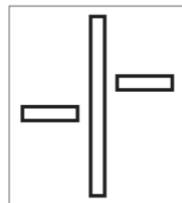
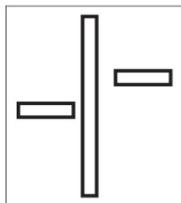
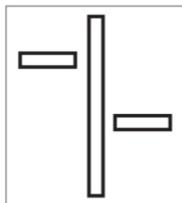


Scientia Iuridica



Fiducia, leasing y reserva de dominio

Gorka Galicia Aizpurua
Profesor titular de Derecho civil
UPV/EHU



COLECCIÓN SCIENTIA IURIDICA

TÍTULOS PUBLICADOS

- El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica**, *Aurelia María Romero Coloma* (2007).
- Las aparcerías agrarias (su evolución hacia una relación laboral)**, *Jesús Palmou Lorenzo* (2007).
- Francisco Ayala (1927-1936): la ciencia política como ciencia de la realidad. La constitucionalización del Derecho social**, *Gabriel Guillén Kalle y Joaquín Almoquera Carreres* (2007).
- Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia**, *Domingo Bello Janeiro* (2008).
- El carácter distintivo de las marcas**, *Clara Ruipérez de Azcárate* (2008).
- La imparcialidad en la función pública**, *Rafael Gil Cremades* (2008).
- La intimidad privada: problemática jurídica**, *Aurelia María Romero Coloma* (2008).
- El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas**, *Silvia Tamayo Haya* (2009).
- El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión**, *Aurelia María Romero Coloma* (2009).
- Breve introducción a las teorías criminológicas**, *Moisés Cayetano Rodríguez* (2009).
- Familia y discapacidad**, *Silvia Díaz Alabart (coordinadora)* (2010).
- Algunos aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo**, *M^a del Carmen Gómez Laplaza (coordinadora)* (2010).
- Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar**, *Aurelia María Romero Coloma* (2010).
- La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)**, *Aurelia María Romero Coloma* (2011).
- Incumplimiento de deberes conyugales y derecho a indemnización**, *Aurelia María Romero Coloma* (2012).
- Capacidad, incapacidad e incapacitación**, *Aurelia María Romero Coloma* (2013).
- Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83. (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)**, *Silvia Díaz Alabart (directora) y M^a Teresa Álvarez Moreno (coordinadora)* (2014).
- La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos**, *Eva R. Jordà Capitán y Verónica de Priego Fernández (directoras)* (2014).
- Fiducia, leasing y reserva de dominio**, *Gorka Galicia Aizpurua* (2014).

FIDUCIA, LEASING Y RESERVA DE DOMINIO

Gorka Galicia Aizpurua
Profesor titular de Derecho civil
UPV/EHU



Madrid, 2014

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2014)
ISBN: 978-84-290-1779-3
Depósito Legal: M 18035-2014
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A Marina y a Gorka

PREVIO*

El presente libro, que constituye desarrollo de un artículo publicado en la Revista de Derecho Privado en 2011 (número de septiembre-octubre), tiene dos objetivos muy simples, lo que justifica la brevedad de estas líneas. El primero consiste en denunciar, en algún modo, las incoherencias internas y lo débil de las conclusiones a las que llega la tesis más extendida entre nuestra doctrina y jurisprudencia acerca de la naturaleza de la fiducia *cum creditore*. Se alude, claro está, a la teoría de la *titularidad fiduciaria* que, hace años ya, elaborara el Profesor DE CASTRO. Pero, en segundo lugar, persigue también —y éste es su fin fundamental— demostrar la escasa congruencia que guarda con ella la *communis opinio* hoy existente sobre la estructura de las otras

* Este trabajo se ha elaborado en el seno del Grupo de Investigación Consolidado GIC IT 727-13 (Gobierno Vasco), cuya dirección corresponde al Dr. Jacinto Gil Rodríguez. La Redacción concluyó en abril de 2013.

dos modalidades de propiedad en garantía a las que alude el rótulo de la obra: el arrendamiento financiero o leasing, de un lado, y la reserva de dominio en su versión clásica (es decir, entendida como una auténtica condición suspensiva de la transmisión de la propiedad), de otro. Pues aun cuando un gran número de sentencias y de autores aceptan en la actualidad, de buen grado y con total naturalidad, la condición de verdadera propietaria de la entidad financiadora, en el primer caso, y del vendedor, en el segundo, es lo cierto que, de ser fieles a aquella teoría, esto no debería ser así. Por el contrario, un seguimiento a la letra de sus postulados conduce inexorablemente a imputar a tales sujetos una mera titularidad formal o aparente, mientras que la propiedad (la *auténtica* propiedad) ha de residenciarse necesariamente conforme a ellos, ya en el “arrendatario”, ya en el comprador. Y es que, de otro modo, los inicuos efectos a los que conducía la antigua teoría del doble efecto en materia de fiducia y que DE CASTRO con tanto esfuerzo intentó eliminar de nuestro ordenamiento arrojándolos por la ventana, acabarán entrando de nuevo (si no lo han hecho ya) por la puerta.

CAPÍTULO I

La Fiducia

1. CONCEPTO

La STS 15.7.2003 (RJ 4462) define la fiducia *cum creditore* como aquel negocio jurídico en cuya virtud una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación garantizada se haya cumplido (*pactum fiduciae*)¹. Luego a su través, como indica ALBALADEJO, “se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa (que es más amplia) el fin perseguido, obligándose, a la vez, el que la recibe a usar de ella sólo dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido. Por ejemplo A (que recibió de B un préstamo)

¹ Vid. también SSTS 4.12.2002 (RJ 10424), 4.2.1994 (RJ 911), 6.4.1992 (RJ 6186), 30.1.1991 (RJ 349), 8.3.1988 (RJ 1607), 19.5.1982 (RJ 2580).

por razones de comodidad, transfiere a B la propiedad de un objeto, con el fin de que sirva de garantía a éste por el préstamo hecho; comprometiéndose B a retransmitírselo, cuando le sea devuelta la cantidad prestada, y a no disponer de la cosa entretanto. La atribución realizada (transmisión de la propiedad del objeto a B) sobrepasa el fin perseguido (constituir una garantía a favor de B), pues ese fin se hubiese obtenido, por ejemplo, con sólo dar a B el objeto en prenda (sin necesidad de transmitirle su propiedad). Como se ve, el negocio total se compone de dos partes: 1. Una atribución (A y B celebran un acto por el que se traspa a éste el derecho de propiedad). Parte positiva que concede un poder mayor del necesario y adecuado al fin perseguido. 2. Una declaración de voluntad limitativa de ese mayor poder. Parte negativa, tendente a reducir éste, para que se le use sólo dentro de los límites del fin perseguido”².

La fiducia *cum creditore* —carente de regulación en el Código— no suele, empero, presentarse en nuestro tráfico *tal cual*, esto es, en modo público y notorio, sino que, para obtener el efecto jurídico deseado (traspaso de la titularidad del derecho de que se trate), las partes celebran formalmente un contrato típico apto a dicho fin: de habitual, una compraventa, en la que, sin embargo, no existe precio, ya que éste se corresponde en realidad con la

² Manuel ALBALADEJO, “El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente”, *Actualidad Civil*, 4, 1993, p. 665.

cantidad que el acreedor (fiduciario-comprador) presta al deudor (fiduciante-vendedor). Al tiempo en que se pacta la compraventa —como medio transmisivo eficaz frente a terceros—, las partes declaran, al margen de la misma, cuál sea el verdadero objetivo perseguido a través suyo: se busca, no el traspaso definitivo de la titularidad al acreedor, sino que ésta sirva de garantía a la obligación del deudor de devolver lo prestado, añadiéndose que, cuando la deuda se haya extinguido, el acreedor deberá restituir al deudor la propiedad del bien. “Asimismo, es usual que el deudor que transmite la propiedad del bien continúe en su posesión, conservando de este modo una apariencia externa de titularidad sobre el mismo. Esta retención posesoria puede consistir en un derecho de uso (si se trata de una cosa corporal) o de un derecho de cobro en propio nombre (si se trata de un crédito)”³.

A salvo ciertos matices que ahora no vienen al caso, la jurisprudencia ha defendido siempre, y con decisión, la validez de esta “venta en garantía” o fiducia *cum creditore*⁴, al entender que se trata de un

³ Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, t. II, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 612.

⁴ Así, por ejemplo, SSTs 26.7.2004 (RJ 6633), 15.7.2003, 14.3.2002 (RJ 2476), 1.2.2002 (RJ 1586); 5.12.2001 (RJ 9934), 17.7.2001 (RJ 6860), 26.4.2001 (RJ 2037), 13.3.1995 (RJ 2422), 5.7.1993 (RJ 5794), 6.4.1992, 30.1.1991, 7.3.1990 (RJ 1674), 8.3.1988, 25.2.1988 (RJ 1305), 6.4.1987 (RJ 2494), 2.6.1982 (RJ 3402), 19.5.1982, 3.5.1976 (RJ 1988), 4.4.1972 (RJ 1576), 21.3.1969

negocio perfectamente enmarcable “dentro del amplio criterio de libertad de contratación mantenido por el artículo 1255 CC” (SSTS 6.4.1992, 30.1.1991, 8.3.1988 y 19.5.1982). La doctrina, por su parte, también ha sostenido su admisibilidad, ora por compartir aquel mismo argumento⁵, ora porque, a pesar del silencio del Código, en el Derecho común la utilización de la compraventa en este sentido se halla plenamente consagrada en el régimen de las garantías financieras (esto es, en los mercados de activos financieros: Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, *de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*)⁶, ora porque este negocio ha recibido sanción legal en algún ordenamiento inmediatamente contiguo, como es el caso del navarro (ley 466 del Fuero Nuevo)⁷.

Antes bien, las vacilaciones de los autores y del Tribunal Supremo han girado en torno a su *eficacia jurídica* y, más concretamente, en torno a si el adquirente de un bien transferido en garantía “devie-

(RJ 1520), 18.2.1965 (RJ 882), 8.3.1963 (RJ 1628), 25.5.1944 (RJ 800).

⁵ Juan B. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959, pp. 115 y ss.; Federico DE CASTRO, *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid, 1967, p. 431 (reed. facsímil de Cívitas, Madrid, 1985); José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, 4.ª ed. (revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández), Dykinson, Madrid, 2007, p. 448.

⁶ CARRASCO, CORDERO y MARÍN, *Tratado...*, II, cit., p. 611.

⁷ Jaime VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía en el Derecho civil común español*, Cívitas, Madrid, 1990, p. 174.

ne su propietario en apariencia y en materia, o bien sólo en apariencia, permaneciendo como verdadero dueño el enajenante”⁸.

2. LA NATURALEZA DE LA FIDUCIA CUM CREDITORE Y LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD (O TITULARIDAD)

2.1. La teoría del doble efecto y la crítica de DE CASTRO

Según es sobradamente sabido, la figura negocial que nos ocupa fue construida por el pandectismo alemán de fines del siglo XIX⁹, y esa su prístina formulación recibió hace ya tiempo la denominación de “teoría del doble efecto”. A su tenor, el negocio fiduciario es un negocio de naturaleza compleja, en el que confluyen dos contratos independientes: uno real de transmisión plena del dominio, con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, que constriñe al adquirente para actuar dentro de lo convenido y en forma que no impida

⁸ Nuria GINÉS CASTELLET, *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2004, p. 104.

⁹ Con apoyo en el Derecho romano: vid. DE CASTRO, *El negocio...*, cit., pp. 396 y ss.; GINÉS, *La enajenación...*, cit., pp. 235 y ss.

el rescate por el transmitente¹⁰. “Es decir, que el fiduciante transmite al fiduciario la titularidad dominical de su cosa o de su crédito de modo definitivo e ilimitado; el fiduciario será desde entonces el dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos. El fiduciante queda con un derecho de crédito contra el fiduciario, el correspondiente a la obligación de éste de utilizar la titularidad adquirida de modo que no contradiga la finalidad para la que se le ha confiado.”¹¹

No obstante, dentro de esta construcción son discernibles dos líneas de pensamiento: aquella que, en efecto, configura el negocio fiduciario como la unión de dos negocios independientes, y aquella que lo concibe como un negocio único con una única “causa” (contractual), la *fiducia*, aunque de estructura y efectos complejos. Mas ambas aprecian en él la concurrencia de dos facetas o planos —real, uno; obligacional, el otro—, sea a través de un doble negocio, sea a través de un negocio único complejo.¹²

La consecuencia fundamental de esta tesis reside en que el fiduciante, al haberse desprendido

¹⁰ STS 18.2.1965. Vid., asimismo, SSTS 5.7.1993, 6.4.1987, 9.12.1981 (RJ 5153), 27.6.1980 (RJ 2414), 23.5.1980 (RJ 1958), 3.5.1976, 14.3.1964 (RJ 1422), 8.3.1963, 23.2.1951 (RJ 267), 28.1.1946 (RJ 111), 25.5.1944.

¹¹ DE CASTRO, *El negocio...*, cit., p. 381.

¹² GINÉS, *La enajenación...*, cit., p. 267 (con más detalle en pp. 286 a 294); vid. también Sergio CÁMARA LAPUENTE, “Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español”, *RCDI*, 1999, pp. 1775 y 1776.

de la titularidad del derecho, queda prácticamente inerte frente a los actos de disposición que, en beneficio de tercero, realice el fiduciario, pues, en tal hipótesis, sólo contará con una acción personal para exigir a este último el resarcimiento de los daños y perjuicios que tales actos le hayan ocasionado (al faltar a la *fides*). Como el tercero ha adquirido de un verdadero dueño, no será posible reclamarle la devolución de la cosa, siempre, al menos, que se trate de un tercero de buena fe, ignorante de la finalidad y las limitaciones con que aquélla se transmitió¹³.

¹³ Frente a algunas opiniones doctrinales de signo contrario, arguye Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO que el principio de buena fe en la contratación impide extender la protección al tercero que conozca la condición de los bienes transmitidos fiduciariamente, de modo que, de concurrir en él tal consciencia, quedará ineludiblemente sujeto a la acción que existía contra su causahabiente: “Esa falta de la condición de tercero en el de mala fe, con la consiguiente sujeción a la acción personal de quien contrató con su causahabiente —en el caso presente, sujeción frente a la acción del fiduciante para exigirle la retransmisión—, se ve avalada [en lo que a nuestro singular ordenamiento se refiere] por el Código Civil. Fundamentalmente por el art. 1473, que, en su gradación de adquirentes y acreedores de dominio protegidos en caso de doble venta, exige siempre, como requisito para la defensa, la buena fe. De lo cual resulta que un propietario, como es el segundo comprador, que, conociendo la primitiva venta, consolidó la transmisión con la entrega, e incluso con la inscripción, se va a ver postergado frente al primer comprador, con acción puramente personal, que tenía buena fe; un titular real, por el hecho de ser de mala fe, se va a ver afectado y vencido por una obligación puramente personal de transmitir que adquirió su causahabiente. La mala fe vicia su adquisición, impidiendo que quede indemne frente a la acción del primer comprador. El mismo principio, de desprotección del

De idéntico modo —y por la misma razón—, el fiduciante carecerá de un *ius separationis* sobre el bien entregado en caso de concurso del fiduciario: sólo podrá blandir su derecho de crédito a la restitución, el cual resultará sometido a la ley del dividendo. Tampoco podrá ejercitar una tercería de dominio si el bien transmitido en fiducia es embargado por los acreedores del fiduciario, pues no es él el propietario. En cambio, aquel derecho de separación y la posibilidad de ejercicio de tal tercería sí deberán adjudicarse a este último, ya que es el *verus dominus*.

La teoría del doble efecto encuentra crucial sustento en el respeto debido a la autonomía privada: si las partes quisieron verdaderamente transmitir y su voluntad no vulnera en modo alguno la ley, la moral o el orden público, no puede dejar de reconocerse plena validez y eficacia al negocio celebrado. La única especialidad del supuesto de hecho consiste en que los contratantes han elegido un medio (la venta) a sabiendas de que sobrepasa el fin propuesto (la garantía), pero lo han hecho con el solo propósito de obtener dicho fin de manera más expedita, más cómoda o con mayor seguridad.

Aun cuando se acepte la vigencia, en el Derecho español, de un sistema de *numerus clausus* de derechos reales, “el principio de libertad contractual (art. 1255 del Código civil), junto con los términos claros

tercero de mala fe por ser tal, se halla en el art. 34 de la Ley Hipotecaria y en el 464 del Código Civil.” (*Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 137)

del art. 609 del Código civil, permite la existencia de un *numerus apertus* de negocios reales *quoad effectum*, siempre que el derecho real transmitido o constituido responda a uno de los esquemas típicos.

El negocio *fiduciae* causa puede ser, por tanto, uno de los contratos hábiles para provocar la transmisión del *derecho de propiedad*. Es totalmente inadmisibles imponer límites a la autonomía privada que no resulten de las disposiciones del Derecho positivo.” Dicho de otro modo: el rechazo del negocio fiduciario supondría “desconocer las necesidades del comercio jurídico y negar el poder creador de la autonomía privada, que no encuentra otros límites que no sean las leyes, la moral y el orden público (art. 1255, in fine, del Código civil)”¹⁴.

A salvo ciertas (contadas) excepciones¹⁵, la construcción anterior ha sido repudiada por la mayor parte de los intérpretes del Código civil español, muy singularmente desde que el profesor DE CASTRO le dirigiera la siguiente doble reprobación: en primer lugar, que, por mucho que así se diga, difícilmente cabe imputar a las partes aquella voluntad transmisiva¹⁶, pues es contradictorio querer de verdad transmitir para sólo garantizar; ello “sería como decir que de verdad se quiere más de lo que realmente se quiere”¹⁷.

¹⁴JORDANO BAREA, *El negocio...*, cit., pp. 123 y 124.

¹⁵Entre la doctrina más reciente, destaca la de RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., pp. 105 y ss.

¹⁶DE CASTRO, *El negocio...*, cit., pp. 385 y 386.

¹⁷ALBALADEJO, “El llamado negocio fiduciario...”, cit., p. 668.

ÍNDICE

Previo	7
---------------------	---

CAPÍTULO I.

La fiducia

1. Concepto	9
2. La naturaleza de la fiducia <i>cum creditore</i> y la transmisión de la propiedad (o titularidad)	13
2.1. La teoría del doble efecto y la crítica de DE CASTRO	13
2.2. La teoría de la distinción entre propiedad formal y propiedad material y la teoría de la titularidad fiduciaria	23
2.3. El régimen de la venta en garantía a la luz de la teoría de la titularidad fiduciaria	28
2.3.1. Eficacia <i>inter partes</i>	28
2.3.2. Eficacia frente a terceros	37
2.4. Crítica a la teoría de la titularidad fiduciaria ...	41

CAPÍTULO II.

El leasing

1. Variedades fiduciarias	49
2. Mandato <i>ad acquirendum</i> no representativo y titularidad de la cosa comprada	55
3. El leasing	66

3.1. Leasing y mutuo	69
3.2. Leasing y mandato <i>ad adquirendum</i>	74
3.3. Leasing y <i>pactum fiduciae</i>	78
3.4. Las vacilaciones del legislador	87

CAPÍTULO III.
La reserva de dominio

1. Planteamiento	95
2. Argumentos esgrimidos en favor de la admisibilidad de la reserva de dominio clásica	99
2.1. Primer argumento: la reserva de dominio y el sistema de transmisión de la propiedad.....	105
2.2. Segundo argumento: la reserva de dominio y el sinalagma contractual (o el pretendido equilibrio del pacto).....	123
3. Crítica.....	127
3.1. La propiedad huera del vendedor y la posesión <i>sui generis</i> del comprador.....	127
3.1.1. Los riesgos de la cosa vendida	135
3.1.2. Los frutos.....	142
3.2. El sinalagma y el desequilibrio contractual inherente a la reserva de dominio clásica: su naturaleza fiduciaria	144
4. De nuevo, las vacilaciones del legislador	179
4.1. La Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 1998 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000	182
4.2. La Ley Concursal de 2003.....	200
Conclusiones	205
Bibliografía	215