Tribunal Supremo cabría decir que la falta de posesión en concepto de dueño por parte del fiduciario es más que suficiente para impedir la usucapión; por otro lado, la falta de mención del justo título para la usucapión ordinaria de muebles en el artículo 1955 CC probablemente determinó que el Alto Tribunal centrara su argumentación en la falta de posesión en concepto de dueño.

⁷⁹ SSTs 23 febrero 1951, 3 mayo 1955, 22 mayo 1956, 10 noviembre 1958, 29 marzo 1960, 13 mayo 1961, 15 octubre 1964, 31 mayo 1965, 20 enero 1966, 28 febrero 1968, 21 marzo 1969, 19 mayo y 2 junio 1982, 12 febrero, 25 febrero y 18 abril 1988, 19 mayo 1989, 30 enero 1991, 13 marzo 1995, 30 junio y 9 diciembre 1998, 16 mayo 2000, 26 abril 2001, 14 marzo 2002, 17 septiembre 2003 y 11 junio y 20 diciembre 2007. En la STS 7 junio 1955, en la cual se planteó la cuestión acerca de si lo convenido por las partes fue una compraventa lisa y llana (cuyo precio disminuía el importe de una deuda preexistente entre el comprador y el vendedor) o un negocio fiduciario con finalidad de garantía encubierto bajo la apariencia de una compraventa, uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para decantarse por la existencia de mera compraventa fue precisamente la falta de inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad, «toda vez, que con mayor razón en el caso de la pretendida garantía, ninguna podía ofrecer a la acreedora ostensiblemente ante otros acreedores y por el contrario era en interés suyo normalizar legalmente esa garantía». En la jurisprudencia menor, *vid.* SSAP Murcia 7 marzo 2007 (*JUR* 2007, 273634) y Alicante 13 julio 2007 (*JUR* 2008, 236948). Como excepción puede señalarse el caso contemplado por la RDGRN 30 junio 1987 que, con posterioridad, dio lugar a la STS 7 mayo 1991, en la que, en contra de lo ordinario, constaba explícitamente en la escritura pública de «compraventa» la finalidad de garantía perseguida por las partes, por lo que el titular del Registro de la Propiedad denegó su inscripción. A título de mera curiosidad, por no calificarse como negocio fiduciario, sino como un caso de simulación de préstamo bajo escritura pública de compraventa con pacto de retro, el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 noviembre 1961, subraya la frecuencia con que en la praxis se emplea «la venta con pacto de retro, combinada con el arrendamiento de las cosas vendidas al propio vendedor, por una merced equivalente al rédito del capital, como una garantía del contrato de préstamo, allí donde, cual en Galicia, la propiedad territorial, no se halle, en general, inscrita».

obliga a plantearnos la importante y a la vez polémica cuestión de la inscripción como justo título para la prescripción adquisitiva.

La Ley Hipotecaria confiere a la inscripción una función preeminente en favor del titular inscrito usucapiente. Con arreglo al artículo 35 LH: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

Este precepto refleja no una usucapión tabular, es decir, aquélla que atribuye el dominio por el sólo hecho de la inscripción prolongada durante el periodo de tiempo necesario para prescribir, sino una usucapión *secundum tabulas*, en la que el Registro se limita a facilitar al titular inscrito una usucapión que opera fuera del Registro al dotarla, en gran parte presuntivamente, de todos los requisitos para que actúe como una usucapión ordinaria⁸⁰. Esto es, es preciso que el titular inscrito usucapiente sea poseedor efectivo de la cosa que pretende usucapir. La STS 22 junio 1972 es clara al respecto, pues indica que la Ley Hipotecaria «favorece la usucapión que se verifica fuera del Registro, reforzándola o facilitándola, pero para ello no es suficiente que el usucapiente sea titular registral, hace falta, además, “sea poseedor efectivo”»⁸¹. Dándose estos presupuestos, el titular según el Registro que tenga inscrito su derecho durante diez años, y que no fuese realmente titular, lo adquirirá por prescripción ordinaria.

El auténtico sentido y alcance de la frase «será justo título la inscripción» ex artículo 35 LH ha dividido a nuestra doctrina. Las opiniones se han polarizado en torno a dos posiciones: a) equiparación o identificación plena entre inscripción y justo título para la usucapión; b) simple presunción, que admite prueba en contrario, de que la inscripción es justo título *ad usucapionem*⁸².

⁸⁰ GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, III, Madrid, 2002, pp. 36-39; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 9 ss.; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1124; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, p. 531.

⁸¹ En el mismo sentido, SSTS 3 octubre 1974, 28 enero 1978 y 28 marzo 1980.

⁸² Dado el objeto de nuestro trabajo, creemos que no es oportuno entrar a analizar en detalle esta polémica doctrinal, sino que nos limitaremos a exponerla a grandes trazos, sin perjuicio, eso sí, de una toma de posición al respecto. Una buena exposición de los autores encuadrables en cada una de las dos posiciones puede verse, por ejemplo, en ALBALADEJO, «La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapión», *ADC*, 1992, pp. 16-28; GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 42-62; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 505-526. Como autores más representativos de la equiparación de la inscripción al justo título cabría señalar a ALBALADEJO, BADOSA COLL, Díez-PICAZO Y GULLÓN, GARCÍA GARCÍA Y ROCA SASTRE, a los que en los últimos tiempos se les han sumado GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 497-498; REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 2232-2234;

a) Equiparación de la inscripción al justo título

La esencia de esta tesis radica en establecer una equiparación plena y absoluta entre ambos términos, de modo que la inscripción, por sí sola o de por sí, es un título justo, verdadero y válido para la usucapión ordinaria⁸³. Hay, pues, una equiparación o equivalencia entre inscripción y justo título a los efectos de la usucapión, lo que implica que, en realidad, en la usucapión *secundum tabulas* la inscripción sustituye o desplaza al justo título material. Por ello, señala Roca Sastre, «huelga o es ocioso querer penetrar en el examen de la validez, idoneidad o existencia de un título documental base de la inscripción correspondiente, pues aunque éste, como caso insólito no hubiera existido, la inscripción existiría y haría las funciones de tal *título justo* a efectos de la usucapión ordinaria»⁸⁴. Por sí misma, la inscripción es un «sucedáneo» del justo título⁸⁵, o, si se prefiere, un «título por equivalencia»⁸⁶.

Esta tesis viene a sostener que lo que actúa en verdad como título en la usucapión *secundum tabulas* es la propia inscripción como título formal, por lo que, en consecuencia:

– los requisitos exigidos por el Código Civil (arts. 1953 y 1954) de que el título sea verdadero, válido y probado han de referirse a la inscripción y no al título material⁸⁷;

– la inscripción, título formal, sustituye o desplaza al título material, del que ha de prescindirse a los efectos de la usucapión del artículo 35 LH, por lo que las vicisitudes del título material (inexistencia material o jurídica, esto es, falta de veracidad o de validez, o incluso falta de idoneidad para transmitir el dominio) son irrelevantes a estos efectos⁸⁸.

SERRANO ALONSO, *Conceptos fundamentales del Derecho hipotecario*, Oviedo, 1999, p. 88; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 607-610. Como máximos exponentes de la inscripción como simple presunción de título LACRUZ, MORALES MORENO y SANZ FERNÁNDEZ, y, más recientemente, CALVO MELJIDE, LUNA SERRANO, MACÍA MORILLO y SANCINENA ASURMENDI.

⁸³ Por todos, GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., p. 47, y también en «El principio hipotecario de usucapión *secundum tabulas*», *RCDI*, 1997, p. 1718.

⁸⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁸⁵ Expresión de ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 12, que acepta Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 847.

⁸⁶ Sobre el sentido de esta expresión, cfr. BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 690 ss. Adoptan también esta terminología ROCA TRÍAS, «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1979, pp. 43 ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1055 ss. y 1091; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 609, nota 147.

⁸⁷ ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 30; GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., p. 1739; ID., *Derecho...*, cit., p. 68.

⁸⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 12-13; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1995, pp. 557-559. Según GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1711 ss.: se prescinde del título material porque la inscripción equivale directamente al título verdadero, válido y probado (p. 1720); se modifica el requisito de justicia *ex* artículo 1940 CC, pues basta alegar la inscripción aunque el título material que dio lugar a la misma no sea

La ventaja que supone el artículo 35 LH respecto del régimen de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles en el Código Civil radicaría, pues, en permitir la usucapión a pesar de la inexistencia o nulidad del título material.

b) La inscripción como presunción de justo título

Frente a la corriente doctrinal examinada, existe otra que reduce la interpretación del artículo 35 LH en el sentido de no atribuirle mayor alcance que el de constituir una presunción *iuris tantum* de justo título de usucapión, o, en otros términos, esta segunda corriente se opone a que la equiparación entre inscripción y justo título *ex* artículo 35 LH sea plena y absoluta, en el sentido de que se produzca una total identificación entre ambos términos.

El Código Civil invoca para la usucapión al título de carácter sustantivo o material y no al meramente formal. A efectos de la usucapión es imprescindible el título sustantivo, que ha de ser presumido, a partir de la inscripción, título formal, mas la inscripción no es de por sí nunca título, sino que, a lo sumo, lo presume⁸⁹. Por ello, la inscripción, título de carácter formal, aun cuando tenga muchas posibilidades de ser exponente de un justo título material (pues el sistema de calificación registral es muy riguroso y suele impedir el acceso al Registro de la Propiedad de títulos nulos o inexistentes), no es en sí misma el justo título material que exige el Código Civil⁹⁰.

La equivalencia entre inscripción y justo título que parece desprenderse del tenor literal de la Ley Hipotecaria ha sido impugnada con base en argumentos de carácter sistemático:

– otorgar a la inscripción idéntica eficacia jurídica que al título material de usucapión perturba el sistema de ésta, transformando

suficiente para la transmisión del dominio (p. 1738); «aunque el título sea “falso” o “inexistente”, por tratarse de negocio simulado o con causa falsa, si existe la inscripción, cumple el requisito de “verdad” a efectos de la usucapión» (p. 1739). Cfr., también, de este último autor, *Derecho...*, cit., pp. 41, 43, 47, 52-53, 58, 67, 69, 82, 88-89 y 91, nota 47. A juicio de BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 690 ss., el artículo 35 LH deroga la regla del artículo 1940 CC que exige un justo título como requisito de la usucapión, pues el citado precepto de la Ley Hipotecaria eleva a la categoría de título *ad usucapionem* a un asiento registral, que como tal no es adecuado para transmitir el derecho real que publica (pp. 690 y 699); la inscripción, como título por equivalencia, suple un título material inexistente, es decir, falso (pp. 690, 691-692 y 693, texto y nota 203); aunque la inscripción no convalida el título material inválido, suple sus irregularidades, en concreto, su ineptitud para actuar en la usucapión: la Ley crea un título nuevo y autónomo, con virtualidad *per se*, por lo que, en la práctica, es como si lo hubiere convalidado (p. 698). Otros autores (ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., p. 47; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1091-1092 y 1094) estiman que el artículo 35 LH modifica el artículo 1952 CC, ya que convierte en justo título al que legalmente no basta para transferir el dominio.

⁸⁹ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1129-1130, texto y nota 23 y 1139. En el mismo sentido, MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 519-520, 531, nota 109, 536 y 549.

⁹⁰ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1130.

su función. De las dos posibles causas que impiden que tenga lugar la transmisión, falta de titularidad o poder de disposición del *tradens* y vicios del título transmisivo, a la usucapición ordinaria sólo le compete subsanar el defecto de titularidad del transmitente, mas no los vicios del título. No en vano, nuestro Código Civil exige que el título para la usucapición sea justo, verdadero y válido (arts. 1952 y 1953). La equiparación de la inscripción al justo título haría posible, caso de inexistencia o nulidad del título material, una usucapición ordinaria sin justo título; caso de que el derecho consignado en el título sustantivo aparezca diversamente configurado en la inscripción, la adquisición se produciría conforme a la inscripción, al margen de voluntad de las partes cristalizada en el título sustantivo⁹¹. La usucapición *secundum tabulas*, como simple reflejo hipotecario de la usucapición ordinaria regulada por el Código Civil, sólo tiene por finalidad remediar la falta de titularidad del tradente, nunca los defectos del título o contrato⁹².

– La equivalencia plena entre inscripción y justo título entrañaría otorgar una cierta eficacia convalidante a la inscripción del contrato transmisivo nulo, en clara oposición a lo establecido por el artículo 33 LH que no confiere tal virtualidad a la inscripción⁹³.

– Prescindir de la necesidad de veracidad y validez del título material alteraría en su misma esencia el sistema diseñado por el Código Civil⁹⁴.

⁹¹ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1129-1131. También MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 490 y 519.

⁹² MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1126-1131. Cfr. MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 465-467, 472, 486-488, texto y nota 49, 490-493, 500, 504, 530-536 y 549; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1090-1091. En contra, GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 41, 57-58, 89-90 y 91, texto y nota 45.

⁹³ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1126-1127, 1129-1130 y 1136. Según MIQUEL, «Usucapición», cit., p. 6770: «La inscripción, en virtud del principio de legitimación registral, es lógico que proporcione una prueba del título, pero esto no significa que sustituya al título o haga irrelevante su nulidad».

⁹⁴ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 519-530. En sentido contrario, admiten que la usucapición *secundum tabulas* posibilite la convalidación de títulos nulos, esto es, que el artículo 35 LH constituya una excepción a lo dispuesto por el artículo 33 LH: NÚÑEZ LAGOS, *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Madrid, 1953, p. 108 («la inscripción si no por sí, por su propia naturaleza, al menos como instrumento de la usucapición ordinaria convalida los actos y contratos nulos. En este sentido, el artículo 35 tiene un papel de excepción del artículo 33»), y, sobre todo, GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1711, 1718, 1720, 1738-1741 («en el artículo 35 LH la inscripción no es que se presume justo título, sino que la inscripción misma convalida el acto o contrato nulo porque equivale directamente al título verdadero, válido y probado, siempre que vaya unida a la presunción de posesión y al transcurso de los plazos de la usucapición ordinaria»). Este último autor ha reiterado su opinión, con mayor despliegue argumental (*Derecho...*, cit., pp. 33 ss., especialmente, pp. 62 ss.); es más, ha llegado incluso a formular un nuevo principio hipotecario, el principio hipotecario de usucapición *secundum tabulas*, en cuya virtud, «aunque el título en base al cual se haya practicado la inscripción sea nulo o inexistente, o sea nula o inexistente la inscripción, se considera que ésta es justo título para usucapir y se presume la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa» («El principio...», cit.,

– También se ha rebatido la teoría de la equivalencia alegando que una de las consecuencias de la equiparación de la inscripción al justo título es la necesidad de introducir una modificación en la noción de buena fe en la usucapión. La buena fe en el ámbito de los derechos reales tiene un carácter subjetivo, pues se refiere a lo que el adquirente creía. Los artículos 1950 y 433 CC configuran un concepto de buena fe integrado por dos aspectos: positivo, creencia del adquirente de que el transmitente era dueño del bien y de que podía transmitir su dominio (art. 1950), y negativo, ignorancia de la existencia de un vicio en su título o modo de adquirir que invalidaba la transmisión (art. 433). El concepto de buena fe en la usucapión ordinaria hace referencia únicamente a la falta de titularidad del transmitente; el titular registral tiene la creencia errónea de ser titular cuando en realidad no ha llegado a serlo, si bien la indispensable presencia de un justo título, verdadero y válido *ex* artículos 1952 y 1953 CC hace irrelevante el error que en el terreno del título hubiere podido padecer el sujeto⁹⁵. Los términos en que se configura la buena fe en la usucapión no serían extensibles a la presumida por el artículo 35 LH en caso de que se admitiese la posibilidad de usucapión sin justo título o con título de contenido diferente del verdadero⁹⁶.

p. 1711). De forma más matizada, otro sector doctrinal sostiene que la operatividad del artículo 35 LH en caso de títulos nulos no violenta lo prescrito por el artículo 33 LH, pues no se trata de una convalidación genérica de dichos títulos, sino tan sólo de su convalidación a los efectos de la usucapión abreviada: BÉRGAMO LLABRÉS, «La usucapión y el Registro de la Propiedad», *AAMN*, 1946, pp. 277 y 282; PORCIOLES, «La prescripción y el Registro de la Propiedad», en *Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*, Barcelona, 1945, p. 178; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 12 ss.; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 555 ss. En este sentido, destaca la aportación de BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 691-693, 698 y 701: la inscripción, título por equivalencia (creado por la Ley y con virtualidad propia y autónoma) no puede convalidar la nulidad el título: «el artículo 35 de la Ley hipotecaria aporta indirectamente una modificación a tal regla del artículo 33, no convalidando el título inválido (lo que significaría derogar este último), pero sí supliendo sus irregularidades y concretamente su ineptitud para actuar en la usucapión. O sea, que el título del artículo 35 funciona como si corrigiera las deficiencias del título material inscrito. Aunque en realidad lo que hace es crear un nuevo título con una virtualidad *per se* y autónoma. En la práctica es, pues, como si lo hubiera convalidado (a los solos efectos de la usucapión)». Aceptan en lo sustancial esta argumentación, por orden cronológico, ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», *cit.*, pp. 45-46; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 607-610. Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», *cit.*, pp. 1090-1099.

⁹⁵ MORALES MORENO, «La inscripción...», *cit.*, pp. 1134-1135, seguido por LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, *cit.*, p. 207, y MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 548-549.

⁹⁶ MORALES MORENO, «La inscripción...», *cit.*, pp. 1134-1135, apunta además que la teoría de la equiparación de la inscripción al justo título no sólo altera la noción de buena fe en la usucapión, sino que las irregularidades del título, suplidas por la inscripción, han de estar acompañadas de una creencia en que la inscripción, en cuanto título, no adolece de vicios y es exponente del título verdadero. Así, por ejemplo, GARCÍA GARCÍA, «El principio...», *cit.*, p. 1745, considera que en la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH, la buena fe, en cuanto que ignorancia del titular registral, hay que referirla a los defectos de la inscripción (cfr., del mismo autor, *Derecho...*, *cit.*, pp. 99-100). Según RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», *cit.*, p. 1092, no existen particulares obstáculos que impidan que el concepto de buena fe en la usucapión *secundum tabulas* incluya no

En cualquier caso, la doctrina es unánime a la hora de señalar que la utilidad del artículo 35 LH se manifiesta fundamentalmente a efectos de una mayor facilidad probatoria⁹⁷. Nuestro Código Civil establece que el justo título ha de probarse, no se presume nunca (art. 1954). Pues bien, para algunos autores, la inscripción, título por equivalencia, es mucho más fácil de probar que el título material que está en su base⁹⁸. Para otros, la inscripción, título formal, es objeto de prueba más cómodamente que el título en que se fundamenta⁹⁹. A juicio de un considerable sector doctrinal, el alcance de la afirmación «será justo título la inscripción» *ex* artículo 35 LH es el de facilitar la prueba del justo título por la vía de presumirlo a través de la inscripción¹⁰⁰: la presunción *iuris tantum* de justo título *ex* artículo 35 LH sería consecuencia de la más amplia presunción de titularidad *ex* artículo 38 LH (principio de legitimación registral)¹⁰¹.

Una nueva opinión sobre el sentido del inciso inicial del artículo 35 LH lo aportan aquéllos que consideran que la inscripción no es de por sí el justo título, ni tampoco constituye, en rigor, una presunción de justo título, sino que, más bien, la inscripción será prueba suficiente de la existencia del necesario justo título *ad usu-*

sólo la creencia en la titularidad del *tradens*, sino también en la validez del título transmisivo material. Mas, como bien ha precisado MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 549, la buena fe en la usucapición *secundum tabulas* ha de referirse a las vicisitudes del título o modo de adquisición, no a la inscripción; así, «el requisito de la buena fe exige que el adquirente desconozca todo tipo de defecto que vicia su adquisición, si bien sólo podrá subsanar a través de la usucapición ordinaria los que deriven de haber adquirido de un sujeto que no era titular del bien».

⁹⁷ Por todos, ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 30, nota 49; BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 699; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1141.

⁹⁸ BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 692 y 698-699, seguido en este punto por ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 43 y 46, y por YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 607.

⁹⁹ ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 30, nota 49, y también en *Derecho civil*, III-1.º, Barcelona, 1994, pp. 208 y 211, nota 6.

¹⁰⁰ Destaca, por su gran despliegue argumental, MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1124 ss., seguido por LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., pp. 212-213, y también en *Derecho inmobiliario registral*, III bis, Madrid, 2001, p. 150; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2129 y 2132.

¹⁰¹ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1131, nota 24, 1136 y 1141. En el mismo sentido, MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 476, 514, 518 y 543; MIQUEL, «Usucapición», cit., p. 6770; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 258-259; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 532. Frente a la opinión común, GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1715, 1718, 1721-1722, 1730 y 1732, y también en *Derecho...*, cit., pp. 34, 39, 54, 58 y 86-88, niega que el artículo 35 LH sea una derivación o concreción del principio de legitimación registral sino que, a su juicio, uno de los males para la adecuada interpretación del artículo 35 LH ha sido pretender relacionarlo con el artículo 38 LH. Según este último autor, la tesis criticada priva de contenido propio al artículo 35 LH, pues lo convierte en mera repetición innecesaria de lo ya establecido por el artículo 38 LH. No obstante, se ha señalado que tal reiteración es conveniente: MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 512-514 y 543; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1141. Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., p. 1094.

*campionem*¹⁰². O, en otros términos, la inscripción es justo título a los efectos del artículo 1954 CC, es decir, que será justo título sólo a efectos probatorios: la equiparación entre inscripción y justo título no es total o en todos los aspectos (lo que implicaría una plena identificación entre ambos términos), sino que dicha equiparación opera únicamente en lo que atañe a la prueba del justo título¹⁰³. En consecuencia, no se trata de una presunción en sentido propio como parecen entender gran número de autores, sino de una alteración o inversión de la carga de la prueba en favor del titular inscrito¹⁰⁴. No nos hallamos ante una mera sutileza interpretativa, sino que, antes bien, el respeto a la normativa civil en materia de usucapión está en juego. En efecto, el artículo 1954 CC afirma que el justo título «no se presume nunca», sino que «ha de ser probado», y creemos que esta dicción condicionó la redacción del artículo 35 LH y debe también constituir el factor que determine su correcta interpretación. Está bastante extendida la siguiente idea: de los cuatro requisitos que el título hábil para la usucapión ha de reunir según el Código Civil, a saber, justicia, veracidad, validez y ser objeto de prueba, los tres primeros no se alteran por la Ley Hipotecaria; sí, en cambio, el último¹⁰⁵. No existe tanto acuerdo en cuanto a cuál es el alcance de dicha alteración. Sanz estima que «el artículo 35 establece una presunción *iuris tantum* de título, derogando en favor del titular inscrito el artículo 1954 del Código»¹⁰⁶. Esta explicación del artículo 35 LH contradice el artículo 1954 CC, puesto que si se sostiene que en virtud de la inscripción se presume el justo título, en última instancia resultaría que lo dispuesto en el artículo 1954 CC quedaría derogado respecto de la usucapión *secundum tabulas*¹⁰⁷. En cambio, Bonilla y Chico estiman que cuando la Ley Hipotecaria establece que la inscripción es justo título elimina con ello la necesidad de prueba, es decir, que la inscripción no constituye justo título para la usucapión, sino tan sólo supone una presunción de justo título¹⁰⁸. En la vieja polémica acerca de si las presun-

¹⁰² ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho inmobiliario registral*, Granada, 2006, p. 486. En el mismo sentido, MIQUEL, «Usucapión», cit., p. 6770, dice que la «inscripción, en virtud del principio de legitimación registral, es lógico que proporcione una prueba del título».

¹⁰³ Ésta es la tesis defendida con brillantez por MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 510 y 526-529.

¹⁰⁴ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 517, 527 y 528.

¹⁰⁵ BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, I, Madrid, 1967, pp. 300-301; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 532.

¹⁰⁶ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 532.

¹⁰⁷ Esta circunstancia fue bien apreciada por ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., p. 46.

¹⁰⁸ BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 300-301, cuya opinión recoge, y parece que acepta, Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., p. 846.

ciones son un auténtico medio de prueba¹⁰⁹ o si, más bien, constituyen un medio de evitar la necesidad de prueba, estos autores parecen decantarse por lo segundo. Sin embargo, son más numerosos los que consideran que la inscripción constituye un medio de prueba, pero, aun así, las opiniones no son del todo coincidentes. Mientras que para Morales Moreno, la inscripción es «un medio cómodo de probar el justo título de usucapación, medio que no implica una prueba plena del mismo, sino un principio de prueba (inscripción) completado por la presunción. Ello supone un límite al artículo 1954 del Código Civil»¹¹⁰. Con suma prudencia, no habla de derogación, sino de limitación al artículo 1954 CC. En cambio, como ya vimos, otros estiman que la inscripción constituye prueba suficiente del justo título¹¹¹, que la inscripción, acreditada a través de la certificación registral, es un «medio de prueba real» y directo del justo título, siendo esto lo que deba exhibir el titular registral para que se tenga al título por probado; con esta interpretación (el art. 1954 CC exige la prueba del justo título, y, además, excluye que pueda ser presumido en caso alguno), se respeta plenamente no sólo la exigencia civil de la prueba del título, sino también la correlativa y complementaria prohibición de presumirlo, de modo que el artículo 35 LH no contraviene en forma alguna el artículo 1954 CC, sino que representa el más fiel y riguroso cumplimiento de lo que el mismo establece¹¹². En verdad, la inscripción no supone presunción de título, sino que sólo determina una inversión de la carga de la prueba¹¹³; no se trata de una cuestión baladí, pues mediante esta aparente sutileza interpretativa se consigue esquivar una de las objeciones más graves, acaso la de mayor entidad, que se dirigieron a la teoría de la inscripción como presunción de justo título, a saber, la de que tal tesis choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 1954 CC, que de modo terminante señala que el justo título no se presume nunca¹¹⁴.

No obstante, no existe consenso acerca de qué requisitos del título se presumen o se dan por probados en virtud del artículo 35 LH.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 30, nota 49, indica que la inscripción «probaría por presunción» la existencia de título.

¹¹⁰ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1141.

¹¹¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «La posesión y el Registro de la Propiedad», *RDP*, 1978, p. 486; MIQUEL, «Usucapación», cit., p. 6770.

¹¹² MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 528-529 y 547.

¹¹³ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 517, 527 y 528. A su juicio, es dudoso que aquellos autores que hablan de la inscripción como presunción de justo título consideren que se trata de una presunción en sentido propio, como juicio lógico en cuya virtud se deduce de un hecho base o indicio un hecho presunto o consecuencia.

¹¹⁴ Señalan que lo prevenido en el artículo 1954 CC constituye un argumento muy consistente en contra de la tesis de la inscripción como presunción de justo título: ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., p. 46; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1094-1095.

Lo más común es entender que el inciso inicial del citado precepto de la Ley Hipotecaria establece una presunción *iuris tantum* de la veracidad y validez del título a efectos de la usucapión ordinaria¹¹⁵; en cambio, su justicia, es decir, su aptitud o idoneidad para transmitir el dominio, habría de ser objeto de prueba específica¹¹⁶. Desde una perspectiva análoga, pero como hemos visto, no del todo coincidente, la equiparación a efectos probatorios de la inscripción con el justo título determina que «la inscripción se constituye en prueba de que el título del usucapiente es justo, así como verdadero y válido», con lo que se otorga una gran ventaja al titular registral, que a diferencia de los demás usucapientes, cumple el requisito de la prueba con la simple presentación de la inscripción en su favor¹¹⁷.

En cambio, creemos que con acierto, se ha señalado que si bien el artículo 35 LH establece que la inscripción es justo título, lo que la Ley Hipotecaria no establece es que haya una exoneración de la exigencia de que el título sea verdadero y válido¹¹⁸. Lo que, por otra parte, coincide con el régimen general en materia probatoria, pues se debe probar la existencia del justo título, pero no su veracidad y validez: como señala Albaladejo, si «el usucapiente aporta un título que sería suficiente y alega que es el que le ha servido para usucapir, será la otra parte la que para descartar la usucapión deba contraprobar que o no es verdadero o que es inválido»¹¹⁹. No es, pues, que el título se presuma verdadero y válido por el hecho de su inscripción, sino que el título, inscrito o no, se tiene por verdadero y válido en tanto no se pruebe lo contrario por el que se oponga a la usucapión¹²⁰.

¹¹⁵ LACRUZ (*Elementos...*, III-1.º, cit., pp. 212-213; *Derecho...*, cit., p. 150), seguido por LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2129, 2132, 2134 y 2135.

¹¹⁶ LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2134-2135: «la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 35 LH alcanza a la veracidad y a la validez del título que se pretende justo para usucapir pero no a la justeza del mismo en el sentido que exige el artículo 1952 CC, entre otras razones porque aquella presunción se deriva de la inscripción y ésta en ningún sentido puede suplir, por su carácter formal, ni siquiera presuntivamente, al título de carácter material». Añade que la inscripción «por sí misma no prueba que el título inscrito sea apto para transmitir», sino que «ha de ser objeto en este aspecto de la oportuna prueba». En cambio, a juicio de SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 265-266, la presunción abarca no sólo la veracidad y validez del título, sino también su justicia. Por su parte, BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 300-301, a cuyo parecer se suma Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., p. 846, estiman que, si bien el artículo 35 LH establece que la inscripción es justo título, eliminando con ello la necesidad de la prueba del título, lo que la Ley Hipotecaria no establece es que haya una exoneración de la exigencia de que el título sea verdadero y válido.

¹¹⁷ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 529-530.

¹¹⁸ BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 300-301, cuya opinión comparte Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., p. 846.

¹¹⁹ ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 109.

¹²⁰ Así, en relación con la veracidad del negocio, y su antítesis, que es la simulación, se ha señalado que en virtud de la regla general del *onus probandi*, «se presume que la declaración

No obstante, los partidarios de la inscripción como presunción de justo título se enfrentan a un serio obstáculo, pues existe un claro contraste entre la expresión empleada en la primera parte del artículo 35 LH («será justo título la inscripción») y la utilizada por la segunda parte, que para los demás presupuestos de la usucapión (posesión y sus requisitos) utiliza, con mayor propiedad, la expresión «se presumirá»¹²¹. La explicación de la diferente redacción del artículo 35 LH radica en que para enervar la presunción de título es necesario impugnar la inscripción de la que dicha presunción deriva, mientras que las demás presunciones contenidas en dicho precepto pueden destruirse sin necesidad de impugnar la inscripción¹²². Como bien dice Morales Moreno, «por derivar de la inscripción y estar ligada a la legitimación que ella engendra, no basta para destruir la presunción que consideramos la “prueba en contrario” (cfr. art. 1251). Es además preciso atacar la inscripción de donde ella se hace derivar»¹²³. En palabras de Díez-Picazo, «la idea de una simple presunción *iuris tantum* no es en nuestro caso aplicable, pues para destruir los efectos que derivan del artículo 35 no basta una simple prueba en contrario, sino que es preciso atacar y destruir la inscripción»¹²⁴.

de las partes coincide con lo verdaderamente querido en tanto quien afirme lo contrario no lo pruebe. De este modo, quien alega que un negocio es simulado debe demostrar la veracidad de lo que dice, estándose en caso de duda por la validez del acto. Puede sostenerse, entonces, que la prueba de la simulación incumbe a quien afirma su existencia», pues en virtud de lo dispuesto en nuestro Código Civil (arts. 1276 y 1277), se presume que la causa que se expresa es verdadera, de manera que quien afirme que es falsa debe probarlo (CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 119-121). En otras palabras, la presunción de existencia de causa *ex* artículo 1277 CC cede cuando se acredite que la causa expresada es falsa, esto es, que existe simulación.

¹²¹ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1140-1141, tras rechazar la equiparación de la inscripción al justo título, considerando más razonable la postura que ve en el artículo 35 LH una simple presunción de justo título, reconoce que la literalidad de este precepto sigue constituyendo un poderoso argumento en contra de esta segunda teoría, pues: «¿Por qué la Ley Hipotecaria para presumir el justo título de usucapión se ha expresado en los rotundos términos, “será justo título la inscripción”?».

¹²² Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., p. 1093.

¹²³ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1141-1142. En consecuencia, añade: «Como manifestación de las normas sobre acciones contradictorias de los derechos reales inscritos, no pretende dotar a la inscripción de mayor eficacia que la meramente probatoria; es exponente de que se exige para destruir la presunción, además de prueba en contrario, la modificación del Registro».

¹²⁴ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 846. Aceptan la opinión de MORALES MORENO acerca de la existencia de algo más que una mera presunción de justo título en virtud de la inscripción, en cuanto que para destruir dicha presunción se debe también impugnar y destruir la inscripción: Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., p. 286; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 517 y 536; MIQUEL, «Justo título», cit., p. 3906 (no se puede alegar la nulidad o inexistencia del justo título sin obtener la nulidad de la inscripción); ID., «Usucapión», cit., p. 6771 («la inscripción no convalida la nulidad de un título, pero obliga a atacar la inscripción si se quiere atacar la usucapión por falta de título»; «la prueba de que el título es nulo no es suficiente si no se ataca también la inscripción»); RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., p. 1093. Por su parte, ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 26, aun partiendo de premisas diferentes (la inscripción como «título formal» y no como mera presunción de título material), considera que hay «gran verdad» en la afirmación de MORALES MORENO de que para destruir la presunción de título que proporciona la inscripción no basta la prueba en

La presunción puede destruirse antes y después de transcurrir el tiempo necesario para la usucapión: en ambos casos, si se demuestra que faltó el justo título, puede atacarse *ex tunc* esta presunción¹²⁵. De este modo, si el justo título material no existió, no fue válido o verdadero, al no reunir los requisitos que exige el Código Civil, no será posible la usucapión ordinaria, pues la Ley Hipotecaria no altera la disciplina legal de la prescripción adquisitiva del Código Civil.

Con carácter general, se ha señalado que no existe jurisprudencia en sentido estricto sobre esta cuestión, pues si bien en numerosas sentencias es invocado el artículo 35 LH, unas veces en apoyo de la tesis de la equiparación, otras en favor de la tesis de la presunción, nunca lo ha sido como fundamento del fallo¹²⁶. En verdad, el Tribunal Supremo parece bastante reacio a resolver con base en el artículo 35 LH cuando tiene a su disposición vías menos problemáticas para ello¹²⁷. Esta tendencia general de la jurisprudencia se ve confirmada en el caso concreto en que el fiduciario, titular inscrito en el Registro de la Propiedad, pretende haber usucapido en forma ordinaria frente al fiduciante. Son fundamentales a estos efectos las SSTs 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958.

El supuesto de hecho de la STS 3 mayo 1955 fue el siguiente: en garantía de un préstamo, el prestatario vendió en escritura pública determinados bienes inmuebles (dos casas y dieciséis fincas rústicas) al prestamista por 4.500 pesetas; con posterioridad, en documento privado de carácter complementario, el «comprador» se comprometía a retransmitir al «vendedor» las fincas enajenadas si éste le devolvía las 4.500 pesetas realmente entregadas en concepto de préstamo¹²⁸. A diferencia de lo que suele ser habitual, en este

contrario; adaptando a su tesis esta afirmación, señala que para destruir la inscripción como título formal no es suficiente la prueba en contrario, sino destruir la propia inscripción.

¹²⁵ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1141, seguido por MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 517 y 536; MIQUEL, «Justo título», cit., p. 3906; ID., «Usucapión», cit., p. 6771; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., p. 1093. También es seguido por ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., p. 32, aunque éste parta de otras premisas. GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1726 y 1739-1740, y también en *Derecho...*, cit., p. 70, quien considera que si el *verus dominus* quiere impedir la usucapión por parte del titular registral debe impugnar la inscripción y demandar su cancelación, mas esa impugnación no podrá hacerse una vez consumada la usucapión.

¹²⁶ Así lo indica ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., pp. 5-16, apreciación que comparten GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., p. 1732, y MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 520-526. Cfr. MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1137-1138. Estos autores indican que la solución suele venir determinada por la falta de alguno o algunos de los demás requisitos que exige la usucapión ordinaria al margen del justo título (falta de posesión efectiva, falta de buena fe, falta de posesión en concepto de dueño, etc.), de tal manera que el artículo 35 LH no constituye el fundamento del fallo.

¹²⁷ Cfr. MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 520.

¹²⁸ En realidad, el supuesto fue algo más complejo. La operación comercial se integraba por la venta en escritura pública de las fincas celebrada el 12 de febrero de 1933 y por dos documentos complementarios: un primer documento privado en el que constaba un pacto de retroventa por cuatro años otorgado el 27 de febrero de ese mismo año, 1933, y un segundo

caso, el prestamista tomó posesión de los bienes¹²⁹; además, los inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad. El transmitente trató repetidamente de efectuar el pago y lograr así la retransmisión de los bienes, a lo que se opuso el adquirente alegando excusas improcedentes. Presentada demanda por el primero, el Tribunal Supremo declaró la existencia de un negocio de estructura fiduciaria (fiducia *cum creditore*) en el que lo pretendido por los interesados fue garantizar el cobro de la cantidad prestada, viniendo el comprador obligado a devolver las fincas, previo pago por el vendedor del montante del préstamo. Desvelada la relación fiduciaria, y frente a las reclamaciones del fiduciante para el rescate de las fincas, el fiduciario alegó la prescripción ordinaria por haberlas «poseído con buena fe y el justo título que dimana de la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad durante 16 años»¹³⁰. El Tribunal Supremo, a pesar de partir de una aceptación nominal de la teoría del doble efecto, lo que, en sus propias palabras, implica una «transmisión plena del dominio» al fiduciario, rechazó la pretensión de usucapión argumentando que el «contrato funcionó realmente como garantía de un préstamo y las fincas que se figuraron vendidas las ha poseído en tal concepto el demandado, sin transferencia a tercer adquirente, por lo que, a efectos de prescripción adquisitiva entre los “contratantes”, ni las ha poseído a título de verdadero dueño, según exige el artículo 1941 del repetido Código, ni la relación jurídica creada entre comprador y vendedor se gobierna por normas hipotecarias, protectoras (...) de terceros adquirentes». El Tribunal Supremo elude pronunciarse sobre el valor de la inscripción como justo título para la usucapión so pretexto de que la relación jurídica entre las partes no se rige por las normas hipotecarias¹³¹, fundando su decisión en un argumento

documento del mes de diciembre, sin expresión de día, de 1942, por el que el adquirente se comprometía a devolver las fincas si el transmitente le restituía la cantidad prestada. La Sala de instancia fundó el derecho del vendedor-demandante al rescate de las fincas, no en el pacto de retroventa, que había caducado por falta de ejercicio en el plazo convenido, sino en el ulterior compromiso de devolución contenido en el documento de diciembre de 1942.

¹²⁹ La STS 3 mayo 1955 indica que la venta se efectuó «con tradición inmediata». Subrayan la efectiva toma de posesión del fiduciario en este supuesto, IZQUIERDO, «Observaciones a la STS de 3 mayo 1955», *ADC*, 1955, p. 1375; SOTO NIETO, *op. cit.*, pp. 545-546, texto y nota 52.

¹³⁰ El fiduciario alegó también la prescripción extintiva de la acción restitutoria, la cual fue desestimada pues la prescripción de las acciones se interrumpe no sólo por su ejercicio ante los Tribunales, sino también por reclamación extrajudicial (art. 1973 CC), habiendo formulado, sin resultado, el actor múltiples requerimientos para que el demandado le devolviese las fincas previo pago de la suma prestada.

¹³¹ Como afirma AMORÓS GUARDIOLA, *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967, p. 57, la relación jurídica registral «no despliega sus efectos *inter partes*, las cuales quedarán afectadas por su propio negocio transmissivo civil, sino sólo frente a terceros». La STS 8 marzo 1963 contiene la desafortunada afirmación de que «los negocios fiduciarios no se gobiernan por normas hipotecarias protectoras de ter-

menos problemático, la falta de posesión en concepto de dueño. A nuestro juicio, este planteamiento no es el más adecuado. La usucapión *secundum tabulas*, como simple modalidad de la usucapión ordinaria: no subsana vicios del título (negocio transmisivo), sino vicios de la titularidad (falta de titularidad o poder de disposición en el tradente; su presupuesto es, pues, una disposición *a non domino*); no opera nunca *inter partes*, sino sólo frente al tercero *versus dominus*. En la sentencia que estamos analizando, los bienes no pertenecían a un tercero, sino a una de las partes (el fiduciante), por lo que, la usucapión ordinaria, en su modalidad *secundum tabulas*, nunca podía operar¹³². También debemos observar que, desde la óptica de la teoría del doble efecto, la argumentación del Alto Tribunal es incongruente porque implica simple y llanamente la negación de tal teoría, ya que no parece posible conjugar la titularidad plena del fiduciario sobre el bien con la posibilidad de usucapirlo. En realidad, el Tribunal Supremo no aplica en cuanto a los efectos la teoría que dice seguir, o, en otras palabras, los resultados que propugna la STS 3 mayo 1955 desmienten la teoría aceptada.

Un caso de venta en garantía semejante al anterior es el abordado por la STS 10 noviembre 1958. No obstante, difiere en varios extremos: el compromiso de retransmitir o *pactum fiduciae* no se había sometido a plazo¹³³, ni se había plasmado en documento escrito, si bien se podía deducir de las circunstancias que rodearon la operación¹³⁴; además, el fiduciante había quedado en posesión de

ceros», basándose en lo ya declarado por la STS 3 mayo 1955, pero sin tener en cuenta que esta última se refería exclusivamente a la relación entre fiduciante y fiduciario.

¹³² MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 475-476, 483, 486, 488, 493-494 y 500, nota 65, pone de manifiesto que la usucapión *secundum tabulas* ex artículo 35 LH no modifica las líneas esenciales de la regulación civil de la usucapión ordinaria, por lo que dicho artículo 35 no podrá referirse a situaciones en que el titular registral sea parte en la relación cuyos defectos impiden la transmisión, sino que sólo se podría aplicar a los titulares registrales que tengan la condición de terceros, citando en apoyo de este criterio la STS 13 mayo 1970. En parecido sentido, cfr. MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1136 y 1138. En concreto, la STS 13 mayo 1970 señala que «por imperativo de la misma naturaleza de la Ley Hipotecaria española (...) la presunción contenida en el artículo 35 tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien (...) fue parte en el contrato que provoca la inscripción». En contra, ALBALADEJO, «La inscripción...», cit., pp. 12-13, 15 y 34-35, para quien es indiferente que el titular registral usucapiente sea parte o tercero en el contrato que provoca la inscripción.

¹³³ Según la STS 14 marzo 1964, no cabe «estimar como indispensable la obligada determinación del plazo» en el negocio fiduciario, «si bien corrientemente existirá», pudiendo suplirse su falta empleando el medio que prevé el artículo 1128-2 CC.

¹³⁴ El Tribunal Supremo viene desde antaño admitiendo la posibilidad de que los negocios fiduciarios puedan inferirse mediante presunciones, esto es, cuando el pacto fiduciario tenga carácter verbal, los jueces podrán acudir a los actos anteriores, coetáneos y posteriores que contribuyan a una adecuada investigación de la voluntad de los contratantes ex artículo 1282 CC. Cfr. SSTS 10 julio 1957, 10 noviembre 1958, 5 diciembre 1959, 8 marzo 1963, 14 marzo 1964, 25 marzo 1966, 4 abril 1972, 14 julio 1994, 31 marzo 1999 y 11 febrero y 5 diciembre 2005. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 439-440.

las fincas vendidas en escritura pública en calidad de arrendatario. A la muerte del fiduciario, sus herederos interpusieron demanda de desahucio contra el fiduciante; éste, a su vez, demanda la declaración de simulación de la venta por encubrir la garantía de un préstamo, petición a la que se accede en primera y en segunda instancia. En cambio, el Tribunal Supremo entiende que la venta otorgada en escritura pública envolvía un negocio fiduciario *cum creditore*, negocio real y efectivo, no simulado, «que el intérprete debe captar de todas las circunstancias del acto anteriores, concomitantes y posteriores a su formación (...), no dejándose arrastrar por la estructura de forma y contenido del utilizado como simple medio vehicular». En estas circunstancias, los causahabientes del fiduciario alegan la usucapión ordinaria, basando su título en haberse incluido las fincas confiadas en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la partición de herencia del fiduciario como propias de éste, y haber sido así inscritas en el Registro de la Propiedad (arts. 1940, 1941, 1950, 1952, 1953 y 1954 CC en relación con el art. 35 LH). La alegación es rechazada por el Tribunal Supremo porque «se desconoce que la posesión que ha de ostentar el usucapiente para adquirir el dominio y demás derechos reales, ha de ser en concepto de dueño, según el artículo 1941 del Código, y no la tiene con evidencia el mero fiduciario poseedor de las cosas entregadas en fiducia a él o a sus causantes por título hereditario, sin que la inscripción registral, en nuestro derecho, tenga, en general, carácter constitutivo». De nuevo, el Tribunal Supremo evita entrar a considerar el valor de la inscripción como justo título para la usucapión abreviada, desestimando ésta por un camino menos polémico, la falta de posesión en concepto de dueño, aunque también habría podido basar su rechazo en la falta de posesión efectiva tanto del fiduciario como de sus causahabientes, pues, no se olvide que, diversamente a lo que acaeció en la STS 3 mayo 1955, el fiduciante había conservado la posesión material del inmueble transmitido fiduciariamente¹³⁵.

1.1.2 Veracidad

Uno de los reproches que con mayor frecuencia sufren los negocios fiduciarios radica en su falta de veracidad¹³⁶, lo cual

¹³⁵ Por otra parte, como indica PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 52, el hecho de que el Tribunal Supremo manifieste en la sentencia de 10 noviembre 1958 que la posesión del fiduciario no es apta para la usucapión, «implica apartarse de los postulados de la teoría del doble efecto, ya que conforme a ella, el fiduciario es dueño de la cosa dada en fiducia». *Vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434-437; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 517, nota 1322.

¹³⁶ Así, por todos, DE LOS MOZOS, «Negocio...», *cit.*, p. 1029, quien afirma que el negocio fiduciario «más que un negocio real o verdadero, en cuanto tal, sólo es un negocio aparente, cuya causa tiene que fundarse “en otra verdadera y lícita” (art. 1276 CC)».

inexorablemente nos conduce al espinoso e intrincado tema de la distinción entre fiducia y simulación, pues la idea de falta de veracidad o falsedad implica la de engaño u ocultamiento, que, como es sabido, es nota caracterizante de la simulación.

Se suele afirmar que, a diferencia del negocio simulado, en el que tan sólo se quiere crear una apariencia, el negocio fiduciario es un negocio real y efectivamente querido por las partes en todas sus consecuencias¹³⁷. La jurisprudencia antaño afirmaba que en la fiducia no hay simulación, ni absoluta, ni relativa, sino un contrato verdadero, que en muchas ocasiones calificaba como complejo o indirecto; su peculiaridad radica en el empleo de un medio superior, desproporcionado con la finalidad auténticamente perseguida por las partes¹³⁸. En consecuencia, la posición tradicional del Tribunal Supremo, siguiendo muy de cerca la opinión de Ferrara, ha sido la de considerar el negocio fiduciario verdadero en su totalidad¹³⁹. En nuestra doctrina, Cossío concibe el negocio fiduciario como una figura compleja, compuesta por dos negocios derivados de una única causa y, por lo que ahora interesa, verdaderos ambos¹⁴⁰. Por su parte, Hernández Gil señala que en el negocio relativamente simulado, el contenido de una de las declaraciones de voluntad (la del negocio simulado) es sólo aparente, aunque sea real el contenido de la declaración del negocio disimulado; mientras que en el negocio fiduciario, ambas declaraciones, tanto la del contrato real positivo como la del contrato obligatorio negativo, tienen un contenido real efectivo¹⁴¹, lo que, según entendemos, equivale a decir que las dos declaraciones o partes que componen el negocio fiduciario son verdaderas. Para otra corriente doctrinal, encabezada por Lacruz, «en la simulación el negocio simulado *no se quiere* en absoluto, aunque sí algunos de sus efectos por ser los del disimulado; mientras que en la fiducia el negocio aparente se quiere (y por eso no es nulo), si bien desempeñando una función más limitada de la correspon-

¹³⁷ Por todos, FERRARA, *op. cit.*, pp. 82 y 94. Son numerosas las resoluciones judiciales que señalan que el negocio fiduciario no es un negocio ficticio como el simulado, sino real y efectivo, puesto que se quiere con todas sus consecuencias: SSTS 10 noviembre 1958, 8 marzo 1963, 18 febrero 1965, 4 abril 1972, 19 mayo 1982, 25 febrero 1988, 6 julio 1992 y 17 septiembre 2002.

¹³⁸ Por todas, SSTS 28 enero 1946, 23 febrero 1951, 28 diciembre 1955, 8 marzo 1963, 18 febrero 1965 y 4 abril 1972.

¹³⁹ FERRARA, *op. cit.*, p. 117, distingue los negocios simulados relativamente de los que él llama «negocios reales indirectos», en cuya categoría incluye como subespecie a los negocios fiduciarios: «Mientras en la simulación relativa hay dos negocios, uno aparente y otro serio, de los cuales el primero sirve para disfrazar el segundo, en los negocios reales indirectos, no hay siquiera sombra de ficción, siendo el acto verdadero en su totalidad, aunque produzca efectos complejos».

¹⁴⁰ Cossío, *op. cit.*, pp. 293-294. En el mismo sentido, ROSEMBUI, *op. cit.*, p. 232.

¹⁴¹ HERNÁNDEZ GIL, «Notas...», cit., p. 700.

diente a su tipo»¹⁴². Este último autor, pese a que distingue el negocio fiduciario del simulado, en cierto modo aproxima el primero al segundo, pues habla de negocio aparente en referencia al negocio fiduciario o a una parte del mismo¹⁴³. Si partimos de la base de que el negocio fiduciario se caracteriza por la utilización instrumental de un negocio jurídico típico para conseguir efectos distintos y más restringidos de los que le son propios, se plantea en toda su crudeza el problema de las relaciones entre simulación y fiducia¹⁴⁴. Según la postura doctrinal que estamos analizando, al negocio utilizado fiduciariamente, por lo común, compraventa, le faltan elementos esenciales para su validez (el precio), lo que dificulta la distinción entre fiducia y simulación relativa; mas, en cualquier caso, lo que es claro es que si la «venta» es fiduciaria, si se otorga con finalidad de aseguramiento, no hay tal venta, sino un contrato de garantía de particular eficacia, amén de crearse una apariencia de titularidad. Mas, en el negocio fiduciario, el negocio-medio, en tanto que querido por las partes aun para una finalidad más restringida, no puede considerarse simulado sino, más bien, aparente¹⁴⁵. Sin embargo, nosotros creemos que no es correcto afirmar que en el negocio fiduciario se quiera del todo el negocio aparente, pero con una función más limitada, pues entonces no se quiere realmente del todo, y, en consecuencia, hay simulación¹⁴⁶. La negativa a calificar como simulado el negocio empleado fiduciariamente parece ante todo ir dirigida a evitar que se le considere nulo, a la par que calificarlo como aparente parece dar a entender que, a pesar de no ser simulado, no cabe tenerlo por verdadero en sentido estricto.

Aquéllos que defienden la autonomía y sustantividad de la llamada *causa fiduciae* conciben el negocio fiduciario como un tipo negocial específico, aunque de carácter atípico. Según esta corriente doctrinal, no deben confundirse fiducia y simulación: el negocio fiduciario es un negocio real, existente y querido por las partes, sin

¹⁴² LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 191. En el mismo sentido, GÓMEZ GÁLLOGO, *op. cit.*, pp. 535-536; JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., p. 1444; MATEO Y VILLA, «De la fiducia gestión», cit., p. 2591, nota 10.

¹⁴³ Sobre las semejanzas del negocio fiduciario con el simulado, cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1816 y 1821; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 158-161.

¹⁴⁴ Por todos, Díez-PICAZO, «Operaciones...», cit., pp. 29 y 32. La jurisprudencia reconoce como habitual el empleo de negocios traslativos típicos como «simple medio vehicular» de los negocios fiduciarios (SSTS 10 noviembre 1958, 14 marzo 1964, 18 febrero 1965 y 4 abril 1972).

¹⁴⁵ LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., pp. 190-191.

¹⁴⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 219, quien añade que en la fiducia se exterioriza una voluntad sobre una causa que no se corresponde exactamente con la causa real pretendida, lo que implica simulación. Según ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666-667, la parte exterior del negocio fiduciario no es verdaderamente querida, sino que es simulada.

que pueda motejarse de ficticio o simulado¹⁴⁷. Una vez establecida la distinción conceptual entre fiducia y simulación, una vez que se establece que la fiducia no implica de suyo simulación, se puntualiza que el negocio fiduciario, como cualquier otro negocio causal, puede ser disimulado bajo la apariencia de otro negocio¹⁴⁸. Lo disimulado, pues, es el negocio fiduciario en sí¹⁴⁹. Pero, aunque en principio se señalen como igual de factibles el negocio fiduciario directo (o no disimulado) y el negocio fiduciario disimulado, se termina por reconocer que lo más habitual es que el negocio fiduciario se oculte o disimule tras la apariencia de un negocio diverso¹⁵⁰. Es más, se llega incluso a admitir que en la praxis jurisprudencial no es posible detectar supuesto alguno en que el contrato de fiducia que se haya otorgado abierta y ostensiblemente, sino que siempre se ha documentado de forma disimulada¹⁵¹. En tales circunstancias, el negocio fiduciario es un negocio disimulado, y como tal, verdadero y querido por las partes. Como en cualquier otro caso de simulación relativa, el negocio simulado o externo sería falso, mientras que el negocio fiduciario disimulado sería verdadero a pesar de permanecer oculto¹⁵².

A nuestro juicio, el negocio fiduciario es un negocio complejo, pues se compone de dos partes o declaraciones, una externa y ostensible, y otra interna, que necesariamente ha de mantenerse oculta¹⁵³, lo que, según la doctrina que estimamos más correcta, implica simulación¹⁵⁴. En cualquier caso, la jurisprudencia subraya que entre las partes, entre el fiduciante y el fiduciario, no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio indirecto sobre el

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 115, 123 y 258.

¹⁴⁸ JORDANO BAREA, «Naturaleza...», cit., pp. 829; ID., «Negocio fiduciario...», cit., 1020 y 1032; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 114-116, 134-135, 163-164 y 258.

¹⁴⁹ Como bien dice CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 44, no puede hablarse de negocio fiduciario disimulado como no sea concibiendo una *causa fiduciae* atípica.

¹⁵⁰ JORDANO BAREA, «Negocio fiduciario...», cit., pp. 1020 y 1032; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 115-116 y 163-164.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 274.

¹⁵² RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 123 y 258. En este sentido, la STS 18 febrero 1965 caracteriza el negocio fiduciario, frente al simulado, como un negocio querido con soporte en una causa verdadera.

¹⁵³ Subrayan la absoluta necesidad de que el pacto fiduciario se mantenga oculto, ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666 ss.; ARROYO I AMAYUELAS, «Comentario a la STS de 17 septiembre 2003», *CCJC*, 2004, p. 666; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1772; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., pp. 219-220; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 418 y 431; DE LOS MOZOS, «Negocio...», cit., p. 1032.

¹⁵⁴ ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., pp. 219-220; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 418 y 431; DE LOS MOZOS, «Negocio...», cit., pp. 1029 y 1032.

negocio real directo de garantía¹⁵⁵, lo cual coincide con uno de los principios fundamentales que rigen el procedimiento simulatorio, esto es, que entre las partes la voluntad real prevalece sobre la declarada: las partes se conducen con arreglo a lo pactado en el acuerdo simulatorio, rigiendo entre ellas la verdadera voluntad negocial plasmada en el convenio simulador y oculta a terceros¹⁵⁶.

Mas, entre aquéllos que admiten la existencia de simulación relativa en la fiducia (bien sea de forma necesaria, bien como mera posibilidad), no reina el acuerdo en lo relativo a la naturaleza y caracteres del negocio disimulado. Para los que defienden la viabilidad en nuestro Derecho de una atípica *causa fiduciae* con virtualidad suficiente para transmitir el dominio, lo disimulado sería el contrato de fiducia, contrato de garantía con carácter transmisivo de la propiedad¹⁵⁷. De seguirse esta tesis, habría que negar la posibilidad de usucapación por parte del fiduciario, por la obvia razón de que el que ya es propietario no puede usucapir. En efecto, si el contrato disimulado o verdaderamente querido por las partes tiene naturaleza traslativa del dominio, y siempre, eso sí, que reuniese los requisitos de validez exigidos por la Ley, se adquiriría por razón del título, no por razón de usucapación¹⁵⁸.

Desde otra perspectiva, se discute acerca de si lo disimulado es un préstamo, una garantía o un préstamo con garantía. Así, según Carrasco Perera, en la fiducia *cum creditore*, «el único negocio disimulado que cabría descubrir sería un mutuo, pero no un negocio de garantía real»¹⁵⁹. También se ha sostenido que, si atendemos al medio, lo disimulado es un negocio de garantía¹⁶⁰, y, si atende-

¹⁵⁵ SSTs 19 mayo 1989 y 13 febrero 2003. Según PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 63, una vez superados los postulados más radicales de la teoría del doble efecto «en la relación entre las partes nunca podrá sustentarse la situación de apariencia creada, sino la efectivamente producida». Cfr. GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 580.

¹⁵⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 141. En el mismo sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEBZ, *La causa...*, cit., p. 211; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 360; JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, pp. 204 ss.; VERDERA TUELLS, *op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁵⁷ JORDANO BAREA, «Negocio fiduciario...», cit., pp. 1020-1032; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 128, 135, 163-164, 252 y 258. La jurisprudencia adolece de falta de uniformidad en lo terminológico. Lo tradicional era afirmar que el contrato traslativo encubría un negocio fiduciario (SSTs 5 diciembre 1959, 18 abril 1988, 19 mayo 1989, 30 enero 1991, 22 febrero 1995 y 18 marzo 1997). Tampoco es infrecuente que se afirme que la venta encubre o disimula una «venta en garantía», lo cual no parece demasiado correcto (SSTs 14 marzo 2002 y 11 junio 2007). Cfr. SANCINENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 222). En los últimos tiempos, la jurisprudencia habla, con mayor rigor, más que de «venta» en garantía, de «transmisión» en garantía (STS 14 marzo 2002), y, en consecuencia, considera que lo que subyace oculto o disimulado bajo la compraventa es el «negocio de transmisión de propiedad en garantía» (SSTs 26 abril 2001, 26 julio 2004 y 30 mayo 2008).

¹⁵⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 144.

¹⁵⁹ CARRASCO PERERA, «La transmisión...», cit., p. 808.

¹⁶⁰ ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 667-668 y 674-675; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409; GINEBRA MOLINS, *op. cit.*, pp. 763; REGLERO CAMPOS, «El pacto...», cit., p. 1923; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 363. La STS 22 mayo 1956 nos dice que en la

mos al resultado, lo disimulado u ocultado sería un derecho real de garantía atípico, o, al menos, una garantía atípica¹⁶¹.

A nuestro juicio, lo disimulado en el negocio fiduciario *cum creditore* o venta en garantía es un negocio de garantía no transmisivo del dominio¹⁶². El título simulado (venta) no es apto para la usucapión ordinaria, pues no es justo, ni válido, ni, por supuesto, verdadero, sino falso. Por su parte, el verdadero título, el título disimulado (negocio de garantía no transmisivo del dominio), si bien podría ser válido, nunca podrá merecer el calificativo de justo pues carece de virtualidad traslativa del dominio.

Para finalizar, conviene poner de manifiesto que han negado que el título fiduciario sea verdadero incluso aquéllos que no lo consideran simulado. Así, Sanciónena Asurmendi estima válido el negocio fiduciario en tanto en cuanto no constituye un negocio simulado, lo cual no le impide calificar al negocio fiduciario como título no verdadero a efectos de la usucapión ordinaria¹⁶³.

1.1.3 Validez

La tendencia general de la jurisprudencia ha sido la de considerar válida y eficaz la venta en garantía, paradigma de los negocios

fiducia se «encubre una operación de garantía bajo una aparente transmisión», mientras que la STS 28 febrero 1968 prefiere hablar de «contrato complejo de garantía» más que de fiducia *cum creditore*. Por ello se ha dicho –con razón– que «si la “venta” con función de aseguramiento es fiduciaria, no hay tal venta, sino un contrato de garantía de particular eficacia» (LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 190). En el mismo sentido, ALBALADEJO, «El llamado...», cit., p. 667; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, pp. 54, 59 y 64-65; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, «Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales», *RDN*, 1989, enero-marzo, p. 170; FUENTESECA, *op. cit.*, p. 66; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», cit., p. 1267; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 355; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-3º, Barcelona, 1983, pp. 379-380. Por eso, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha considerado preferible hablar, más que de «venta», de «transmisión» en garantía (STS 14 marzo 2002).

¹⁶¹ Por todos, GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 231, 234, 241-242 y 249-251. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1782 ss., pese a considerar problemática la calificación del derecho del fiduciario como «real o cuasi-real» (p. 1782), se decanta por configurarlo a imagen y semejanza de los derechos reales de garantía (pp. 1783, 1793-1810 y 1826). La jurisprudencia se ha referido también a la venta en garantía como una «garantía atípica» (STS 14 marzo 2002), «garantía real atípica» (STS 16 mayo 2000), o como generadora de un «derecho real atípico» (STS 13 mayo 1998).

¹⁶² ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 667-668 y 674-675; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409, 423 y 431.

¹⁶³ SANCIÓNENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 222-223. A falta de mayores especificaciones, creemos que este modo de proceder adolece de cierta falta de coherencia, pues no resulta fácil comprender por qué no es verdadero un título que es reputado como no simulado. Conviene señalar que esta autora no sigue la teoría del negocio fiduciario como negocio simulado relativamente, sino aquella otra que defiende la transmisión de una propiedad o titularidad formal; pensamos que en el planteamiento que realiza de la cuestión subyace la idea de LACRUZ de calificar el negocio empleado fiduciariamente como aparente (y, en consecuencia, no verdadero en sentido estricto, aunque, en rigor, tampoco simulado). Cfr. JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447-1449.

fiduciarios *cum creditore*. No obstante, debemos advertir que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, ese reconocimiento jurisprudencial de la validez y eficacia del negocio fiduciario de garantía ha tenido lugar en litigios planteados entre el fiduciante y el fiduciario, es decir, en la relación entre las partes que lo otorgan¹⁶⁴. La opinión de De Castro, quien señaló que no existía ningún obstáculo que se opusiera «a la validez “inter partes” de la venta en garantía»¹⁶⁵, ha sido seguida muy de cerca por el Tribunal Supremo, que ha declarado que la titularidad fiduciaria ha de desplegar eficacia entre las partes conforme a lo convenido, debiendo observar el fiduciante la obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, pues en tanto no se produzca el cumplimiento de la deuda garantizada, el fiduciario dispondrá de un *ius retinendi* sobre la cosa dada en fiducia (SSTS 21 marzo 1969, 2 junio 1982, 6 abril 1987, 8 marzo 1988, 7 marzo 1990 y 30 enero 1991)¹⁶⁶. La tesis que parece imperar todavía en nuestro país es la de la validez del negocio fiduciario *cum creditore*, si bien provisto de una «limitada eficacia real», que no equivale a una auténtica transmisión del dominio entre las partes, sino a la creación de una mera titularidad formal o fiduciaria¹⁶⁷.

En nuestra opinión, la validez y eficacia de la fiducia *cum creditore* se debe encuadrar dentro de problemáticas bastante más amplias. Por un lado, y partiendo de la base del negocio fiduciario como negocio atípico de estructura compleja que se descompone en un doble plano, externo (transmisión de la propiedad operada mediante un contrato transmisivo típico otorgado en escritura pública) e interno (pacto privado por el que se limita entre las partes el alcance de la transmisión a los fines de mera garantía), su eficacia jurídica debe ser puesta en relación con los arts. 1219 y 1230 CC, es decir, con la eficacia de los llamados contradocumentos o contradecларaciones para desvirtuar lo pactado en escritura pública: mientras que rige el principio de la plena validez entre las partes de las contraescrituras, con relación a los terceros, el contradocumento público les es sólo oponible si se

¹⁶⁴ Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 241, 262 y 269. También lo ha apreciado así PARA MARTÍN, *op. cit.*, p. 731. A consecuencia de ello, se ha señalado que llega a resultar intrascendente sostener que el fiduciario tiene la plena propiedad, limitada obligacionalmente por la *causa fiduciae*, que sostener que tiene una titularidad fiduciaria con fines de garantía (CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 30 mayo 2008», *CCJC*, 2008, p. 1523; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», *cit.*, p. 618, nota 17).

¹⁶⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 431.

¹⁶⁶ La STS 14 febrero 1996 insiste en la idea de que la titularidad formal o fiduciaria desplegará su «eficacia entre las partes», en tanto el fiduciante no acredite haber abonado en su integridad la deuda.

¹⁶⁷ Por todos, *vid.* GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 104-105 y 322.

dan los presupuestos que exige el artículo 1219 CC, y el documento privado no les puede ser opuesto en ningún caso *ex* artículo 1230 CC¹⁶⁸. La posible eficacia *erga omnes* de la venta en garantía se encuentra en estrecha conexión con la publicidad de que sea objeto ante terceros, de modo que éstos sólo se podrán ver perjudicados por ella en la medida en que la conozcan o puedan conocerla¹⁶⁹. Como, con acierto, expone Lacruz respecto de la eficacia de la fiducia frente a terceros, «la responsabilidad del fiduciante por la creación de un contrato típico sin advertir su utilización fiduciaria hará inoperantes tales limitaciones frente a los adquirentes de buena fe y por título oneroso. No significa esto crear nuevos tipos de derecho real, sino discernir la oponibilidad o no de las modalidades limitativas de una transmisión con arreglo a los criterios más corrientes de nuestro ordenamiento»¹⁷⁰. En consecuencia, el pacto interno fiduciario sólo es eficaz *inter partes*, no es oponible a los terceros. Así, el Tribunal Supremo, en las SSTs 12 febrero 1988 y 17 septiembre 2003, ha declarado que la apariencia jurídica que genera el negocio fiduciario sirve para proteger a los terceros acreedores que embargan los bienes transmitidos, por deudas del fiduciario, frente a la tercería de dominio del fiduciante, basándose en la inoponibilidad frente a terceros del documento privado que contiene el pacto fiduciario por el que se limita el alcance transmisivo de la escritura pública a los simples efectos de garantía de una deuda preexistente¹⁷¹. No obstante, debemos señalar que, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha admitido que los efectos propios del *ius retinendi* no se limitan a las relaciones internas entre fiduciante y fiduciario, sino que son oponibles a terceros. En este sentido, la STS 26 julio 2004 reconoce al fiduciario un derecho de retención sobre la cosa oponible frente a otros acreedores del fiduciante-deudor en un

¹⁶⁸ Sobre esta materia puede verse el completo estudio de RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*, pp. 229 ss., especialmente, pp. 367 ss. Cfr. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, p. 58; GARRIGUES, *op. cit.*, p. 31; HERNÁNDEZ GIL, «Notas...», *cit.*, pp. 691, 693 y 694.

¹⁶⁹ GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 269; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 557; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 65.

¹⁷⁰ LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, *cit.*, p. 193. Tras poner de manifiesto que prácticamente nadie pone en duda la validez entre las partes de la venta en garantía, GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 556, señala que su contenido básico radica en la creación de una titularidad formal, fiduciaria o aparente, que opera ante y para terceros; de ahí que las mayores dificultades de la venta en garantía surgen al analizar su posible eficacia *erga omnes*.

¹⁷¹ Cfr. CARRASCO PERERA, «La transmisión...», *cit.*, p. 806; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», *cit.*, p. 633, texto y nota 63. En sentido análogo, QUICIOS MOLINA, *Efectos de las garantías reguladas por la Ley de ventas a plazos de bienes muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*. Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 170-171, señala, con relación al pacto de reserva de dominio, que lo realmente problemático no es su validez *inter partes*, sino su eficacia frente a terceros (acreedores del comprador, acreedores del vendedor, subadquirentes de la cosa vendida).

supuesto de suspensión de pagos de éste¹⁷². Por otro, y en estrecha relación con lo anterior, estimamos que la validez y eficacia del negocio fiduciario se debe encuadrar dentro del régimen general de la simulación relativa, pues todo negocio fiduciario es simulado relativamente: se realiza en apariencia un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto; las partes concluyen un negocio verdadero que ocultan bajo la apariencia de otro diverso, de modo que su auténtica naturaleza permanece oculta, se sustrae al conocimiento de terceros. Bajo la –falsa– apariencia de una compraventa (contrato simulado) existe un negocio realmente querido (contrato disimulado de garantía) al que se le debe reconocer eficacia *inter partes*: el negocio disimulado vale entre las partes porque es el realmente querido por ellas; el pacto de limitación del alcance de la transmisión a los solos fines de garantía opera entre fiduciante y fiduciario, pero no perjudica a los terceros que de buena fe tuvieron por real al contrato simulado¹⁷³. En consecuencia, la no oponibilidad del pacto fiduciario, en cuanto que mero acuerdo simulatorio, a los terceros gozaría de un claro fundamento legal en los arts. 1219 y 1230 CC¹⁷⁴.

La orientación doctrinal más consolidada a día de hoy es aquélla que considera a los negocios fiduciarios como una subespecie de los llamados negocios anómalos. La fiducia sería una anomalía negocial (en concreto, una anomalía causal), encuadrada junto a otras anomalías más o menos cercanas (negocios simulados, indirectos y en fraude de ley)¹⁷⁵. Compartimos esta tesis, pues creemos que la fiducia es una anomalía negocial que se incardina dentro de otra más amplia, la simulación relativa, ya que, en última instancia, el procedimiento fiduciario no es más que una manifestación concreta del procedimiento simulatorio¹⁷⁶. No obstante, algunos consideran que la califi-

¹⁷² Cfr. PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 26 julio 2004», *CCJC*, 2005, pp. 804-805 y 809-810 (con cita de doctrina acerca de la oponibilidad o no del derecho de retención a la masa del concurso de acreedores); REGLERO CAMPOS, «El pacto...», cit., p. 1932.

¹⁷³ Cfr., por todos, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 141 ss.; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408 ss.; VERDERA TUELLS, *op. cit.*, pp. 26 y 46 ss.

¹⁷⁴ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 143-144; GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pp. 363 y 381. Sobre la relación entre los arts. 1219 y 1230 CC y la teoría de la simulación, vid. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 121-122; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 362; RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*, pp. 235, nota 14 y 237 ss.

¹⁷⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 329-457, seguido por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, cit., pp. 502-517; GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pp. 379-382; GULLÓN, *op. cit.*, pp. 119-143; Lacruz, *Elementos...*, II-1º, cit., pp. 454-458; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II-1º, cit., pp. 439-494. El Tribunal Supremo ha empleado la expresión «convenio anómalo» para caracterizar al negocio fiduciario (SSTS 16 noviembre 1999, 7 junio 2002, 31 octubre 2003 y 30 marzo y 26 julio 2004), o ha señalado que produce una «situación anómala» (STS 2 junio 1982).

¹⁷⁶ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 329-330 y 409 (a quien sigue GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 323 y 363), considera tanto fiducia como simulación como simples procedimientos anómalos y deformadores del negocio jurídico.

cación del negocio fiduciario como negocio anómalo es inadecuada, pues arrastra la tacha o prejuicio de invalidez del mismo, cuando se parte de lo contrario, esto es, de su validez¹⁷⁷.

En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha intentado distinguir fiducia y simulación relativa sobre la base de que, aunque en las dos figuras existen dos negocios, en la fiducia, tanto el negocio real traslativo como el negocio obligatorio son válidos, mientras que en la simulación relativa, el negocio simulado es siempre ineficaz, pudiendo en su caso ser válido el negocio disimulado (STS 23 septiembre 2002)¹⁷⁸. Con mejor criterio, la STS 14 marzo 2002 señala que nada obsta a que la venta en garantía «pueda ser considerada existente y válida como negocio disimulado (art. 1276 CC), encubierto bajo otro negocio aparente carente de causa o con causa falsa, y por ello nulo, o mejor, inexistente (“nullum vero substantiam”), con lo que se produce una hipótesis de simulación relativa», por lo que, concluye, la venta en garantía es «verdadera y válida (al menos en la relación “inter partes”)»¹⁷⁹.

La eficacia del negocio fiduciario dependerá de la voluntad de las partes manifestada en el pacto fiduciario, pacto interno, oculto a terceros, en el que los otorgantes establecen cuál es su verdadera voluntad, cuáles son los efectos realmente pretendidos. El pacto fiduciario tiene un doble contenido: por un lado, negativo (destruye la apariencia de validez y veracidad del negocio simulado); por

¹⁷⁷ GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 234, 255 y 263, nota 69, quien además considera que la denominación «titularidad formal» o «titularidad fiduciaria» empleada para caracterizar lo transmitido al fiduciario no es tampoco demasiado apropiada, pues conlleva una posible ilicitud (formal como equivalente a simulado o aparente). Por su parte, SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 222-223, texto y nota 444, defensora de la tesis de la transmisión de la propiedad formal, y, en consecuencia, de la distinción entre el negocio fiduciario y el simulado, estima que el negocio fiduciario ha sorteado, entre otros escollos que ponían en tela de juicio su validez, su consideración como negocio simulado.

¹⁷⁸ Esta sentencia parece reflejar el criterio de HERNÁNDEZ GIL, «Notas...», *cit.*, p. 700, para quien fiducia y simulación relativa son semejantes en tanto que ambas se componen de dos declaraciones de voluntad, sin embargo, en el «negocio relativamente simulado, el contenido de una de las declaraciones de voluntad (la del negocio simulado) es sólo aparente, aunque sea real el contenido de la declaración del negocio disimulado; mientras que en el negocio fiduciario, ambas declaraciones, tanto la del contrato real positivo como la del contrato obligatorio negativo, tienen un contenido real efectivo». VERDERA TUELLS, *op. cit.*, pp. 37-38, defiende una idea similar, pues afirma que en el negocio fiduciario «tanto el elemento real como el obligatorio son queridos real y positivamente por las partes». Cfr., en parecido sentido, COSSÍO, *op. cit.*, pp. 293-294.

¹⁷⁹ En el mismo sentido, se pueden citar otras sentencias, tanto anteriores como posteriores. Según la STS 25 septiembre 1956, «la relación jurídica compleja del negocio fiduciario “inter partes”, o más bien, y sobre todo respecto de terceros [se configura como], un negocio relativamente simulado con secuela de que, el vínculo obligacional objeto de la fiducia, o el encubierto por simulación, sería el único eficaz ante el derecho»; por otra parte, las SSTs 23 abril 2004 y 9 marzo 2006 señalan que en la fiducia se produce una discordancia entre la voluntad interna y la declarada, constitutiva de simulación contractual relativa, en la que, en principio, el negocio disimulado será considerado válido y eficaz, mientras que el simulado habrá de reputarse inexistente por carecer de causa.

otro, positivo (a través de él se fija la naturaleza del negocio disimulado). El poder que se confiere al fiduciario estará en consonancia con la causa del negocio disimulado¹⁸⁰.

«No parece, pues –como afirma De Castro– que haya nada que se oponga a la validez “inter partes” de la venta en garantía», mas, sin dejar de tener presente que la «posibilidad de que ella oculte la imposición de una cláusula comisoria en favor del fiduciario o prácticas usurarias, podrá siempre ser reprimida por los tribunales, como actos en fraude a la ley»¹⁸¹.

En efecto, desde antaño se ha venido cuestionando la validez de los negocios fiduciarios por suponer una vulneración oblicua o indirecta de la norma que prohíbe el pacto comisorio, o, en otras palabras, por constituir negocios en fraude de ley (arts. 6.4, 1859 y 1884 CC)¹⁸². Aunque es innegable la proximidad entre el negocio fiduciario y el negocio en fraude de ley, ambas figuras no se identifican en todo caso. Los negocios fiduciarios de garantía pueden ser otorgados en fraude de ley, pero no son necesariamente negocios fraudulentos¹⁸³. Fiducia y fraude no constituyen un único fenómeno jurídico, pues cabe la posibilidad de negocios fiduciarios no fraudulentos y de negocios en fraude de ley que no utilizan el procedimiento fiduciario; pero, no puede negarse que el ocultamiento del pacto fiduciario, propio del negocio fiduciario, le tacha de sospechoso de fraude, pues se le esconde por o para algo¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Según DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409, 422-424 y 431, la eficacia del negocio fiduciario, esto es, el contenido de la titularidad fiduciaria se encuentra «en dependencia estricta de los pactos que la originan, y con arreglo a ellos tendrá mayor o menor alcance»: el fiduciario, supuesto adquirente, falso dueño de la *res fiduciae*, tendrá sobre ella un verdadero poder en función del pacto fiduciario disimulado, poder distinto que puede ser de garantía o de mandato. Sobre la necesidad de acudir a la voluntad de los otorgantes del negocio fiduciario para fijar su contenido, en la medida que «sólo puede producir los efectos realmente queridos por ellos», cfr. LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 190.

¹⁸¹ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 431-432.

¹⁸² DE CASTRO, *op. cit.*, p. 418; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1954, p. 225, nota 6. En la doctrina italiana, BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1949, p. 284; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, s.f., p. 634; CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, pp. 64-65.

¹⁸³ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1954, p. 225, texto y nota 6, señala que «la fraudulencia no es una nota esencial en el negocio fiduciario», aunque «un negocio fiduciario puede ser o no ser *fraudulento* en el sentido de estar o no estar otorgado para eludir una norma legal prohibitiva o para defraudar a terceros», para, finalmente, advertir sobre la posibilidad de que «un negocio fiduciario de garantía sirva para eludir la prohibición del pacto comisorio». Cfr. NAVARRO FERNÁNDEZ, *El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*, Madrid, 1988, pp. 70-71. En contra, LACAL FUENTES, «El tema del negocio fiduciario», *RDP*, 1950, p. 782, para quien la transmisión de la propiedad con fines de garantía es con toda evidencia un negocio en fraude de ley.

¹⁸⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 418. Aprovechamos la ocasión para volver a poner de manifiesto como DE CASTRO identifica el procedimiento fiduciario y el procedimiento simulatorio, pues ambos se basan en el ocultamiento, bien del pacto fiduciario, bien del acuerdo simulatorio. Desde esta perspectiva, parece lógico que tanto un procedimiento (fiduciario) como el otro (simulatorio) resulten sospechosos por igual (*op. cit.*, pp. 418 y 350-352, respectivamente). Por su parte, SOLS LUCÍA, *El fraude a la ley. Estudio analítico*

Para poder responder a la pregunta de si los negocios fiduciarios de garantía infringen la prohibición del pacto comisorio debemos precisar qué se entiende por éste. Tendremos que distinguir, a su vez, entre pacto comisorio típico y autónomo. El primero de ellos es contemplado por el legislador (arts. 1859 y 1884 CC) como un pacto que se puede añadir a las garantías reales típicas (hipoteca, prenda y anticresis), y en cuya virtud, llegado el vencimiento del crédito garantizado, el acreedor podrá optar entre exigir el pago de la deuda o apropiarse de la cosa dada en garantía¹⁸⁵. El denominado pacto comisorio autónomo consiste también en la facultad de apropiación del acreedor de un bien del deudor si éste no cumple la obligación asegurada, mas cuya característica diferencial radica en no hallarse coligado a una precedente o contextual garantía real típica¹⁸⁶.

El pacto comisorio autónomo puede derivar de diversos negocios o combinaciones de negocios encuadrables todos ellos dentro del genérico concepto del negocio fiduciario de garantía, venta o enajenación en garantía (*ad. ex. venta*, pura o con pacto de retro en garantía, *sale and lease-back*, venta seguida de opción de recompra). Es más, si se observa la praxis negocial, se puede apreciar que los pactos comisorios han desaparecido de las garantías reales típicas, constituyendo la hipótesis más habitual en la práctica la del pacto comisorio autónomo¹⁸⁷. Pero ello no implica de ninguna manera una equiparación entre la venta o enajenación en garantía y

del artículo 6.4º del Código civil en la doctrina y jurisprudencia, Barcelona, 1989, p. 126, parece ir algo más lejos, ya que tras señalar que el ocultamiento del pacto fiduciario lo hace sospechoso de fraude, afirma que «si bien se trata de dos negocios completamente distintos, en la práctica será difícil hallar un caso de fiducia que no vaya revestido o promovido, confidencialmente, de fraude a la ley».

¹⁸⁵ Cfr. DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, cit., p. 68; REGLERO CAMPOS, «Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II-1, coordinado por NIETO CAROL y MUÑOZ CERVERA, Madrid, 1996, p. 421; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 202. Según CARRASCO PERERA, «Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987», *CCJC*, 1987, p. 4933, el pacto comisorio supone la «facultad de apropiación del acreedor de un bien del deudor causalizada al impago de un débito simultáneo o anterior al contrato donde se pactó la facultad de apropiación».

¹⁸⁶ BUSTOS PUECHE, «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *ADC*, 1990, p. 567; DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, cit., p. 68; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 455; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», cit., p. 421. En la doctrina italiana, CARNEVALI, «Patto commissorio», en *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982, p. 502, define el pacto comisorio autónomo como «una *convenzione che, senza collegarsi ad una contestuale o preesistente garanzia nominata, preveda il futuro passaggio della proprietà di un determinato bene del debitore al creditore in caso di inadempimento*».

¹⁸⁷ Se habla, pues, de pacto comisorio oculto o encubierto: DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, cit., p. 68 y 121; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», cit., pp. 426, 428 y 437. Sobre las diversas fórmulas de pacto comisorio encubierto, *vid.* DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, cit., pp. 125-264. Para el Derecho italiano, cfr. CARNEVALI, *op. cit.*, pp. 502 y 504.

el pacto comisorio autónomo, pues éste constituye una convención funcionalmente distinta a la venta en garantía, y eventualmente accesoria a la misma¹⁸⁸. El negocio fiduciario *cum creditore* no implica de por sí pacto comisorio¹⁸⁹; dicho pacto no se halla ínsito en la propia estructura de la fiducia *cum creditore*¹⁹⁰: sólo existirá, pues, pacto comisorio en la fiducia si así se hubiere acordado¹⁹¹, explícita¹⁹² o implícitamente¹⁹³.

¹⁸⁸ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 456.

¹⁸⁹ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1801; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 456-457 y 579; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 203; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 222, nota 445. Con su habitual autoridad, DE CASTRO, *op. cit.*, p. 385, afirma: «Está dentro de lo probable que un profesional del préstamo cuente con apropiarse de ese modo la propiedad de la finca entregada en garantía; no lo está, por el contrario, que ello sea objeto de acuerdo con el fiduciante». Por su parte, SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, p. 169, indica que en la fiducia *cum creditore* «es muy posible que los interesados para nada tengan en cuenta los efectos comisorios».

¹⁹⁰ En contra de esta afirmación, LACAL FUENTES, *op. cit.*, p. 782, para quien la transmisión fiduciaria de la propiedad para fines de garantía constituye un verdadero contrato *in fraudem legem*. Más recientemente, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 256, modificando su postura inicial, afirma con rotundidad: «En la fiducia de garantía se incumple la prohibición del pacto comisorio ya de entrada porque ¿qué más abusivo que no admitir una garantía típica y acordar otra en la que existe ya una apropiación del objeto desde antes del incumplimiento de la obligación? La venta en garantía encierra, en sí misma, un pacto comisorio y, por ello, es nula». En esta línea, la STS 14 diciembre 1955 considera que el pacto de comiso se halla «ínsito» en las ventas con pacto de retro.

¹⁹¹ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1801, GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 457 y 579; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 360; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 203-205; RUBIO GARRIDO, *Jurisprudencia civil. Código Civil*, dirigido por PASQUAU LIAÑO, III, Granada, 2009, pp. 3654 ss.

¹⁹² RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 204-205, describe a la perfección cuál es el modo ordinario de configurar el pacto comisorio en la fiducia *cum creditore*: «el deudor transmite una propiedad en garantía, normalmente mediante escritura pública de compraventa, a la que se añade un documento privado o un acuerdo puramente verbal que manifiesta que la transmisión lo es sólo en garantía, que no existe verdadera compraventa, y que el adquirente se compromete a retransmitir cuando se extinga la deuda. Hasta aquí todo corresponde con un contrato de fiducia, transmisión de la propiedad en garantía; pero en el acuerdo privado se señala que, si no se paga la deuda en un plazo, el acreedor puede dar por extinguida la relación crediticia y la obligación de retransmitir, quedándose de modo definitivo con la propiedad del bien entregado». Por nuestra parte, podemos citar como un supuesto ejemplar de fiducia con pacto comisorio explícito el contemplado en la STS 19 mayo 1982: existiendo una serie de deudas entre dos personas, el deudor vendió en escritura pública una finca de su propiedad al acreedor; ambas partes otorgaron en la misma fecha un contrato privado en el que declaraban que la transmisión de la finca se había efectuado con finalidad de garantía, por lo que se concedía al transmitente la facultad de recuperarla mediante el abono de lo debido en concepto de capital e intereses (hasta este momento, pues, negocio fiduciario de garantía o fiducia *cum creditore*), mas se añadía que la falta de pago de dos mensualidades produciría la resolución del contrato, quedando en poder del fiduciario la finca descrita con todas sus mejoras (lo cual supone pacto comisorio). En esta resolución, el Tribunal Supremo, aun sin hacer referencia explícita a la prohibición del pacto comisorio, pues no fue oportunamente alegado, declaró que el fiduciario «no puede obtener más que la devolución íntegra de la cantidad reconocidamente adeudada, sin que pueda accederse a la solicitada incorporación a su patrimonio, por modo definitivo, del derecho de propiedad sobre la finca objeto de la compraventa, ya que no fue este efecto la finalidad perseguida sino que se quiso sólo el garantizar la efectividad de la devolución de la cantidad».

¹⁹³ Como indica GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 456-457 y 579, no es preciso que se pacte de un modo expreso la apropiación del bien por el acreedor en caso de incumplimiento, sino que basta con que se llegue a ese resultado a través de cualquier tipo de fór-

A día de hoy, la inmensa mayoría de la doctrina entiende que el denominado pacto comisorio autónomo queda comprendido dentro del radio de acción de los arts. 1859 y 1884 CC, o, en otros términos, que la prohibición del pacto comisorio se extiende o alcanza a los negocios fiduciarios de garantía¹⁹⁴. En cambio, no existe acuerdo en cuanto a la forma de justificar la aplicación de la prohibición comisoria a la fiducia *cum creditore*¹⁹⁵. La aplicación de la prohibición contenida en los arts. 1859 y 1884 CC a los negocios fiducia-

mula o procedimiento. Observemos, por ejemplo, el caso planteado en la STS 26 abril 2001: el mismo día del otorgamiento de una escritura de compraventa con pacto de retro de una casa, se suscribió un documento privado en el que, tras exponer la existencia de una deuda, para cuyo pago se expedían una serie de cambiales, se declaraba que «en garantía del pago de dichas cambiales» se había otorgado la escritura de compraventa, estableciéndose las condiciones para el ejercicio del pacto de retroventa (que se hubieren hecho efectivas a sus respectivos vencimientos las cambiales). El Tribunal Supremo consideró que, atendiendo sin más a la literalidad de la escritura pública y documento privado coetáneo, «lo que las partes han pactado no es sólo una transmisión de la propiedad con fines de garantía, sino la adquisición de la misma si se impaga la deuda garantizada». Las SSTs 15 junio 1999 y 20 diciembre 2007 abordan supuestos muy semejantes, otorgamiento sucesivo de escritura pública de compraventa y documento privado en el que se señala que la transmisión se hace con fines de garantía y se establece un derecho de retracto convencional como medio o instrumento de recuperación del bien por el fiduciante, una vez satisfecha la obligación garantizada. Pues bien, en ambos casos, el Tribunal Supremo estimó que la venta simulada encubría la garantía de un préstamo, y que ésta no consistía sino en la facultad del acreedor de hacer suyas las fincas dadas en garantía, lo cual constituye pacto comisorio prohibido. No es, pues, casual que se haya puesto como ejemplo de pacto comisorio acordado implícitamente el de un retracto convencional cuya caducidad lleve aparejada la adquisición del pleno dominio en favor del adquirente en garantía (GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 579). Véanse también las Resoluciones de 5 junio 1991 y 18 octubre 1994 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Otro ejemplo jurisprudencial de pacto comisorio acordado implícitamente se recoge en la STS 31 mayo 1965. Las partes otorgaron escritura pública de compraventa, y, a continuación, suscribieron un documento privado que encabezaron bajo la rúbrica «contrato obligacional en relación con el fiduciario a que se refiere», y en el que expresaron que la venta tenía por finalidad garantizar la restitución de un préstamo, y que, en consecuencia, dicha venta se resolvería hecho el pago por el deudor en el plazo señalado. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo declaró que la simulada venta no era más que un medio de encubrir un préstamo, obligando al recurrente a otorgar escritura de retransmisión de las fincas previo pago por el recurrido del importe del préstamo y de sus intereses, rechazando el supuesto derecho invocado por el demandado a «incautarse de las fincas fundado en el impago del capital prestado» sobre la base de entender que ello implicaría «pacto comisorio no permitido por la Ley». Por último, la jurisprudencia ha declarado también la existencia de comiso pactado implícitamente en casos de venta seguida de arrendamiento financiero (*sale and lease-back*): SSTs 16 mayo 2000 y 10 febrero 2005.

¹⁹⁴ *Vid.*, entre otros, BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 567-568; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1800-1805; CARAMÉS PUENTES, *op. cit.*, p. 135; CARRASCO PERERA, «Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987», *cit.*, p. 4934; DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, *cit.*, pp. 68 y 125-264; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 256 ss.; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 496 ss.; IRURZÚN GOICOA, «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid, 1965, pp. 45-46; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», *cit.*, pp. 425-428; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 360-361; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, pp. 182, 202-204 y 211.

¹⁹⁵ En la doctrina italiana también se ha debatido intensamente la aplicación, por vía directa o analógica, de la prohibición del pacto comisorio a las llamadas garantías atípicas. *Vid.* LUMINOSO, «Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio», *RDC*, 1990-I, pp. 219 ss.; SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, pp. 27, 36 y 107.

rios de garantía se ha justificado mediante el empleo de diferentes expedientes técnicos:

- la postura más tradicional consiste en aplicar la prohibición a los negocios fiduciarios a través de las figuras de la simulación y el fraude de ley¹⁹⁶;
- una segunda corriente defiende la aplicación por analogía *legis* de los arts. 1859 y 1884 CC a los negocios fiduciarios¹⁹⁷;
- una tercera postura, probablemente con el fin de evitar los recelos que suscita en este ámbito la analogía *legis*, propugna la aplicación de la prohibición del pacto comisorio a los negocios fiduciarios por analogía *iuris*, al entender que los arts. 1859 y 1884 CC no deben verse sino como una simple manifestación de un principio que, con carácter general, proscribiera el comiso en toda clase de garantía real, sea ésta típica o atípica¹⁹⁸.

Ante la dificultad de la cuestión, quizá lo más prudente sea no decantarse en exclusiva por ninguna opción, sino proceder de manera ecléctica. Así, la STS 16 mayo 2000, considera «incuestionable» la aplicabilidad de la prohibición del pacto comisorio «a todo tipo de garantía atípica por coherencia del sistema, analogía (art. 4.1 CC), evitar el fraude de ley (S. 18 febrero 1997), y, como dice la Sentencia de 13 de mayo de 1998, dadas las razones de moralidad e interés general en que se asienta, por lo que constituye un límite al principio de la autonomía privada»¹⁹⁹. Se entiende que el pacto comisorio está proscrito con carácter general para todos los negocios de garantía, aun cuando la prohibición se halle ubicada en el ámbito de las garantías reales típi-

¹⁹⁶ Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 385, 418 y 431-432; DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, cit., p. 120; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas al Tratado de Derecho civil*, I-2, 1.ª parte, Barcelona, 1981, pp. 116 y 125. BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 571-572, señala que supuestos habitualmente considerados como constitutivos de pacto comisorio oculto deben ser tratados con arreglo a los principios de la simulación negocial.

¹⁹⁷ CARRASCO PERERA, «Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987», cit., p. 4933; JORDANO BAREA, «Naturaleza...», cit., p. 832; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 360-361. En contra de la aplicación analógica, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, pp. 116 y 125, y, según parece, FELIÚ REY, *op. cit.*, p. 137, que considera problemática la aplicación analógica de normas prohibitivas a casos que no coinciden literalmente con el supuesto de hecho de las mismas. Las SSTS 22 diciembre 1988 y 13 mayo 1998 admiten la aplicación, por analogía *legis*, de la prohibición contenida en los artículos 1859 y 1884 CC a los negocios fiduciarios de garantía.

¹⁹⁸ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 382, 397-400 y 458; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 182, 204 y 211. MOLL DE ALBA LACUVE, «El pacto comisorio en el Código civil», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, I, Madrid, 1999, pp. 201-202, concibe la prohibición del pacto comisorio como un principio general del Derecho cuyo ámbito de actuación se extiende más allá de las garantías reales.

¹⁹⁹ En este mismo sentido, FELIÚ REY, *op. cit.*, p. 138, partiendo de la consideración de que «el pacto comisorio se encuentra prohibido a todas luces», sostiene que dicha prohibición debe aplicarse a los negocios fiduciarios de garantía «bien sea directamente, analógicamente o acudiendo a la simulación, al fraude a la ley o al negocio indirecto».

cas²⁰⁰. Ésta es también la postura de la jurisprudencia. De forma terminante, la STS 26 abril 2001 declara que la «referida prohibición del pacto comisorio no debe entenderse circunscrita a los contratos de garantía típicos, sino también a los negocios indirectos que persigan fines de garantía». Asimismo, la STS 4 diciembre 2002 señala que a pesar de que el artículo 1859 CC se refiere sólo a la prenda e hipoteca, la interdicción del pacto comisorio «también resulta aplicable a los negocios de transmisión en garantía».

Por otra parte, la doctrina italiana considera que el artículo 2744 del Código Civil italiano –equivalente a los arts. 1859 y 1884 CC español– constituye una norma material, es decir, una norma que impide la obtención de un determinado resultado, cualesquiera que fuese el medio empleado para obtenerlo²⁰¹. Esta concepción es la que subyace en la STS 26 abril 2001: se entiende que la compleja operación comercial contenida en escritura pública y documento privado supone no sólo la transmisión de la propiedad con fines de garantía, sino la adquisición de la misma si se impaga la deuda garantizada, por lo que, en definitiva, «se pretende conseguir así el resultado que no permite la ley mediante la prohibición del pacto comisorio». Lo que se veda, pues, es la consecución de un resultado, siendo indiferente el tipo de fórmula o procedimiento empleado. La jurisprudencia registral ha expresado con gran claridad esta idea, señalando que nuestro Código Civil «rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor»²⁰².

En cuanto al alcance de la sanción del pacto comisorio, procede distinguir según se trate del pacto típico o del autónomo. En caso de pacto comisorio propio o típico, es decir, el que se añade a las garantías reales reguladas por la Ley (hipoteca, prenda y anticresis), se estima preferible la nulidad parcial, teniendo por no puesto el pacto comisorio, y dejando incólumes tanto el contrato principal como el contrato accesorio de garantía real típica²⁰³.

²⁰⁰ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1800; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», *cit.*, pp. 425-426.

²⁰¹ Por todos, CARNEVALI, *op. cit.*, p. 502; SESTA, *op. cit.*, pp. 22 ss.

²⁰² Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 junio 1991 y 18 octubre 1994.

²⁰³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, *cit.*, p. 429; DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, *cit.*, pp. 121 ss.; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XXIII, Madrid, 1990, p. 459; MAS ALCARAZ, «El pacto comisorio», en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid, 1965, p. 71; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», *cit.*, p. 426.

Sin embargo, la doctrina está dividida en lo que respecta a la sanción que merece el pacto comisorio autónomo o impropio²⁰⁴. Un primer sector doctrinal estima que la inclusión en el negocio fiduciario de una cláusula comisorio no debe llevar a concluir la nulidad del entero negocio, sino que, en virtud del principio *utile per inutile non vitiatur*, la nulidad de la cláusula no se extiende al contrato²⁰⁵. Una segunda corriente de opinión considera que el pacto comisorio autónomo presenta perfiles específicos que impulsan a optar por la nulidad total como sanción más adecuada, es decir, que la nulidad afectará a todo el entramado o complejo negocial otorgado con finalidad de garantía²⁰⁶. Por último, un tercer grupo de autores recomiendan proceder caso a caso, sin realizar afirmaciones generales y apriorísticas²⁰⁷.

En la jurisprudencia más reciente prevalece la tesis que propugna la nulidad total, la nulidad de toda la operación en su conjunto, en caso de pacto comisorio autónomo. Esta tesis se ha originado en dos ámbitos. Por un lado, en supuestos de ventas en escritura pública seguidas de la concesión de un derecho de retracto convencional en documento privado²⁰⁸. Por otro, en caso de venta y arrendamiento financiero de retorno. La STS 10 febrero 2005 considera

²⁰⁴ JIMÉNEZ PARÍS, «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», *RCDI*, 2011, p. 1169, nota 27, señala que, a diferencia de lo que sucede respecto del pacto comisorio típico, el alcance de la nulidad del pacto comisorio autónomo «es cuestión más compleja que requiere un estudio especial».

²⁰⁵ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1801; JORDANO BAREA, «Naturaleza...», *cit.*, p. 832; REGLERO CAMPOS, «Ejecución...», *cit.*, p. 445; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, pp. 205-206. En la STS 13 marzo 1995, se alegó, por primera vez, en el recurso de casación, la nulidad del negocio fiduciario por infringir la prohibición del pacto comisorio, mas el Tribunal Supremo no acoge tal pretensión por ser cuestión nueva. A pesar de ello, con claro carácter de *obiter dicta*, declara que si dicha prohibición se considerase extensible a la fiducia *cum creditore* «a lo más que pudiera llegarse (...) sería a la anulación del pacto comisorio».

²⁰⁶ Esta solución, propugnada por CARRASCO PERERA, «Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987», *cit.*, p. 4938, es también seguida por ANDREU MARTÍNEZ, «Admisibilidad del *lease-back* y prohibición del pacto comisorio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I.ª) de 16 de mayo de 2000», *RDP*, 2001, p. 927; CORDERO LOBATO, *Comentarios al Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 2139.

²⁰⁷ DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, *cit.*, p. 123. En esta línea, GINÉS CASTELLER, *op. cit.*, pp. 498-499 y 579, partiendo de que, ante todo, hay que estar al caso, considera que en los negocios fiduciarios de garantía se debe tratar de distinguir, en la medida de lo posible, entre cláusula comisorio inválida y negocio de garantía: la nulidad de la primera no debe acarrear en todo caso la nulidad de la entera operación negocial por ese único motivo; es decir, habrá que declarar la nulidad parcial del pacto comisorio o la nulidad total del negocio en su conjunto, si la primera no es posible por las singulares circunstancias concurrentes.

²⁰⁸ SSTs 15 junio 1999 y 20 diciembre 2007. Por más que dichas sentencias consideren el negocio simulado y no fiduciario, en verdad se trataba de un negocio simulado y, además, fiduciario. Según las citadas resoluciones, bajo la simulada venta subyace, disimulado, el verdadero negocio, la garantía del préstamo, y como ésta no consiste en otra cosa que en apropiarse de las fincas dadas en garantía, supone pacto comisorio prohibido. En consecuencia, procede la nulidad de toda la compleja operación negocial.

simulada la compleja operación de *sale and lease-back*, pues, en realidad, el negocio otorgado no es sino un préstamo con garantía real dirigido a eludir y vulnerar, de modo indirecto, la prohibición del pacto comisorio (fraude de ley), lo que «determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados». La STS 16 mayo 2000 presenta especial interés por su detallada argumentación en favor de la nulidad total. De nuevo, se trata de una venta seguida de *leasing* de retorno. Tras defender la aplicabilidad de la prohibición del pacto comisorio a todo tipo de garantía atípica, reflexiona sobre el alcance de la nulidad. Según el Tribunal Supremo, «la apreciación de la nulidad del pacto comisorio (o de su efecto jurídico) no implica normalmente la ineficacia de la garantía, la cual sigue desenvolviendo su función en los términos convenidos y con arreglo a su naturaleza, y, por consiguiente, el negocio atípico de garantía, en principio, sólo deviene inválido en la medida que acarrea la apropiación definitiva, por el acreedor, del bien cuando se produce el incumplimiento de la obligación. Pero esta solución, de evidente aplicación en la hipótesis de utilización de la fórmula clásica (hacer suya dominicalmente hablando la cosa en el caso de incumplimiento del pago del crédito), no se aviene con la modalidad de operación de garantía que se examina en este litigio, porque la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía». Y añade que en «el supuesto que se enjuicia, la propia complejidad del negocio, integrado por sub-negocios íntimamente conexiónados, e incluso entrelazados, con una pluralidad de cláusulas que inciden, o están relacionadas, con los diversos aspectos o elementos del conjunto, conlleva a la aplicación del criterio de la nulidad total, aparte además de que tal solución es la que aconseja la dogmática jurídica cuando el crédito concedido al deudor está causalizado, en el sentido del artículo 1274 CC, a la puesta en garantía, y es la venta la que determina que se conceda el préstamo (deuda) constituyendo una contraprestación de esta concesión, por lo que el efecto de la invalidez incide, impregna, en todo el sinalagma». Las razones son, en esencia, dos. Por un lado, la propia complejidad del negocio mediante el cual se pretende garantizar el cumplimiento de una obligación, cuyos distintos elementos están interconectados y son interdependientes, impide la consideración aislada de cada uno de ellos, y determina que la nulidad de alguno de ellos repercuta sobre los demás. En consecuencia, la nulidad del pacto comi-

sorio implicará la del entero negocio fiduciario de garantía, que no se puede deslindar nítidamente de dicha cláusula comisorio. Por otro, la causalización del crédito a la puesta en garantía *ex artículo 1274 CC*²⁰⁹. A estas razones cabría añadir otras no de menor peso. Así, se ha dicho que en estos supuestos de apropiación comisorio de naturaleza fiduciaria, no es sensato sancionar con la nulidad la apropiación dominical y dejar subsistente el negocio financiero, pues, de hecho, el fiduciario quedaría sin garantía de tipo alguno²¹⁰, lo cual parece del todo opuesto al querer de las partes, que se encontrarían con haber realizado un simple mutuo desprovisto de toda forma de garantía. Además, si la relación fuese encuadrable dentro del ámbito del Derecho de consumo, se invoca el antiguo artículo 10 bis 2 LGDCU como argumento en favor de la nulidad total²¹¹.

Tratándose de la infracción de una norma imperativa, la vulneración de la prohibición del pacto comisorio determinaría la nulidad radical y absoluta del negocio, apreciable de oficio por los Jueces y Tribunales²¹².

En conclusión, la jurisprudencia considera que los negocios fiduciarios *cum creditore* pueden otorgarse en fraude de ley, pero no que sean necesariamente y en todo caso negocios en fraude de ley. En este sentido, es bastante ilustrativa la STS 22 enero 1998. Esta sentencia califica como negocio fiduciario el complejo negocial integrado por una compraventa otorgada en escritura pública y una opción de recompra en documento privado en favor del vendedor, y estima que «nos hallamos ante un negocio jurídico disimulado, es decir, actos jurídicos válidos y lícitos encubiertos por contratos aparentes, pero que revisten y despliegan toda su eficacia desde el momento que existe un consentimiento, un objeto y una causa verdadera y lícita que las partes han querido ocultar»; por lo que ahora nos interesa, añade que «no cabe hablar en el presente supuesto, de que haya existido un fraude de Ley, (...) no pudiendo confundirse el fraude de Ley con el acto simulado, ni éste con el acto disimulado,

²⁰⁹ CILVETI GUBÍA, «Comentario a la STS de 16 mayo 2000», *CCJC*, 2001, pp. 85-86, cree que no es acertado recurrir en estas circunstancias al artículo 1274 CC y a la idea de sinalagma. Por nuestra parte, consideramos preferible considerar la venta en garantía como elemento o motivo determinante (causa concreta) de la concesión del crédito. En este sentido, DE CASTRO, *op. cit.*, p. 431. En jurisprudencia, STS 2 junio 1982.

²¹⁰ CARRASCO PERERA, «La transmisión...», *cit.*, p. 807, texto y nota 28.

²¹¹ En este sentido, CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 2139, señala que si el pacto comisorio está incluido en un negocio o complejo negocial utilizado con finalidad de garantía, la nulidad afectará a todo el negocio complejo –incluida la concesión de crédito– si las cláusulas subsistentes determinasen una posición no equitativa de las partes *ex* antiguo artículo 10 bis 2 LGDCU, por ejemplo, si el concedente de crédito se quedase sin garantía alguna.

²¹² Así lo establece la STS 18 febrero 1997, en un supuesto en el que se conjugaban una hipoteca y una opción de compra al vencimiento de la deuda.

pues el fraude de Ley siempre es ilícito, mientras que el acto simulado puede basarse en una causa lícita en algunas ocasiones, y el disimulado siempre ha de fundarse en una causa lícita y verdadera».

Con su habitual clarividencia, De Castro ya indicó que la validez de la venta en garantía podía verse también comprometida en la medida que ocultase prácticas usurarias²¹³. Desde entonces, ha sido bastante habitual señalar la posible concurrencia de usura en el negocio fiduciario *cum creditore*, con la consiguiente repercusión en la validez de éste²¹⁴. En cualquier caso, debemos precisar que la llamada venta en garantía, fiducia *cum creditore* o negocio fiduciario de garantía, no es un negocio de crédito, sino de garantía. Es una relación accesoria respecto de otra principal de carácter crediticio. Lo usurario, pues, será la relación principal crediticia, el préstamo, no la garantía fiduciaria. En consecuencia, el negocio fiduciario de garantía, en sí mismo, no puede ser usurario, sino que, en todo caso, podrá serlo el crédito garantizado²¹⁵.

El Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de usura en diferentes negocios o combinaciones negociales constitutivos todos ellos de fiducia *cum creditore*. Así, compraventa en escritura pública seguida de opción de recompra en documento privado²¹⁶, compraventa en escritura pública y retracto convencional otorgado en documento privado²¹⁷, o bien venta en escritura pública y reventa en documento privado²¹⁸. Sin embargo, en otras ocasiones no se declara la existencia de usura en el préstamo garantizado fiduciariamente²¹⁹. Las operaciones descritas enca-

²¹³ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 431-432.

²¹⁴ Cfr. DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, cit., pp. 186-197; VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 139, 143 y 204. Sobre la posibilidad de que los negocios fiduciarios oculten contratos de préstamo con intereses usurarios, *vid.* MÚRTULA LAFUENTE, «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», *RDP*, 2010, julio-agosto, pp. 15 ss.

²¹⁵ PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 21 febrero 2003», *CCJC*, 2003, pp. 823-824; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 253-254.

²¹⁶ SSTS 9 julio 1947, 13 mayo 1961, 20 abril 1965, 14 abril 1966, 25 abril 1972 y 21 febrero 2003.

²¹⁷ STS 5 julio 1982.

²¹⁸ STS 12 diciembre 1994: los prestamistas compraron en sendas escrituras públicas dos fincas de los prestatarios, para, a continuación, revendérselas en documento privado y con precio aplazado. Los altos intereses se abonaban bajo la falsa apariencia de renta de un arrendamiento.

²¹⁹ STS 25 febrero 1988: dación en pago otorgada en escritura pública, complementada por un documento privado en el que se declara que la transmisión de la propiedad es un mero instrumento en orden a garantizar la restitución de un préstamo y se concede al fiduciante la facultad de recobrar la titularidad previa devolución de la cantidad prestada. En este supuesto, el Tribunal Supremo no aprecia la concurrencia de usura ni de pacto comisorio. En la STS 17 marzo 1998, respecto de una venta seguida de arrendamiento financiero de retorno, el Alto Tribunal no apreció tampoco la concurrencia de usura. Sobre la aplicabilidad de la Ley de Usura al *lease-back* o *leasing* de retorno, cfr. PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 21 febrero 2003», cit., p. 818. Supuesto en cierto modo similar al *lease-back* en el que el Tribunal Supremo sí apreció la existencia de usura es el contemplado

jan en el supuesto de hecho del artículo 9 de la Ley de Usura, es decir, son operaciones sustancialmente equivalentes al préstamo de dinero²²⁰. Una vez descubierta y acreditada la naturaleza fiduciaria de la operación, todo el complejo negocial ha de quedar sujeto a las prescripciones de la legislación sobre usura. El Tribunal Supremo admite, en términos generales, la validez del negocio fiduciario *cum creditore*, sin perjuicio de que, en ocasiones, decreta la nulidad de dicho negocio por encubrir préstamos de carácter usurario²²¹. La nulidad por usura, que recae sobre la relación crediticia principal, repercutirá sobre la relación accesoria de garantía, con lo cual será nulo el entero negocio²²².

Por último, el negocio fiduciario *cum creditore*, cuya virtualidad radica en constituir una enérgica garantía del crédito del fiduciario, puede ser otorgado en fraude de otros acreedores del fiduciante. En tal caso, éstos podrán impugnar *–rectius*, rescindir– el negocio fiduciario de garantía²²³.

1.2 La posesión del fiduciario

1.2.1 *La habitual falta de posesión material del fiduciario*

La pretensión del fiduciario de haber usucapido la cosa frente al fiduciante podría adolecer de un planteamiento defectuoso ya

en la STS 30 noviembre 1931. Se trataba de una compraventa con promesa unilateral de reventa y arrendamiento cuya renta encubría los intereses. La enorme diferencia entre el precio de la venta inicial (1.555 pesetas) y el de la reventa (4.000 pesetas) fue interpretado por el Tribunal Supremo como una condición leonina aceptada por el vendedor por padecer una situación angustiosa.

²²⁰ Por todas, SSTS 5 julio 1982 y 21 febrero 2003. Sobre las complejas relaciones entre usura, simulación y negocio fiduciario, cfr. PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 21 febrero 2003», cit., pp. 812-824.

²²¹ Según CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 30 mayo 2008», cit., pp. 1534-1535, la lectura de la abundante jurisprudencia existente en materia de negocio fiduciario prueba que, en muchas ocasiones, el reproche de nulidad ha venido reclamado por la existencia de una opresión usuraria, de forma que la nulidad del negocio fiduciario se explica y se absorbe por la nulidad de los pactos usurarios.

²²² En la STS 13 mayo 1961, un crédito fue garantizado mediante la transmisión fiduciaria de la titularidad de un bien; el Tribunal Supremo estimó que tal convenio entrañaba usura por lo que declaró la nulidad del entero negocio. En sentido semejante, la STS 4 marzo 1966 decretó la nulidad de un préstamo garantizado mediante la transmisión de la propiedad de dos vehículos por el carácter excesivo y desproporcionado de los intereses convenidos. Sobre los caracteres y consecuencias jurídicas de la nulidad de los préstamos usurarios, cfr. PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 21 febrero 2003», cit., pp. 824-829; RUBIO TORRANO, *El pacto...*, cit., pp. 176 ss.

²²³ En las SSTS 5 diciembre 2001 y 8 febrero 2002, pese a plantearse la rescisión por fraude de acreedores de negocios fiduciarios *cum creditore*, tal pretensión no prospera por falta de alguno de los requisitos para su viabilidad. En cambio, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 enero 1994 declaró la ineficacia de una fiducia en garantía que fue otorgada con el objeto de defraudar a otros acreedores del fiduciante. Sobre la rescisión por fraude de acreedores de la fiducia-garantía, vid. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1790 y 1827.

desde su misma raíz. Nos explicamos. Goza de general reconocimiento el hecho de que en el negocio fiduciario de garantía, fiducia *cum creditore* o venta en garantía, el «vendedor» o fiduciante-deudor no pierde de ordinario la posesión material de la cosa, pues la *traditio* se efectúa mediante *constitutum possessorium*, es decir, el fiduciante continúa poseyendo la cosa en calidad de arrendatario o, incluso, de simple precarista²²⁴. Lo más frecuente en la práctica es, pues, que el fiduciario y el fiduciante pacten que este último retenga la posesión material de la cosa dada en fiducia²²⁵. En este sentido, la STS 5 octubre 2005 señala que es «frecuente» que, en la fiducia *cum creditore*, «el deudor que aparentemente transmite quede en la posesión del bien»²²⁶.

Esta situación se explica porque el acreedor-fiduciario se sabe bien protegido con la escritura pública de compraventa y la más que habitual inscripción de su titularidad en el Registro de la Propiedad, lo que supone un bloqueo *de facto* de la auténtica titularidad dominical que sigue ostentando el deudor-fiduciante. Además, al no verse este último privado del uso y disfrute directo del bien transmitido fiduciariamente, cuya explotación económica sigue ejerciendo, ello le coloca en óptimas condiciones para satisfacer el crédito así garantizado²²⁷.

²²⁴ Así lo puso ya de manifiesto, JORDANO BAREA, «Sobre el negocio fiduciario (A propósito de un libro de Messina)», *ADC*, 1950, p. 134. También señalan esta circunstancia, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1778, nota 73 y 1796, texto y nota 147; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, p. 49; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, *op. cit.*, p. 167; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 556; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», *cit.*, pp. 612 y 623; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 133, 144, 170-171, 178 y 188-194; SOTO NIETO, *op. cit.*, pp. 545-546, texto y nota 51.

²²⁵ GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 231, 265-266 y 273, no se muestra tan tajante: si bien admite como posible el pacto en virtud del cual el vendedor-prestatario continúe en la posesión del inmueble como arrendatario, señala que el fiduciario no siempre poseerá de hecho la cosa, que podrá o no tener la posesión material.

²²⁶ Sobre la conservación de la posesión por el fiduciante en concepto de arrendatario pueden verse las SSTS 31 octubre 1955, 10 noviembre 1958, 8 marzo 1963, 25 abril 1972, 5 julio 1982, 25 febrero y 18 abril 1988, 19 mayo 1989, 12 noviembre 1991, 6 julio 1992, 12 diciembre 1994, 22 enero y 17 marzo 1998, 16 mayo 2000, 17 julio 2001 y 10 febrero 2005. Sobre la conservación de la posesión por el fiduciante en concepto de simple precarista: SSTS 23 febrero 1951, 16 enero 1959, 29 marzo 1960, 25 marzo 1966, 28 febrero 1968, 6 abril 1987, 30 junio y 9 diciembre 1998, 15 junio 1999, 1 febrero 2002, 17 septiembre 2003 y 11 junio y 20 diciembre 2007. Véase también SAP Córdoba 3 mayo 1993 (AC 1993, 1820). Es muy ilustrativa la STS 30 junio 1998: venta en garantía integrada por dos negocios interconectados, escritura pública de compraventa de una vivienda seguida de un documento privado de préstamo en el que se hacía constar, por un lado, que la transmisión se había otorgado «a efectos fiduciarios o de garantía de deudas», y que, en consecuencia, una vez que el préstamo quedase saldado, los prestamistas (fiduciarios) debían retransmitir a sus originarios dueños, y, por otro, que los prestatarios (fiduciantes) podían continuar en el uso y disfrute de la vivienda, sin pagar ninguna clase de renta o merced, pues la posesión «se entenderá comprendida en el interés del préstamo».

²²⁷ STS 22 enero 1998: venta en escritura pública de una serie de fincas, seguida de un documento privado por el que se concede al «vendedor» una opción de compra (*rectius*, recompra) sobre el bien transmitido. En dicho documento privado, el «comprador» declara que «para facilitar la recuperación de las fincas le permite que explote las mismas».

Debemos, no obstante, realizar una precisión. La STS 23 febrero 1951, ante un caso de negocio fiduciario de garantía, en concreto, venta en escritura pública, reconociéndose en documento privado su finalidad de garantía y reteniendo la posesión el deudor, declaró que «*celebrado el repetido contrato a medio de escritura pública y habiéndose inscrito ésta en el Registro de la Propiedad, no puede menos de entenderse que el adquirente quedó investido de la posesión civilísima de los inmuebles comprados, dado el texto de los artículos 1462 del Código Civil y 41 de la Ley Hipotecaria de 1909* –vigente ésta en la fecha de la inscripción del documento– y que habiéndolos enajenado a su vez por otra escritura pública, igualmente inscrita, a los demandados M. y B., dicha posesión se transfirió a éstos, aun admitiendo como cierto que al iniciarse el litigio no se hallasen en la tenencia material de los predios». Aunque se ha querido ver un tipo de posesión civilísima en el artículo 38 LH (equivalente al artículo 41 en la Ley Hipotecaria de 1909)²²⁸, no debe confundirse la posesión civilísima con la presumida por el Registro de la Propiedad²²⁹. En consecuencia, en tanto no se declare judicialmente el carácter simulado del negocio fiduciario de garantía, si la «venta» se otorgó mediante escritura pública, se produjo la transferencia del dominio mediante tradición instrumental *ex* artículo 1462 CC, para lo cual no es obstáculo que el «vendedor» retenga la posesión como arrendatario o simple pre-carista, pues se trataría entonces de una *traditio constitutum possessorium* apta para transmitir la propiedad²³⁰.

Aunque lo más común sea, por las razones expuestas, pactar que el fiduciante continúe en la posesión del bien, ello no impide que, a modo de excepción, se le atribuya al fiduciario-acreedor la tenencia material del bien transmitido en garantía²³¹.

²²⁸ ESPÍN CÁNOVAS, *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Salamanca, 1965, pp. 99-102.

²²⁹ Como bien indica MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1132, nota 24, la «denominada, históricamente, posesión civilísima es un tipo posesorio autónomo, que se reconoce por el Derecho en el heredero, antes de entrar en la posesión material de los bienes hereditarios. Aunque esta posesión sea puramente espiritual y proceda, según se afirma, de una investidura, no se destruye porque se demuestre que el heredero no era poseedor material, si los bienes estaban poseídos por el causante; se trata de una ficción que constituye un tipo posesorio autónomo. La presunción posesoria que consideramos en la Ley Hipotecaria, no constituye, en cambio, una categoría autónoma de posesión. Por su carácter se halla limitada a suplir la prueba de la posesión que presume. Es creación del Derecho, pero no inviste de una categoría autónoma de posesión».

²³⁰ NAVARRO CASTRO, *La tradición instrumental*, Barcelona, 1997, pp. 90-91, señala que no es correcto extender la clasificación de las formas de tradición (real, fingida, simbólica, instrumental) a las de la posesión adquirida, hablándose pues de posesión fingida, simbólica o instrumental para referirse a la posesión adquirida por cada uno de estos tipos de tradición.

²³¹ Se trata de supuestos bastante raros de detectar en la praxis negocial. No obstante, podemos mencionar los siguientes casos: a) venta con pacto de retro simulada de una

La posesión efectiva del bien es requisito básico y esencial para cualquier clase de usucapión. En consecuencia, si el acreedor-fiduciario, como por lo general acaece, no disfruta de ella, sino que es retenida o conservada por el deudor-fiduciante, esta falta de posesión material por parte del fiduciario impediría que fructificase su pretensión de haber usucapido la cosa. En principio, tal pretensión sólo podría ser planteada cuando el fiduciario pueda demostrar la existencia de una transmisión material de la posesión en su favor. Sin embargo, el problema es más complejo. En efecto, en caso de transmisión fiduciaria de la propiedad en garantía, el transmitente (fiduciante) suele conservar la tenencia material del bien en concepto de arrendatario o de mero precarista, es decir, es poseedor inmediato; en consecuencia, el adquirente (fiduciario) debe ser calificado como poseedor mediato. Por otra parte, si bien el fiduciario no suele poseer físicamente la cosa dada en fiducia, lo más habitual es que ésta figure inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad. Dicha inscripción supone presunción de posesión *ad usucapionem* ex artículo 35 LH, no de contacto físico o de posesión material: a pesar de que se presume en el titular registral (fiduciario) una posesión apta para la usucapión, al ser ésta un fenómeno extrarregistral, debe haber tenido lugar fuera del Registro, es decir, la presunción de posesión debe combinarse con la realidad de la posesión. En todo caso, la necesidad de una posesión real de base no puede reputarse inútil pues su virtualidad radica en impedir la en otro caso posible destrucción de la presunción de posesión.

Aunque el fiduciario no posea materialmente la cosa, no puede negarse que ejerce también una verdadera posesión, la mediata, de contenido diverso al de la posesión inmediata. La posesión mediata se ejerce sin contacto físico con la cosa, a través del contacto de otro, pero, más que una posesión sin *corpus* propio, ha de concebirse como una auténtica posesión con un *corpus* más abstracto o espiritualizado²³². En principio, una posesión mediata, como la del fiduciario,

serie de obras de arte que encubría un préstamo con garantía real. Aunque en un primer momento se pactó que los cuadros quedarían en poder de la «vendedora» en concepto de depósito, más tarde, y ante el impago del préstamo, el «comprador» exigió su entrega material (STS 21 febrero 1907); b) un supuesto similar es el tratado por la STS 26 julio 2004: venta de fincas en escritura pública con el compromiso verbal de retrotraer la operación de venta a la cancelación del préstamo recibido. A pesar de que inicialmente los inmuebles quedaron en poder del fiduciante-prestatario, tras el incumplimiento de la obligación de restituir lo prestado, el fiduciario-prestamista exigió la entrega material de las fincas transmitidas en garantía; c) en cambio, en el supuesto que dio origen a la STS 3 mayo 1955, el fiduciario-prestamista tomó ya desde el primer momento posesión efectiva de los bienes dados en garantía.

²³² JIMÉNEZ HORWITZ, «La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil», *ADC*, 1999, pp. 597 ss., en especial, pp. 601-602, 608, 611-612, 615-618, 626-627, 630 y 660, considera que la posesión mediata no significa posesión sólo *animus*, sin *corpus*, pues el señorío

puede ser apta y suficiente para la usucapión siempre que se ejerza en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente²³³. El primero de estos requisitos es el que suscita mayores dificultades, pues la concurrencia de posesiones (mediata e inmediata) supone la existencia de posesiones en conceptos distintos sobre un mismo objeto²³⁴. Al concurrir dos sujetos diferentes en el ejercicio de la posesión se tendrá que recurrir a los actos de reconocimiento del poseedor inmediato acerca de la titularidad del poseedor mediato, y también a los actos de ejercicio de su posesión que este último realice²³⁵. Lo que sucede es que por las características propias del *corpus* posesorio en la posesión mediata (mayor abstracción o espiritualización) resulta en grado sumo dificultoso configurar el concepto en que posee el poseedor mediato a través de su comportamiento posesorio²³⁶.

Por otra parte, el fiduciario, al figurar de ordinario como titular registral, no tiene que demostrar que es poseedor *ad usucapionem*, sino que se presume que lo es *ex* artículos 35 y 38 LH: para ser tenido como tal le es bastante con invocar el asiento en su favor; para destruir dicha presunción no bastará con probar la existencia de un poseedor inmediato extrarregistral, sino que aquél que niegue su posesión ha de demostrar que el titular registral no posee en forma alguna, ni mediata ni inmediatamente²³⁷. La posesión es un hecho incoloro que no expresa la causa por la que se posee, por lo que la acreditación de que un sujeto distinto al titular registral tiene la posesión material del bien no basta por sí sola, ya que esta posesión puede haber sido autorizada o tolerada por el titular registral; desde el mismo momento en que se acredite que posee materialmente una persona distinta al titular inscrito, habrá que comprobar si éste es un poseedor mediato que ha autorizado o consentido la posesión inmediata de otro sujeto. La clave radica, pues, en que el titular registral pruebe su posesión, aun de carácter mediato, es decir, que demuestre que existe algún tipo de vínculo o relación con el tenedor material en cuya virtud ostente la cualidad de poseedor mediato²³⁸. Si el fiduciante figura como arrendatario de la cosa

efectivo o poder *de facto* sobre la cosa no necesariamente implica tenencia material, sino que caben otras formas de concebir el *corpus* posesorio más espiritualizadas.

²³³ Con carácter general, consideran que la posesión mediata puede ser apta para la usucapión, GUTIÉRREZ PEÑA, *op. cit.*, p. 149; JIMÉNEZ HORWITZ, *op. cit.*, pp. 625-626; LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., pp. 83; ID., *Derecho...*, cit., 148-150; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 541-542; REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., p. 2223.

²³⁴ JIMÉNEZ HORWITZ, *op. cit.*, pp. 615; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, VI, Madrid, 1980, pp. 64 y ss.

²³⁵ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 541-542.

²³⁶ Así lo subraya JIMÉNEZ HORWITZ, *op. cit.*, p. 633.

²³⁷ LACRUZ, *Derecho...*, cit., pp. 148-149; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 550.

²³⁸ Según MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 550-551, texto y nota 145, esto no implica contravenir el artículo 35 LH, pues supone un paso posterior a la aplicación de las presunciones que dicho precepto contiene.

dada en fiducia es sin duda una posesión autorizada o en virtud de licencia por parte del fiduciario, titular registral y poseedor mediato (arts. 444 y 1942 CC), pues existe una relación jurídica contractual que le legitima para poseer²³⁹. En cambio, cuando el fiduciante retiene la tenencia a título de precarista o como posesión simplemente tolerada es bastante más discutible si su situación encaja en los actos ejecutados en virtud de licencia o en los actos meramente tolerados que no afectan a la posesión (de nuevo, arts. 444 y 1942 CC). La distinción es importante porque en el primer caso existe genuina posesión por parte del autorizado, y no en el caso de mera tolerancia²⁴⁰.

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo, cuando aborda litigios sobre usucapión, siempre comienza analizando si en realidad ha habido posesión, ya que sin dicha base posesoria no puede operar la usucapión. Con relación a la usucapión en general, la STS 12 abril 1951 considera que la posesión base de la prescripción adquisitiva debe ser una posesión real y efectiva, es decir, que el usucapiente debe ostentar el elemento físico o *corpus* de la misma²⁴¹. Respecto de la usucapión *secundum tabulas* destacan dos pronunciamientos. Por un lado, la STS 4 junio 1960, en la que se desestima la usucapión tabular, debido a que el titular registral que la pretendía carecía de posesión natural, esto es, de la tenencia material de la cosa (*corpus* o elemento material de la posesión)²⁴². Por otro, la STS 18 mayo 1953 considera que aunque la finca litigiosa esté arrendada, el arrendador, titular registral, es poseedor en concepto de dueño y puede llegar a usucapir aunque no haya tenido contacto físico con el inmueble en ningún momento²⁴³.

Aunque en términos generales hayamos sostenido que la posesión mediata puede ser considerada efectiva en orden a la usucapión, esto no permite que el fiduciario, en su condición de poseedor mediato y titular registral, pueda usucapir frente al fiduciante, poseedor inmediato y *verus dominus*: la razón es simple, frente al fiduciante, salvo interversión, el fiduciario no podrá alegar que

²³⁹ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 121 y 124.

²⁴⁰ Como ha señalado MARTÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 209, los actos tolerados «ni dan ni quitan posesión». El que tolera la actividad de otro no pierde por ello la posesión, y, según parece desprenderse del artículo 444 CC, esa actividad de otro no es posesión. Cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 60; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 332; MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 129-130.

²⁴¹ Cfr. LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, dirigido por PASQUAU LIAÑO, III, Granada, 2009, p. 4055.

²⁴² En concreto, esta sentencia declaró que «al no tener el estabiliente [se trataba de una enfiteusis o establecimiento en Cataluña] la posesión natural de las fincas, no se dan los supuestos necesarios para que opere el instituto de la prescripción».

²⁴³ Recogen esta sentencia, y parece que aprueban su doctrina, LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 4055; REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., p. 2223.

posee en concepto de dueño. Diversamente, en el insólito caso de que el fiduciante no fuese propietario de la cosa dada en fiducia, el fiduciario podría consumir una usucapión *secundum tabulas* frente al tercero verdadero dueño apoyándose en el soporte físico de la posesión inmediata del fiduciante arrendatario o precarista²⁴⁴.

1.2.2 *La inscripción como presunción de posesión ad usucapionem*

La referida circunstancia de que el fiduciario suela figurar como titular registral de los bienes inmuebles objeto de la transmisión fiduciaria en garantía, hace obligado el estudio específico de la inscripción como presunción de posesión *ad usucapionem*.

La inscripción produce en favor del titular registral dos presunciones. La primera de ellas está contenida en el artículo 35 LH, en cuya virtud, *a los efectos de la prescripción adquisitiva* en favor del titular inscrito, se presumirá que ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento; la segunda resulta del artículo 38 LH, según el cual, *a todos los efectos legales* se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles, tiene la posesión de los mismos. De tales preceptos se desprende que el titular inscrito, en tanto no se pruebe lo contrario, es tenido por poseedor del inmueble. La mayoría de la doctrina considera que lo establecido en el artículo 35 LH es una consecuencia o derivación del principio de legitimación registral *ex* artículo 38 LH: la presunción especial de posesión *ad usucapionem* (art. 35 LH) completa y refuerza la presunción general de posesión del artículo 38 LH²⁴⁵.

²⁴⁴ Cfr. LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., p. 83. La antes citada STS 18 mayo 1953 no aborda un problema de usucapión *inter partes*, sino un supuesto de doble inmatriculación, en el cual, al tener ambas partes litigantes la consideración de terceros hipotecarios, mercederos de igual protección, quedaba neutralizada recíprocamente la presunción posesoria *ex* artículo 38 LH, por lo que sería la realidad extrarregistral la que debiera proporcionar la base definidora del mejor derecho. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo no considera que constituya un obstáculo para la usucapión *secundum tabulas* el hecho de que el usucapiente no hubiere entrado nunca «*en la posesión de su finca por haberla dado en arrendamiento, pues el arrendatario tiene la cosa en nombre del arrendador y a éste aprovecha la posesión a efectos prescriptivos*», según se infiere de los artículos 431 y 432 del Código Civil».

²⁴⁵ Cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., pp. 62 y 236-238; BÉRGAMO LLABRÉS, *op. cit.*, p. 283; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1994, pp. 353-354; LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 147; LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 4056; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 543-544; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1131-1132, texto y nota 24. SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 258-259, juzga superflua la presunción de posesión del artículo 35 LH, puesto que el artículo 38 LH presume la posesión a todos los efectos legales, entre los que se encuentra la usucapión. No obstante, MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 543-544, ha puesto de manifiesto que aunque existe una estrecha relación entre las presunciones contenidas en los arts. 35 y 38 LH, pues parten de la misma base (presunción de posesión), el artículo 35, como precepto derivado del artículo 38, tiene carácter autónomo, pues atribuye también por vía presuntiva a la pose-

La inscripción no es posesión, ni equivale a posesión, implica, simplemente, presunción de posesión²⁴⁶. Sin posesión efectiva no hay usucapión posible²⁴⁷, pues la usucapión y la posesión en que ésta se basa son hechos rigurosamente extrarregistrales: el artículo 35 LH no consagra una usucapión tabular en sentido propio, es decir, fundada en el solo hecho de la inscripción prolongada durante un determinado plazo. La Ley Hipotecaria facilita una usucapión que actúa fuera del Registro sin desligarla del hecho de la posesión real que se ha de producir extrarregistralmente; no obstante, cuando se da la circunstancia de que el usucapiente figura como titular registral, la usucapión se desenvolverá en circunstancias muy favorables, ya que la inscripción facilita sobremanera la prueba de los requisitos exigidos para la usucapión ordinaria²⁴⁸.

La llamada posesión tabular, basada no en situaciones de hecho, sino en la apariencia formal que genera el Registro de la Propiedad, no es adecuada como posesión *ad usucapionem*, pues no es suficiente la presunción de posesión del derecho inscrito de que goza el titular registral por el mero hecho de la inscripción. En consecuencia, «además de la ostentación formal del bien, derivada de la inscripción registral, es necesaria la posesión real»²⁴⁹; si se parte de la premisa de que la Ley Hipotecaria no altera la regulación que el Código Civil efectúa de la usucapión, sino que sólo favorece la usucapión que se desarrolla fuera del Registro, se ha de concluir que la posesión real es presupuesto *sine qua non* de la usucapión *secundum tabulas*. Cobra así pleno sentido la afirmación de que el «titular inscrito, por el hecho de la inscripción, no usucape en absoluto: para usucapir, es preciso poseer»²⁵⁰. Aunque la presunción de posesión se funda en el Registro, se refiere a un hecho, la posesión, que, en rigor, no es registral, por lo que dicho hecho debe haberse producido, aunque

sión que se presume las características propias de la posesión *ad usucapionem*. En contra de considerar el artículo 35 LH como una derivación del artículo 38 LH, GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 86-88, para quien uno de los males para la adecuada interpretación del primero de los preceptos citados ha sido relacionarlo con el segundo. Cfr. ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 39 y ss.

²⁴⁶ LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 150. Según MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 542, en el artículo 35 LH se establece una presunción de posesión, no una sustitución de este requisito a través de la inscripción.

²⁴⁷ Por todos, LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 150; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 482; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1131-1132, texto y nota 24.

²⁴⁸ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 10 y ss. En sentido semejante, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «La posesión...», cit., p. 486; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 844-845; ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 39-40.

²⁴⁹ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 481-483 y 540, quien añade que la posesión tabular no es posesión en sentido propio, sino sólo constancia efectiva en los libros registrales de una relación jurídica que crea apariencia.

²⁵⁰ LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 150.

se presume, fuera del Registro²⁵¹. En conclusión²⁵², las presunciones posesorias *ex arts. 35 y 38 LH* no permiten al titular inscrito que no posee realmente usucapir en forma ordinaria, porque para ello no bastan dichas presunciones, sino que se requiere una real y efectiva relación fáctica con el bien que se pretende usucapir. Aunque la inscripción sea presunción de posesión, dicha presunción ha de ir acompañada de la realidad posesoria.

La doctrina discute acerca de qué tipo de posesión es la que se presume y si lo que se presume es la posesión y sus características, o sólo estas últimas. Acerca de lo primero, se ha entendido que se presume la posesión de hecho²⁵³, lo cual no parece correcto, pues desde el punto de vista material o físico posee quien posee²⁵⁴. Los artículos 35 y 38 LH dejan intacta la realidad extrarregistral, puesto que posee quien efectivamente posee. Otros autores consideran que lo que se presume es una posesión efectiva²⁵⁵. A juicio de Lacruz, lo que presume la Ley Hipotecaria es que el titular registral tiene la posesión civil en el sentido que los artículos 430 y siguientes del Código Civil dan a esta palabra²⁵⁶. Esto nos introduce de lleno en la segunda cuestión polémica que habíamos planteado. La inmensa mayoría de la doctrina considera que el artículo 35 LH, interpretado en conexión con el artículo 38 LH, presume tanto la posesión como las características propias de la posesión *ad usucapionem*²⁵⁷.

²⁵¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 844.

²⁵² MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 540.

²⁵³ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 499.

²⁵⁴ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1131, nota 24. Según LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 149, la Ley Hipotecaria no presume que el titular registral está, necesariamente, en contacto físico con la cosa. En este sentido, la STS 2 diciembre 1988 hace referencia a la «vieja máxima de que a pesar del artículo 35 de la Ley “en realidad posee quien posee”».

²⁵⁵ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 15 y 17; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 560-562. Para LACRUZ, *Derecho...*, cit., p. 150, la inscripción es prueba inicial de una posesión «que se supone efectiva». Según la STS 28 marzo 1980, el artículo 35 LH contiene una «presunción de posesión efectiva», mientras que la STS 25 enero 2007 indica con mayor laconismo que dicho precepto «presume la posesión, como presunción *iusuris tantum*». Cfr. STS 27 mayo 1991.

²⁵⁶ LACRUZ, *Derecho...*, cit., pp. 149-150, quien señala que la Ley Hipotecaria no atribuye al titular registral una posesión, sino que la presume en él: no funda una nueva situación posesoria frente a otra, pues no hay más que una posesión; la Ley Hipotecaria se limita a intervenir en el momento de la prueba en favor del titular inscrito. Cfr. GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, Granada, 1953, pp. 81-82. MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1132, nota 24, considera que se trata de una «atribución presuntiva de una forma indiscriminada de posesión, que en cada caso sirve para facilitar la prueba del tipo concreto de posesión que se desee invocar».

²⁵⁷ ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., pp. 212-213; ID., *La usucapion*, cit., pp. 62 y 236-238; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «La posesión...», cit., pp. 466, nota 4, 477, 486 y 487; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., p. 286; GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1722 y 1743-1744; ID., *Derecho...*, cit., pp. 97 y 102-103; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 542-543; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1126 y 1131 ss.; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 15-17; ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 560-562; SANCINIENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 258-259 y 266. Diversamente, ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 40, 44, 47 y 49, y tam-

Entre los caracteres de la *possessio ad usucapionem* que la Ley Hipotecaria presume (pública, pacífica, no interrumpida y de buena fe) no se menciona sin embargo que sea en concepto de dueño. A pesar de esta omisión, la mayoría de los autores convienen en que la presunción de que la posesión sea en concepto de dueño o titular del derecho que se trata de usucapir se halla implícitamente contenida en el sistema pergeñado por la Ley Hipotecaria: de la interpretación conjunta de los artículos 35 y 38 LH se desprende tal resultado²⁵⁸, de modo que resultaría innecesario establecerlo con carácter expreso²⁵⁹. Macía Morillo lo explica con especial claridad: al titular registral se le presume titular del dominio del bien inscrito a su favor (art. 38.1 LH); si a ello le unimos las presunciones de posesión (general *ex* artículo 38.2 LH y especial *ad usucapionem ex* artículo 35 LH), es decir, si por un lado se presume que el titular registral posee el bien y, por otro, que es dueño del mismo, lo más lógico es entender que la posesión que desarrolla es en concepto de dueño; si la presunción de posesión en concepto de dueño no se consigna específicamente en el artículo 35 LH –concluye– es porque se sobreentiende que deriva del sistema registral²⁶⁰. Aun-

bién en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, coordinado por LÓPEZ Y LÓPEZ y MONTÉS PENADÉS, Valencia, 1994, pp. 222-223, opina que el artículo 35 LH sólo presume los caracteres de la posesión, mas no la posesión misma: no es sólo que en la usucapión *secundum tabulas* no se excluya la necesidad de posesión efectiva del titular registral, sino que ni tan siquiera se presume la posesión. Como señala MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 543, «no es lógico presumir las características de una institución, sin presumirla también a ella»; además, aun cuando se considerase que el artículo 35 LH no recoge una presunción de posesión, el titular registral usucapiente siempre se podría prevaler de la presunción general de posesión *ex* artículo 38 LH, completada con las características que presume el artículo 35 LH. De forma sintética, se ha dicho que el artículo 35 LH presume la posesión hábil para la usucapión: DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 844; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1126.

²⁵⁸ ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., pp. 212, nota 8; ID., *La usucapión*, cit., pp. 62 y 236-237; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «La posesión...», cit., pp. 477 y 487; CALVO MEIJIDE, «Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria», *Act. Civ.*, 2000, p. 139; BONILLA ENCINA y CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, p. 301; ESPÍN CÁNOVAS, *La adquisición...*, cit., pp. 216-217; GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1722 y 1744; ID., *Derecho...*, cit., pp. 95-96, 102-103 y 106; LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, p. 4056; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 545-546; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1131-1133, texto y nota 24; REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., p. 2225; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, p. 15, texto y nota 1; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 560, texto y nota 28; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 258-259 y 265; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 609, nota 147. En contra, ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 49-50.

²⁵⁹ ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 237. GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 95-96, defensor de la equivalencia plena de la inscripción al justo título de usucapión, considera del todo innecesario establecer presunción alguna en tal sentido pues el «concepto de dueño o titular resulta directamente de la inscripción como equivalente al justo título».

²⁶⁰ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 546. Según la STS 3 mayo 1974, la posesión a que se refiere el artículo 35 LH no es otra que la posesión *ad usucapionem*, esto es, en concepto de dueño.

que nos parece correcta y satisfactoria esta explicación, creemos que otra razón pudo influir a la hora de no incluirse en la Ley Hipotecaria la presunción de posesión en concepto de dueño. Como es de sobra conocido, en el Código Civil español, a diferencia de otros, no existe ningún precepto en orden a presumir que la posesión se tenga en un concepto determinado. Nuestro Código Civil sólo contiene al respecto el principio de inercia posesoria, en cuya virtud se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en el que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario (art. 436). Corresponde probar que poseyó como dueño al que alegue que usucapió²⁶¹. La regulación hipotecaria de la usucapión *secundum tabulas* no consignó entre los caracteres de la posesión que se presumían el concepto de dueño, no sólo por considerar que ello se desprendía del sistema registral, sino también con la intención de respetar en grado máximo la regulación civil de la usucapión que no contiene presunción alguna al respecto²⁶².

A modo de recapitulación: el hecho de que el fiduciario sea por lo común titular registral del bien transmitido fiduciariamente determina que se presuma que posee y que su posesión es de buena fe y en concepto de dueño. No obstante, se trata de simples presunciones *iuris tantum*, susceptibles de ser destruidas mediante prueba en contrario. La existencia del pacto fiduciario impide que la posesión (mediata) que el fiduciario ostenta frente al fiduciante sea de buena fe y en concepto de dueño. En cuanto a la buena fe, es obvio que el fiduciario no puede alegar que desconoce la auténtica relación que le liga al fiduciante; por lo que se refiere a la posesión en concepto de dueño, el pacto fiduciario supone el palmario reconocimiento por el fiduciario de que la titularidad real del bien corresponde al fiduciante.

1.2.3 Posesión de buena fe

La usucapión ordinaria no sólo exige la concurrencia de un justo título que sea verdadero y válido, sino también que la posesión sea de buena fe. Doctrina y jurisprudencia niegan que el fidu-

²⁶¹ ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 62; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., pp. 337, 341, 431 y 525-526. En jurisprudencia, ya la STS 2 de julio de 1928, seguida luego por muchas otras.

²⁶² La STS 24 julio 1998 señala que «no hay ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño deba presumirse». En el mismo sentido, SSTS 4 julio 1963, 18 octubre 1994 y 10 febrero 1997. A ello cabría objetar que, aunque es cierto que el artículo 35 LH no menciona específicamente entre los caracteres que se presumen en la posesión el de ser en concepto de dueño, es bastante difícil negar que las presunciones de titularidad y de posesión *ex* artículo 38 LH no la implican. Cfr. MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 546, nota 137.

ciario pueda ser calificado como poseedor de buena fe²⁶³, pues conoce perfectamente su propia situación²⁶⁴. O, en otras palabras, el pacto fiduciario, cuya existencia no puede ignorar el acreedor fiduciario, le coloca automáticamente en situación de mala fe.

Quienes entendemos que la fiducia implica simulación relativa, encuadraríamos esta negación de buena fe al fiduciario dentro de aquella línea jurisprudencial que, con mayor amplitud, declara que el supuesto adquirente, por su intervención en el contrato simulado, no puede conceptuarse como poseedor de buena fe²⁶⁵. En consecuencia, la existencia del pacto fiduciario, en la medida que supone acuerdo simulatorio, entraña el conocimiento de la ficción por las partes y, de modo irremisible, determina la mala fe del fiduciario²⁶⁶; en este sentido, la jurisprudencia ha declarado que la relación entre las partes que otorgan el negocio fiduciario nunca podrá basarse en la situación aparentemente creada, sino en la efectivamente concluida²⁶⁷.

Con arreglo a este criterio, la STS 6 mayo 1961 desestimó la usucapión ordinaria *ex* artículo 35 LH por carecer de buena fe el poseedor. Se trataba de un supuesto de simulación relativa, en el que bajo una aparente compraventa celebrada en escritura pública subyacía una donación otorgada con el designio de perjudicar los derechos de los herederos legítimos, circunstancia que determina que el titular registral y poseedor de los bienes cuya prescripción se postula no sea poseedor de buena fe²⁶⁸. Mas, podemos traer a colación un supuesto más específico, que pese a ser enfocado por el

²⁶³ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1796; JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, p. 1448; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, p. 144, nota 65; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 223.

²⁶⁴ La jurisprudencia (SSTS 16 mayo 1983 y 21 junio 1991) realiza esta declaración respecto del fiduciario en la fiducia *cum amico contracta*, pero ello no obsta a que sea extensible a la fiducia *cum creditore*. En el mismo sentido, JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, p. 1448. Por su parte, SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 223-224, considera que el fiduciario carece de buena fe, pues conoce que su adquisición es fiduciaria, que la venta desempeña únicamente una función de garantía.

²⁶⁵ SSTS 14 octubre 1960 y 28 mayo 1996. En la doctrina, reina el acuerdo a la hora de negar al que adquiere mediante contrato simulado la condición de poseedor de buena fe, bien porque el engaño que entraña la simulación parece contrario a la buena fe (DE LOS MOZOS, *La donación...*, *cit.*, p. 230), bien porque el título absolutamente simulado implica *inter partes* la falta de buena fe (ESPÍN CÁNOVAS, «Función...», *cit.*, p. 837). En este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad...*, *cit.*, pp. 181-182, señala que quien conoce la nulidad de su título adquisitivo carece tanto de justo título como de buena fe.

²⁶⁶ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 34.

²⁶⁷ STS 19 mayo 1989.

²⁶⁸ Según SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 213 y 215, en el caso de simulación relativa, «si bien el adquirente tiene mala fe respecto al título simulado, puede tener buena fe respecto al título disimulado»; con referencia específica a las donaciones remuneratorias encubiertas bajo compraventas afirma que «el conocimiento de las partes sobre la simulación de la compraventa no comunica la mala fe a la donación. El donatario puede tener buena fe respecto a la donación, creer que el donante podía transmitir y que el título de donación, aunque sea disimulado pueda ser válido y eficaz para la transmisión del bien».

Tribunal Supremo única y exclusivamente desde la perspectiva de la simulación relativa, constituía, además, un caso de fiducia *cum creditore*. Nos referimos a la STS 20 noviembre 1964²⁶⁹, que no estimó la prescripción ordinaria alegada por falta tanto de buena fe, como de justo título, en un supuesto de simulación relativa en el que bajo el contrato simulado (compraventa con pacto de retro) subyacía otro disimulado (préstamo con garantía inmobiliaria), válido y eficaz, aunque no traslativo del dominio. El Alto Tribunal declara, con carácter general, que la falta de efectos transmisivos del contrato disimulado impiden su consideración legal como justo título *ad usucapionem*, y, en atención a las circunstancias concretas del caso, estima que no se podía calificar al supuesto adquirente como de buena fe.

1.2.4 *Posesión en concepto de dueño*

Aun tratándose de usucapación ordinaria, no basta con que se posea con justo título y de buena fe, sino que es preciso también que la posesión sea en concepto de dueño²⁷⁰, siendo conveniente poner de manifiesto que la carencia de este último requisito es el argumento con mayor frecuencia invocado por la jurisprudencia para negar al fiduciario la posibilidad de usucapir.

A pesar de ser requisitos distintos y, en apariencia, independientes, el justo título para usucapir y la posesión en concepto de dueño se hallan estrechamente ligados²⁷¹. En efecto, el justo título se concibe como «el acto que justifica y legitima la posesión en concepto de dueño: el que determinó la adquisición de ésta»²⁷². Esta vinculación entre el justo título para la usucapación ordinaria y el concepto posesorio ha sido desde antaño puesta de relieve por el Tribunal Supremo que, de ordinario, determina el concepto en el que se posee partiendo y apoyándose en el título por el que se comenzó a poseer. De este modo, la STS 9 febrero 1935 señala que

²⁶⁹ JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1448-1449, comparte esta opinión. Esta forma de proceder no es inusual en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS 15 junio 1999 califica el negocio objeto del litigio no como fiduciario, sino como relativamente simulado, cuando, en realidad, reunía ambas condiciones (en este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Comentario...», cit., pp. 1248-1249). Hemos de poner de manifiesto que en el caso resuelto por esta sentencia era del todo irrelevante la calificación adicional del negocio como fiduciario, ya que el Tribunal Supremo declaró su nulidad absoluta por infringir la prohibición del pacto comisorio.

²⁷⁰ Así lo ha declarado con reiteración el Tribunal Supremo. Cfr., entre otras muchas, SSTS 24 marzo 1983 y 17 febrero 1988.

²⁷¹ Según MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 88, nota 47, admitida por nuestro Código Civil la usucapación extraordinaria, se configuran como requisitos independientes el concepto de dueño y el justo título para usucapir.

²⁷² Ésta es la definición de justo título que nos proporciona LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., p. 207, y que acepta LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2127.

«es indudable que haya que reputar como posesión en concepto de dueño, sin vicio de precariedad a la que adquirieron los demandados, por virtud de títulos que sirven normalmente para transmitir el dominio». Por el contrario, cuando el título que se halla en el origen de la posesión no es apto para transmitir la propiedad, la posesión no puede estimarse ejercitada en concepto de dueño (STS 2 julio 1928). E incluso, con algún exceso, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que los negocios no traslativos del dominio no sirven para fundar una posesión en concepto de dueño, porque ésta se basa en el título, no en la intención (STS 20 noviembre 1964). Justo título y concepto posesorio, a pesar de ser tratados de forma separada por el Código Civil, se encuentran en íntima conexión: justo título no es más que aquel negocio jurídico que, debido a su virtualidad transmisiva del dominio, determina que la posesión recibida por el usucapiente lo sea en concepto de dueño²⁷³. Por ello, el artículo 1941 CC es parcialmente superfluo, respecto de la usucapión ordinaria, ya que exige un requisito de la posesión —que sea en concepto de dueño— que se deduce de la propia exigencia del justo título. Se puede afirmar que toda posesión basada en un justo título es, por definición, adquirida en concepto de dueño²⁷⁴.

Se ha dicho que el fiduciario no posee en concepto de dueño, sino que posee en concepto distinto: según el artículo 432 CC, en el de tenedor de la cosa para conservarla, perteneciendo el dominio a otra persona. Posee una cosa ajena como mero detentador para retenerla bajo su poder durante cierto tiempo (hasta que se le abone el crédito así asegurado) en concepto de garante (para conservarla *ex* artículo 432 CC)²⁷⁵. Con todo, debemos distinguir un doble

²⁷³ Sobre la interrelación e interdependencia entre justo título para la usucapión y concepto posesorio, cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., p. 62; ATAZ LÓPEZ, «Sobre la intervención posesoria (Notas al artículo 436 del Código civil)», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 40-41; BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 674; JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., p. 1449; LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., p. 208; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2099, 2121, 2122 y 2127; MIQUEL, «Justo título», cit., p. 3904; MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 99-100; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 72.

²⁷⁴ BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 672 y 710, sostiene una idea similar en cuanto al requisito de la pacificidad de la posesión en la usucapión ordinaria: la pacificidad se deduce de la misma exigencia del título; toda posesión con título es pacífica por definición.

²⁷⁵ La doctrina señala de forma prácticamente unánime que el fiduciario no posee la cosa dada en fiducia en concepto de dueño, sino como garantía de la restitución de un crédito: ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 182, nota 7; ID., *La usucapión*, cit., p. 62; DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, cit., p. 176; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, *op. cit.*, p. 169; GINEBRA MOLINS, *op. cit.*, p. 769; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 554-556; LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, dirigido por PASQUAU LIAÑO, I, Granada, 2009, p. 993; MARÍN LÓPEZ, «La transmisión...», cit., p. 623; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 223; SIMÓN MORENO, «El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus aplicaciones prácticas», en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, coordinado por NASARRE y GARRIDO MELERO, Madrid-Barcelona, 2006, p. 182. En esta línea, destacan también las opiniones de DE CASTRO, *op. cit.*, p. 434 («la posesión del fiduciario está teñida por su carácter fiduciario, no es a título de dueño»); REGLERO CAMPOS,

ámbito en cuanto a la posible alegación de ser poseedor en concepto de dueño por parte del fiduciario. Como bien se ha señalado,

Comentarios..., cit., p. 2224 (no posee en concepto de dueño quien lo hace en virtud de una titularidad fiduciaria). En el mismo sentido, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 268, quien tras defender la tesis de la venta en garantía como negocio atípico cuya virtualidad consiste en la constitución de un derecho real de garantía también atípico, considera que el fiduciario tiene una «legitimación para poseer conforme al concepto posesorio que se deriva de ser un derecho real limitado (art. 432 CC): esa propiedad o titularidad fiduciaria. Precisamente, por no ser una posesión en concepto de dueño, no es apta para usucapir la propiedad plena y definitiva sobre la cosa». Según LACRUZ (*Elementos...*, II-1º, cit., p. 456; *Elementos...*, II-2º, cit., p. 192), la posesión que se confiere al fiduciario no es en concepto de dueño, pues está impregnada de su naturaleza fiduciaria y adolece de equivocidad. Por su parte, FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 64, 209, 211-212, 226 y 233, considera la venta en garantía como un caso de simulación relativa, en el que la venta es el negocio simulado. A su juicio, caben dos posibilidades en cuanto a la configuración del negocio disimulado: 1.ª) podría tratarse de un mandato cuyo objeto estaría constituido por un negocio de garantía; de este modo, el mandante-fiduciante (deudor) entregaría una cosa al mandatario-fiduciario (acreedor) con el deber de restituir el bien cuando se cumpla el crédito garantizado; 2.ª) la segunda posibilidad sería la de prescindir de toda idea de mandato y reconocer únicamente como disimulado un derecho real de garantía atípico. Aunque la citada autora estima preferible esta segunda posibilidad (*op. cit.*, pp. 226 y 233), cuando examina en concreto la aptitud del negocio fiduciario *cum creditore* a efectos de usucapión, parece decantarse por la primera, afirmando que la «*causa fiduciae* que, como ya hemos expuesto, se articula como garantía a través de la figura del mandato, no es una *causa usucapiendi* ya que no hay una transmisión del pleno poder dominical, sino que se confía al que recibe la cosa, con fundamento en la *fiducia* propia del mandato, el ejercicio de tal poder para una finalidad concreta. No se reúnen, por tanto, los requisitos del artículo 1941 del C.c. al encontrarnos ante una función o gestión dominical transitoria, ante un destino de garantía, en suma, ante un mandatario» (*op. cit.*, pp. 212 y 217). GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 565, nota 1452, considera un tanto «extraña» la teoría que configura la fiducia de garantía como un mandato. Desde otra perspectiva, LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., p. 212, nota 27, ha señalado que «al supuesto de simulación absoluta asimila la jurisprudencia el título fiduciario», con cita de las SSTS 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958, en el sentido de excluir que el fiduciario, al igual que el adquirente simulado, pueda poseer en concepto de dueño. YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 587, comparte la opinión de LACRUZ, pues considera equivalentes (inexistencia de *animus domini*) la posesión del fiduciario *cum creditore* y la del que adquiere en virtud de un contrato simulado absolutamente. En cierto modo, AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario...*, cit., p. 486, podría ser encuadrado junto a los dos autores que acabamos de citar, ya que aproxima los negocios fiduciarios a los simulados absolutamente. Tan sólo hemos podido localizar un parecer discordante: BADOSA COLL, «Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el Derecho español (La venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular)», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, I, Madrid, 2003, pp. 226-228, estima que el negocio fiduciario *cum creditore* no transmite la propiedad en modo alguno, sino que, la por él denominada «tradicón fiduciaria» sólo transmite al fiduciario una posesión en concepto de dueño. No obstante, hemos de subrayar que BADOSA no realiza esta afirmación específicamente con relación a la usucapión, sino que su verdadero propósito consiste en negar cualquier tipo de transmisión de la propiedad por el negocio fiduciario, ya sea una propiedad definitiva, formal o temporal: su virtualidad es más modesta, sólo transmite la posesión. Por su parte, CARRASCO PERERA, «La transmisión...», cit., p. 807, considera que el fiduciario no puede poseer como comprador, pues en la venta en garantía, el contrato de compraventa es claramente simulado y, por tanto, nulo; a su juicio (y aquí discrepa del parecer común), tampoco podría el fiduciario poseer como garante pues el contrato disimulado, aun siendo real y querido, incurriría, no obstante, en la prohibición del pacto comisorio, que pretendería defraudar (arts. 6.4 y 1859 CC). Concluye señalando que el fiduciario posee sin título, y frente al concurso del fiduciante no tendría su detentación más consistencia que la propia de un precarista. Por último, debemos exponer la opinión de GINEBRA MOLINS, *op. cit.*, p. 769. Según esta autora, el negocio fiduciario *cum creditore* no transmite al fiduciario una pretendida titularidad o propiedad formal o fiduciaria, sino

nuestra jurisprudencia sólo se ha planteado directamente la cuestión de la posesión que ostenta el fiduciario frente al fiduciante, negando las SSTs 21 febrero 1907, 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958 que el fiduciario *cum creditore* fuese poseedor en concepto de dueño²⁷⁶. En efecto, en la Sentencia de 3 mayo 1955, el Tribunal Supremo hubo de pronunciarse sobre la pretensión del fiduciario de haber adquirido por usucapión, que operaría contra el fiduciante, la cosa dada en fiducia, declarando que «este contrato funcionó realmente como garantía de un préstamo y las fincas que se figuraron vendidas las ha poseído en tal concepto el demandado, sin transferencia a tercer adquirente, por lo que, a efectos de prescripción adquisitiva entre los “contratantes”, ni las ha poseído a título de verdadero dueño, según exige el artículo 1941 del repetido Código». Como se aprecia, el Alto Tribunal restringe el alcance de su afirmación a la relación entre las partes contratantes, excluyendo implícitamente la relación con terceros. Más adelante, la STS 10 noviembre 1958 se manifestó con mayor generalidad indicando que «la posesión que ha de ostentar el usucapiente para adquirir el dominio y demás derechos reales, ha de ser en concepto de dueño, según el artículo 1941 del Código, y no la tiene con evidencia el mero fiduciario poseedor de las cosas entregadas en fiducia»²⁷⁷. En este sentido, algunos de nuestros autores, sobre la base de lo resuelto por la jurisprudencia (STS 3 mayo 1955), ponen especial cuidado en aclarar que en las relaciones entre fiduciante y fiduciario no podrá nunca el segundo alegar que posee en concepto de dueño²⁷⁸.

A nuestro juicio, la fiducia implica siempre simulación relativa, por lo que, aunque diferente a la exteriorizada, existe una voluntad negocial real, la del negocio disimulado: el negocio fiduciario será eficaz con arreglo a la voluntad de las partes manifestada en el pacto o convenio fiduciario, que, en esencia, no es más que un acuerdo simulatorio. En consecuencia, en la fiducia rige el mismo principio que impera en el procedimiento simulatorio: entre las partes prevalece la voluntad real sobre la declarada, entre ellas rige la verdadera voluntad negocial plasmada en el convenio fiduciario-

que lo transmitido sería una «posesión en concepto de garantía» (coincide, pues, con BADOSA en lo primero, pero no en lo segundo). Añade que recurriendo a la idea de transmisión de la posesión al fiduciario-acreedor, al margen de cualquier tipo de transmisión de la propiedad, ya sea formal o temporal, quedaría salvado el obstáculo que representa la prohibición del pacto comisorio.

²⁷⁶ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 146.

²⁷⁷ Sobre el peligro de caer en más de una confusión si no se estudia con detenimiento la cuestión de hecho que motiva las generalizaciones del Tribunal Supremo, cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1º, Barcelona, 1994, pp. 318-320.

²⁷⁸ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, cit., p. 511; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 556; GULLÓN, *op. cit.*, p. 135; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», cit., p. 1268.

simulatorio y oculta a terceros²⁷⁹. Incluso algunos de aquéllos que no encuadran a la fiducia dentro de la simulación relativa, sino que defienden el desdoblamiento del dominio (conservación de la propiedad material por el fiduciante y correlativa transmisión de la propiedad formal al fiduciario), sostienen que «cualquiera que sea la tesis mantenida, abandonados ya totalmente los postulados más radicales de la teoría del doble efecto, en la relación entre las partes nunca podrá sustentarse la situación de apariencia creada, sino la efectivamente producida»²⁸⁰. La jurisprudencia no ha sido ajena a esta idea. Según la STS 19 mayo 1989, «el negocio base de fiducia, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor dueño aunque la recuperación, por éste, de tal titularidad, esté subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que, en ningún caso, pueda prevalecer, entre partes, la apariencia creada por el negocio indirecto (transmisión de dominio, bajo distintas capas, como, en este caso, venta con pacto de retro), sobre el negocio real directo, de garantía»²⁸¹. Con acierto, se ha dicho que en esta sentencia subyace la idea de que el procedimiento fiduciario es muy similar (nosotros creemos que idéntico) al procedimiento simulatorio²⁸². Por tanto, entre fiduciante y fiduciario, la voluntad real se impone a la apariencia; lo que cuenta es la verdadera voluntad negocial contenida en el negocio encubierto, debiéndose fijar el concepto posesorio con arreglo a ella. En este sentido, debe ser objeto de especial atención la STS 20 noviembre 1964, en la que a pesar de resolverse el litigio con base en la simulación relativa (compraventa con pacto de retro que ocultaba un préstamo con garantía), también constituía un caso de fiducia *cum creditore*. Como es sabido, el concepto posesorio se determina en función del título en cuya virtud se comienza a poseer; pues bien, según el Tribunal Supremo, la voluntad posesoria ha de enjuiciarse atendiendo no al negocio simulado (compraventa con pacto de retro) sino al disimulado (préstamo con garantía), y este último, al carecer de eficacia traslativa del dominio, no sirve para fundar una posesión en concepto de dueño. Con apoyo expreso en esta sentencia, se ha señalado que en «la *simulación relativa*, el *animus* con que se ejerce la posesión que le subsigue se corresponde con el que resulta del negocio disimulado, pues el simulado es jurídica-

²⁷⁹ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 141-142; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., pp. 211-212; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 360; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 580; JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 204 ss.

²⁸⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, p. 63.

²⁸¹ Sobre esta sentencia, cfr. DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, cit., p. 175.

²⁸² GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 293-294, nota 686.

mente inexistente. Amparándose en el negocio disimulado y en la posesión que el mismo configura, es posible adquirir, por usucapión, el derecho que se haya pretendido transmitir»²⁸³.

Sin llegar a identificar fiducia y simulación, pero aproximando ambas figuras en grado sumo, se ha dicho que en los negocios fiduciarios, al igual que en los simulados relativamente, «para fijar el verdadero título el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la causa verdadera del negocio. Desde ella se configura el concepto de la posesión excluyendo el señalado por el título aparente. Así se indica en s. 20 noviembre 1964 (negocios de garantía, venta con pacto de *retro*), (...) s. 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958 (fiducia *cum creditore*)»²⁸⁴.

El fiduciario, supuesto adquirente en una venta con finalidad de garantía, apoyándose en su posesión, no podrá oponer al fiduciante la usucapión de la cosa dada en fiducia, porque el título que determina los efectos de la entrega configura restrictivamente el concepto posesorio que mediante ella se adquiere. En consecuencia, el fiduciario no podrá alegar la prescripción adquisitiva frente al fiduciante para impedir la efectividad del *pactum fiduciae*, en cuya virtud, el primero de ellos se compromete a la restitución y/o retransmisión de la cosa una vez pagado el crédito²⁸⁵. En suma, el fiduciario no podrá usucapir respecto del fiduciante salvo que intervierta en la debida forma su insuficiente concepto posesorio²⁸⁶.

Algún autor, aceptando que el fiduciario no puede arrogarse la posesión en concepto de dueño frente al fiduciante, señala que «el acreedor fiduciario adquiere sobre la cosa una posesión (cfr. arts. 1462 y ss.) que al *exterior* aparece como si fuera posesión en concepto de dueño»²⁸⁷. En parecido sentido, también se ha dicho que la posesión del fiduciario puede ser en concepto de dueño, «ya

²⁸³ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 146, quien es seguido por LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., p. 212, nota 27, y por YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 587. Cfr. DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230; DURÁN RIVACOBA, *Donación...*, 2.ª ed., cit., p. 217.

²⁸⁴ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 100. Con relación a estas mismas sentencias, señala JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1448-1449, que «para fijar el verdadero título posesorio, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta la causa concreta y verdadera del negocio. Desde ella se configura el concepto de la posesión excluyendo el señalado por el título aparente».

²⁸⁵ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 232-233, realiza análogas consideraciones con relación a la imposibilidad de que el comprador, en una venta con pacto de reserva de dominio, o en una venta con pacto de retro, pueda oponer usucapión frente a su transmitente.

²⁸⁶ CARAMÉS PUENTES, *op. cit.*, p. 141; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 569; JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1448-1450; LACRUZ, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 456; ID., *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 192; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 587.

²⁸⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 357.

que como tal aparece ante terceros»²⁸⁸. Estas dos últimas opiniones parecen implicar la idea de que el fiduciario puede llegar a usucapir en forma extraordinaria frente a terceros²⁸⁹. Mas, debemos señalar que este supuesto no parece demasiado probable que se dé en la praxis, pues el fiduciario, antes de conceder crédito al fiduciante, se habrá cerciorado de que la titularidad del bien objeto de la transmisión fiduciaria corresponde al fiduciante: la efectividad de esta forma de garantía depende de ello. En el improbable caso de que el fiduciante transmitiese en garantía un bien del que no fuese dueño, el fiduciario podría oponer la usucapición frente al *verus dominus*, lo cual sería muy útil para el fiduciante *non dominus*, pues la prescripción adquisitiva del fiduciario favorecería al fiduciante, asegurando la efectividad del compromiso del primero de restituir la cosa al segundo (*pactum fiduciae*) cuando el crédito haya sido satisfecho. Diversamente, se ha señalado que en la fiducia *cum creditore* no procederá la usucapición, ni siquiera la extraordinaria, ya que la posesión en concepto de dueño, que falta de forma segura frente al fiduciante, también faltará normalmente frente a los demás: en la inmensa mayoría de las ocasiones es el fiduciante quien queda en la posesión material de la cosa disfrutando de ella como su dueño²⁹⁰. El fiduciante (transmitente en garantía) no pierde de ordinario la tenencia material de la cosa enajenada, merced al *constitutum possessorium*, tecnicismo en cuya virtud el que poseía en nombre propio pasa a hacerlo en nombre ajeno. Casi siempre, la transmisión fiduciaria se realiza en escritura pública, por lo que se produce la tradición instrumental y una especie de constituto posesorio tácito²⁹¹. Se ha dicho que con ello «se crea una apariencia de continuidad que permite al deudor ostentar externamente su titularidad e inducir a quienes con él contratan a la confianza de que sigue siendo propietario del bien o bienes transmitidos en garantía»²⁹².

²⁸⁸ RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 144, nota 65. Según este autor, aun cuando, por hipótesis, se aceptase que el negocio fiduciario es simulado, plantea ciertas dudas la afirmación jurisprudencial de que el fiduciario no es poseedor en concepto de dueño.

²⁸⁹ Así, explícitamente, RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 144, nota 65, para quien es indudable que el fiduciario no podrá usucapir en forma ordinaria por carecer de justo título y de buena fe, pero sí, por simulado que sea su título, se presenta como propietario, puede consumir una usucapición extraordinaria.

²⁹⁰ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 555-556.

²⁹¹ Sobre la tradición instrumental como supuesto de constituto posesorio tácito, cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 154; NAVARRO CASTRO, *op. cit.*, pp. 162-164 y 297. Respecto de la tradición instrumental como forma de tradición que no conlleva transmisión de la posesión real, cfr. CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pp. 263 y ss.

²⁹² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, p. 49. En este sentido PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III-1.º, cit., p. 318, pone de manifiesto que la tradición real tenía la finalidad de

Caso diferente sería el de la usucapión alegada por persona distinta del fiduciario (por ejemplo, tercero que adquiere la cosa de éste), ya que los terceros que contraten con el fiduciario no pueden resultar perjudicados por confiar en la eficacia de la, en apariencia, plena, titularidad dominical que el fiduciante confirió al fiduciario. La protección de los terceros que traten y contraten con el fiduciario deberá resolverse con arreglo a los criterios establecidos en general por la doctrina de la simulación, esto es, declarada la simulación, vale lo real frente a lo aparente, tanto *inter partes*, como frente a terceros, mas ello sin perjuicio de la protección de los terceros que de buena fe confiaron en la situación aparente creada por la simulación²⁹³. Aunque la opinión que parece prevalecer en nuestra doctrina es que para la protección de los terceros basta con que adquieran de buena fe y a título oneroso, sin que quepa exigirles otros requisitos más específicos, como, por ejemplo, los que resultan del artículo 34 LH²⁹⁴, a nuestro juicio, deberían diferenciarse dos situaciones. Si la fiducia, que implica siempre simulación, recae sobre bienes inscritos en el Registro de la Propiedad, no es posible sustraerse de lo prescrito por el artículo 34 LH. En consecuencia, si el inmueble está inscrito en el Registro a nombre del fiduciario, el artículo 34 LH protege al adquirente por negocio jurídico válido, a título oneroso y de buena fe y que inscriba su propia adquisición. El tercero en que concurren los requisitos del artículo 34 LH adquirirá inmediatamente *a non domino*²⁹⁵. Cuando el tercero que adquiera del fiduciario no reúna los requisitos del cita-

convertir en visibles los cambios jurídicos; de este modo, cuando «se admite una posesión mediata, una posesión por otro con el *animus rem alteri habendi*, desaparece la función de la posesión de revelar a terceros la titularidad dominical. En las formas de tradición fingida, en lugar de un consentimiento y de un acto real y visible de cambio de posesión, se efectúan dos actos que no pueden percibirse externamente: el acuerdo sobre el cambio de propiedad y el acuerdo sobre el cambio de concepto en la relación posesoria que externamente no se altera». En contra de la función publicitaria de la posesión, cfr. CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

²⁹³ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 348-349, 353, 360-365, 423, 431 y 435, a quien, con mayores o menores matices siguen, ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 674-675; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 142 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, *cit.*, pp. 212-213; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 557 ss. y 582 ss.; GULLÓN, *op. cit.*, pp. 126-127 y 134-135.

²⁹⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 364, seguido por CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 148 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, *cit.*, pp. 212-216; FELIÚ REY, *op. cit.*, pp. 120 y 127; JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 225-227; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, «Comentario a la STS de 26 febrero 1990», *CCJC*, 1990, pp. 496 ss.; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 66 ss. En contra, RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, pp. 131, 133, 136 y 139, para quien «la defensa del tercer adquirente de buena fe y por título oneroso que recibió del fiduciario, si éste no es propietario, no encuentra apoyo legal en nuestro Derecho, fuera de los casos en que el tercero cumple el resto de requisitos de los arts. 464 del Código Civil o 32 y 34 de la Ley Hipotecaria».

²⁹⁵ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1797-1798; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 585; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», *cit.*, p. 1269.

do precepto de la Ley Hipotecaria, podrá, no obstante, adquirir por usucapión ordinaria²⁹⁶. En este sentido, la STS 28 mayo 1996, aun dictada a propósito de una compraventa declarada nula por simulación absoluta, es bastante ilustrativa al respecto: «el hecho de que un contrato sea radicalmente nulo, no impide que los supuestos adquirentes transmitan la posesión a terceros ajenos al contrato nulo mediante otra compraventa, que si bien no será apta para adquirir el dominio, salvo que se hubiere confiado en el Registro de la Propiedad (art. 34 de la Ley Hipotecaria) sí puede crear una situación posesoria apta para usucapir si se dan todos los requisitos legales»²⁹⁷.

Se ha planteado la cuestión de si la nulidad de la transmisión fiduciaria por incurrir en la prohibición del pacto comisorio impide que la posesión que recibe el acreedor-fiduciario sea en concepto de dueño²⁹⁸. En términos generales, se conviene en que: 1.º el concepto posesorio se fija en función del título en cuya virtud se recibió la posesión²⁹⁹; 2.º la nulidad de dicho título no impide que la posesión sea en concepto de dueño, sino que para que ésta exista es preciso que el título, válido o no, la confiera como dueño, esto es, que se trate de un título transmisivo del dominio³⁰⁰; 3.º es más, un título nulo puede servir para configurar la posesión recibida como

²⁹⁶ GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 569 y 585. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», *cit.*, p. 1269, afirma con claridad que el negocio fiduciario *cum creditore* «puede dar lugar a una adquisición a *non domino* o servir, en su caso, de justo título para la usucapión ordinaria, si el tercer adquirente no reúne todos los requisitos para convertir esa adquisición inmediatamente en irrevindicable». También es muy clara al respecto SANCINENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 117: «El adquirente del fiduciario, con buena fe porque no conozca la relación de fiducia, y justo título válido que posea en concepto de dueño pública, pacífica e ininterrumpidamente durante el transcurso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes podrá adquirir la propiedad de la cosa por usucapión. El adquirente que ha consumado la prescripción ordinaria a su favor podrá oponerla frente a la reclamación del fiduciante, sin perjuicio de la acción de éste contra el fiduciario». Véase también DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434-435.

²⁹⁷ Como bien ha señalado LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad...*, *cit.*, p. 207, el contrato traslativo de un bien que el transmitente –en ese contrato– recibió en un anterior contrato nulo, puede ser título válido a los efectos de la usucapión ordinaria, y, en todo caso, el tercero podrá adquirir el dominio por usucapión extraordinaria.

²⁹⁸ Dicha cuestión es planteada en nuestro Derecho por ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 46 ss.

²⁹⁹ SSTs 24 marzo 1983 y 18 septiembre 2007.

³⁰⁰ Como indican ALBALADEJO (*Derecho civil*, *cit.*, p. 182, nota 7; *La usucapión*, *cit.*, p. 63), y LÓPEZ FRÍAS (*Jurisprudencia...*, *cit.*, I, p. 993), no es correcto subordinar la existencia de posesión en concepto de dueño a la validez del título que puede estar en el origen de la tenencia. Así, la STS 10 noviembre 1955 desvincula la posesión en concepto de dueño, como requisito común a cualquier tipo de usucapión, de la validez del justo título, requisito exclusivo de la usucapión ordinaria; esta resolución judicial subraya que el concepto posesorio no depende de la validez o nulidad del negocio en cuya virtud el poseedor recibió la posesión (en el caso concreto, nulidad de una partición de bienes hereditarios), por lo que no es obstáculo a la posesión *ad usucapionem* que exista o no el título ni que éste sea o no válido.

en concepto de dueño a efectos de la usucapión extraordinaria³⁰¹. Retomando la cuestión inicial, aunque se hubiese pactado que el fiduciario-acreedor se apropiaría definitivamente del bien transmitido en garantía en caso de impago del crédito por el fiduciante, dando con ello por extinguida la relación obligatoria, el fiduciario no se convertiría en propietario debido a que tal pacto es radicalmente nulo por infringir la prohibición contenida en el artículo 1859 CC. Lo que es más discutible es si el fiduciario podría adquirir por usucapión. Ataz López parece considerar que la nulidad del pacto comisorio no impide que la posesión en concepto de dueño, iniciada por el acreedor con base en dicho pacto, sea apta para usucapir³⁰². Por nuestra parte, debemos recordar que parece estar imponiéndose en la jurisprudencia la tesis de la nulidad total del negocio fiduciario *cum creditore* que infringe la prohibición del pacto comisorio. El fiduciario poseería, pues, en virtud de un título nulo, esto es, jurídicamente inexistente, pero, como hemos visto, ello no impide que el poseedor lo sea en concepto de dueño. En cuanto a si un título nulo por violar la prohibición del pacto comisorio *ex* artículo 1859 CC puede configurar la posesión transmitida como en concepto de dueño, se podría entender que sí, ya que, con independencia de su validez jurídica, exterioriza la voluntad del acreedor-fiduciario de hacer suyos los bienes objeto de la transmisión en garantía³⁰³.

Para finalizar este apartado nos vamos a plantear un último problema. Como es sabido, los actos posesorios no suelen, por lo común, ser lo bastante numerosos o significativos como para reflejar el concepto en que se posee; a su vez, el artículo 436 CC, al presumir que se sigue poseyendo en el mismo concepto en que se

³⁰¹ LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., pp. 211-212; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 72. En jurisprudencia, STS 10 noviembre 1955. En concreto, dentro de los títulos nulos, hemos defendido que la donación otorgada en forma abierta y ostensible, es decir, no disimulada bajo apariencia de otro contrato, pero nula por defectos formales, configura la posesión en concepto de dueño. Cfr. MARTÍN LEÓN, «Usucapión, título nulo por defecto de forma y posesión en concepto de dueño», *RdP*, 2004, n.º 12, pp. 130 ss. Este criterio ha sido también asumido por la STS 25 enero 2007, según la que una donación de inmueble sin escritura pública es radicalmente nula por falta de un requisito esencial, por lo que no puede ser justo título para la usucapión ordinaria, «pero sí puede ser base de usucapión extraordinaria» que opera sin necesidad de título, mas dicha ausencia de título «no impide la posesión que da lugar a la usucapión extraordinaria, ni tampoco obsta a que el poseedor sin título (porque la donación no lo es) lo sea a título de dueño». En otro lugar, también hemos defendido que el título disimulado nulo radicalmente por defecto formal tiene virtualidad suficiente para configurar la posesión como en concepto de dueño: cfr. MARTÍN LEÓN, «Negocios simulados...», cit., pp. 667 y ss.

³⁰² ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 48-49, señala que podría existir interversión por oposición al derecho del propietario si el deudor reclamara la devolución y el acreedor se opusiere y contradijere; mas, si el deudor no llegase a reclamar, de manera que el acreedor no llegase a ejecutar un acto contradictorio, no habría interversión, y no podría iniciarse la usucapión. Como esto segundo le parece ilógico, se decanta por sostener lo indicado en el texto.

³⁰³ Cfr. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 49.

adquirió, remite, en cuanto a la determinación del concepto posesorio, al momento de la adquisición, es decir, al título adquisitivo: la voluntad del poseedor estará adaptada al título en cuya virtud adquirió la posesión, por lo que el título de adquisición configura, en principio, el concepto en que se posee³⁰⁴. Por otra parte, como expone Morales Moreno, en la usucapión ordinaria debe existir armonía o correspondencia entre el derecho al que se refiere el justo título y el concepto en que se posee: caso de discordancia entre el contenido del verdadero título (título material o sustantivo) y el de la inscripción (título formal), surge la cuestión de si el concepto posesorio debe entenderse configurado por la inscripción o por el título material, cuestión que es importante, «pues de afirmarse que el título material predetermina la configuración del concepto posesorio, aducida la inscripción como justo título, no podría producirse, en base a ella, la usucapión ordinaria, por discordancia entre el justo título alegado y el «concepto» en que se ha poseído»³⁰⁵. Este autor considera que la tesis de la equiparación de la inscripción al justo título para la usucapión *ex* artículo 35 LH resulta perturbadora pues, caso de inexistencia o nulidad del título material se hará posible la usucapión ordinaria sin justo título, abriéndose también la posibilidad de que se adquiera por usucapión ordinaria *secundum tabulas* un derecho configurado por la inscripción en forma diferente a la prevista en el título material válido, por divergencias entre el acto inscrito y la inscripción³⁰⁶. Entre las circunstancias de hecho que escapan a la calificación registral, ocasionando una inexactitud registral (proclamar la titularidad de una persona que en realidad carece de tal titularidad), destacan a nuestros efectos aquéllas que, como indica Morales Moreno, producen «una discordancia entre el título formal escriturario y lo verdaderamente querido por las partes en el acto transmissivo (simulación relativa, negocio fiduciario)»³⁰⁷. La equiparación de la inscripción al justo título alteraría, pues, la función que el Código Civil asigna a la usucapión ordinaria que es la de subsanar la falta de titularidad del transmitente, mas no los vicios del títu-

³⁰⁴ Por todos, MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., pp. 13, 20 y 95 ss., y también en «La inscripción...», cit., pp. 1132-1133. En este sentido, STS 18 septiembre 2007.

³⁰⁵ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1133.

³⁰⁶ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., pp. 1129-1130, quien, para mayor claridad, añade: «Caso de inexistencia o nulidad del título material, se hará posible la usucapión ordinaria sin justo título, lo cual es difícilmente concebible desde el Código civil. Caso de que el derecho referido en el título sustantivo aparezca diversamente configurado que en la inscripción, la adquisición se producirá conforme a la inscripción, al margen de la voluntad (consentimiento) de las partes, que cristalizó en el título material».

³⁰⁷ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1131, a quien sigue MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 489-490.

lo³⁰⁸. A pesar de todas estas consideraciones, el citado autor, en el supuesto de falta de concordancia entre el contenido del título material y el de la inscripción, termina inclinándose por la configuración del concepto posesorio desde esta última: en el terreno de la presunción posesoria que establece el artículo 35 LH, «será a la inscripción, en cuanto justo título, a la que ha de atribuirse el papel de configurar la posesión presumida. Mas allá de esta presunción –añade– se llega a parecido resultado. Presumida la buena fe en la Ley Hipotecaria, especialmente para el ámbito de la usucapión registral (art. 35), hay que entender, en principio, que el sujeto desconoce la discordancia entre el contenido del verdadero título y el del Registro y por tanto, en términos generales, su actuación posesoria ha venido verosímilmente predeterminada y configurada por la inscripción»³⁰⁹. Creemos que esta opinión debe ser matizada. El «sujeto» al que se está refiriendo Morales Moreno es el titular registral usucapiente; además, parece considerar indiferente que el titular inscrito que invoca la usucapión sea parte en la relación cuyos defectos impiden la transmisión del dominio o que sea tercero respecto a ella. A nuestro juicio, la discordancia entre el contenido del título material (negocio fiduciario *cum creditore* como negocio simulado relativamente, en el que bajo una aparente compraventa en escritura pública se oculta un negocio de garantía de carácter no transmisivo del dominio) y el de la inscripción como título formal (al Registro no accede el negocio fiduciario en toda su complejidad, sino sólo su faceta o plano externo, la simulada compraventa) no es compatible con la buena fe del titular registral cuando éste es parte de la relación, pues el fiduciario (titular inscrito que pretende usucapir) no puede alegar frente al fiduciante que posee de buena fe ni en concepto de dueño, ya que no ignora la falta de concordancia entre lo verdaderamente pretendido por las

³⁰⁸ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1129. Del mismo modo, consideran perturbadora dicha equiparación, LACRUZ, *Elementos...*, III-1º, cit., p. 213, nota 29; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 519. En contra, GARCÍA GARCÍA, «El principio...», cit., pp. 1711, 1720 y 1738-1741, y también en *Derecho...*, cit., p. 67-71 y 90-91, para quien la equiparación de inscripción y justo título *ex* artículo 35 LH determina que se prescinda absolutamente de la inexistencia, nulidad o falsedad del título material de base, que sea irrelevante que el título material que dio lugar a la inscripción sea o no suficiente para la transmisión; a su juicio, la usucapión *secundum tabulas* subsana no sólo la falta de titularidad, sino también los vicios o defectos del propio título.

³⁰⁹ MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1133. En cambio, ROCA TRÍAS, «Las relaciones...», cit., pp. 10, 21-23, 44 y 49-50, estima que las presunciones posesorias *ex* artículo 35 LH no suponen el concreto desenvolvimiento, a efectos de usucapión, de la presunción general de posesión *ex* artículo 38 LH: en virtud de lo dispuesto en este último precepto, el concepto posesorio, que normalmente deriva de los actos del poseedor, se debe entender configurado por el título inscrito; en cambio, al no presumirse –a su juicio– la posesión *ex* artículo 35 LH, «el concepto posesorio lo van a proporcionar los actos del propio poseedor, con independencia del título que tenga inscrito».

partes (constituir una garantía) y lo inscrito en el Registro (transmisión de la propiedad mediante compraventa)³¹⁰.

En el improbable caso de que el bien dado en fiducia no perteneciese al fiduciante, sino a un tercero (supuesto que nunca, que sepamos, se ha planteado en la praxis jurisprudencial, por el natural empeño con que los fiduciarios se cercioran de la titularidad de los fiduciantes), sería más factible defender que el fiduciario, que fuese titular registral, podría usucapir *ex* artículo 35 LH frente al tercero *versus dominus*, pues frente a éste, la inscripción sería justo título que configuraría la posesión recibida en concepto de dueño. Antes de que la situación fiduciaria concluya, la consumación de la usucapión por el fiduciario frente al tercero beneficiará tanto al fiduciario como al fiduciante, ya que en este aspecto sus intereses son confluyentes: favorece al fiduciario pues la *res fiduciae* seguirá estando sujeta y afecta al cobro de su crédito; favorece también al fiduciante, pues la usucapión le permitirá el efectivo ejercicio de la facultad de recuperación de la cosa cumplida la obligación asegurada³¹¹.

Como bien se ha dicho, el título de adquisición de la posesión sirve para fijar el concepto posesorio, pero la publicidad del concepto en que se posee no emana directamente del título; a lo sumo, del título derivaría una publicidad de alcance muy limitado (*inter partes*), por lo que habría que garantizar que el verdadero dueño puede tener noticia de la usucapión contraria a su titularidad (publicidad tanto del hecho de la tenencia como del concepto en que se posee),

³¹⁰ MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 467, 472, 493-494, 500, 504 y 532, restringe la aplicación del artículo 35 LH a los titulares registrales que tengan la condición de terceros que no reúnan los requisitos exigidos por el artículo 34 LH. En última instancia, MORALES MORENO, «La inscripción...», *cit.*, p. 1135, parece sostener una opinión similar, pues señala que la «discordancia entre la configuración del título material y la inscripción es compatible con la buena fe del titular registral cuando éste, sin ser tercero, no haya intervenido personalmente en el acto adquisitivo. Es el caso del heredero del adquirente, o de quien actuó a través de representante en el acto de la adquisición, si el representante, quizá con intenciones torcidas, no le dio cuenta del verdadero alcance del negocio celebrado, alcance que no consta en la escritura inscrita».

³¹¹ MORALES MORENO, *Posesión...*, *cit.*, pp. 232-233 y 275, realiza análogas consideraciones en cuanto a la posibilidad de usucapir frente a tercero del adquirente en la venta con pacto de reserva de dominio o en la venta con pacto de retro, figuras ambas que han sido aproximadas o identificadas con el negocio fiduciario: respecto de la consideración de la venta con pacto de reserva de dominio como negocio fiduciario, cfr. AMORÓS GUARDIOLA, «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», *RCDI*, 1972, p. 13; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pp. 28 y 63-65; RIVERA FERNÁNDEZ, *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994, pp. 48-52; respecto de la consideración de la venta con pacto de retro como negocio fiduciario, cfr., entre otros, GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 111-134; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pp. 28 y 358-359; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, pp. 147 y ss.; RUBIO TORRANO, *El pacto...*, *cit.*, pp. 155-175; SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 125 ss.; VIVAS TESÓN, *La compraventa con pacto de retro en el Código Civil*, Valencia, 2000, pp. 227-238.

bien mediante la exteriorización de los actos posesorios, bien mediante la inscripción del título en el Registro de la Propiedad³¹².

1.3 Consideraciones críticas en cuanto a la pretensión del fiduciario de usucapir en forma ordinaria frente al fiduciante

La doctrina mantiene con práctica unanimidad que la usucapión ordinaria es un modo de adquirir *a non domino* y que, en consecuencia, viene a subsanar la falta de titularidad o de poder de disposición del transmitente³¹³. Mas, como acabamos de señalar, no se trata de una tesis monolítica y sin fisuras, pues no existe plena concordancia en aspectos muy relevantes. Por un lado, mientras que algunos autores consideran la falta de titularidad o poder de disposición del *tradens* como un vicio del título³¹⁴, otros, con mayor corrección, estiman que la falta de titularidad del transmitente no es un vicio del título, sino de la tradición como modo de adquisición³¹⁵. Por otro, mientras que la gran mayoría de la doctri-

³¹² MORALES MORENO, *Poseción...*, cit., pp. 165-168.

³¹³ ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 253 y 325; ID., *La usucapión*, cit., pp. 101-107; BADOSA COLL, «Justo título», cit., pp. 705, nota 234 y 712, nota 268; CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 10 julio 1987», cit., pp. 4801-4803; CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 357, 360, 362 y 381; DE BUEN, *op. cit.*, p. 997; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 828, 833 y 847; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., pp. 98 y 128; GÓMEZ ACEBO, «La buena y la mala fe en el Código Civil», (segunda parte), *RDP*, 1952, p. 207; GORDILLO CAÑAS, «Sobre el ámbito de la usucapión ordinaria: ¿Usucapión *inter partes* frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? (Comentario a la STS de 17 de julio de 1999)», *ADC*, 2000, pp. 709-710; ID., «Comentario...», cit., pp. 433-434; GUTIÉRREZ PEÑA, *op. cit.*, pp. 98-99, 102 y 122-125; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 526; JORDANO FRAGA, «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición "a non domino". Responsabilidad por evicción. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988», *ADC*, 1989, p. 1357, nota 3; LACRUZ, *Elementos...*, III-1.º, cit., pp. 210 y 249; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad...*, cit., p. 178, 190 y 211; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2127; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 465 ss.; MIQUEL, «Justo título», cit., pp. 3904; ID., «Posesión», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, p. 4950; ID., «Usucapión», cit., pp. 6768-6770; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1129; REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., pp. 2223 y 2234; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pp. 9-12; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 559-561; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1054, 1060, 1090-1091 y 1098; VILA RIBAS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código civil español*, Barcelona, 1989, p. 158; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 557 ss.; ZUMAQUERO GIL, «Adquisición de muro divisorio por usucapión ordinaria. Comentario a la STS de 29 de octubre de 2007», *RdP*, 2009, n.º 22, p. 426. Por el contrario, BÉRGAMO LLABRÉS, *op. cit.*, p. 277, y PORCIOLES, *op. cit.*, p. 185, estiman que lo que la usucapión subsana son los vicios del título. GARCÍA GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 90-91, considera que la usucapión *secundum tabulas* solventa tanto un defecto de titularidad como un vicio o defecto del propio título según el cual adquirió el titular registral.

³¹⁴ Así, DE BUEN, *op. cit.*, p. 997: «el único vicio del título que purga la usucapión es la adquisición del no propietario». En sentido similar, HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., p. 523.

³¹⁵ Según MIQUEL, «Justo título», cit., pp. 3904-3905, el defecto que subsana la usucapión no yace en el título, sino fuera de él: 1) la usucapión ordinaria no subsana un defecto del título, porque éste ha de ser válido *ex artículo* 1953 CC; 2) la usucapión ordinaria subsana

na afirma que la usucapión ordinaria tiene por función purgar única y exclusivamente la ausencia de titularidad o poder de disposición del *tradens*³¹⁶, un pequeño sector doctrinal extiende la virtualidad sanatoria de la usucapión ordinaria a todo vicio o defecto adquisitivo, pues no sólo purifica la adquisición *a non domino*, sino también otros defectos de fondo o de forma del acto adquisitivo³¹⁷.

la falta de propiedad del tradente; y 3) la falta de propiedad del transmitente no es un defecto del título, sino de la transmisión de la propiedad por tradición. En el mismo sentido, cfr. GORDILLO CAÑAS, «Sobre el ámbito...», cit., pp. 708-710; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1130, nota 22 («la falta de titularidad del *auctor* no afecta a la validez del título»); MACÍA MORILLO, *op. cit.*, p. 466, nota 13; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 557, 568, 596, 638 y 646. CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 359, 361 y 381-382, señala que la usucapión ordinaria purga la ausencia de poder de disposición del transmitente, lo que unido a la exigencia de un título válido, «lleva a la consideración del poder de disposición como un elemento ajeno al contrato y esencial a la tradición como modo de adquirir».

³¹⁶ ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 253 y 325 (en la usucapión ordinaria «de lo único que se purifica es de no ser el transmitente titular de la cosa usucapida», mas no solventa los defectos del título); ID., *La usucapión*, cit., p. 101; CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 10 julio 1987», cit., pp. 4801-4803; CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 362, nota 962; DE BUEN, *op. cit.*, p. 997; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 833 y 847 («La usucapión no purga nunca la imperfección del título defectuoso procedente del titular del derecho enajenado, pero sí subsana la falta de adquisición determinada por el hecho de que el derecho no perteneciera al enajenante o de que éste careciera de poder dispositivo»). «Ninguna usucapión ordinaria y por consiguiente tampoco la usucapión registral corrige o rectifica los vicios o defectos del título que consisten en su nulidad radical o en su inexistencia. La usucapión ordinaria corrige el defecto consistente en la falta de titularidad del transmitente, cuando el adquirente ha adquirido a virtud de un negocio en sí mismo válido y verdadero»; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, III, cit., p. 128; GORDILLO CAÑAS, «Comentario...», cit., pp. 433-434 («la usucapión ordinaria está llamada a suplir sólo la titularidad o poder dispositivo del *tradens*»); JORDANO FRAGA, «Doble venta...», cit., p. 1357, nota 3 («La usucapión ordinaria se limita a purgar la falta de legitimación –titularidad del transmitente o enajenante–»); MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 465-467, 472, 490, 493, 536 y 548-549; MORALES MORENO, «La inscripción...», cit., p. 1129; MIQUEL, «Justo título», cit., pp. 3903-3905; ID., «Usucapión», cit., pp. 6768-6770; YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la STS de 19 julio 1999», *CC/JC*, 2000, pp. 82, 85 y 88; ID., «Tipología...», cit., pp. 557-562, 568, 594-596, 626, 638, 645 y 663-667. En este sentido, resultan especialmente relevantes las SSTS 30 marzo 1943 («el justo título que para la prescripción se requiere es aquel que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión del dominio aunque exista algún defecto o vicio originario que afecte a la facultad de disponer del transmitente, pues, precisamente para subsanar tales vicios o defectos, existe la prescripción que de otro modo sería inútil») y 20 octubre 1992, según la cual, lo que la usucapión ordinaria subsana es «precisamente el vicio de no ser propietario quien transmite». Cfr. también SSTS 27 julio 1997, 11 y 24 abril 2003, 10 y 11 febrero 2004 y 5 mayo 2005.

³¹⁷ ESPÍN CÁNOVAS, «Función...», cit., pp. 834, 838 y 839, apoyándose en la remisión que efectúa el artículo 1951 CC al artículo 433 CC, considera que «por la usucapión se subsana todo vicio invalidatorio del título», esto es, que «por virtud de la usucapión ordinaria quedarán subsanados no sólo la falta de titularidad en el transferente, sino también la falta de legitimación y de capacidad en el mismo, o cualquier otro defecto del negocio transmisivo que no tropiece con los requisitos exigidos a éste. Por tanto, si el título es verdadero y válido, subsanará otros defectos además de la falta de titularidad en el transferente» (En contra de este planteamiento, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 253-254; YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario...», cit., p. 86). Para ello, ESPÍN se basa en la admisión por parte del Tribunal Supremo del título anulable, rescindible o resoluble como justo título para la usucapión («Función...», cit., p. 841). No obstante, creemos que dicha circunstancia no debe enturbiar la verdadera y genuina misión de la usucapión ordinaria que, repetimos una vez más, es enmendar la falta de titularidad o poder de disposición del *tradens*. En consecuencia, sólo se puede plantear la viabilidad de los títulos anula-

Por nuestra parte, consideramos preferible la teoría mayoritaria, es decir, la que sostiene que el único vicio que subsana la usucapión abreviada es la falta de titularidad del *tradens*. Si esto es así, resultaría que en la usucapión ordinaria están involucrados tres sujetos, a saber, las partes negociales (*tradens non dominus* y *accipiens*) y un tercero (*verus dominus*). Dicha usucapión no opera *inter partes*, sino que enfrenta a una de las partes negociales (*accipiens* o adquirente *a non dominus*) con un tercero (*verus dominus*), y subsana, pues, no los vicios del título (negocio adquisitivo), sino los vicios de la titularidad (falta de propiedad del *tradens*)³¹⁸.

En consecuencia, si tenemos en cuenta que los supuestos sobre usucapión ordinaria que ha decidido el Tribunal Supremo se han planteado siempre *inter partes* (en la mayoría de las ocasiones es el fiduciario el que alega la usucapión frente al fiduciante; en algunas, la pretende el fiduciante contra el fiduciario), debemos concluir que la forma de proceder del Alto Tribunal no ha sido la más adecuada (desestimar la pretensión del fiduciario de haber usucapido con el argumento de que su posesión no es en concepto de dueño; rechazar idéntica pretensión del fiduciante alegando que el mecanismo para recobrar la titularidad no puede ser nunca la usucapión, sino que sólo podrá exigir la retransmisión del bien cuando se hayan cumplido los presupuestos fijados en el pacto fiduciario): lo correcto hubiese sido argumentar que la usucapión abreviada no actúa *inter partes*. Para que el negocio fiduciario *cum creditore* pueda desplegar su finalidad aseguradora del crédito del fiduciario, es imprescindible que la titularidad del bien dado en fiducia corresponda sin ningún atisbo de duda al fiduciante: el fiduciario sólo concederá crédito al fiduciante, o sólo otorgará prórroga al ya con-

bles, revocables, rescindibles o resolubles como justos títulos para la usucapión cuando, además de existir dicho vicio en el título, éste procede de un *tradens non dominus*. Así, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 324-325; CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 10 julio 1987», cit., p. 4802; CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 362, nota 962; YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario...», cit., pp. 85-86; ID., «Tipología...», cit., pp. 556-557. Según HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, cit., pp. 503-533, en la usucapión ordinaria hay que partir de un presupuesto: «que el enajenante realice una disposición *a non domino*» (p. 526). Pero, a pesar de ello, considera que «el defecto que subsana la usucapión está precisamente en el título» (pp. 503, 515 y 523), sobre la base de incluir el poder de disposición como requisito del título, postura que le provoca grandes dificultades a la hora de explicar el significado de la validez del justo título *ad usucapionem*. Por todo ello, afirma: «que la entrada en juego de la usucapión requiera una disposición *a non domino* efectuada por el enajenante no significa que el vicio o los vicios de que pueda adolecer el título hayan de referirse de modo exclusivo a la falta de titularidad o de legitimación» (p. 527). En definitiva, este autor pone en tela de juicio la tesis que defiende que el único vicio que corrige la usucapión abreviada es el relativo a la ausencia de titularidad o poder de disposición del transmitente (pp. 527-530).

³¹⁸ En el mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, «Sobre el ámbito...», cit., pp. 703-705 y 708-719; ID., «Comentario...», cit., pp. 433-434; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 463, nota 5, 467, 472, 493-494 y 500; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 557-558, 604, 628 y 663.

cedido, en caso de que éste acredite inequívocamente ser el titular de los bienes objeto de la posterior transmisión fiduciaria. En tal caso, no es difícil apreciar que no concurre el presupuesto imprescindible para que proceda la usucapión ordinaria, la falta de titularidad del *tradens*. No es correcto, pues, hacer operar la usucapión ordinaria en las relaciones *inter partes*, sin exigir como presupuesto una disposición *a non domino*, ya que el perturbador resultado de todo ello sería considerar que dicha usucapión puede suplir la falta de adquisición derivada de la nulidad del negocio adquisitivo, lo cual no puede ser más desafortunado.

1.4 La sorprendente alegación de usucapión ordinaria del fiduciante frente al fiduciario

En la praxis jurisprudencial se ha llegado incluso a plantear un supuesto que parece desafiar toda lógica jurídica. Nos referimos a la alegación en el negocio fiduciario de garantía de la prescripción adquisitiva ordinaria por el propio fiduciante. El simple planteamiento de esta posibilidad es repelido intuitivamente por todo aquel que goce de un mínimo de formación y sensibilidad jurídicas. No obstante, las extremas circunstancias en las que se ha planteado esta pretensión contribuyen, si no a justificar, sí al menos a hacer de algún modo comprensible algo que, en principio, carece de fundamento alguno. La cuestión es frente a quién y en qué circunstancias puede pretender el fiduciante haber usucapido la cosa.

Nuestra posición acerca de la naturaleza, estructura y eficacia del negocio fiduciario es clara: se trata de un negocio simulado relativamente, en el que bajo la falsa apariencia de un negocio transmisivo típico (venta) se oculta un negocio verdadero de garantía; la transmisión de la propiedad no se puede basar en la venta, por ser simulada, ni tampoco en el negocio oculto o disimulado, pues una mera causa de garantía no es idónea, no es suficiente, para operar la transmisión del dominio, ni *inter partes*, ni frente a terceros. De este modo, el fiduciante-deudor no ha perdido en ningún momento la propiedad, por lo que huelga plantear la usucapión sobre cosa que es propia de manera indubitada. Tampoco tendría sentido la usucapión en caso de que se defienda que el negocio fiduciario tiene virtualidad transmisiva de la propiedad formal, esto es, que se produce un desdoblamiento de la propiedad en formal o externa (el fiduciario es propietario frente a terceros) y material (en la relación interna, frente al fiduciario, el fiduciante es el auténtico dueño), pues si en la relación interna el fiduciante es *-rectius*, sigue siendo— el verdadero dueño, carece de sentido alegar usucapión frente al fiduciario. Mas no parece tan

absurda tal alegación del fiduciante cuando aparece en escena un tercero. Tal es lo que ocurrió en la STS 17 septiembre 2003: un matrimonio vende en escritura pública un inmueble a un sujeto, quien inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad; en la misma fecha, las partes otorgan un documento privado en el que se hacía constar que la «venta» no tenía por finalidad transmitir la propiedad, sino garantizar la restitución de un préstamo, comprometiéndose el adquirente a revendérselo si le abonaban la suma prestada. También se estipuló que los cónyuges podían continuar ocupando la vivienda. La deuda se canceló en tiempo oportuno, otorgando el prestamista documento privado en que así lo reconocía y comprometiéndose al otorgamiento de la escritura de retransmisión cuando fuere requerido para ello. En tales circunstancias, la Agencia Tributaria trabó embargo sobre el bien por deudas del prestamista-fiduciario; a la vista de ello, los fiduciantes interpusieron tercería de dominio sobre el bien embargado, que fue desestimada por el Tribunal Supremo sobre la base de que el pacto de fiducia interno entre los transmitentes y el adquirente no podía serle opuesto al tercero embargante³¹⁹. Los actores habían aducido también como *causa petendi*, a mayor abundamiento, la prescripción adquisitiva ordinaria, por venir poseyendo con carácter de dueños, de buena fe y justo título por un periodo superior a diez años. El Tribunal Supremo se apoya en la teoría que sólo confiere al negocio fiduciario virtualidad para operar una transmisión formal del dominio³²⁰, y, con base en ella, señala que el litigio no se debía haber planteado en sede de usucapión: «carece de sentido hablar de prescripción adquisitiva por el primero [el fiduciante], operante frente a terceros, porque el fiduciante es el

³¹⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, «“Fiducia cum creditore”: acreedores del fiduciario y ejercicio por el fiduciante de la tercería de dominio. Comentario a la STS de 17 septiembre 2003», *RdP*, 2005, n.º 14, p. 329, critica esta decisión, pues, a su juicio, una vez demostrada la existencia de fiducia *cum creditore*, el fiduciante debería haber sido considerado como verdadero dueño de la cosa. Cfr. PARA MARTÍN, *op. cit.*, p. 732. Según ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.*, pp. 668-669, «el argumento registral» (la titularidad constaba inscrita a nombre del fiduciario, no del fiduciante) es «el que determina que la solución adoptada por el TS haya sido diferente a la que la lógica del negocio fiduciario, según lo entiende la teoría de la doble titularidad, exigiría».

³²⁰ La STS 17 septiembre 2003 afirma que el negocio fiduciario «no transmite más que formalmente la propiedad al acreedor, pero para los terceros de buena fe existe una transmisión real»; o, en otros términos, el negocio fiduciario produce una «especie de desdoblamiento de titularidad; la externa, que ostenta el fiduciario frente a todos los terceros a título oneroso y de buena fe, protegidos por ello por la apariencia jurídica, siendo la buena fe sinónimo de desconocimiento del pacto fiduciario, es decir, de que el dominio sigue en realidad perteneciendo al fiduciante, no obstante su transmisión exterior al fiduciario». SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 116-117, a pesar de defender la teoría del desdoblamiento de la propiedad en formal y material, critica este fallo del Tribunal Supremo pues estima que da lugar a un resultado injusto: que los fiduciantes no puedan usucapir frente al fiduciario les impide oponer la usucapión frente al tercero acreedor que insta el embargo. A su juicio, lo más correcto hubiese sido estimar procedente la tercería de dominio de los fiduciantes contra el acreedor embargante.

verdadero propietario frente al fiduciario, no necesita del mecanismo de la prescripción para volver a adquirir formalmente la titularidad que enajenó, sólo puede exigir del fiduciario que le retransmita aquélla. Por tanto, si no hay adquisición por prescripción, nada puede oponerse a terceros. En fin, la prescripción defiende al propietario contra la actividad dominical de un tercero o del mismo fiduciario, que se arrojan la propiedad, pero en este pleito nada de esto ha sucedido». El razonamiento del Tribunal Supremo guarda algún paralelismo con un supuesto en cierto modo semejante. Nos referimos a la compraventa con pacto de retro, respecto de la cual se ha señalado que el comprador nunca puede oponer al vendedor la usucapión para impedir la efectividad del pacto de retro³²¹. Por otra parte, convenimos con el Alto Tribunal en cuanto a que la cuestión no se debía haber planteado en sede de usucapión, pues el fiduciante, a consecuencia de la simulación que de modo necesario implica la fiducia, no es sólo verdadero propietario frente al fiduciario, sino propietario sin más, frente a todos³²². Sin ningún género de dudas, sería incongruente declarar probada la existencia de un negocio fiduciario y, a renglón seguido, admitir que el fiduciante ha usucapido el bien objeto del mismo: si lo primero es válido no puede valer lo segundo, ya que no es admisible la existencia simultánea de una duplicidad de títulos de propiedad en un mismo sujeto³²³.

³²¹ MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., p. 275.

³²² Cfr., en parecido sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, pp. 329-330.

³²³ En este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 330, quien añade que, a nivel teórico, no se puede rechazar que una cuestión de este tipo se solucione mediante la alegación de usucapión extraordinaria por el fiduciante, pero, eso sí, siempre que quede indemonstrada la realidad del negocio fiduciario (lo que no es difícil que ocurra dado el natural empeño que ponen las partes en ocultar el pacto fiduciario): el sedicente propietario podría entonces justificar su derecho mediante la usucapión, como instrumento adecuado para no dejar indefenso al fiduciante. Por su parte, ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.*, pp. 670-671, observa que la alegación de prescripción que realiza el fiduciante no prospera, pues con arreglo a la tesis del Tribunal Supremo, éste no dejó nunca de ser propietario, y, además, no se aprecia conducta desleal del fiduciario, que en todo momento estuvo dispuesto a restituir, y que no pudo hacerlo a consecuencia del embargo trabado por la Hacienda Pública. No podemos dejar de hacer referencia, aunque sea de modo incidental, a una difícil cuestión. En su celo protector de los terceros que puedan resultar afectados por el negocio fiduciario, el Tribunal Supremo parece a veces olvidar, o, al menos, no tener todo lo presente que debería, que existe una clara diferencia entre el caso de un tercer adquirente que deriva su derecho de un no titular en virtud de un negocio oneroso y de buena fe, y el supuesto de los acreedores que persiguen el cobro de un crédito dirigiendo su acción contra el patrimonio del obligado *ex* artículo 1911 CC. En el primer caso, el tercero adquirente es más digno de protección que el fiduciante, que deja la cosa en poder del fiduciario y contribuye a la creación de una falsa apariencia en la que confía el adquirente. En el segundo, los acreedores tienen derecho a intentar evitar que desaparezcan del patrimonio de su deudor bienes que realmente le pertenezcan, pero no a que sea incluido en tal patrimonio un bien que en realidad no pertenezca a su deudor. En este caso, primaría el interés del fiduciante sobre el del acreedor. La fe pública registral no protege la creencia de los acreedores del deudor en la exactitud del Registro, pues tal protección no resulta del artículo 34 LH ni de ningún otro precepto legal. En consecuencia, los acreedores del fiduciario que embargan bienes que constan inscritos en favor de éste en el Registro de la Propiedad

Existe un precedente más remoto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el que el fiduciante alegó usucapión ordinaria frente al fiduciario y al tercero hipotecario *ex* artículo 34 LH. Se trata de la STS 29 marzo 1960. Los hechos fueron los siguientes: mediante escritura pública otorgada el 11 de marzo de 1932, una persona reconoció adeudar a otra 75.000 pesetas, y, en pago de dicha deuda, le transmitió una serie de fincas; con posterioridad a dicha escritura, el adquirente se comprometió a hacer retrocesión de las fincas al transmitente si éste, en el plazo de cuatro años, le pagaba el importe e intereses de la deuda. Como se puede apreciar, aunque en el pleito no se alegó en ningún momento la existencia de fiducia *cum creditore*, la compleja operación comercial encaja a la perfección dentro de la categoría de los negocios fiduciarios de garantía elaborada por la jurisprudencia³²⁴. Pues bien, el pago tuvo lugar antes de que venciera el plazo concedido, conforme se hizo constar en documento privado de 30 de junio de 1932, en el que el fiduciario declaraba estar reintegrado de las cantidades por las que el fiduciante le había hecho escritura pública de cesión de varias fincas, por lo que hacía retrocesión de las mismas y se obligaba a otorgar la correspondiente escritura pública de retrocesión. Debemos señalar que la finca fue inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario y que el fiduciante, a partir del referido documento privado de retrocesión, había quedado en la posesión quieta y pacífica de la finca. El fiduciante había intentado

deben ceder ante la tercería de dominio ejercitada por el verdadero dueño, el fiduciante (PUIG BRUTAU, «La relación fiduciaria», cit., pp. 1016-1017, seguido por GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 560. Cfr. LACRUZ, *Derecho...*, cit., pp. 180-181). No obstante, la STS 12 febrero 1988 sostiene opuesto criterio: los acreedores del fiduciario trabaron embargo sobre la finca objeto de la fiducia; ante la tercería de dominio interpuesta por el fiduciante, el Tribunal Supremo considera que «los actos dispositivos que realice el fiduciario, aparente titular dominical, serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso, que haya inscrito su adquisición, en virtud de la responsabilidad del fiduciante, al haber creado, e incluso al haber admitido, aunque sea fruto de su agobiante situación dicha simulación, opinión perfectamente aplicable a la anotación del embargo preventivo que aquí se discute» (sobre esta sentencia, cfr. ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.*, p. 669; CARRASCO PERERA, «La transmisión...», cit., p. 806; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, p. 560; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, p. 343, nota 31; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 48, 56 y 66; RIVERA FERNÁNDEZ, «Comentario...», cit., p. 362). JORDANO FRAGA, *Falta...*, cit., p. 231, nota 292, comparte el criterio de esta sentencia, pues considera que la protección de los terceros va más allá que la de los terceros adquirentes. En cierto sentido, en la STS 17 septiembre 2003 subyace un planteamiento similar al de la sentencia últimamente citada, mas, deben hacerse dos importantes precisiones: 1.^a) frente a lo que pudiese parecer, en la STS 17 septiembre 2003, «el acreedor embargante no se puede considerar adquirente en el sentido exigido por el artículo 34 LH» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 329); 2.^a) el argumento registral es el que determina la solución adoptada por el Tribunal Supremo (ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.*, p. 669).

³²⁴ Como indica GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 73-74, nota 82, pese a que en la sentencia parezca darse por sentada la naturaleza solutoria de la cesión de las fincas, del conjunto de hechos y circunstancias presentes en la litis se infiere que subyace en la operación una finalidad de garantía respecto de una deuda que no se da por extinguida, sino que, antes bien, parece mantenerse en pie. Comparte esta apreciación, DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad...*, cit., p. 210. Cfr. RIVERA SABATÉS, *El retracto convencional*, Granada, 2001, p. 409.

repetidamente que el fiduciario otorgase escritura pública en la que se hiciese constar de modo fehaciente la retrocesión verificada en documento privado, mas, por unas u otras razones, el fiduciario se resistía a ello. Así las cosas, el fiduciario, que atravesaba una difícil situación económica, abusando de su aparente legitimación para transmitir como titular registral, vende la finca a un tercero de buena fe el 23 de agosto de 1953, quien la inscribe a su nombre el 6 de octubre de ese mismo año. El fiduciante pretende que se declare la nulidad de la compraventa, pues se considera propietario en virtud del documento privado de retrocesión; de modo subsidiario, alega ser dueño de la finca por usucapión ordinaria. La primera pretensión se desestima ya que el tercer adquirente reúne todos los requisitos del artículo 34 LH³²⁵. La pretensión de usucapión también se desestima pues el Tribunal Supremo considera que el fiduciante carece del justo título imprescindible para usucapir en forma ordinaria³²⁶. Adicionalmente, se rechaza de manera terminante la pretendida usucapión de las fincas por oponerse a ello la escritura de poder para administrar que el fiduciario otorgó en favor del fiduciante, «lo que impedía apreciar en su beneficio la posesión en concepto de dueño»³²⁷.

³²⁵ En concreto, conviene señalar que las causas de resolución del derecho del transmitente no constaban en la inscripción (la retrocesión no se pactó en la escritura pública, sino fuera de ella), y que la mala fe del tercer adquirente en cuanto que conocedor de la inexactitud de la inscripción registral no se presume nunca, sino que ha de ser probada por quien la afirme. Otras sentencias contemplan también casos en que los bienes objeto de la fiducia fueron transmitidos por el fiduciario a terceros: en algunas de ellas se protege al tercero hipotecario porque no existe prueba de que se hubiese confabulado con el fiduciario (SSTS 23 febrero 1951 y 30 enero 1991); en otras, el conocimiento por el adquirente de la disconformidad entre la realidad jurídica y la inscripción, es decir, la no ignorancia del carácter fiduciario de la venta, determina que se califique como tercero de mala fe excluido de la protección *ex* artículo 34 LH (SSTS 17 diciembre 1959 y 6 junio 1995). La STS 20 abril 1965, en conformidad con lo probado en un previo procedimiento penal por delito de usura, considera que la venta del inmueble fue en garantía de la restitución de un préstamo y que era nula la venta del mismo a un tercero a quien la sentencia penal había considerado como encubridor. Se considera tercero beneficiado por la apariencia registral no sólo a los terceros adquirentes, sino también a los terceros retrayentes: se protege, pues, no sólo al que adquiere por título oneroso del simulado propietario, sino también al que adquiere por derecho de retracto siempre que ignore la simulación. Así, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, cit., p. 213; GINÉS CASTELLET, *op. cit.*, pp. 559-560 y 585-586; JORDANO FRAGA, *Falta...*, cit., p. 228. En el caso resuelto por la STS 3 diciembre 1996, como señala RIVERA FERNÁNDEZ, «Comentario...», cit., p. 363, la no protección del arrendatario que pretendía ejercitar el retracto legal sobre la finca transmitida deriva de que es considerado tercero de mala fe, pues por las circunstancias concurrentes no podía ignorar la finalidad de garantía subyacente en la venta. Sobre esta cuestión, *cfr.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 434-439.

³²⁶ Según el Tribunal Supremo, el fiduciante tergiversa la desafortunada redacción de un considerando de la Audiencia Territorial, pues la escritura a la que en el mismo se alude es la otorgada por el fiduciario en favor no del fiduciante, sino del tercer adquirente, «y por tanto, al ser así, ya no se da el justo título que aduce el recurrente a su favor».

³²⁷ En un supuesto bastante similar al de la sentencia que estamos analizando en el texto, se rechazó también la pretensión de usucapión por el fiduciante. Se trataba de un negocio de estructura fiduciaria (escritura pública de dación en pago con pacto de retro complementada con un documento privado del que se desprendía que lo perseguido era tan sólo una finalidad de garantía), en el que el transmitente (fiduciante), transcurrido el plazo fijado para

Otro supuesto en el que el fiduciante alega usucapión frente al fiduciario es el abordado por la SAP Córdoba 3 mayo 1993 (AC 1993, 1820). Se trataba de una compleja operación negocial en la que, en un primer momento, se vendían en escritura pública una vivienda y toda una serie de inmuebles, y justo a continuación, se celebraba una segunda compraventa, ahora en documento privado, entre las mismas partes, pero en la que las posiciones contractuales se invertían. Esta segunda compraventa (*rectius*, reventa) quedaba condicionada al pago al fiduciario-acreedor del crédito de este modo garantizado. Los fiduciarios toleraron que los fiduciantes continuasen ocupando la referida vivienda, con tal que abonasen los gastos de comunidad, contribución y servicios de la misma. La entidad fiduciaria fue más tarde disuelta, adjudicándose a sus socios la propiedad del piso, lo que se constató en el Registro de la Propiedad. Los taimados fiduciantes pretendían haber usucapido en forma ordinaria por haber poseído con justo título, buena fe y de forma ininterrumpida por más de diez años. Con arreglo a este planteamiento de la cuestión, bien se estaría implícitamente admitiendo la transmisión plena y definitiva del dominio al fiduciario (teoría del doble efecto), bien se estaría negando la realidad del negocio fiduciario, ignorando lo estipulado en el documento privado y ateniéndose sólo a lo pactado en escritura pública. La Audiencia Provincial de Córdoba, pese a defender que el fiduciario no es un propietario pleno sino solo formal (es decir, externamente o frente a terceros, no internamente o frente al fiduciante), desestima la usucapión ordinaria pues considera subsistente aún la función de garantía perseguida por el negocio fiduciario (no se había pagado la deuda en absoluto), lo que implica mala fe por parte del fiduciante. A nuestro juicio, hubiese sido más coherente negar la usucapión ordinaria porque: 1.º ésta no puede operar nunca *inter partes*; 2.º la teoría de la transmisión de la propiedad formal implica que en la relación interna, entre fiduciario y fiduciante, éste no ha dejado nunca de ser propieta-

el ejercicio del derecho de retracto convencional, tras negar tanto la existencia de verdadera dación como de tradición, alegaba usucapión *ex artículo 1941 CC*. El Tribunal Supremo se opone a ello sobre la base de considerar que «la venta hecha en escritura pública, sea pura y simple o con pacto de retro y aun cuando éste envuelva una garantía de pago, el otorgamiento de la escritura equivalente a la entrega de la cosa, artículo 1462 del C. Civ.» (STS 6 mayo 1972). En otras ocasiones, no se estima procedente la usucapión sobre la base de rechazar la calificación del negocio como fiduciario por falta de la oportuna prueba. En efecto, si el negocio otorgado no es fiduciario, sino que se trata de un mero contrato traslativo típico (v. gr., venta), es decir, si la transmisión de la propiedad no es aparente sino real, huelga la usucapión. La STS 7 junio 1955 llegó a la conclusión de que el negocio otorgado entre dos hermanos fue una simple compraventa cuya finalidad no era garantizar, sino disminuir el importe de la deuda que existía entre ellos. Frente a la pretensión del transmitente de que la venta era simulada, encubriendo un negocio fiduciario *cum creditore*, ya que lo realmente querido tras la aparente transmisión de la propiedad era constituir una garantía, el adquirente (supuesto fiduciante) se opuso alegando prescripción adquisitiva, mas siendo éste ya propietario en virtud de la compraventa, se desestima por innecesaria la usucapión.

rio, por lo que la usucapión carece de sentido; y 3.º) la conducta del fiduciante manifiesta una gran deslealtad. Recordemos como, en cambio, en el supuesto contemplado por la STS 17 septiembre 2003, no fue reprobable el proceder del fiduciario que, dispuesto a realizar los actos tendentes a la restitución de la cosa, una vez cobrada la deuda, no pudo hacerlo debido al embargo instado sobre la cosa dada en fiducia por un tercero. Lo que no es de recibo es que el fiduciante, sin haber abonado previamente la deuda garantizada mediante la transmisión aparente de los bienes, pretenda, mediante la usucapión, recuperar la titularidad de los mismos. Como bien dice el Tribunal Supremo en la sentencia que acabamos de citar, no tiene sentido hablar de usucapión por parte del fiduciante porque éste «es el verdadero propietario frente al fiduciario, no necesita del mecanismo de la prescripción para volver a adquirir formalmente la titularidad que enajenó, sólo puede exigir del fiduciario que le retransmita aquélla». El fiduciario no estará obligado a retransmitir la titularidad al fiduciante (acto que supone la cancelación de la garantía fiduciaria)³²⁸, hasta que este último no haya abonado la deuda en su integridad. La citada SAP Córdoba 3 mayo 1993 es consciente de lo injusto de acceder a la pretensión de usucapión del fiduciante frente al fiduciario, sin haber saldado la deuda: «la usucapión o prescripción adquisitiva no es mantenible ante un negocio jurídico válido y subsistente, hasta el punto de que quebraría la anterior doctrina [el fiduciario como titular formal al que le asiste un *ius retinendi* mientras no se abone el débito] si se impusiera la restitución efectiva de lo transmitido sin que se haya cumplido la deuda». En conclusión, el fiduciante no puede alegar con éxito la usucapión ordinaria frente al fiduciario; y, en tanto no abone la deuda garantizada mediante la transmisión fiduciaria, no podrá tampoco reclamar la restitución del bien, pues en tal caso la jurisprudencia reconoce al fiduciario un derecho de retención sobre el mismo como medio de presión para forzar al fiduciante al cumplimiento de la prestación debida.

2. NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM AMICO* Y USUCAPIÓN ORDINARIA

2.1 El negocio fiduciario *cum amico* como título para la usucapión ordinaria

La fiducia *cum amico* ha de ponerse en relación con la interposición de personas, es más, dicha clase de fiducia puede calificarse,

³²⁸ Cfr. SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 202-204.

y, de hecho, se suele calificar, como una interposición de personas³²⁹. Una vez establecida esta premisa, como señala Cámara Lapuente, existen dos opciones diversas³³⁰: si se sostiene el carácter simulado del negocio fiduciario, en caso de fiducia *cum amico* se hablaría de interposición ficticia de personas³³¹, mientras que si se propugna la diferencia con la simulación, la interposición sería real, lo cual aproximaría la fiducia *cum amico* a la representación indirecta³³².

Existen diversas formas de articular la fiducia *cum amico*:

– por un lado, poner a nombre del fiduciario un bien cuya titularidad ya pertenecía al fiduciante antes de la transmisión fiduciaria³³³;

– por otro, que el fiduciante se sirva de persona interpuesta para adquirir a través de ella el bien de un tercero³³⁴. Nuestra jurisprudencia ha admitido que para que exista negocio fiduciario no es necesario que la cosa objeto de la operación perteneciere en propiedad al transmitente con anterioridad a la celebración del contrato, pues puede ocurrir que la cosa sea adquirida de persona extraña, con metálico aportado por el fiduciante al fiduciario para su adquisición, a nombre del cual se transferiría la titularidad³³⁵.

A caballo entre estas dos posibilidades, es decir, participando de las características de ambas, cabría señalar el caso en que el fiduciante adquiere mediante documento privado de un tercero,

³²⁹ Por todos, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1817; JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, pp. 1439-1441. Según SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 224, la «fiducia *cum amico* utiliza un testamento, una persona intermedia o interpuesta».

³³⁰ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1817-1818.

³³¹ Así, DE LOS MOZOS, «Negocio...», *cit.*, p. 1029. En sentido muy parecido, JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, p. 1444, nota 14, señala que la «intestación de bienes o puesta de los mismos a nombre de otro con carácter fiduciario no es –como por el contrario entiende la *communis opinio*– una interposición *real* de persona, sino una interposición personal *aparente*, bastante próxima a la interposición *ficticia* o simulada de persona, de la que únicamente le separan las concretas y limitadas facultades permitidas por el pacto fiduciario, que no existen evidentemente en la simulación absoluta de persona, pero sí en la simulación relativa de persona que oculta o disimula un encargo fiduciario. De suerte que, en puridad, no existe la llamada interposición *real* de persona, que siempre es fiduciaria y, como tal, sólo *aparente*». En este sentido, SSTS 2 diciembre 1996, 19 junio 1997 y 27 julio 1999. En la jurisprudencia menor, SSAP Alicante 16 junio 2003 (*JUR* 2003, 255523) y 13 noviembre 2009 (*AC* 2010, 282).

³³² Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 91; GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 28-29 y 49 ss. Subrayan la estrecha relación que guarda la figura de la representación indirecta con la fiducia *cum amico*, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, *cit.*, pp. 514-515; GULLÓN, *op. cit.*, p. 232. Cfr. STS 13 noviembre 1958.

³³³ SSTS 5 diciembre 1959, 18 febrero 1965, 30 abril 1977, 5 julio 1989, 30 abril 1992, 14 julio 1994, 18 marzo 1997, 23 junio 2006 y 13 julio 2009.

³³⁴ SSTS 3 junio 1953, 19 diciembre 1963, 28 diciembre 1973, 9 diciembre 1981, 9 octubre 1987, 28 mayo 1990, 14 octubre 1994, 2 diciembre 1996, 19 junio 1997 y 27 julio y 16 noviembre 1999.

³³⁵ SSTS 25 septiembre 1956 y 8 marzo 1963.

mas se escritura e inscribe en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario³³⁶.

Constituye, también, un supuesto específico aquél en que una persona adquiere en parte para sí y en parte en provecho de otras personas, en proporción a sus respectivas aportaciones. No obstante, la adquisición se realiza exclusivamente a nombre de uno de los condóminos, aunque en documento privado se pacta, o de las circunstancias se deduce, que la titularidad adquirida pertenece pro indiviso a varias personas³³⁷.

Por último, se discute si el mandato para adquirir *proprio nomine* constituye o no un caso de fiducia *cum amico*. Es una cuestión muy polémica en la que la doctrina está dividida y la jurisprudencia no es terminante. En nuestra doctrina, autores de prestigio han configurado el mandato para adquirir no representativo como negocio fiduciario³³⁸. La jurisprudencia ha tenido la ocasión de resaltar la similitud de la fiducia *cum amico* con el mandato no representativo, la proximidad de la una al otro³³⁹. Destaca la ya lejana STS 4 mayo 1950, que dio el matiz de negocio fiduciario a un caso de mandato para comprar en nombre del mandatario por cuenta e interés del mandante. En el mismo sentido, las SSTS 24 marzo 1997 y 23 julio 2007 hablan de «mandato fiduciario». Ya en su momento, DE CASTRO señaló que la «práctica judicial muestra ser frecuente el que en una compraventa el comprador haya adquirido por cuenta y para fines de otro; las cuestiones que originan han sido vistas unas veces como correspondientes a la dogmática del negocio fiduciario y otras como propias del mandato o de la representación indirecta. Lo que –añade– es natural»³⁴⁰. En el

³³⁶ SSTS 27 noviembre 1995 y 31 octubre 2003. En la STS 27 febrero 2007, el supuesto es algo más complejo: un matrimonio compra a plazos un inmueble, falleciendo el marido sin haberse pagado todos los plazos. Sus hijos, como causahabientes, tras pagar la totalidad de los plazos, solicitan a la empresa inmobiliaria vendedora en escrito de carácter privado que eleve a escritura pública, exclusivamente a nombre de su madre, el documento privado en el que en su momento los padres compraron el piso con precio aplazado.

³³⁷ SSTS 22 diciembre 1955, 22 noviembre 1965, 16 mayo 1983, 4 febrero 1994, 5 marzo 2001 y 27 julio 2006.

³³⁸ JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1439-1441; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, Bologna, 1976, pp. 105 ss. En la doctrina italiana, LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1971, pp. 152 ss. Según FERRARA, *op. cit.*, p. 291, y CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., p. 77, el mandato para adquirir sin poder constituye un supuesto semejante al del negocio fiduciario, del cual, no obstante, se distinguiría. En cambio, PUGLIATTI, «Fiducia e rappresentanza indiretta», en *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, pp. 282 y ss., excluye este supuesto de entre los negocios fiduciarios, hablando tan sólo de relación fiduciaria en sentido amplio o de negocio de confianza.

³³⁹ Sin ánimo exhaustivo, cfr. SSTS 4 mayo 1950, 22 noviembre 1965, 16 mayo 1983, 9 octubre 1987, 30 abril 1992, 21 marzo 1995, 5 julio 1996, 24 marzo y 24 noviembre 1997 y 7 mayo y 23 julio 2007. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1810-1811, texto y nota 192.

³⁴⁰ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 425.

mismo sentido, Cámara Lapuente indica que «es habitual encontrar en la jurisprudencia el empleo indistinto, ante supuestos similares, de la fiducia en un caso o del mandato no representativo en otro, cuando no efectúan los tribunales una refundición de ambas instituciones», por lo que, puede decirse, en general, que «la fiducia abarca también todos los supuestos imaginables de representación indirecta, con la que sólo le separa una fina y ecléctica línea, y en especial, que cubre con regularidad las funciones del mandato para adquirir»³⁴¹.

En nuestra opinión, la fiducia *cum amico* implica, de manera inexorable, simulación relativa: bajo un contrato típico traslativo simulado (venta, donación) subyace el negocio en verdad querido pero disimulado, un mandato para administrar de carácter no transmisivo del dominio. Partiendo de esta premisa, vamos a examinar si el negocio fiduciario *cum amico* es un justo título, verdadero y válido, para usucapir en forma abreviada, y si el fiduciario puede tenerse por poseedor de buena fe y en concepto de dueño. No obstante, el pormenorizado análisis que de estas cuestiones hemos realizado con relación a los negocios fiduciarios de garantía, en gran medida extensible a los negocios fiduciarios *cum amico*, nos va a permitir reiterar, respecto de éstos, gran parte de lo afirmado respecto de aquéllos.

2.1.1 Justicia

Como ya sabemos, justo título significa apto en abstracto para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate; el título será justo si tiene naturaleza traslativa. En nuestra doctrina, sólo Jordano Barea se ha pronunciado acerca del negocio fiduciario *cum amico* como justo título para la usucapión ordinaria. Dicho autor, apoyándose en lo resuelto por la STS 16 mayo 1983, niega que el fiduciario, en la fiducia *cum amico contracta*, posea en virtud de un justo título, y ello sin considerar el negocio fiduciario *cum amico* como un supuesto de simulación relativa, sino partiendo de la tesis que sostiene que el negocio fiduciario transmite una propiedad formal o relativa³⁴². En síntesis, el supuesto de hecho de la STS 16 mayo 1983 fue el siguiente: una persona (mandatario) recibió de su madre y de dos de sus hermanos (mandantes) el encargo de comprar a nombre propio, sin poderes representativos, una finca en interés y por cuenta de los mandantes y parcialmente

³⁴¹ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1819, texto y nota 226, y 1832-1833, texto y nota 275.

³⁴² JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, pp. 1447-1449.

de sí mismo, por cuartas partes iguales. Adquirida la finca *proprio nomine* de su legítimo dueño, ante la reivindicación de los mandantes, pasados más de diez años, opone el mandatario-fiduciario-comprador la usucapión ordinaria con base en haber poseído la finca en concepto de dueño durante el tiempo requerido por la Ley, de buena fe y con justo título, verdadero y válido. Respecto de la prescripción adquisitiva alegada por el demandado y recurrente, el Tribunal Supremo sienta la doctrina de que no puede calificarse de justo y verdadero el negocio en que el demandado actúa por cuenta de su madre y hermanos en la mayor proporción y para ellos adquiere la finca en sus tres cuartas partes³⁴³.

Nosotros partimos de premisas diferentes a las del citado profesor. La fiducia *cum amico* no es más que un supuesto específico de simulación relativa, en el que, tras la falsa apariencia de un negocio típico traslativo (negocio simulado), se oculta un negocio con causa de administración y de carácter no traslativo del dominio (negocio disimulado). En la simulación relativa, el negocio simulado no es un título apto para la usucapión abreviada, pues no es ni justo, ni verdadero, ni válido; en cambio, el negocio disimulado podría ser justo título siempre que tuviese carácter traslativo del dominio. Pero, como acabamos de indicar, el título disimulado en la fiducia *cum amico* nunca podrá ser considerado justo porque no tiene naturaleza traslativa del dominio³⁴⁴.

³⁴³ Según JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447-1448, sorprende que, en principio, se niegue al negocio de compraventa, realmente concluido con el vendedor, el carácter de justo título, mas, «por la absoluta primacía de la relación causal básica (contrato de mandato), el pacto de *fiducia cum amico* tiene un efecto condicionante o modal, adquiriendo el fiduciario exclusivamente en función del previsto destino final. Su titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal no prevalece sobre el contrato básico y principal (mandato fiduciario), antes al contrario éste se superpone y tiene la primacía sobre el título de compraventa privándole de las notas de “justo” y “verdadero”, en las relaciones internas entre *dominus* y *usucapiens*».

³⁴⁴ La mayoría de la doctrina conviene en negar que una mera causa de administración, como la que caracteriza al negocio fiduciario *cum amico*, sea apta y suficiente para la transmisión del dominio, bien partiendo, como nosotros, de la concepción del negocio fiduciario como negocio simulado relativamente (ALBALADEJO, «El llamado...», cit., pp. 666-667, 668, nota 7 bis y 673-675; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408-409; FUENTESECA, *op. cit.*, pp. 64-68 y 195-197; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», cit., pp. 1265, 1267 y 1269; O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pp. 391-392; REGLERO CAMPOS, «El pacto...», cit., pp. 1929-1930), bien partiendo de otras concepciones (PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408; RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Celebración de un negocio fiduciario entre la viuda y los hijos del fallecido durante la comunidad postganancial. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2007», *RdP*, 2008, n.º 20, pp. 315-316). Según PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 4408, el efecto jurídico de la transmisión de la propiedad no se concede por más que sea querido por las partes, sino cuando concurre una justa causa para ello *ex* artículo 609 CC, y «ni la causa de garantía, ni la de administración de una cosa o gestión del ejercicio de un derecho son causas bastantes para transmitir la propiedad de las cosas o la titularidad de los derechos». Cfr. Díez-PICAZO, «Operaciones...», cit., pp. 32, 48 y 64. Discrepa de la opinión mayoritaria, RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 105-109, 123, 127-128, 203-204 y 210, quien concibe la fiducia como un contrato en cuya virtud se transmite la propiedad con fines de administración («siendo la fiducia la transmisión de la propiedad

El Tribunal Supremo parece haber negado en alguna otra ocasión que la fiducia *cum amico* constituya justo título para la usucapión ordinaria; nos estamos refiriendo a la STS 27 julio 1999, si bien, las condiciones discursivas un tanto confusas en que se desenvuelve esta resolución judicial no permiten extraer de ella conclusiones claras. El supuesto de hecho, expuesto de forma esquemática, es el que sigue: una señora, que trabajaba como empleada doméstica de un matrimonio, y que llevaba separada de hecho de su marido treinta años, para evitar problemas con éste, compró un piso, mas en la escritura pública de compraventa figuraron como compradores el matrimonio en cuya casa dicha señora se encontraba sirviendo. Los figurados compradores (fiduciarios) asumieron frente a la verdadera compradora (fiduciante) el compromiso de transmitir el inmueble adquirido, bien a la propia fiduciante, bien a los herederos de ésta. Se trata de un claro supuesto de fiducia *cum amico* en el que el fiduciante utiliza una persona interpuesta para adquirir por su medio un bien de un tercero. Ante la negativa de los fiduciarios a cumplir con su obligación de transmitir el bien, la heredera de la fiduciante ejercita la acción de nulidad por simulación de la compraventa al haberse efectuado por persona interpuesta. La sentencia recurrida (SAP Cantabria 4 octubre 1994 [AC 1994, 1738]) calificó el contrato discutido no como fiduciario, sino como simulado relativamente, «que por aplicación del artículo 1276 del Código Civil, permite declarar la nulidad del negocio simulado o ficticio y mantener la validez del negocio disimulado»; en consecuencia, se declara nula la compraventa celebrada entre los vendedores y las personas interpuestas (contrato simulado), pues no pagaron precio alguno, y válida la compraventa efectuada entre los vendedores y la verdadera compradora³⁴⁵.

con la promesa de retransmitir del fiduciario, la causa para el fiduciante será la obligación que el fiduciario adquiere de retransmitir la propiedad; y para el fiduciario la transmisión que le ha hecho la otra parte»; según este autor, se trataría de una propiedad plena, pero no definitiva, sino temporal o revocable. MATEO Y VILLA, «De la fiducia gestión», cit., pp. 2587, 2596, 2630-2631 y 2675, también disiente del parecer común, defendiendo una atípica *causa fiduciae* apta para producir un traspaso efectivo de la propiedad (es decir, ni pleno, ni meramente formal) pero de carácter temporal o transitorio. Por último, un considerable sector doctrinal considera que la *causa fiduciae*, identificada con el fin de administración perseguido, no provoca una auténtica traslación dominical, sino que tiene una limitada eficacia real, que sólo es apta para transmitir una propiedad o titularidad formal o fiduciaria (por todos, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1782, 1795 y 1824; GÓMEZ GÁLLOGO, *op. cit.*, pp. 538-539; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.*, pp. 49 y 60-65).

³⁴⁵ Lo que sucede es que, pese a que la Audiencia Provincial de Cantabria resolvió con base en la simulación relativa, descartando que se tratase de una fiducia *cum amico*, el Tribunal Supremo parece decantarse por la tesis del negocio fiduciario, o al menos efectuar una refundición con la simulación relativa: así, el Alto Tribunal habla de la existencia de un negocio fiduciario válido celebrado verbalmente entre la verdadera compradora y los figurados adquirentes, en cuya virtud, éstos aparecerían formalmente como compradores, para luego transferir la propiedad del bien a la fiduciante o a sus herederos.

Los supuestos adquirentes pretendieron dejar de cumplir la obligación de retransmitir atribuyéndose la verdadera y real titularidad dominical del piso litigioso, y, subsidiariamente, alegaron prescripción adquisitiva ordinaria con base en el contrato de compraventa, lo que es rechazado, tanto en segunda instancia como por el Tribunal Supremo, «por cuanto no puede considerarse como justo título el declarado nulo». A juicio del Tribunal Supremo, la adquisición mediante persona interpuesta constituye un supuesto de simulación relativa que determina la nulidad absoluta del contrato simulado, circunstancia que impide su calificación como justo título.

En la jurisprudencia menor, es digna de mención la SAP Madrid 14 octubre 2008 (AC 2008, 2077). Un matrimonio adquirió una serie de bienes inmuebles en escritura pública figurando como comprador su hijo, pero todos los pagos relativos al precio de las compraventas fueron hechos por los padres. Pocos días antes de contraer matrimonio el hijo, y para evitar futuros problemas, suscribe un documento privado en el que reconocía la naturaleza fiduciaria de su titularidad dominical, asumiendo el compromiso de poner los bienes a nombre de sus verdaderos propietarios, los padres. El hijo fallece en accidente antes de poder cumplir su compromiso, y su esposa, negando la existencia del pacto fiduciario, se atribuye la titularidad real de los bienes, y, subsidiariamente, alega haber adquirido por usucapión ordinaria. Ambas pretensiones son desestimadas. En cuanto a la adquisición por tradición, porque «el negocio jurídico fiduciario no es título a los efectos del artículo 609 del Código Civil para adquirir el dominio por la teoría del título y el modo»³⁴⁶; en cuanto a la adquisición por usucapión, porque «el negocio jurídico fiduciario es radicalmente nulo o inexistente por lo que no es título hábil para adquirir el dominio por usucapión ordinaria». Aunque el resultado nos parece correcto, la Audiencia no explica el modo por el que llega a él, pero, a título de mera conjetura, podemos señalar dos posibles vías: bien una equiparación entre el negocio fiduciario *cum amico* y el negocio simulado absolutamente³⁴⁷,

³⁴⁶ Se sigue aquí muy de cerca el criterio de Díez-PICAZO, «Operaciones...», cit., p. 32, según el cual, entre los contratos que justifican una transmisión de la propiedad *ex artículo 609 CC* no se encuentra la fiducia.

³⁴⁷ AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario...*, cit., p. 486, equipara el negocio fiduciario, en cualquiera de sus especies, con la simulación absoluta. En cambio, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Comentario...», cit., pp. 1264, 1265 y 1267, sólo equipara la fiducia *cum amico* con la simulación absoluta. Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 220, sostiene que la fiducia *cum amico* puede constituir, según las circunstancias, bien un supuesto de simulación absoluta, bien un caso de simulación relativa. La dificultad de la cuestión puede ilustrarse con el caso planteado en la STS 27 febrero 2007, que si bien es calificado como fiducia *cum amico* por el Tribunal Supremo, se considera como constitutivo de simulación

bien, lo que parece algo más correcto, una equiparación de la fiducia *cum amico* con el negocio simulado relativamente³⁴⁸.

De este modo, el contrato simulado (contrato transmisivo típico empleado fiduciariamente), nulo radicalmente, no puede ser justo título para la usucapión, mientras que el contrato disimulado (mandato para administrar, custodiar, etc.) carece de naturaleza transmisiva del dominio, por lo que tampoco puede reputarse justo título *ad usucapionem*.

En lo que respecta a la inscripción como justo título para la usucapión ordinaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 LH, hemos de señalar que en la fiducia *cum amico*, con bastante frecuencia, aunque quizá no tanta como en la fiducia *cum creditore*, el fiduciario aparece como titular inscrito en el Registro de la Propiedad³⁴⁹, lo cual es lógico, pues las partes quieren crear la falsa apariencia de que el bien pertenece a éste. No obstante, en la STS 14 julio 1994, se valoró como dato fáctico revelador de la inexistencia de una verdadera transmisión del dominio por título de donación, sino de un negocio fiduciario *cum amico*, el hecho de que la supuesta donataria nunca inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad, donde la finca seguía figurando a nombre de los supuestos donantes, no tomando nunca tampoco posesión de la misma. De las circunstancias que rodearon la transmisión dedujo el Tribunal Supremo la existencia del *pactum fiduciae*, es decir, del compromiso de retransmitir el derecho adquirido. El fiduciario fracasó tanto en su tentativa de mantener su titularidad en concepto de donatario, como en la subsidiaria de haber adquirido por usucapión ordinaria *ex* artículo 1957 CC, pues ni poseyó efectivamente el inmueble en ningún momento, ni pudo alegar en su favor la inscripción como justo título al carecer de ella.

absoluta por RODRÍGUEZ GUTIÁN, *op. cit.*, p. 316. Acerca de las –mínimas– diferencias entre la simulación absoluta y la fiducia *cum amico*, cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 423. No en vano, VALLET, «Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos», *RJN*, 1995, abril-junio, p. 208, texto y nota 13, señala que «decir que los negocios absolutamente simulados carecen de causa debe entenderse en el sentido de que tampoco tiene oculta una causa correspondiente a otro tipo de negocio jurídico. Pero, en realidad, siempre tienen una causa, ya sea ilícita o bien lícita, y siempre es fiduciaria», por lo que, a su juicio, la simulación absoluta se efectúa «con finalidad fiduciaria».

³⁴⁸ Por todos, ALBALADEJO, «El llamado...», *cit.*, pp. 663 ss. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa...*, *cit.*, p. 219, es muy explícito: «no imagino un negocio fiduciario que sea absolutamente simulado, pues todo negocio fiduciario pretende algún efecto (custodia, disfrute, garantía, etc.) además del engaño o la ocultación».

³⁴⁹ SSTs 4 mayo 1950, 3 junio 1953, 22 diciembre 1955, 5 y 17 diciembre 1959, 18 febrero 1965, 30 abril 1977, 16 mayo 1983, 9 octubre 1987, 21 junio 1991, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997, 27 julio 1999, 5 marzo 2001, 31 octubre 2003, 27 julio 2006, 27 febrero 2007 y 1 diciembre 2010. En la jurisprudencia menor, SSAP Córdoba 22 enero 2008 (*JUR* 2008, 218178) y Alicante 13 noviembre 2009 (*AC* 2010, 282). En la STS 13 julio 2009, el fiduciario figuraba como titular de un bien mueble (un cuadro) en el Registro administrativo creado por la Ley de Patrimonio Histórico Español 16/1985, de 25 de junio.

Las SSTS 5 marzo 2001 y 31 octubre 2003 han declarado que la existencia del pacto fiduciario no se desvirtúa por la inscripción registral a nombre del fiduciario que, a tenor del artículo 38 LH, sólo tiene el valor de presunción *iuris tantum* y, por consiguiente, es neutralizable mediante prueba en contrario³⁵⁰. Ambas sentencias presentan interés en materia de usucapión. La primera de ellas (STS 5 marzo 2001) trató el siguiente supuesto: una adquisición realizada pro indiviso por dos socios se hizo figurar en escritura pública y se inscribió a nombre de uno sólo de ellos. Fallecido uno de los socios, el otro reconoció en documento privado que parte de las fincas inscritas a su nombre en el Registro pertenecían a la mujer e hija del primero. Fallecido también el socio-fiduciario, sus herederos alegan la usucapión ordinaria, que rechaza el Tribunal Supremo por falta de posesión en concepto de dueño por el fiduciario, lo que también afecta a sus herederos en virtud de los artículos 436 y 661 CC. No se llegó a plantear en el litigio la cuestión de la inscripción como justo título para la usucapión *ex* artículo 35 LH. Respecto de la segunda sentencia citada (STS 31 octubre 2003), aunque se ha dicho que «no admite que el fiduciario que tiene inscrita a su nombre una finca pueda adquirirla por usucapión en base a la inscripción registral»³⁵¹, creemos que ello no es del todo exacto. Se trataba de un caso en que el fiduciante compraba en documento privado la finca a un tercero, escriturándose la compra e inscribiéndose la titularidad a nombre del fiduciario; en documento privado, el aparente comprador reconocía al fiduciante como verdadero propietario, obligándose a otorgar escritura de transmisión cuando fuese requerido para ello. Fallecido el fiduciante, sus herederos solicitan, en cumplimiento del pacto fiduciario, que se declare su dominio sobre el inmueble, a lo que el fiduciario se opone alegando la prescripción extintiva de la acción del fiduciante para exigir la restitución formal del bien objeto de la fiducia (arts. 1930, 1964 y 1969 CC). El Tribunal Supremo declara que «de admitirse la tesis de la recurrente de haber prescrito la facultad del fiduciante de exigir la restitución del bien, se llegaría, no habiendo adquirido el dominio el fiduciario o un tercero por alguno de los títulos a que se refiere el artículo 609 del Código Civil, a la infundada conclusión de que, por esa falta de reclamación del fiduciante, la cosa entraría, sin otro título, en el dominio del fiduciario».

³⁵⁰ Esta declaración se contenía ya en la STS 8 marzo 1963 respecto de la fiducia *cum creditore*. Sobre la necesidad de hacer desaparecer la disconformidad entre la realidad extrarregistral y lo publicado en el Registro en los supuestos de fiducia *cum amico*, mediante el otorgamiento de las oportunas escrituras públicas de transferencia de la propiedad y la práctica de las subsiguientes cancelaciones o modificaciones en las inscripciones, cfr. SSTs 22 diciembre 1955 y 18 marzo 1997.

³⁵¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Derecho...*, cit., p. 214.

2.1.2 Veracidad

Es sabido que una de las principales objeciones que se dirigen contra los negocios fiduciarios es su falta de veracidad, lo que conduce al arduo problema de la equiparación o no entre fiducia y simulación, del que ya nos hemos ocupado con anterioridad, tomando posición al respecto.

Según el sector doctrinal que defiende la transmisión plena de la propiedad por el negocio fiduciario, éste constituye un tipo negociado específico, dotado de una causa también específica (la atípica *causa fiduciae*): el negocio fiduciario es un negocio real, existente y querido por las partes, sin que pueda calificarse de simulado, mas, como cualquier otro negocio causal puede otorgarse abiertamente o disimularse bajo la apariencia de otro negocio diverso; se puntualiza, además, que el negocio disimulado, verdadero y querido por las partes, aunque oculto, sería el contrato de fiducia, contrato en cuya virtud se transmite la propiedad con finalidad de administración³⁵². Consecuencia de esta tesis sería la absoluta falta de necesidad de la usucapión: si el negocio fiduciario *cum amico*, celebrado abiertamente o disimulado tras otro negocio, transmite la plena propiedad del bien al fiduciario, no podría plantearse la usucapión en favor del que ya es propietario, del que ya adquirió por razón del título.

Desde la corriente doctrinal que aboga por la transmisión de una propiedad formal o relativa (no transmisión de la propiedad en las relaciones internas, sino sólo en las relaciones externas), se ha considerado que el negocio fiduciario *cum amico* «no constituye un título verdadero para amparar una usucapión por parte del fiduciario», y ello, sin estimar que implique simulación³⁵³. Dentro de esta corriente, Jordano Barea aprueba el criterio de la STS 16 mayo 1983, que, respecto de un mandato para adquirir no representativo, declaró que no puede calificarse como título «verdadero» el negocio en cuya virtud el mandatario actúa por cuenta de sus mandantes y para ellos adquiere la finca en sus tres cuartas partes³⁵⁴.

³⁵² RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 107-109, 112, 258 y 274.

³⁵³ SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 224. Creemos que este planteamiento se basa en la tesis de LACRUZ, *Elementos...*, II-2.º, cit., p. 191, que, aunque se opone a que el negocio empleado fiduciariamente se considere simulado, lo califica como «aparente»: en consecuencia, no verdadero en sentido estricto, aunque, en rigor, tampoco simulado.

³⁵⁴ JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., pp. 1447-1448, señala que aunque a primera vista pueda sorprender que se niegue a la compraventa, negocio realmente concluido por el tercero vendedor, el carácter de título verdadero, debe prevalecer la relación causal básica (mandato fiduciario) sobre el título de compraventa, privándole del carácter de «verdadero» en las relaciones internas entre *dominus* y *usucapiens*. A pesar de que este autor no llegue a hablar nunca de simulación relativa o de contrato simulado y disimulado, sí se refiere a la existencia de una titularidad aparente y de una relación causal básica.

A nuestro juicio, la fiducia *cum amico* no es un tipo negocial específico, sino un negocio atípico de estructura compleja que se efectúa a través de un procedimiento sustancialmente igual al simulatorio. En el negocio fiduciario *cum amico*, tras la apariencia de un falso y no querido negocio transmisivo típico (venta, donación) se oculta un mandato para administrar. Este último es un contrato verdadero, en el sentido de ser real y verdaderamente querido por las partes. Así pues, en la fiducia *cum amico*, el título disimulado ha de reputarse verdadero a efectos de usucapión. El disimulado es un título oculto tras un título falso o no verdadero, el simulado, mas es realmente querido por las partes³⁵⁵.

La ineptitud del negocio fiduciario *cum amico* para la usucapión ordinaria no procedería nunca de su falta de veracidad, sino de su falta de justicia (el título disimulado, verdadero aunque oculto, no es justo, no tiene naturaleza transmisiva del dominio), o, por hipótesis, de su falta de validez, cuestión que vamos a estudiar a continuación.

2.1.3 Validez

La fiducia *cum amico* puede emplearse para múltiples finalidades, tanto lícitas como ilícitas. En cuanto a las primeras, se ha dicho que, en términos generales, en la fiducia-gestión, el fiduciante transfiere al fiduciario la titularidad de los bienes con el único objeto de gestionarlos mejor, dadas las cualidades del fiduciario o la especial situación del fiduciante³⁵⁶. Más en concreto, y a título meramente ejemplificativo, la fiducia *cum amico* puede servir para: mantener el crédito o la clientela (el negocio sigue a nombre de quien lo traspassa, ocultándose la transmisión en favor del nuevo dueño); encomendar la gestión de los bienes para fines políticos, caritativos o religiosos; para la descentralización y agilidad de los negocios³⁵⁷; para obtener una negociación más ventajosa³⁵⁸; para eludir leyes injustas de carácter expoliatorio³⁵⁹; para asegurar la mejor administración de los bienes (v. gr., en favor de un hijo des-

³⁵⁵ Vid., por todas, STS 29 noviembre 1989, que considera que el título disimulado, en la simulación relativa, es «verdadero» a efectos de la usucapión.

³⁵⁶ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1792; VALLET, «Negocios...», cit., pp. 208-209.

³⁵⁷ Ejemplos citados por DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 388-389.

³⁵⁸ VALLET, «Negocios...», cit., p. 209, nota 15, cita el supuesto frecuente de poner a nombre del fiduciario una propiedad para que éste la transmita o la adquiera, y la sanee, mejore, liquide sus cargas, parcele, divida horizontalmente, etc., con el fin de venderla posteriormente, a menudo por parcelas, chalets, locales, pisos o departamentos, todo por cuenta del fiduciante. Cfr. STS 23 abril 2004.

³⁵⁹ VALLET, «Negocios...», cit., pp. 208-209, nota 13, menciona como ejemplo la legislación desamortizadora de los bienes de la Iglesia, Órdenes o Congregaciones religiosas.

pilfarrador o disminuido)³⁶⁰. Incluso existen ocasiones en las que la fiducia *cum amico* puede encubrir o tener una finalidad que exceda de la propia representación indirecta o del mandato, y que la acerque a la de la fiducia *cum creditore*, esto es, la impuesta para garantía de quien aparece como fiduciario³⁶¹.

En cuanto a las finalidades ilícitas, mientras que es frecuente utilizar la fiducia *cum amico* para vulnerar normas fiscales o administrativas, es bastante más raro utilizarla para eludir la normativa civil. En términos generales, la validez de la fiducia *cum amico*, la validez del encargo hecho por el fiduciante al fiduciario, está fuera de duda, siempre, claro está, que no se la utilice como instrumento de fraude, tratando de hacer por persona intermedia algo no permitido legalmente³⁶². No obstante, el Tribunal Supremo no suele declarar la nulidad del negocio fiduciario *cum amico* realizado con la finalidad de vulnerar normas fiscales o administrativas³⁶³. De entre las numerosas resoluciones judiciales que confirman esta aseveración, se pueden citar como más representativas: la STS 9 diciembre 1981, que declara que no existe causa ilícita por fraude a las ordenanzas farmacéuticas (que prohíben que una misma persona tenga la titularidad de dos farmacias) en una fiducia *cum amico* constituida para adquirir una nueva farmacia por el fiduciante, que ya era dueño de otra; la STS 5 julio 1989 declaró que el negocio jurídico de puesta a nombre de otro, semejante a la fiducia, es váli-

³⁶⁰ JORDANO BAREA, «Sobre el negocio...», cit., p. 133, texto y nota 18, cita, en este sentido, un curioso caso sobre el que tuvo ocasión de emitir dictamen: A consiguió que su disoluto hijo B le transmitiera todos sus bienes con el fin de coadyuvar con ello al alejamiento de su codiciosa concubina, comprometiéndose a retransmitirlos una vez logrado su propósito.

³⁶¹ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 424-425, cita un supuesto jurisprudencial que se caracterizaba por estar dotado de una compleja naturaleza: en documento privado, el dueño de unos terrenos los vende a un conocido agente por 260.000 pesetas, con entrega de 50.000 y obligación de pagar el resto en cuatro meses, obligándose por su parte el vendedor al otorgamiento de la escritura pública de venta en favor de la persona que designase el agente. Resultando probado que «la compraventa no fue propiamente lo querido por las partes, sino otro contrato de representación o mandato», utilizándose la forma de compraventa por el «deseo del supuesto adquirente de obtener y alcanzar unos honorarios de cuantía superior a los que están asignados por el Reglamento de Agentes oficiales de contratación de fincas», y también para evitar la prohibición establecida en el artículo 1459-2.º CC, se declaró la nulidad de la venta y la devolución de las 50.000 pesetas (STS 4 marzo 1955). Por nuestra parte, podemos traer a colación el complejo supuesto tratado por la STS 23 abril 2004: el promotor de la urbanización de un polígono suscribió un documento con el presidente de la comunidad de propietarios de dicho polígono y, a la vez, de la entidad urbanística colaboradora de la conservación de la mencionada urbanización, en el que el primero declaraba vender a las entidades representadas por el segundo, por precio de una peseta, cinco parcelas del polígono, las cuales, una vez entregada la urbanización debidamente terminada, debían ser revendidas al promotor por el mismo precio. Con dicha cesión temporal se pretendía garantizar la ejecución por el promotor de las obras de urbanización, y, en previsión de la inactividad del mismo, permitir que fueran realizadas por la propia aparente compradora.

³⁶² DE CASTRO, *op. cit.*, p. 424.

³⁶³ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1790, texto y nota 124 y p. 1832, nota 274.

do aun cuando se otorgue para eludir responsabilidades de carácter administrativo; la STS 21 junio 1991 no considera nula una situación fiduciaria convenida «por razones administrativas y para evitar la realización de un nuevo proyecto de construcción»; la STS 19 junio 1992 no estima la existencia de fraude en la constitución fiduciaria de una sociedad anónima para eludir el Reglamento de ordenación de transportes mecánicos por carretera; la STS 14 octubre 1994 consideró válida la compra de acciones por medio de testafarro debido a «momentáneas dificultades administrativas» que impidieron rotularlas directamente a nombre del verdadero adquirente; la STS 19 junio 1997 considera procedente la reclamación de los fiduciantes contra los fiduciarios para obtener la propiedad de una vivienda de protección oficial que estos últimos adquirieron como testafarros, al no poder optar los primeros a su adjudicación, por ser ya propietarios de otra vivienda de las mismas características³⁶⁴; la STS 27 febrero 2007 no considera nula una fiducia *cum amico* celebrada entre la viuda y los hijos del fallecido, consistente en poner a nombre de la primera un bien perteneciente a la comunidad postganancial, «por cuestiones de índole fiscal». A modo de colofón, la STS 23 junio 2006, en un caso de fiducia *cum amico* para eludir las limitaciones impuestas a los extranjeros en materia de inversiones, declara que «tales limitaciones no implicarían por sí mismas, ni siquiera en caso de fraude de Ley, la nulidad»³⁶⁵. A pesar de lo dicho, debemos señalar que parece estar consolidándose una nueva línea jurisprudencial, pues como expone la STS 10 octubre 2008, «la jurisprudencia actual de esta Sala no permite seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva»³⁶⁶.

³⁶⁴ Sobre un caso similar, cfr. STS 28 mayo 1990.

³⁶⁵ En otras ocasiones, la fiducia *cum amico* se emplea con la finalidad de beneficiarse, indebidamente, de lo dispuesto por la normativa fiscal o administrativa: STS 30 abril 1977, puesta a nombre de una persona extranjera y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad de unos apartamentos con el fin de obtener un préstamo de dinero acogido al denominado «Crédito Turístico»; STS 9 octubre 1987, para establecer un supermercado en beneficio del fiduciante; STS 30 abril 1992, para la obtención de un préstamo oficial para pequeñas empresas; STS 5 julio 1996, para conseguir beneficios y facilidades en la construcción de viviendas de protección oficial; y STS 7 mayo 2007, mandato para adquirir por el que un hijo encarga a su madre (única que puede aprovechar la oferta por su condición de arrendataria) que adquiera para él la vivienda.

³⁶⁶ Entre las sentencias que conforman esta nueva doctrina jurisprudencial cabe mencionar, además de la citada en el texto, las SSTs 26 julio 2000, 2 abril 2002, 31 mayo 2005, 23 y 30 noviembre 2006 y 31 octubre 2007. Sobre esta cuestión, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS de 10 octubre 2008», *CCJC*, 2010, pp. 19 ss. No obstante, CARRASCO PERERA y LYCZKOWSKA, «Comentario a la STS de 17 julio 2008», *CCJC*, 2009, p. 649, estiman «improbable que la jurisprudencia relativa al artículo 6.3 CC vaya a cambiar, a pesar de esta solemne declaración en contrario del TS».

Una vez comprobado que el Tribunal Supremo se muestra bastante reacio a declarar la nulidad de la fiducia *cum amico* por elusión de normas administrativas, hay que señalar que, en cambio, no tolera tan fácilmente la vulneración de la normativa civil³⁶⁷. En tal sentido, cabría plantearse la posibilidad de la elusión de la prohibición del pacto comisorio y de la usura, y el fraude a acreedores y legitimarios.

Vayamos por partes. En la fiducia *cum amico*, el fiduciario no puede en ningún caso pretender la adjudicación definitiva de la cosa, puesto que carece de causa para ello e incurriría en fraude y mala fe³⁶⁸; correlativamente, el fiduciante tiene derecho a recuperar la cosa confiada con mayor amplitud que en la fiducia *cum creditore*, es decir, en cualquier momento y sin necesidad de alegar causa alguna³⁶⁹. Se ha dicho, con razón, que es absurdo alegar la prohibición del pacto comisorio en la fiducia-gestión, «por razones tan evidentes que hacen peregrina e innecesaria la afirmación misma»³⁷⁰. En efecto, en la fiducia *cum amico*, la titularidad fiduciaria no constituye una forma de garantizar un crédito del fiduciario, sino un mecanismo en interés exclusivo del fiduciante. Estas mismas razones determinan que carezca de todo sentido plantearse siquiera la posibilidad de que la fiducia *cum amico* incurra en la prohibición de la usura.

En cambio, la transmisión fiduciaria hecha al amigo con el objeto de colocar los propios bienes fuera del alcance de una ejecución forzosa por parte de los acreedores del fiduciante determinaría la ineficacia del negocio fiduciario³⁷¹. Del mismo modo, si la transmisión fiduciaria hecha al amigo hubiera tenido por finalidad defraudar la legítima de los herederos forzosos del fiduciante, sería impugnabile³⁷². E, incluso, el Tribunal Supremo, en un supuesto

³⁶⁷ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1790.

³⁶⁸ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1811-1812. Cfr. STS 5 julio 1996.

³⁶⁹ STS 31 octubre 2003. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1811.

³⁷⁰ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1812, nota 198.

³⁷¹ Esta posibilidad, apuntada ya por JORDANO BAREA, «Problemática...», *cit.*, p. 521, texto y nota 33, también es señalada por CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 1790 y 1827; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, p. 83, nota 62; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 224. En este sentido, la STS 23 septiembre 2002 considera que la transmisión fiduciaria gratuita entre parientes encubierta bajo forma de compraventa es rescindible, *ex* artículos 1111 y 1291-3.º Código Civil, por haberse celebrado en fraude de acreedores.

³⁷² La STS 18 marzo 1997 aborda el siguiente caso: en escritura pública, los cónyuges vendieron a uno de sus hijos una vivienda y dos locales; tras el fallecimiento del marido, la mujer y la hija «compradora» suscriben un documento privado por el que ésta reconoce a su madre como auténtica propietaria de las fincas, comprometiéndose a retransferírselas. En el pleito se discutió si dicha escritura encubría una donación en favor de la hija o si, por el contrario, respondía a un negocio fiduciario, siendo esta segunda tesis la que prevaleció en casación. Aunque el Tribunal Supremo optó por dejar «aparte la cuestión del fraude a la que alude la sentencia apelada ya que en autos no existen datos para afirmar que con esta operación se perjudicaban los derechos hereditarios de los hijos» del

bastante complejo, ha llegado también a declarar la nulidad de la fiducia-gestión por infracción del artículo 1459-2.º CC³⁷³.

2.2 La posesión del fiduciario

2.2.1 *Posesión material. La inscripción como presunción de posesión ad usucapionem*

A diferencia de lo que ocurre en la fiducia *cum creditore*, en la que lo más habitual es que el fiduciante siga conservando la posesión material de la cosa, en la fiducia *cum amico*, lo ordinario es que el fiduciario sea el tenedor material de la cosa; ello es así porque el contacto físico con el bien es imprescindible para que el fiduciario pueda gestionarlo adecuadamente, y porque la función publicitaria de la posesión serviría para revelar de cara a terceros la –aparente– titularidad dominical³⁷⁴.

Además, y en este caso al igual que en la fiducia *cum creditore*, en la fiducia *cum amico*, la titularidad dominical suele figurar inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario, lo que plantea la cuestión de la inscripción como presunción de posesión *ad usucapionem* ex artículo 35 LH. No obstante, ello no siempre es así. En la STS 14 julio 1994, el fiduciario nunca llegó a poseer la finca ni a inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad. Alegada por el fiduciario la usucapión ordinaria de inmuebles ex artículo 1957 CC, se desestimó por falta de posesión efectiva³⁷⁵.

marido, admite implícitamente que la fiducia *cum amico* puede rescindirse por fraude a los legitimarios.

³⁷³ Nos referimos a la ya citada STS 4 marzo 1955, en la que, mediante una compleja operación, una persona dedicada al corretaje inmobiliario pretendía percibir unos honorarios muy superiores a los que reglamentariamente le correspondían, y, a la par, eludir la prohibición de adquirir por compra que recae sobre los mandatarios ex artículo 1459-2.º CC. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 424-425.

³⁷⁴ Si, en la fiducia *cum amico*, el fiduciario no es más que un mandatario, para poder ejecutar su encargo precisa de la tenencia material de la cosa. Cfr. SSTS 4 mayo 1950, 22 noviembre 1965, 16 mayo 1983, 24 marzo 1997 y 7 mayo y 23 julio 2007. Pueden verse también las SSTS 5 diciembre 1959 (madre que transmite a sus hijos con el fin de conservar el patrimonio unido y conseguir crédito, cultivando y explotando éstos las fincas), 28 diciembre 1973 (adquisición de acciones por una persona de un tercero, haciendo figurar a su hijo como adquirente, y poseyéndolas éste), 21 junio 1991, 5 marzo 2001, 31 octubre 2003. *Vid.*, también, SAP Madrid 14 octubre 2008 (AC 2008, 2077).

³⁷⁵ En otras ocasiones, el fiduciario no entra a poseer la cosa previamente transmitida por medio de escritura pública de compraventa, sino cuando en documento privado reconoce al fiduciante como auténtico propietario, comprometiéndose a retransmitirla, en cuyo momento se le concede un derecho de habitación sobre el inmueble (STS 18 marzo 1997). En la STS 21 junio 1991, el fiduciario no pasa a poseer materialmente la cosa sino cuando los terceros adquirentes trasladan su residencia, y en la STS 27 julio 1999, los fiduciarios no ocupan la vivienda hasta que no fallece el fiduciante.

La STS 21 junio 1991 abordó el siguiente caso: un solar pertenecía a dos hermanas en pro indiviso por cuotas iguales, vendiendo una de ellas su mitad a un matrimonio. En la parcela se construyó por cuenta de los copropietarios una edificación con dos viviendas separadas; por razones administrativas y para evitar la realización de un nuevo proyecto de construcción, aquélla de las hermanas que vendió su mitad de la parcela litigiosa a los terceros, otorgó escritura de compraventa de su participación en el pro indiviso en favor de la otra, si bien no medió precio. La finca aparecía registrada íntegramente a nombre de la hermana fiduciaria. El Tribunal Supremo, además de declarar que la posesión de la fiduciaria no fue en concepto de dueño y de buena fe, por lo que ahora nos ocupa, consideró que la prueba practicada destruía «la ficción de posesión que se deriva del otorgamiento de la escritura pública de 16 de junio de 1969 y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad».

2.2.2 Posesión de buena fe

Doctrina y jurisprudencia niegan al unísono que la posesión del fiduciario, en la fiducia *cum amico*, sea de buena fe, ya que conoce la verdadera situación en que se encuentra la propiedad. En un caso de mandato para adquirir *proprio nomine*, la STS 16 mayo 1983 declaró que no actúa de buena fe el fiduciario desleal: «ni es poseedor de buena fe, como estado de conocimiento de la propia situación –art. 433 y S. de 26 noviembre 1970–, el mandatario que dice haber procedido en perjuicio de sus mandantes»³⁷⁶.

En un supuesto en el que una persona ostentaba sobre la mitad de una finca una titularidad real, y sobre la otra mitad una titularidad sólo fiduciaria, la STS 21 junio 1991 desestima la usucapión porque, entre otras razones, la posesión de la fiduciaria no fue de buena fe «al conocer D^a. Francisca la verdadera situación de la propiedad y la realización de obras de construcción por cuenta de ambas partes litigantes en concepto de condueños proindiviso y por mitad»³⁷⁷.

³⁷⁶ Como bien dice JORDANO BAREA, «Mandato...», cit., p. 1448, el «mandatario-fiduciario conoce perfectamente su propia situación: recibió el encargo de adquirir como “interpósito” o persona interpuesta gracias a la confianza en él depositada (...). Y el mandatario que no entrega y retiene sin justa causa lo que debe restituir no está, evidentemente, poseyendo de buena fe en un sentido ético-psicológico».

³⁷⁷ En la STS 27 julio 1999, aunque la heredera del fiduciante alegó que la posesión de los fiduciarios era de mala fe, pues no ignoraban que el inmueble había sido realmente adquirido y pagado por el fiduciante, que había utilizado a los fiduciarios como simples personas interpuestas para adquirir de un tercero, el Tribunal Supremo rechazó la usucapión por falta de justo título.

Con carácter general, se ha afirmado que «el fiduciario que ha recibido la titularidad fiduciaria del bien, carece de buena fe (...) pues conoce que su adquisición es fiduciaria, y que no es el propietario de la cosa recibida»³⁷⁸.

Como señala Jordano Barea, el pacto fiduciario, cuya existencia no puede ignorar el fiduciario, le coloca automáticamente en situación de mala fe ante cualquier eventual incumplimiento del mismo³⁷⁹. A nuestro juicio, la vía más correcta para negar que la posesión del fiduciario sea de buena fe consiste en poner de manifiesto que la fiducia *cum amico* implica simulación relativa, por lo que el supuesto adquirente, por su intervención en el contrato simulado, no puede reputarse poseedor de buena fe; el pacto fiduciario, en tanto que mero acuerdo simulatorio, supone el conocimiento de la ficción por las partes y determina la mala fe del fiduciario³⁸⁰.

Si el fiduciario figurase como titular registral, la presunción de que su posesión es de buena fe (art. 35 LH) se puede desvirtuar mediante prueba en contrario³⁸¹.

2.2.3 Posesión en concepto de dueño

El argumento más utilizado por la jurisprudencia para denegar al fiduciario la posibilidad de usucapir en forma ordinaria es, en la fiducia *cum amico*, al igual que sucedía en la fiducia *cum creditore*, la falta de posesión en concepto de dueño. En la fiducia *cum amico*, la situación fiduciaria se crea en interés del fiduciante, a efectos de mandato, aunque también a efectos de depósito, gestión, o como interposición –ficticia– de persona³⁸². Lo más habitual es que la situación fiduciaria se realice a efectos de mandato³⁸³; en consecuencia, la jurisprudencia declara que en virtud del contrato subyacente de mandato, el fiduciario no posee para sí, no posee en concepto de dueño, y, por tanto, no puede usucapir³⁸⁴.

³⁷⁸ SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 224.

³⁷⁹ JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, p. 1448.

³⁸⁰ Las SSTs 6 mayo 1961 y 20 noviembre 1964, en casos de simulación relativa, negaron que la posesión del usucapiente fuera de buena fe. Conviene no dejar de tener presente que la jurisprudencia ha declarado que la relación entre las partes que otorgan el negocio fiduciario no puede basarse en la situación aparentemente creada, sino en la efectivamente concluida (STS 19 mayo 1989).

³⁸¹ STS 21 junio 1991.

³⁸² DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 408 y 441.

³⁸³ Cfr., entre otras, SSTs 4 mayo 1950, 3 junio 1953, 22 diciembre 1955, 5 diciembre 1959, 19 diciembre 1963, 22 noviembre 1965, 16 mayo 1983, 9 octubre 1987, 24 marzo 1997 y 7 mayo y 23 julio 2007.

³⁸⁴ STS 3 junio 1953: A, recién emancipado por su padre B, compra varias fincas, reconociendo en documento privado haber recibido el dinero de la compra de B, y obligándose a reconocer en documento público que las fincas pertenecen a B. Fallecido éste, otro

En un caso de interposición de persona para adquirir determinados bienes muebles (acciones) de un tercero, la STS 28 diciembre 1973, partiendo de la tesis de la transmisión formal de la propiedad³⁸⁵, ante la alegación de los arts. 464 y 1955 CC, declaró que «la posesión del fiduciario no le puede servir de título para la usucapión», es decir, se desestima la usucapión porque el fiduciario fue simple tenedor material de los títulos-valores, no poseedor en concepto de dueño³⁸⁶.

La STS 21 junio 1991 niega la usucapión abreviada a la fiduciaria que, por razones administrativas (evitar la realización de un nuevo proyecto de construcción), había comprado fiduciariamente la mitad de un bien del que ya era propietaria en su otra mitad, argumentando que no se da la posesión *ad usucapionem*, pues la fiduciaria «nunca poseyó la parcela litigiosa en concepto de propietaria única y exclusiva».

El Alto Tribunal también desestima la usucapión ordinaria por falta de posesión en concepto de dueño en la STS 5 marzo 2001. Se trataba de una compraventa realizada por dos socios conjuntamente, en la que se convino que sólo figurase como adquirente en escritura pública uno de ellos, a cuyo nombre se inscribieron las fincas. Fallecido el socio-fiduciante, el socio-fiduciario otorgó un docu-

hijo pretende el cumplimiento del pacto fiduciario. A pesar de que A estuvo poseyendo las fincas más de veinte años con título inscrito, no se aprecia la usucapión, pues A actuó en nombre propio pero por cuenta o encargo de su padre, por lo que poseyó como mandatario, y no en concepto de dueño; STS 19 diciembre 1963: el arrendatario de un caserío, al saber que lo venden, hace que lo adquiera su hijo, pero con dinero de los padres, reconociendo en documento privado que los padres son los auténticos dueños. El Tribunal Supremo declaró que el hijo «no lo poseyó nunca para sí aunque lo detente»; la STS 22 noviembre 1965 considera que, si bien el demandado adquirió varias fincas (para él, su madre y hermanos) en nombre propio, «lo realizó, sin embargo, en interés y por cuenta y encargo de su madre y de sus hermanos como mandatario de ellos, con cuya cualidad de mandatario adquirió su posesión, la cual adquirieron también sus mandantes al tiempo de ser adquiridas» (sobre las sentencias citadas, cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 426-427); STS 16 mayo 1983: el mandatario-fiduciario que adquiere una cosa, en parte para sí, y en parte por encargo de sus mandantes, no «puede arrogarse la indispensable posesión en concepto de dueño» pues «tiene su título legitimador en el mandato». Respecto de esta sentencia, JORDANO BAREA, «Mandato...», *cit.*, pp. 1448, afirma que «el mandatario o fiduciario encargado de adquirir una cosa por cuenta de su mandante la posee, no en concepto de dueño, sino en el de “tenedor de la cosa para conservarla perteneciendo el dominio a otra persona” (art. 432 C.c.), posee una cosa ajena como mero tenedor para retenerla durante cierto tiempo en concepto de mandatario o fiduciario (cfr. artículo 463 C.c.); su situación es análoga a la del depositario».

³⁸⁵ Esta sentencia habla de «negocio fiduciario “cum amico”, o mejor, “cum Filio”, por virtud del cual entre padre e hijo se convino que los títulos valores que aquél ordenaba comprar y había de pagar con su dinero, se pusieran a nombre de dicho hijo, que no pasaría de ser el titular aparente de los mismos». Según el Alto Tribunal, «la transmisión fiduciaria, se realiza con determinados fines, y hace propietario aparente al hijo, respecto a todos, menos con relación al padre, el cual frente a su hijo, continúa siendo propietario real; o sea que la propiedad formal externa, se atribuye al fiduciario, pero la propiedad material, o verdad interna entre él y el fiduciante, continúa siendo propia de éste».

³⁸⁶ Cfr. DURÁN RIVACOBA, *La propiedad...*, *cit.*, pp. 176-177.

mento en el que reconocía un porcentaje en la titularidad de los bienes a los causahabientes del fiduciante. Tras el fallecimiento del fiduciario, sus herederos pretenden haber usucapido en forma ordinaria, lo que se desestima, pues «no puede el poseedor consumir la usucapición en casos como el del fiduciario, que no posee en concepto de dueño (entre otras, STS de 10 de noviembre de 1958), lo que también afecta a sus herederos en virtud de lo dispuesto en los artículos 436 y 661 del Código Civil»³⁸⁷. Conviene destacar que en estas dos últimas sentencias, el Tribunal Supremo, bien no se decanta por ninguna de las teorías acerca del negocio fiduciario (STS 21 junio 1991), bien procede con gran eclecticismo a la hora de definir el negocio fiduciario, con el fin de evitar incurrir en la teoría del doble efecto y en toda idea de traspaso dominical (STS 5 marzo 2001).

III. NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA

A diferencia de la usucapición ordinaria, que ha sido invocada con relativa frecuencia por el fiduciario contra el fiduciante, tanto en la fiducia *cum creditore*, como en la fiducia *cum amico*, la alegación de la usucapición extraordinaria en caso de fiducia, cualquiera que sea su especie, es muy rara en la praxis jurisprudencial, lo que quizá se pueda explicar por el hecho de que al tener, en la generalidad de los casos, el fiduciario inscrito el bien a su nombre, se alegue con preferencia la prescripción ordinaria *ex* artículo 35 LH.

En las pocas ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha tenido que ocuparse de la usucapición extraordinaria en la fiducia, su forma de proceder ha sido siempre la misma: ante la alegación, en la relación *inter partes*, tanto del fiduciario frente al fiduciante, como, incluso, de éste frente a aquél, de haber adquirido por usucapición la *res fiduciae*, se desestima por falta de la imprescindible posesión en concepto de dueño. Este proceder no nos parece inco-

³⁸⁷ Aunque el fiduciario figuraba inscrito como titular registral, lo que, pese al silencio del artículo 35 LH, determina la presunción de que posee en concepto de dueño, el Tribunal Supremo entiende que la inscripción registral sólo tiene el valor de presunción *iuris tantum*, neutralizable por prueba en contrario. Cfr., en el mismo sentido, SSTS 26 noviembre 1970 y 31 octubre 2003. En la jurisprudencia menor, la SAP Madrid 14 octubre 2008 (AC 2008, 2077) niega la usucapición abreviada en la fiducia *cum amico* sobre la base de que el negocio fiduciario, radicalmente nulo, no es justo título, lo que a su vez determina que la posesión del fiduciario no sea en concepto de dueño. La doctrina conviene con la jurisprudencia en negar al fiduciario la posesión en concepto de dueño. Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 426-428 y 434-437; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 224-225.

rrecto, ya que la usucapión extraordinaria, a diferencia de la ordinaria, opera no sólo frente al tercero *versus dominus*, sino también *inter partes*, convalidando cualquier tipo de defecto, ya sea la falta de titularidad o poder de disposición del *tradens*, ya sean los vicios de que pueda adolecer el título o contrato³⁸⁸.

En la fiducia *cum creditore*, el fiduciante ha llegado a invocar la usucapión extraordinaria frente al fiduciario como vía para, de manera desleal, intentar recuperar la cosa transmitida, sin abonar el crédito así garantizado. En este sentido, la SAP Alicante 13 julio 2007 (*JUR* 2008, 236948) desestima la usucapión extraordinaria pretendida por el heredero del fiduciante frente al fiduciario³⁸⁹.

Con relación al caso resuelto por la STS 17 septiembre 2003, en el que el Tribunal Supremo rechazó que el fiduciante pudiese alegar contra el fiduciario la usucapión, operante frente a terceros³⁹⁰, se ha señalado que «suponiendo indemostrada la realidad de la fiducia, cosa que fácilmente se puede producir por las dificultades de sacar a la luz lo que se planeó como oculto, nos parece claro que el sedicente propietario podría justificar su derecho mediante la usucapión»³⁹¹.

En la fiducia *cum amico*, sólo conocemos dos ocasiones en las que se haya planteado ante los Tribunales la usucapión extraordinaria. Por un lado, la STS 9 junio 1988: una señora adquirió mediante escritura pública determinados bienes inmuebles; la adquisición se efectuó a su nombre, pero actuando como apoderado otra persona. El apoderado alegó un supuesto pacto fiduciario en su favor, alegación que fue rechazada por falta de acreditación del imaginario *pactum fiduciae*. No probada la existencia de transmisión fiduciaria alguna, el Tribunal Supremo desestima la pretensión del recurrente de haber usucapido en forma extraordinaria, ya que su posesión no fue a título de dueño, sino en concepto de admi-

³⁸⁸ La doctrina señala que la usucapión extraordinaria subsana cualquier tipo de defecto, sea del título o de la titularidad, y que opera no sólo frente a terceros, sino también en la relación *inter partes*. Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pp. 254 y 324-325; MACÍA MORILLO, *op. cit.*, pp. 463, nota 5, 465, 467, 472 y 493-494; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro...», cit., pp. 1090-1091; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 557, 604 y 663.

³⁸⁹ En realidad, la sentencia citada no da por acreditada la existencia del pacto fiduciario, sino que se trataba de una compraventa corriente, no fiduciaria, en la que el vendedor conservó la posesión como mero precarista, sin actuar en momento alguno en concepto de dueño.

³⁹⁰ «Porque el fiduciante –dice el Alto Tribunal– es el verdadero propietario frente al fiduciario, no necesita del mecanismo de la prescripción para volver a adquirir formalmente la titularidad que enajenó, sólo puede exigir del fiduciario que le retransmita aquélla. Por tanto, si no hay adquisición por prescripción, nada puede oponerse a terceros. En fin, la prescripción defiende al propietario contra la actividad dominical de un tercero o del mismo fiduciario, que se arrogan la propiedad, pero en este pleito nada de esto ha sucedido».

³⁹¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 330.

nistrador de las fincas. Por otro, la STS 16 noviembre 1999: una madre utilizó a su hijo como persona interpuesta para adquirir a través de él bienes de un tercero. Adquiridas las fincas en escritura pública a nombre del hijo, éste reconoció en documento privado a su madre como la auténtica compradora y titular dominical. Fallecido el hijo, sus herederos (viuda e hija), continuadores de la posesión iniciada por su causante (art. 1960.1.º CC), alegan la usucapción extraordinaria, pretensión que rechaza el Tribunal Supremo con base en que tanto la posesión del causante como la de sus sucesores ha de ser apta para usucapir por reunir los requisitos necesarios para ello, y, ni la del causante, ni la de los herederos, es a título de dueño. No tenemos nada que objetar a que la posesión del fiduciario no era en concepto de dueño, pues se ejercía con arreglo a la verdadera voluntad manifestada en el pacto fiduciario. En cambio, es más dudoso que los sucesores del fiduciario no poseyeran en concepto de dueño, ya que podían perfectamente desconocer la existencia del pacto fiduciario; de hecho, el propio Tribunal Supremo reconoce que dichos sucesores son poseedores de buena fe desde la fecha de la muerte de su causante, no sufriendo las consecuencias de la posesión viciosa de su causante en virtud del artículo 442 CC. En realidad, el Tribunal Supremo parece desestimar la usucapción extraordinaria más que por la falta de posesión en concepto de dueño de los sucesores del fiduciario, por el corto e insuficiente lapso de tiempo posesorio transcurrido.

Una última cuestión. Configurada la fiducia, en cualquiera de sus especies, como un supuesto de simulación relativa, es claro que el título simulado no puede tener ninguna repercusión en la usucapción extraordinaria, pero se debe analizar si el título disimulado puede ejercer alguna influencia en ella, bien entendido que en la usucapción extraordinaria no se precisa título alguno, sino sólo posesión (pública, pacífica, no interrumpida y en concepto de dueño) durante el tiempo fijado por la Ley. En la simulación relativa, el *animus* con que se ejerce la posesión que la subsigue se corresponde con el que resulta del título disimulado³⁹², por lo que, si éste fuese traslativo del dominio, la posesión se ejercería en concepto de dueño y sería apta *ad usucapionem*. Mas, en la fiducia *cum creditore* o *cum amico*, el negocio o título disimulado (negocio de garantía o mandato para administrar) no tiene carácter traslativo del dominio, por lo que no configura la posesión recibida como en concepto de dueño, no pudiendo el fiduciario usucapir si no intervierte su concepto posesorio.

³⁹² MORALES MORENO, *Posesión...*, cit., pp. 100 y 146; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., p. 587.