

LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS *CUM CREDITORE*

THE PROHIBITION OF COMMISSORIA LEX CLAUSE IN *FIDUCIA CUM CREDITORE*

SERGIO TUDELA CHORDÁ

Abogado en ejercicio
Doctorando en Derecho de la UNED

Resumen: Estudio del pacto comisorio en los negocios fiduciarios *cum creditore*, partiendo de los antecedentes de Derecho Romano, Derecho Medieval español y antecedentes españoles contemporáneos. Análisis de la prohibición del pacto comisorio, su justificación y efectos en relación al negocio fiduciario *cum creditore*. Planteamiento actual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y determinar, con base en éstos, la validez del negocio fiduciario en función de si incumple la prohibición del pacto comisorio

Abstract: Study of commissoria lex clause in *fiducia cum creditore*, starting with the history of Roman law, Spanish Medieval law and Spanish contemporary history. Analysis of the prohibition of commissoria lex clause, its justification and effects in relation to the *fiducia cum creditore*. Current approach of the jurisprudence of the Supreme Court and the General Directorate of Registries and Notaries. And determine, based on these, the validity of the *fiducia*, depending on whether the ban violates the commissoria lex clause.

Palabras clave: pacto comisorio, *fiducia cum creditore*

Keywords: commissoria lex clause, *fiducia cum creditore*

Recepción original: 2/06/2015
Aceptación original: 8/07/2015

Sumario: I. Introducción. II. Definición y naturaleza del Pacto Comisorio ante el negocio fiduciario. III. Origen histórico de la prohibición del Pacto Comisorio. IV. Justificación de la prohibición del Pacto Comisorio y efectos: A) La necesidad de seguir las formalidades procesales y procedimentales y la imposibilidad de autosatisfacción. B) La defensa del deudor y la inmoralidad del pacto. C) El respeto al principio de *par conditio creditorum* y la protección de terceros acreedores. V. Efectos de la prohibición del Pacto Comisorio. VI. Problemática del Pacto Comisorio en la fiducia *cum creditore*. VII. Jurisprudencia de Pacto Comisorio en los negocios fiduciarios *cum creditore*. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los negocios fiduciarios –institución polémica y compleja donde las haya– recibe una fuerte crítica de la doctrina mayoritaria que no reconoce la validez de esta figura negocial en el ordenamiento jurídico español. Los principales argumentos utilizados por la doctrina para desvirtuar su validez y eficacia se asientan en:

— La falta del requisito causal establecido de forma imperativa para cualquier forma contractual. Este requisito se exige para las dos modalidades de negocios fiduciarios: fiducia *cum creditore* y *cum amico*.

— El otro argumento alegado por la doctrina es que atenta contra la prohibición del pacto comisorio. Esta prohibición únicamente afecta a la fiducia *cum creditore*. La prohibición del pacto comisorio regulada en el artículo 1859 del Código civil dispone: «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.» El precepto tipificado de forma expresa para la hipoteca y la prenda se aplica de forma analógica para los negocios fiduciarios –no se puede olvidar que la *fiducia cum creditore* no está tipificada ni regulada en nuestro ordenamiento jurídico–. Para determinar cómo afecta el pacto comisorio a los negocios fiduciarios –*fiducia cum creditore*– se debe partir de la naturaleza jurídica y de la causa propia del negocio de *fiducia cum creditore*. Así como tener en cuenta los precedentes jurídicos e históricos de la prohibición del pacto comisorio, y la función actual de ambas figuras en el tráfico jurídico.

II. DEFINICIÓN Y NATURALEZA DEL PACTO COMISORIO ANTE EL NEGOCIO FIDUCIARIO

El pacto comisorio otorga al acreedor la facultad de hacer suyo el bien dado en garantía por el deudor, en el caso de que este último incumpla con la obligación pactada entre las partes. En la hipoteca dicho pacto supone la posibilidad de que el acreedor hipotecario haga suyo el bien sobre el que recae el derecho real de garantía en caso de incumplimiento de la obligación que se garantiza.

En la *fiducia cum creditore* –entendida como atribución patrimonial realizada por el fiduciante a favor del fiduciario, con finalidad de garantía de una deuda, y con la obligación del fiduciario de retransmitir el bien al fiduciante una vez devuelto el crédito– supondría que ante el incumplimiento de devolución del crédito por el deudor, el acreedor se apropiaría del bien que había recibido en propiedad pero con finalidad de garantía. De ahí la importancia de determinar la naturaleza jurídica y la causa del negocio fiduciario.

Con respecto a esto, DURÁN RIVACOB¹ considera que «todo el entramado del negocio fiduciario *cum creditore* se basa en la entraña garantista del acto»; tanto la naturaleza jurídica como la causa van dirigidas a establecer una garantía. Y en este sentido se realizan las transmisiones dominicales –con vocación de garantía– y no como negocio cuya causa sea la transmisión de la propiedad.

En este sentido no podemos olvidar que el negocio fiduciario es justificado a través de diversas teorías –teoría del doble efecto, causa fiducial y titularidad formal– y en función de la teoría utilizada se concibe la finalidad del negocio fiduciario y por tanto su naturaleza jurídica, su causa y la operatividad del pacto comisorio. Estas tesis son utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia para afirmar la falta de validez del negocio fiduciario –por parte de la doctrina– y para jus-

¹ DURÁN RIVACOB, R. *La propiedad en garantía; prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pág. 135.

En esta misma obra en la pág. 168, este autor afirma: «La ley establece la prohibición del pacto comisorio expresamente, cuyo alcance no debe ceñirse sólo a los fenómenos típicos, sino también, con mayor razón, a los autónomos; la moral jurídica prohíbe a los acreedores aprovecharse de la coyuntura para el abuso de las condiciones de necesidad del deudor, entre otras cosas por el principio de favor *debitoris*, y qué decir del orden público, cuya relevancia en cuanto a los procesos de la ejecución de las garantías es poderosa.» Considera también que «el hecho de que pueda el acreedor disponer del objeto en beneficio de posibles terceros inatacables rompe por completo con la estructura ideal de la fiducia y supone un agravio para el deudor de proporciones claramente abusivas.» Concluyendo que solamente la teórica existencia del riesgo debe conducir a su veto.

tificarlo por parte de la jurisprudencia. La doctrina mayoritaria lo considera huérfano de causa y lo asemeja a los negocios simulados relativamente con las consecuencias que ello conlleva y que no se van a valorar por no ser éste el objeto de estudio. Y añade, la doctrina científica, que la transmisión del bien a favor del fiduciario conlleva un pacto comisorio, prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo² –última década– concluye que el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, –teniendo solo la titularidad formal–, sin perjuicio de la apariencia jurídica frente a terceros. En este sentido, –respecto de los negocios fiduciarios *cum creditore*–, la causa es la garantía y no la transmisión en sí. No operando la apropiación de forma automática, pues no es su finalidad. En este sentido el pacto comisorio respondería a la acción de apropiación del bien cuya propiedad ha sido transmitida en concepto de garantía para el caso de incumplimiento del deudor. Pero esto excede del alcance del negocio fiduciario. Cuestión distinta sería que se pactase la apropiación para el caso de incumplimiento, y entonces se estaría ante un negocio simulado total o relativamente u otra modalidad negocial, pero no frente a un negocio fiduciario. Así las cosas, esta acción sería contra Ley, toda vez que infringiría la prohibición del pacto comisorio regulada en el artículo 1859 del Código civil.

Se trata de un pacto que a priori permitiría la apropiación del bien dado en garantía escapándose a la solución habitual que es el proceso de realización del bien, mediante un proceso público y abierto a terceros postores.

III. ORÍGEN HISTÓRICO DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

La importancia de la prohibición del pacto comisorio y de si la *fiducia cum creditore* incurre en dicha prohibición hace necesario que se estudien los antecedentes históricos para contextualizar ambas figuras y determinar su alcance y naturaleza.

² Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012 («La Ley» 177669/2012), que recoge en este mismo sentido las Sentencias de 13 de julio de 2009 («La Ley» 125073/09) y 28 de marzo de 2012 («La Ley» 32690/12).

Ya en derecho romano; DIGESTO (D.20, 1, 16, 9)³ se recogía: «Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio.» En este sentido, la prohibición no es expresa, pero sí se dan las instrucciones de cómo se puede apropiarse el acreedor de la garantía dada por el deudor, y no puede ser sin más, sino a través de la venta y por justo precio. Por lo que existe una prohibición tácita ya que no se regula la posibilidad de apropiarse directamente el acreedor de la garantía para el supuesto de impago del deudor.

En la antigua Roma los negocios fiduciarios en su modalidad destinada a garantizar el cumplimiento de las obligaciones *-cum creditore*⁴ no llevaban aparejado el pacto comisorio, si bien podía abusarse del poder que ostentaba el fiduciario. Con el tiempo los negocios fiduciarios cayeron en desuso y se reemplazaron por otras figuras que no implicaban la transmisión de la propiedad *-la prenda (pignus) y pignus conventum* o hipoteca⁵ entre otros. En ambos casos el acreedor adquiría un derecho real sobre la cosa gravada que le permitía vender la cosa o derecho constituido en garantía y satisfacer su crédito con el precio, restituyendo el exceso sobre la cuantía de éste *-superfluum-*. Esta facultad denominada *ius distrahendi*, en un principio de carácter meramente accidental, podía ser desplazada por una convención en virtud de la cual las partes estipulaban que el acreedor podía quedarse con la propiedad de la cosa en el evento que el deudor no cumpliera su obligación dentro del plazo. Dicha convención se llevaba a cabo a través de la *lex comisorio* como la cláusula en virtud de la cual si el deudor no paga a tiempo, el acreedor conserva la cosa en su patrimonio, cobrándose, de esta manera, el crédito no satisfecho. En derecho romano la palabra «*lex*» se empleó en el sentido de pacto. Si bien quiero hacer constar que el negocio fiduciario no cayó en desuso solamente porque podía disfrazar a la perfección el pacto comisorio y en un afán de protección hacia el más débil, sino más bien porque

³ Cfr. VALIÑO DEL RÍO, E. *Instituciones de derecho privado romano*, Valencia 1980, pág. 144.

⁴ Vid. VALIÑO DEL RÍO, E. *op. cit.* pág. 392: «La fiducia *cum creditore*, en derecho romano consistía en que la propiedad se enajenaba al fiduciario hasta que el fiduciante cumpliera una obligación que tenía pendiente con éste.» Además se podía pactar que si el fiduciante no satisfacía al obligación en el plazo previsto, el fiduciario podía enajenar la cosa y cobrarse el precio (*lex commissoria*) o bien venderla y devolver lo que sobra *-superfluum-* al fiduciante que no ha pagado la deuda que el fiduciante garantiza.

⁵ Cfr. VALIÑO DEL RÍO, E. *op. cit.* pág. 342.

existe un cambio en la forma de transferir el dominio⁶. Respecto al pacto comisorio DURÁN RIVACOBÁ⁷ considera que «pocas instituciones jurídicas de derecho privado tienen tanto abolengo en los ordenamientos continentales como el pacto comisorio y su prohibición, establecida en el cuerpo de derecho común desde Constantino», y es en la época postclásica y mediante un edicto de fecha 320 D. C. el emperador Constantino declaró la expresa prohibición del pacto comisorio de forma retroactiva. La prohibición del pacto comisorio encuentra su fundamento en una idea de justicia que se plasma en la defensa de la parte más débil: el deudor. Esta protección al débil nace de la conciencia religiosa y moral que imperaba en el momento⁸.

En este sentido me parece de vital importancia destacar que el pacto comisorio no formaba parte inherente al negocio fiduciario *cum creditore* en la época romana, sino que el pacto comisorio se podía pactar también en los negocios fiduciarios igual que se podía pactar en otros negocios de garantía –si bien el negocio fiduciario era y es el caldo de cultivo adecuado para que pueda cristalizar el pacto comisorio de la forma más limpia y sencilla–. La libertad de pactos que impera en derecho romano, se modera ante el cambio radical de valores morales y sociales que experimenta el imperio a través del cristianismo y es cuando se considera la necesidad de proteger al más débil y prohibir el pacto comisorio que podía generar un abuso de derecho del poderoso frente al débil. Piénsese la relevancia que tenía el pacto comisorio y el uso y abuso que había supuesto que el emperador Constantino en el Decreto que lo prohíbe lo hace extensivo de forma retroactiva.

No es ajeno a nuestro derecho la prohibición del pacto comisorio, visto el antecedente de derecho romano es vital ver cómo ha evolucionado en el derecho patrio y en este sentido MATEO Y VILLA⁹

⁶ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, R. *op. cit.* pág. 15. Considera este autor que la fiducia es una figura basada en los medios formales de transferir el dominio –*mancipatio e in iure cesio*–, extinguidos éstos se sustituye definitivamente por el *pignus* como medio de garantía. Aquí estriba, pues, la unión y común origen entre los distintos pactos comisorios: en la compraventa sirve como condición resolutoria en caso de no pago del precio, con efecto estrictamente personal y no real, como en la *mancipatio*, y en beneficio del vendedor; en el *pignus*, por su parte, el pacto comisorio es un sistema de garantía que favorece al acreedor, toda vez que le permite quedarse con la cosa empeñada en caso que su deudor no cumpla la obligación en tiempo y forma debidos.

⁷ Vid. DURÁN RIVACOBÁ, R. *op. cit.* pág. 15.

⁸ Cfr. GALINDO ARAGONCILLO, A. y NAVARRO CORDEQUE, F. «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», en *Diario la Ley*, n.º 8314/14 (20 de mayo), pág. 2.

⁹ Cfr. MATEO Y VILLA, I. *Homenaje a Manuel Cuadrado*, Aranzadi, 2008, pág. 1243.

considera necesario para determinar si el artículo 1859 del Código civil –tipificador de la prohibición del pacto comisorio– es de carácter imperativo o dispositivo y para ello debe partirse del derecho histórico.

En derecho español medieval, la prohibición del pacto comisorio se encontraba consagrada, principalmente, en la Partida V, título XII, leyes 41 y 42. Ello, a diferencia del fuero real, que aceptaba la validez este pacto en la ley 2 del título XX del libro 111 sobre «como vale la postura que el deudor ficiere con su creedor que le pueda tomar los bienes si a tiempo no pagare». Sin embargo a pesar de que las partidas condenaban expresamente la inclusión de este pacto en los contratos de garantía, no ocurría lo mismo con el denominado pacto marciano, es decir, aquella convención en virtud de la cual las partes podían limitar los efectos del comiso a un precio justo. Luego, la *lex comisoria* en sí misma sí estaba permitida, con la limitación –no menor– de que no podía exceder del valor de la cosa.

En derecho español contemporáneo, la prohibición del pacto comisorio aparece en el proyecto de 1836, en su artículo 1.712, si bien no se declara expresamente contra otras formas de realización de la garantía. En el proyecto de 1851 en su artículo 1.775, se expresa en sentido similar. Frente a toda la tradición arraestrada hasta entonces el anteproyecto inmediatamente anterior al Código civil de 1889 acepta el pacto comisorio en su artículo 6 del Título relativo a la prenda para el caso de que se hubiere pactado expresamente. En el actual Código civil el artículo 1859 establece que «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas». MATEO Y VILLA¹⁰ parte con base en el artículo 4 del Código civil que pueden ser aplicables a la fiducia *cum creditore* los artículos relativos a las garantías reales –puesto que la finalidad o causa del negocio fiduciario *cum creditore* es de garantía– y así, considera que las partes pueden negociar el contenido de este artículo al tener un carácter dispositivo y no imperativo; sin perjuicio de que el acreedor no puede en ningún caso adquirir indefinidamente la titularidad dominical del bien que sirve de garantía. Esto significa que fiduciante y fiduciario puedan acordar que el acreedor se apropie o disponga temporalmente de las cosas dadas en garantía pero no de forma definitiva. Esta conclusión se extrae de poner en relación el artículo 1.859 del Código civil con los artículos 1.857 del Código civil que establece los requisitos para constituir un contrato de garantía y el artículo 1858 del Código civil que establece que: «vencida la obligación principal, puedan ser

¹⁰ Cfr. MATEO Y VILLA, I. *op. cit.* pág. 1246.

enejadas cosas en que consiste la prenda o la hipoteca para pagar el acreedor». Por tanto y con esta base recoge: «podemos afirmar que las partes frente a los dos artículos anteriores pueden negociar el contenido de este artículo al tener un carácter dispositivo y no imperativo sin perjuicio de que el acreedor no puede en ningún caso adquirir indefinidamente la titularidad dominical del bien que sirve de garantía en cuanto que el objeto de los contratos de prenda o hipoteca no es el cambio de titularidad dominical de forma definitiva a favor del acreedor sino asegurar el cumplimiento de la obligación principal de acuerdo con lo señalado en el artículo 1.858 del Código civil.»

MATEO Y VILLA¹¹ concluye que el carácter dispositivo del artículo 1.859 del Código civil conlleva que el fiduciante pueda pactar con el fiduciario la transmisión temporal de un inmueble en concepto de garantía; pero nunca de forma permanente, no tanto por la existencia del artículo 1859 del Código civil, sino por la propia naturaleza del objeto del negocio fiduciario. Que no es la transmisión dominical sino la garantía.

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO Y EFECTOS

Los argumentos que avalan la prohibición del pacto comisorio son los siguientes¹²: La necesidad de seguir las formalidades procesales y procedimentales y la imposibilidad de autosatisfacción; la defensa del deudor y la inmoralidad del pacto y el respeto al principio de *par conditio creditorum* la protección de terceros acreedores. Estos argumentos los voy a tratar de justificar y contrastar con otros autores de la doctrina científica.

- a) La necesidad de seguir las formalidades procesales y procedimentales y la imposibilidad de autosatisfacción.

La alternativa a la apropiación de la cosa en virtud del pacto comisorio prohibido, es el procedimiento de ejecución hipotecaria en subasta pública con libre concurrencia de compradores y la razón de tal prohibición está en que se pretende buscar el máximo equilibrio entre el pago, la realización de la garantía, aplicación de sobrantes, etc., en aras a una protección del deudor y de terceros y evitar un enriquecimiento injusto del acreedor, ya que ciertamente, la aplicación de dicho pacto comisorio puede conllevar a situaciones abusivas.

¹¹ Cfr. MATEO Y VILLA, I. *op. cit.* pág. 1248.

¹² Cfr. GALINDO ARAGONCILLO, A. y NAVARRO CORDEQUE, F. *loc. cit.* pág. 7.

En este mismo sentido se pronuncia PUIG BRUTAU¹³, que afirma que la prohibición del pacto comisorio es compatible con la adjudicación por parte del acreedor de la cosa hipotecada o pignorada después de la subasta. Así mismo afirma que también es compatible con la prohibición del pacto comisorio pactar una compraventa sometida a la condición de que el deudor deje de pagar la deuda existente. Para evitar el pacto comisorio en este negocio se deberán determinar los requisitos de la compraventa, en especial el precio de adquisición que deberá ajustarse al precio de mercado y debería ser superior al importe de la obligación garantizada.

En la fiducia *cum creditore* la autosatisfacción no cabe, no tanto por imperativo legal, sino porque excede de la propia naturaleza del negocio.

b) La defensa del deudor y la inmoralidad del pacto.

MANRESA Y NAVARRO¹⁴ considera que la prohibición del pacto comisorio va encaminada a evitar los posibles fraudes que conllevaría la apropiación de la garantía; ya que en la mayoría de las ocasiones el valor del bien es muy superior al de la garantía. En este sentido y respecto de la hipoteca el artículo 1.884 del Código civil establece la prohibición a pesar de que se pacte de forma expresa por las partes la posibilidad de que el acreedor se apropie del bien dado en garantía. Sin embargo, para la prenda, a pesar de no existir un precepto que lo regule de forma expresa, MANRESA Y NAVARRO considera que dicha apropiación sería inmoral, ilícita y contraria a derecho. Y atentaría de lleno contra el artículo 1.255 del Código civil.

Plantea MANRESA Y NAVARRO, (PG. 528) la posibilidad de que el deudor disponga de sus bienes, de forma que transmita el bien dado en garantía, a cambio de la exoneración de la deuda por el acreedor. Y en este sentido, la Dirección General de los Registros y Notariado ha reconocido la posibilidad de que los dueños de las fincas hipotecadas transmitan el dominio al acreedor hipotecario por título de venta, estipulando como precio de la enajenación el importe de la deuda hipotecada.

En los negocios fiduciarios *cum creditore*, entiendo que todo pacto que se realice *a posteriori* y una vez vencida la deuda, debe ser valo-

¹³ Cfr. PUIG BRUTAU, J. *Compendio de Derecho civil*, volumen III, Ed. Bosch, 1.ª edición, Barcelona, 1989, pág. 389.

¹⁴ Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª *Comentarios al Código civil español*, Tomo XII, Reus, S. A. Madrid, 1973, págs. 521 a 525.

rado de forma independiente del negocio primitivo en cuanto a su legalidad y abuso de derecho.

- c) El respeto al principio de *par conditio creditorum* y la protección de terceros acreedores.

La prohibición del pacto comisorio garantiza la legalidad e igualdad de oportunidades a todos los acreedores.

En los negocios fiduciarios se garantiza el respeto a la *par conditio creditorum* —igual que en los procedimientos concursales—, debiendo aportarse el bien dado en fiducia a la masa concursal del fiduciante, ostentando el fiduciario un derecho de crédito más sobre los bienes que compongan la masa.

Cabe señalar no obstante, que ciertos sectores doctrinales consideran que el pacto comisorio debería ser aceptado y que con una regulación específica del mismo, y siempre que se le dotara de unas cautelas determinadas —como podría ser su exacta delimitación e inalterabilidad para obtener un precio justo y próximo al de mercado— podría ser un instrumento ágil y válido de realización de bienes ofrecidos en garantía, y alternativa ante algunos fracasos o desafortunados sistemas de subastas notariales inmobiliarias y otros sistemas de realización previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otro sector de la doctrina —según GALINDO ARAGONCILLO Y NAVARRO CORDEQUE¹⁵— considera que podría operar con total validez el pacto *ex intervallo* por entender que el pacto comisorio cabría en un momento posterior a la concesión del crédito y del negocio constitutivo de garantía. De esta forma se salvaría el momento más «delicado» y de especial protección, que es la concesión del crédito y el estado de necesidad del deudor.

Una excepción a la prohibición y quizá reflejo de cierta línea aperturista, estaría en el Real Decreto ley 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad en que establece un régimen particular para las denominadas garantías financieras que se concierten entre entidades típicas del mercado financiero o entre éstas y demás personas jurídicas, si bien el objeto de tales garantías han de ser bienes efectivos, entendiéndose como tales, dinero abonado en cuenta o en divisa, valores negociables y otros instrumentos financieros y que admite la posibilidad de la venta o apropiación directa del acreedor, si se hubiera pactado así, con la compensación en último caso de su valor.

¹⁵ Cfr. GALINDO ARAGONCILLO, A. y NAVARRO CORDEQUE, F. *loc. cit.* pág. 10.

Otra excepción importante a la prohibición del pacto comisorio es el denominado Pacto Marciano, cuyo nombre se debe al jurisconsulto Marciano. Consistente en la posibilidad de que el deudor y acreedor acuerden desde el momento de constituir la garantía, que para el caso de que llegado el vencimiento de la deuda si el deudor no la satisface, el acreedor podrá venderla a precio de mercado –previa justificación del valor real– y el excedente de la venta, si existe, entregárselo al deudor. Para la validez del pacto marciano se han establecido los siguientes criterios: que exista proporcionalidad, establecimiento de mecanismos para la valoración adecuada del bien y control de su posterior venta, y que el precio se fije para el momento de la venta, para evitar depreciaciones.

Por tanto, es importante tener en cuenta en las operaciones jurídicas que se efectúen tendentes al ofrecimiento de garantías, el contenido de los pactos que se realicen y tener en consideración la naturaleza del pacto comisorio, –prohibido de forma expresa– ya que su inclusión dentro en un negocio jurídico conllevaría la nulidad.

V. EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

Es consolidada la doctrina jurisprudencial que afirma: un contrato simulado que disimula un préstamo, que incluye un pacto comisorio, –en virtud del cual si no se devuelve el crédito, el acreedor hace suya la propiedad dada en garantía–, incurre en nulidad *ipso iure*.

GUILLARTE ZAPATERO¹⁶, no comparte la solución de declarar la nulidad del pacto comisorio en todos los supuestos. La nulidad debe valorarse en relación al perjuicio verdadero que le cree al deudor –afirma que en ocasiones es más perjudicial la venta en pública subasta del bien gravado–. Pero admitir el pacto comisorio podía implicar abuso del acreedor, que se apropiaría de un bien con un valor muy superior a la deuda. En este sentido la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros ha declarado la validez de determinados convenios por los que se acuerda que incumplida la obligación, el acreedor se adjudicará la cosa, valorada con criterios objetivos y compensando el exceso entre el valor del bien y el valor de la deuda. Concluye GUILLARTE ZAPATERO; que así como en la anticresis, el artículo 1884 del Código civil establece expresamente la nulidad para el caso de que el acreedor adquiera la propiedad por falta de pago, en el

¹⁶ GUILLARTE ZAPATERO, V. *Comentarios al Código civil*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, Tomo XXIII, Edersa, 2.^a Edición, 1990, págs. 460 a 464.

supuesto del artículo 1.859 del Código civil hace necesariamente que se acuda al artículo 1.255 del mismo cuerpo legal para que pueda operar la prohibición del pacto comisorio. Por lo que si no se acredita la inmoralidad del pacto comisorio constituido en el momento posterior al nacimiento de la obligación o de la garantía, debe prevalecer su validez.

En este sentido, nos encontramos en las tan actuales daciones en pago de las viviendas sobre las que existe una carga que el deudor no puede hacer frente, y ante el descenso del precio de los inmuebles se ofrece el bien dado en garantía en pago de la deuda; ya que si se ejecuta y se vende en pública subasta los gastos son tan elevados que resulta verdaderamente gravoso para el deudor y sus avales, ya que el valor del bien es inferior a la deuda sumados los gastos de la ejecución y sus intereses.

Por último, y respecto a la posibilidad de introducir un pacto comisorio en un negocio de *fiducia cum creditore*, la respuesta a esta cuestión es clara, dejaría de ser un negocio fiduciario y pasaría a ser un negocio simulado, una compraventa con garantía de retro, un pacto marciano, préstamo con pacto comisorio, pero nunca negocio fiduciario como a continuación expondré.

VI. PROBLEMÁTICA DEL PACTO COMISORIO EN LA *FIDUCIA CUM CREDITORE*

DURÁN RIVACOBÁ considera que la problemática de los negocios fiduciarios no radica en la causa y en el artículo 1.277 del Código civil, sino en el artículo 1.859 del mismo Cuerpo legal; la prohibición del pacto comisorio¹⁷. Esta afirmación ha hecho que este autor focalice la invalidez de los negocios fiduciarios *cum creditore* en el ordenamiento jurídico español, porque considera que la prohibición del pacto comisorio forma parte del propio negocio fiduciario. Esto es, considera que para el caso de producido el impago por el deudor del crédito, el acreedor se apropia de forma definitiva de la garantía. Concluyendo, por tanto que el negocio fiduciario lleva inherente el pacto comisorio. RODRÍGUEZ ROSADO¹⁸, por el contrario considera que desde la perspectiva del pacto comisorio existen dos tipos de negocios fiduciarios: fiducia con pacto de comisorio y fiducia sin pacto comisorio. La *fiducia cum creditore* tiene naturaleza de verdadero

¹⁷ Vid. DURÁN RIVACOBÁ, R. *op. cit.* pág. 141.

¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, B. *Fiducia y pacto de Retro en garantía*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, págs. 203 a 211.

contrato de garantía. Y en este sentido, el acreedor fiduciario puede exigir al deudor fiduciante que pague su deuda, pero no es el objeto del contrato que se apropie del bien dado en garantía.

Así, el deudor fiduciante solamente puede reclamar se le devuelva el bien cuando haya satisfecho el crédito. La fiducia no conlleva pacto comisorio aunque puede pactarse. Ya que en la transmisión revocable que implica el negocio fiduciario no existe pacto comisorio, aunque puede pactarse la posibilidad de que llegado el vencimiento de la deuda, el fiduciario se quede con la garantía en pago de la misma.

El modo de configurar el negocio fiduciario *cum creditore* consiste en: el deudor-fiduciante transmite una propiedad en garantía a favor del fiduciario en escritura pública de compraventa. Al mismo tiempo se pacta en documento privado o verbalmente, que la transmisión únicamente es en garantía, no existe verdadera venta y que existe obligación de retransmitir una vez extinguida la deuda. Si además se añade la posibilidad a favor del fiduciario de dar por extinguida la relación crediticia y quedarse de modo definitivo la garantía para sí y no retransmitir el bien. Esta última adición supondría el pacto comisorio, prohibido y ajeno –en principio– a la propia naturaleza del negocio fiduciario *cum creditore*.

Con todo, RODRÍGUEZ ROSADO concluye que si se ha pactado en un negocio de *fiducia cum creditore* el pacto comisorio, éste se tendrá por no puesto, pues atenta contra la legislación vigente, y se le dará validez a la fiducia pero no a la cláusula comisorio.

Por otra parte, respecto de la fiducia sin pacto comisorio¹⁹, el fiduciario adquiere la propiedad con la finalidad de que producida la devolución de la deuda, por el fiduciante, se le retransmita la propiedad. No estableciéndose que el fiduciante pueda apropiarse del bien finalizado el plazo para la devolución del crédito. No existe por tanto pacto comisorio, porque el fiduciario no puede quedarse en pago de la deuda el bien.

Con todo y respecto a los supuestos en los que sí se pacta en el negocio fiduciario el pacto comisorio, RODRÍGUEZ ROSADO considera que debe aplicarse la cláusula *utile per inutile non vitiatur*, siendo válida por tanto la garantía fiduciaria pero no el pacto comisorio.

¹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ROSADO, B. *op. cit.* pág. 210. Respecto a la fiducia sin pacto comisorio, Rodríguez Rosado se plantea cuál puede ser la utilidad de una garantía fiduciaria de este tipo. En primer lugar plantea que la necesidad de pagar la deuda para recuperar la garantía. Considera que va más allá y la configura como garantía real en sentido propio y pleno.

Entre los que conciben el negocio fiduciario como aquél que lleva ínsito el pacto comisorio encontramos a PARA MARTÍN²⁰, que concibe la *fiducia cum creditore* como una de las fórmulas de venta en garantía; que consiste en que operada la compraventa y transmitida la propiedad al comprador-fiduciario, acuerdan que en caso de impago, el fiduciario acreedor hará suyo definitivamente el bien dado en garantía. La transmisión puede ser formal o como constitución disimulada de una garantía, y por tanto conlleva que la apropiación del bien a través de la negación a no devolver el inmueble por impago o por vencimiento de plazo. En este sentido entiende PARA MARTÍN, que no existe en nuestra legislación, en general, prohibición del pacto comisorio, salvo para el supuesto de prenda o hipoteca, pero concluye siguiendo a DURÁN RIVACOBA²¹ que conllevaría la nulidad de la apropiación por la prohibición del pacto comisorio. Continúa PARA MARTÍN con la tesis de DURÁN RIVACOBA y concluye que respecto de la jurisprudencia, y las Sentencias que abordan la cuestión de la prohibición del pacto comisorio declaran nulo el negocio fiduciario. Sin embargo cuando se abordan otras cuestiones, se obvia el tema de la prohibición del pacto comisorio; es por ello que concluye que es una cuestión dudosa –por disparidad de criterios jurisprudenciales– si la prohibición del pacto comisorio invalida el contrato.

DURÁN RIVACOBA²² advierte del riesgo de la práctica seguida por los tribunales respecto de la prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios, y afirma que los tribunales amparándose en la libertad de pactos difuminan la prohibición del pacto comisorio con riesgo de vaciar de contenido dicha prohibición. Y en este sentido, considera que el Tribunal Supremo –en relación a Sentencias de los años sesenta– por razones fácticas y desprovistas de fundamentación acepta los negocios fiduciarios y el pacto comisorio que se pactaba en

²⁰ Cfr. PARA MARTÍN, A. «En torno a la *fiducia cum creditore*», en AA. VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 1, 2002, pág. 733.

²¹ Vid. PARA MARTÍN, A. *op. y loc. cit.* Nota pie de página 21; expone los motivos que fundamentan la nulidad del pacto comisorio según DURÁN RIVACOBA: «1.º-La inmoralidad de permitir al acreedor aprovecharse de una más que hipotética situación angustiosa por la que atraviesa el deudor para exigirle una desproporcionada garantía, máxime cuando corre peligro de convertirse a la larga en un injusto enriquecimiento. 2.º- Partiendo de que la figura persigue la garantía de un crédito, se considera que los mecanismos para la ejecución deben ser simples garantes de la imparcialidad respecto del deudor; y por tanto, requiere que sus presupuestos se ajusten a aquellos fundamentales y sustantivos establecidos en garantía de los deudores. 3.º- a tales fundamentos pronto se añadió el relativo a la salvaguarda del interés de los demás acreedores. y destaca la quiebra del fiduciario.»

²² Cfr. DURÁN RIVACOBA, R. *op. cit.* pág. 137.

éstos. En este mismo sentido considera DURÁN RIVACOB²³ al tratar la diferenciación entre negocio simulado y negocio fiduciario y las soluciones que apunta el Tribunal Supremo, concluye: «que el hecho de acudirse a torticera maniobras jurídicas se debe a que muy dudosamente se pudo conseguir ex recta vía cuanto persigue la fiducia, pues el artículo 1.859 del Código civil parece vedar su propósito.» Por lo que para este autor el problema de los negocios fiduciarios no estaba tanto en la causa como en el atentado a la prohibición del pacto comisorio.

DURÁN RIVACOB²⁴ considera que el principal problema de validez del negocio fiduciario *cum creditore* en el Ordenamiento jurídico español, radica en el incumplimiento por parte del deudor transmitente. Ya que en su opinión permite al acreedor receptario quedarse con el objeto al margen de valoraciones económicas imparciales. Produciéndose, por tanto, la ejecución privada del bien. Siendo ésta consecuencia, en palabras de DURÁN RIVACOB²⁴: «la maniobra más dañina de cuantas permiten la perpetuación del pacto comisorio en derecho español.»

VII. JURISPRUDENCIA DE PACTO COMISORIO EN LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida por DURÁN RIVACOB²⁴ Sentencias 20 de 1996, en el que se afirmaba el carácter auténtico de una compraventa cuya eficacia se quedaba sometida al hecho de que el deudor hiciese efectivo el importe del préstamo habido entre las partes. Y la Sentencia de 7 de marzo de 1990 que consideró que lo relativo a los artículos 1859 y 1884 del Código civil –en orden al negocio fiduciario, no guardan relación por lo que debe prescindirse de ellos–.

En este mismo sentido y con la base argumental de la jurisprudencia citada, –y otras Sentencias explicadas con las que no comparte la fundamentación jurídica– DURÁN RIVACOB²⁴ considera que, a mayor abundamiento, existe una contradicción entre la jurisprudencia respecto de la operatividad del pacto comisorio en los negocios fiduciarios y la Dirección General de los Registros. Así, reproduce la Resolución de la Dirección General de los Registros de fecha de 10 de junio de 1986: «No cabe argüir en favor del pacto comisorio la admi-

²³ Cfr. DURÁN RIVACOB²⁴, R. *op. cit.* pág. 151.

²⁴ Cfr. DURÁN RIVACOB²⁴, R. *op. cit.* pág. 173.

sión jurisprudencial de supuestos de «*fiducia cum creditore pignus iure*», pues, según la mejor doctrina, si la causa de la transmisión es la garantía, el adquirente, cualquiera que sea la vestidura externa del negocio, tendrá sobre la cosa sólo facultades de garantía entre las que no puede estar –por lo ya dicho– la de apropiación por falta de cumplimiento de la obligación.» Y esta tesis es reforzada a través de la Resolución de 30 de junio de 1987 que establece en una compraventa en garantía: «a lo sumo podría fundar una transmisión eventual a consolidar en caso de incumplimiento, pero tal hipótesis choca frontalmente con la prohibición legal del pacto comisorio proclamada, entre otros en los artículos 1.859 y 1.884 del Código civil. Incluso hay que afirmar que esta finalidad de garantía se opone a que la verdadera voluntad de las partes contemple una transmisión actual definitiva». Así, de las resoluciones de la Dirección General de los Registros de los años ochenta, se puede concluir que los negocios fiduciarios rompen con el esquema del pacto comisorio. DURÁN RIVACOBA²⁵ considera que la disparidad de criterios entre la línea mayoritaria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General es un síntoma de que la institución no está bien asentada y carece de bases sólidas para su validez en el ordenamiento jurídico español, que conlleva inherente una inseguridad jurídica en la materia. Y por último se considera que la postura más ajustada a derecho –respetando la prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código civil– es la propugnada por la Dirección General de los Registros frente a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; si bien es el Tribunal Supremo el que tiene a su alcance juzgar el fondo de los litigios²⁶.

En la actualidad la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros convergen a un mismo plano.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 20 de diciembre de 2007²⁷: Fundamento de Derecho Segundo: (...) «en el caso presente, en la cadena que compraventas jamás pretendieron

²⁵ Cfr. DURÁN RIVACOBA, R. *op. cit.* pág. 174.

²⁶ Cfr. DURÁN RIVACOBA, R. *op. cit.* pág. 175; DURÁN RIVACOBA concluye que las relaciones entre *fiducia cum creditore* y pacto comisorio son tanto o más importantes que la de negocio fiduciario y causa –parámetros utilizados por la doctrina mayoritaria para negar la validez y eficacia y en definitiva el negocio fiduciario en el Ordenamiento jurídico español–. Considera este autor que además de calificarse como negocio simulado relativamente y cuya finalidad no va más allá de una garantía que opera como una «retención en manos ajenas», debe tenerse presente que lo importante es que el acreedor no puede hacerse con la cosa y operar a su libre arbitrio con ella. Incluso en el supuesto de transmisión a tercero de buena fe ya que consideraría injusto que únicamente quepa el resarcimiento de daños y perjuicios a favor del deudor fiduciante.

²⁷ Cfr. Sentencia de 20 de diciembre de 2007 (Civil «La Ley» 224578/2007).

vender, comprar y, por ende, transmitir el derecho de propiedad (ni siquiera la posesión), sino garantizar un préstamo. Los sujetos de los negocios jurídicos no vendían ni compraban, sino que la función objetiva de los mismos –es decir, la causa– era la garantía de un préstamo, lo cual era evidente a la vista de los hechos admitidos y de los documentos privados que añadían a la aparente compraventa el pacto de retro, dándose la clásica «venta a carta de gracia».

Luego no se trataba de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*), sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor (que fue querellado por usura) hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.

La jurisprudencia ha mantenido la nulidad del pacto comisorio y, si se da el supuesto, la del negocio jurídico que lo disimula. La sentencia de 15 de junio de 1999, antes citada, contempla un caso bien parecido al presente con jurisprudencia precedente (sentencias de 25 de septiembre de 1986, 26 de diciembre de 1995, 29 de enero de 1996, 18 de febrero de 1997) y posterior (27 de abril de 2000, 16 de mayo de 2000, 26 de abril de 2001, 5 de diciembre de 2001, 10 de febrero de 2005).

Por tanto, siguiendo con el caso presente, la cadena de compraventa fueron siempre, no negocios fiduciarios (que no fue alegado por las partes en sus escritos de la fase de alegaciones) sino simulados (esencia de la posición de la parte demandada recurrente en casación), con simulación relativa, que disimula un préstamo con garantía de pacto comisorio, lo cual (conforme a la reiterada jurisprudencia) da lugar a la nulidad. Nulidad que no puede ser sanada por la fe pública registral, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.»

En este sentido y con base en la Sentencias citadas, la línea jurisprudencial que se aplica en la actualidad por el Tribunal Supremo, apuesta por entender que el negocio fiduciario es un negocio de garantía, totalmente válido y que no lleva aparejado el pacto comisorio,

por lo que si existe este pacto, no se estará ante un negocio fiduciario sino ante otra forma negocial.

Con respecto a esto, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 30 de mayo de 2008²⁸ que en su fundamento de derecho primero, recoge la línea jurisprudencial del Alto Tribunal que se ha consolidado a través de las Sentencia de 26 de julio de 2004 que recoge la doctrina jurisprudencial de las sentencias de fecha de 2 de junio de 1982, 12 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 13 de marzo de 1995 y 15 de junio de 1999, entre otras. Según esta misma sentencia, las líneas maestras que la configuran el negocio fiduciario pueden resumirse en seis puntos que paso a transcribir y a comentar a continuación:

1.º «La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la *fiducia cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario –si son terceros de buena fe– protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.»

Este es uno de los argumentos más criticados por la doctrina, ya que se alega que si verdaderamente no se quería la transmisión, el fiduciante incurre en el riesgo de que se realice la venta a favor de los terceros de buena fe y pierda su bien para siempre. En defensa de los negocios fiduciarios se alega que existe el derecho a reclamar daños y perjuicios y el resarcimiento se corresponderá con el valor del bien transmitido como mínimo. Por tanto no existe ningún abuso frente al fiduciante, incluso para el caso de que se de este supuesto.

2.º «El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá

²⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2008 (la Ley 61752/2008). En definitiva, en el caso de autos, se trata de venta en garantía de un préstamo, pues la «causa fiduciae» no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal –dada su posición principal de acreedor (aparente comprador)–, en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender bajo esta figura es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad ni siquiera a través de un pacto comisorio, al no ser esa la finalidad del negocio concertado».

sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.»

Esta característica lo define como un negocio de garantía y la transmisión es un mero instrumento para llevar a cabo la garantía pactada entre las partes.

3.º «El fiduciario no se hace dueño real -propietario- del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.»

En este punto ya queda patente que el pacto fiduciario lleva consigo aparejada la retransmisión. Que el objeto y finalidad no es la transmisión y la retransmisión una vez finalizado lo pactado entre las partes. Por lo que a priori no cabría el pacto comisorio. A falta de determinar qué sucede si existe incumplimiento del fiduciante.

4.º «La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.»

Esta característica de los negocios fiduciarios *cum creditore* excluye de forma expresa el pacto comisorio, por lo que el negocio fiduciario no puede atentar contra la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código civil, ya que no cabe en esta modalidad comercial la apropiación del bien dado en garantía para el caso de incumplimiento del fiduciante.

5.º «El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.»

Esta afirmación excluye el pacto comisorio, por no conformar un requisito del negocio fiduciario y además se ha fijado por la jurisprudencia –como consta el apartado arriba transcrito– cómo debe procederse para el caso de incumplimiento por el fiduciante. Y en ningún caso cabrá la apropiación del bien dado en garantía, sino, a lo sumo, una retención del bien hasta que se fije la forma de pago o se realice la garantía a través de los cauces legales establecidos para ello.

6.º «La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía» es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una

finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiriera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la «venta en garantía» como un negocio en fraude de ley (art. 6.4 Cód. Civ.).»

Expuesta la línea jurisprudencial que ha marcado el Tribunal Supremo en las últimas dos décadas y que en la actualidad no deja ninguna duda al respecto, como hemos podido exponer en los puntos resumen arriba transcritos. Y en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 27 de enero de 2012²⁹ concluye, que no se está ante un negocio fiduciario, si lo pactado entre las partes es que frente al incumplimiento del fiduciante el fiduciario puede hacer suyo el bien dado en garantía. Fundamento de derecho Quinto que recoge la argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 20 de diciembre de 2007 comentada más arriba.

Por último debemos destacar que la Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 20 Julio 2012³⁰ desarrolla una argumentación idéntica a la de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto a las líneas maestras para la determinación del negocio fiduciario y la operatividad del pacto comisorio en el mismo, afirmando:

«El 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. En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis artículos 1859 y 1884, rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo. El Tribunal Supremo -Sala Primera- ha declarado reiteradamente (vid. entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio

²⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 27 de enero de 2012 («La Ley» 3557/2012).

³⁰ Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de julio de 2012 («La Ley» 147728/2012).

de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con cita de Sentencias del Tribunal Supremo, en las que considera que si existe pacto comisorio, no se está frente a un negocio fiduciario *cum creditore*, sino ante un negocio simulado: «En otras ocasiones, la jurisprudencia ha acudido no a la figura del negocio fiduciario, sino a la del negocio simulado a fin de evitar el fraude a la prohibición del pacto comisorio. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999, haciéndose eco de las posiciones que en la doctrina española cuestionan la autonomía del negocio fiduciario, en su consideración de generador del doble efecto real y obligacional, que fue importado de la doctrina alemana, considerando que no existe la denominada «causa fiduciae», y que lo asimilan al negocio simulado, hace una síntesis de los distintos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal bajo ese enfoque y que conduce en todo caso a salvaguardar la eficacia de la reiterada prohibición legal del comiso, y así ha declarado la existencia de simulación, entre otros en los siguientes casos: la Sentencia de 6 de abril de 1992 dice que «la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender»; la de 5 de abril de 1993 dice: «lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia»; la de 22 de febrero de 1995 dice, refiriéndose a un negocio fiduciario, que «no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante» y añade: «el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia...»; la de 2 de diciembre de 1996 se refiere expresamente a la «simulación de la compraventa referente a los recurrentes...»; la de 19 de junio de 1997, tras exponer la doctrina del contrato fiduciario, declara «ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo.» Y concluye: «el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, puede apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor.»

Finalmente se concluye que todos los negocios en los que exista un pacto comisorio no pueden operar en el tráfico jurídico por ser nulo dicho pacto. Y considera, con aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, válidos los negocios fiduciarios, ya que en cuanto encierran pacto comisorio, no son calificados como tales sino como negocios simulados. Con todo se puede concluir que –puesta la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de los últimos años y de la Dirección General de los Registros– los negocios fiduciarios *cum creditore* son válidos en nuestro ordenamiento jurídico puesto que no encierran pacto comisorio alguno.

VIII. CONCLUSIONES

Los negocios fiduciarios han recibido la crítica de la doctrina científica basada en que lleva aparejado el pacto comisorio. Algunos autores han pretendido justificar y asociar que el pacto comisorio formaba parte del negocio fiduciario romano y que cae en desuso a raíz de la prohibición del pacto comisorio. Extremo que como se ha expuesto es absolutamente incierto. Por otro lado, no puede negarse que el negocio fiduciario o más bien a través de la simulación del negocio fiduciario se puede disfrazar un pacto comisorio.

El negocio fiduciario y el pacto comisorio, son institutos absolutamente diferenciados, como lo podrían ser la hipoteca respecto del pacto comisorio. Si bien puede ser el negocio fiduciario el cauce adecuado para encubrir un pacto comisorio, la nulidad alcanzará a éste, al igual que si se disimulase en una compraventa dicho pacto comisorio.

Se puede concluir que el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado concluyen que los negocios fiduciarios no atentan contra la prohibición del pacto comisorio porque la causa y finalidad del negocio fiduciario no es la transmisión sino la garantía. Diferenciándose de los negocios simulados o de los indirectos que pretenden pacto comisorio, confirmando que si esa es la finalidad es porque no es negocio fiduciario.

En este sentido y con base en la Sentencias citadas, la línea jurisprudencial que se aplica en la actualidad por el Tribunal Supremo, apuesta por entender que el negocio fiduciario es un negocio de garantía, totalmente válido y que no lleva aparejado el pacto comisorio, por lo que si existe este pacto, no se estará ante un negocio fiduciario sino ante otra forma negocial.