

## II. DICTAMENES

# Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: ANTECEDENTES.—CONSULTA.—DICTAMEN. I. *Impugnabilidad de la venta por simulación absoluta.* II. *Las diversas hipótesis de simulación relativa y la transmisión fiduciaria de los bienes con el fin de administración.* 1. Compraventa que encubre una donación modal. 2. Compraventa que encubre una dación en pago. 3. Compraventa que encubre una adjudicación para pago de deudas. 4. Transmisión fiduciaria de los bienes con fin de administración. III. *Conclusiones.*

### A N T E C E D E N T E S

Procesada por el presunto delito de parricidio en la persona de su marido, doña J. otorgó poder desde la prisión en favor de los parientes más próximos, sus dos sobrinos, los hermanos don A. y don F., concediéndoles amplísimas facultades de administración de todos sus bienes y autorizándoles para venderlos o enajenarlos a título oneroso con las obligaciones o condiciones que tuvieran a bien para los intereses de la poderdante.

En uso de dicho poder, don A. y don F. vendieron arbolado de las fincas de doña J. por el precio de 375.000 pesetas, cantidad más que suficiente para satisfacer los gastos derivados de la causa criminal.

Condenada doña J. por la Audiencia Provincial y recurrida en casación la sentencia, el 3 de mayo de 1952, tres días antes de la vista del recurso ante el Tribunal Supremo, doña J. revocó el poder concedido a don A., y el otro apoderado, don F., en nombre de aquélla, otorgó escritura de compraventa de todos los bienes y fincas de su poderdante en favor de don A., por el precio confesado de 9.000 pesetas, ínfima parte del valor real de los bienes que se dicen vendidos, los cuales, en verdad, ascienden a 1.500.000 pesetas. En dicha escritura de compraventa se impuso al adquirente la obligación o gravamen de pagar todas las deudas dimanantes de la causa criminal instruida contra la disponente. Es de notar que don A., presunto comprador, carecía del dinero preciso para la compra y que don F. está dispuesto a reconocer que en realidad no hubo tal pretendida compraventa.

Don A. vendió, a su vez, unas cuantas fincas a terceras personas, que pro-

cedieron a su inmatriculación en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Concedida la libertad a doña J. por haber extinguido anticipadamente su condena a consecuencia de la redención de penas por el trabajo, trató de recuperar extrajudicialmente sus bienes, a lo que se opone don A. alegando ser propietario pleno y definitivo de los mismos en virtud de la escritura de 3 de mayo de 1952.

## C O N S U L T A

Se pregunta:

1. Si el contrato de compraventa escriturado el 3 de mayo de 1952 es impugnabile por simulación absoluta.

2. En caso de que entre aparente vendedor y comprador mediara realmente otro negocio jurídico distinto de la compraventa, ¿cuál sería su naturaleza y qué efectos produciría?

## D I C T A M E N

### I

#### IMPUGNABILIDAD DE LA VENTA POR SIMULACIÓN ABSOLUTA

Entendemos que la compraventa escriturada el 3 de mayo de 1952 es impugnabile por simulación.

“La simulación —dice FERRARA (*La simulación de los negocios jurídicos*, traducción esp., Madrid, 1926)—, como divergencia psicológica que es de la intención de los contratantes, se sustrae a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que le acompañan”.

Doctrina que recoge el Tribunal Supremo al referirse a diversas presunciones de simulación de los contratos, entre otras muchas, en las sentencias de 30 de junio de 1931, 19 de mayo de 1932 y 24 de septiembre de 1934.

Según resulta de los antecedentes tenidos a la vista, en nuestro caso, el ambiente en que nació el contrato y circunstancias que lo acompañan, en conexión con el poder anteriormente otorgado por doña J. en la cárcel y su revocación posterior (con la mira puesta en el art. 1459, n.º 2º, C. c.), pocos días antes de la vista del recurso de casación formalizado ante el T. S. contra la sentencia condenatoria por parricidio dictada por la Audiencia Provincial; las relaciones que median entre las partes, unidas por el vínculo de parentesco (tercer grado de consanguinidad en la línea colateral); la exigüedad del precio (9.000 ptas., ínfima parte del valor real de los bienes que se dicen vendidos, que en verdad ascienden a 1.500.000 pts.); la confesión del ridículo precio, ni siquiera entregado de presente ante la fe notarial la inexistencia de motivo serio para la venta, toda vez que sólo la madera anteriormente vendida por los apoderados en las fincas de litis superó la cantidad de 375.000 pts., más que suficiente para pagar los gastos dimanantes de la causa criminal; y, en fin,

la insolvencia del presunto comprador, carente del dinero preciso para la compra; son todos ellos indicios que —a nuestro juicio— acreditan suficientemente la simulación habida (cfr. art. 1.253 C. c.).

¿Pero se trata de una simulación absoluta o relativa?

Tal vez, en lugar de proceder a otorgar un negocio jurídico disimulado o encubierto bajo la falsa apariencia de una compraventa, lo que simplemente se pretendió fue que doña J. conservase de hecho los bienes que simuló enajenar a través de su mandatario, para que pareciera que no formaban parte del patrimonio de aquélla a efectos de lo dispuesto en los artículos 45 y 405 Código penal y 229 y 1.732, n.º 3.º, C. c. (que prevén la tutela limitada a la administración de los bienes —y a la representación en juicio— del penado sujeto a interdicción civil aun cuando tuviese apoderado con amplias facultades de administración), incurriéndose así en un caso de simulación absoluta, con la consiguiente inexistencia o nulidad radical de cualquier negocio jurídico *inter partes* (arg. arts. 1.261 *a contrario sensu*, 1.262, 1.271, 1.274, 1.275, 1.276 y 1.300 *a contrario sensu* C. c. y sentencias del T. S. de 30 de noviembre de 1909, 1 de mayo de 1928, 20 de mayo de 1936, 12 de julio de 1941, 15 de febrero de 1944, 29 de enero de 1945, 6 de febrero de 1948, 8 de mayo de 1957, 13 y 27 de febrero y 14 de marzo de 1958, 9 de noviembre de 1959, entre otras muchas).

De especial interés para nuestro caso son las sentencias del T. S. de 18 de abril de 1945 y 25 de junio de 1948.

Según la primera, “sentado que los interesados sólo quisieron crear una apariencia de contrato, se está en el caso de una simulación absoluta, y no es lícito pretender que existió un contrato encubierto por el aparente (simulación relativa), cuya causa consistió en el propósito de librar una parte a la otra de la coacción de las organizaciones marxistas, pues ello significaría confundir el fin extrínseco y objetivo de un contrato con el móvil que indujo a las partes crear una mera apariencia de nexo contractual, es decir, con el porqué del engaño o *causa simulationis*”. Supuesto en cierto modo análogo al presente, en el que la causa de la simulación estribaría en el propósito de evitar que los bienes del simulado enajenante quedaran sujetos a la compleja administración tutelar por interdicción civil.

Por su lado, la otra sentencia afirma que “el negocio que adolece de simulación absoluta, incapaz de generar acciones y medios defensivos ante los órganos jurisdiccionales es, en cambio, idóneo para apoyar pretensiones de recuperación de lo entregado, cuando la confianza depositada en el adquirente resulta quebrada, juntamente con la oportuna declaración de la inexistencia del acto”.

Parece enlazar la doctrina de esas sentencias con las concepciones negativas del negocio fiduciario que sólo ven en él una simple modalidad de los negocios aparentes o absolutamente simulados, como sostienen FUCHS (*Pseudonyme Rechtsgeschäfte*, en “Archiv für die civilistische Praxis”, CXV, 1917, páginas 84 y sigs.) en Alemania; y PESTALOZZA (*Simulazione*, en “Enciclopedia giurídica italiana”, vol. XV, parte II, sec. 2.ª, pág. 783) en Italia. Sin embargo, no es esta la postura mantenida por nuestro más alto Tribunal respecto del negocio fiduciario, según tendremos ocasión de comprobar oportunamente.

## II

LAS DIVERSAS HIPÓTESIS DE SIMULACIÓN RELATIVA Y LA TRANSMISIÓN  
FIDUCIARIA DE LOS BIENES CON FIN DE ADMINISTRACIÓN

El hecho de que el referido negocio de compraventa sea simulado no quiere decir que necesariamente lo sea en grado de simulación absoluta, puesto que debajo del mismo pudo ocultarse un negocio válido diferente (hipótesis de simulación relativa, posible al amparo del art. 1.276 C. c.), como sería la donación modal o con carga (donación onerosa), la dación en pago (*datio in solutum* o *pro soluto*), la adjudicación para pago de deudas (*datio pro solvendo*) o la transmisión fiduciaria en administración (*fiducia cum amico contracta*).

Pasemos revista a cada una de estas hipótesis.

1. La primera hipótesis de simulación relativa, compraventa que encubre una donación *sub modo* (arts. 619 *in fine*, 622, 638 y 642 C. c.), parece *prima facie* responder a la intención de las partes, pues en la escritura de transmisión se impone al adquirente la obligación o gravamen de pagar todas las deudas dimanantes de la causa criminal instruida contra la disponente. Pero no consta el *animus donandi*, la voluntad de doña J. de atribuir definitivamente sus bienes a su sobrino don A. "por mera liberalidad" (cfr. arts. 619, 621 y 1.274 *in fine* C. c.). Siendo falsa la *causa venditionis* y faltando la *causa donandi*, el contrato es radical o absolutamente nulo, no produciendo efecto alguno (artículos 1.275 y 1.276 C. c.). Además, la pretendida donación modal de todos los bienes presentes de la donante violaría lo dispuesto en el artículo 634 Código civil al no haberse doña J. reservado, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias. Sería, por tanto, nula la donación en virtud de lo establecido en el artículo 4.º Código civil: "son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley". Todavía el pretendido negocio disimulado de donación sería también nulo por defecto de forma (arts. 4.º, 619 *in fine*, 622 *in fine*, aplicable a las donaciones modales, cuya forma es la misma de las donaciones comunes, y 633 C. c.) (véase CASTRO, "La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble", en Anuario de Derecho Civil, 1953, págs. 1003 y sigs. y sentencias del T. S. de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 12 de julio de 1941, 23 de junio de 1953, 7 de octubre de 1958, 15 de enero, 11 de febrero y 19 de octubre de 1959 y 30 de abril de 1960; en contra, la aislada sentencia de 29 de enero de 1945). Y, por si fuera poco todo lo anterior, la pretendida donación modal, hecha por el apoderado don F., sería finalmente nula o inexistente *in toto* para el *dominus* al no ser posible diferenciar la parte onerosa y la parte liberal de aquélla y haberse extralimitado el mandatario en el uso de sus poderes (arts. 1.714, 1.725 y 1.727 en relación con el 1.259 y sentencias del T. S. de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944, 29 de enero de 1945 y 25 de junio de 1946 y resolución de la D. G. R. y N. de 3 de marzo de 1953), toda vez que si bien estaba facultado para vender o enajenar a título oneroso con las obligaciones (*lato sensu*) que tuviera a bien para los intereses de la poderdante, no estaba autorizado *nominatim* para donar puramente, como exige el artículo 1.713, párrafo 2.º, C. c.

2.—La segunda hipótesis de simulación relativa, compraventa que encubre una dación en pago (de las deudas dimanantes de la causa criminal, respecto de las que el *accipiens* de la *datio* sería acreedor por subrogación en el pago *ex arts.* 1.209, 1.210, n.º 2º, y 1.212 C. c., o al menos tendría acción de reembolso *ex arts.* 1.158, párrafo 2.º, y 1.728, párrafo 2.º C. c.), nos parece la tesis más peligrosa para el buen éxito de la acción a interponer por doña J.

En efecto, según la jurisprudencia del T. S., la *datio pro soluto* o dación en pago “opera, como la compraventa, la traslación del dominio por precio, si bien éste en la dación está representado por el crédito de que se da por satisfecho el acreedor” (sentencia de 7 de enero de 1944).

Por ello es muy probable que la parte adversa acoja esta tesis como uno de los pilares fundamentales de su defensa, en conjunción con la tesis de la adjudicación para pago de deudas (*datio pro solvendo*).

Pero resulta que en la escritura de enajenación se consigna que el adquirente quedará obligado a pagar todas las deudas dimanantes de la causa criminal instruida contra doña J., lo que se aviene mal con la tesis de una dación en pago, y, en cambio, puede casar con la de una adjudicación para pago de deudas. Por ello se dirá de adverso que la transmisión fue hecha en pago y para pago de deudas. No hay ningún inconveniente en admitir lo último (adjudicación *para* pago de deudas), pues se trata de una figura jurídica que tanto la doctrina como la jurisprudencia construye, a partir de los artículos 2º, n.º 3º, y 45 L. H., cual negocio fiduciario, según veremos más adelante.

Ahora bien, ¿pudo realmente operarse en nuestro caso una *datio in solutum* o adjudicación en pago?

Entendemos que no por las siguientes razones: a) el argumento de texto ya aludido: en la escritura de transmisión se habla de una obligación, asumida por el *accipiens*, de pagar las deudas del *tradens*; b) lo más natural es suponer que dichas deudas, derivadas de una causa criminal a la sazón todavía en curso, estarían aún en su mayor parte sin pagar: así las cosas, no tendría razón de ser una adjudicación en pago, que mira al pasado, y sí una adjudicación para pago, que mira al futuro; c) por último, aunque las referidas deudas estuviesen ya totalmente pagadas por los apoderados, no hay que olvidar que el arbolado vendido por éstos en las fincas de litis proporcionó —según los datos facilitados por el consultante— una cantidad más que suficiente para satisfacer todos los gastos derivados de la causa criminal, por lo que una dación en pago carecía en nuestro supuesto de causa o *ratio essendi*. Y los contratos sin causa no producen efecto alguno (arts. 1.261, n.º 3º, y 1.275 C. c.).

3. Con relación a la tercera hipótesis de simulación relativa, compraventa que encubre una adjudicación para pago, hemos de recordar que la doctrina española —salvo GONZÁLEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, en “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, vol. I, 1944, págs. 213 y sigs.— viene calificando la figura ahora en examen como negocio fiduciario (MARTÍNEZ MORA, *La adjudicación para pago de deudas*, en “Revista Crítica de Derecho inmobiliario”, 1925, págs. 496 y sigs.; LACAL, *Aportación al estudio de la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas*, en “Revista de Derecho Privado”, 1931, págs. 294 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. III, 5.ª ed., Barcelona, 1954, págs. 87 y sigs.). La Direc-

ción General de los Registros y del Notariado mantiene la misma postura en sus resoluciones de 14 de junio de 1922 y 26 de diciembre de 1946. Y la sentencia del T. S. de 23 de mayo de 1935 coincide en afirmar que "la figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas es muy compleja, pero en síntesis cabe afirmar que por ella se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizado por su finalidad fiduciaria, o sea, por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza".

Así, pues, la *datio pro solvendo* (adjudicación para pago de deudas) encarna un auténtico negocio fiduciario: en lugar de conferir al mandatario un simple poder para enajenar, el adjudicante prefiere atribuirle *fiduciae causa* la propiedad (encargo fiduciario) para que de esta manera pueda enajenar los bienes y pagar las deudas de aquél actuando en su propio nombre y por cuenta ajena, como mandatario sin poder legitimado para lo primero por la titularidad plena (no por la mera "titularidad formal", de que habla la D. G. R. y N.) y para lo segundo en virtud del mandato de pago y de lo dispuesto en el artículo 1.158 del Código civil.

Pero ¿qué sentido o razón de ser tendría en nuestro caso una adjudicación para pago de deudas ya satisfechas? Damos aquí por reproducido lo que dejamos escrito al final del número anterior respecto de la dación en pago.

4.—Llegamos a la última de las hipótesis a considerar: la transmisión fiduciaria en administración de los bienes (*fiducia cum amico contracta*).

Si atendemos al contenido real de la escritura de 3 de mayo de 1952, se llega al convencimiento de que lo que en verdad las partes convinieron fue un negocio fiduciario de administración, un supuesto de *fiducia cum amico contracta*, en cuya virtud doña J. —a través de su apoderado y sobrino don F.—, transmitió la propiedad de ciertas fincas y bienes a su otro sobrino y ex-apoderado don A., con el pacto fiduciario (*pactum fiduciae*) de que éste se comportara de acuerdo con el fin de administración previsto y de que, una vez cumplido dicho fin, o cuando la transmitente lo solicitare por haber desaparecido las circunstancias que motivaron la transferencia, le devolviese las fincas y bienes recibidos con todos sus frutos.

Claro está que no hay prueba por escrito de este pacto fiduciario. En otras ocasiones se encuentra recogido en un documento privado que sirve de "contra-declaración" de la escritura pública de transferencia. Pero en nuestro caso puede resultar de la prueba testifical, de la de confesión de uno de los demandados (don F.) y de la indiciaria o de presunciones (art. 1.253 C. c.). Dadas las circunstancias fácticas, lo lógico es suponer que se acudió a la transmisión fiduciaria para evitar así la compleja administración tutelar (con tutor, protutor, Consejo de familia y, eventualmente, autoridad judicial) de los bienes de quien temía una condena accesoria de interdicción civil. Este y no otro parece que fue el motivo de la operación realizada: la idea de defraudar al Estado nos parece absurda (pues el Estado no tenía ningún derecho sobre los parafernales y gananciales pertenecientes a la viuda, que son precisamente los bienes enajenados, sino sobre los bienes propios del marido, a consecuencia —*ex art. 756, n.º 2, C. c.*— de la indignidad sucesoria de la parricida) y contraproducente en vista de los principios *nemo auditur turpitudinem suam alle-*

*gans e in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* ("nadie es oído cuando alega una inmoralidad suya" y "en igualdad de causa inmoral es mejor la condición de quien posee", porque la otra parte tendría que invocar la causa torpe y ello le está vedado), principios que latan en los artículos 1.305. y 1.306 del C. c. Por la misma razón tampoco nos convence la idea de que la operación se llevó a cabo para defraudar a los acreedores (entre ellos el Estado, por las costas y demás créditos posibles a su favor), tanto más que en la misma escritura de transmisión se impone al adquirente la condición (*lato sensu*) de pagar todas las deudas dimanantes de la causa criminal, y éstas fueron pagadas antes.

Pues bien, tanto la doctrina científica que se ha ocupado monográficamente del tema (NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, páginas 173 y sigs., esp. págs. 235 y sigs.; GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Madrid, 1955, págs. 13 y sigs.; JORDANO, *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959, págs. 75 y sigs.) como la jurisprudencia del T. S. (sentencias de 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo de 1955, 22 de mayo y 25 de septiembre de 1956, 10 de julio de 1957, 10 de noviembre de 1958, 8 de mayo de 1963, 14 de marzo de 1964 y 18 de febrero de 1965, entre otras) concuerdan en la admisibilidad del negocio *fiduciae causa* en nuestro Derecho y en los efectos que produce: la transmisión de la propiedad, limitada por la presencia de un vínculo meramente obligatorio (*pactum fiduciae*) que constriñe al fiduciario a hacer uso de su titularidad para el fin propuesto y a retransmitirla al fiduciante una vez alcanzado dicho fin. El fiduciario deviene, pues, propietario frente a todos, incluido el mismo fiduciante; éste sólo tiene un crédito personal contra el fiduciario para reclamar la devolución de las cosas *sub fiducia* cuando la transmisión, realmente operada, ha conseguido el fin (de administración, en nuestro caso; de garantía, en otros) que las partes se propusieron.

Dentro de la construcción romanista del negocio fiduciario —que es la admitida en nuestro ordenamiento por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo—, el fiduciante únicamente dispone de una acción personal (la llamada *actio fiduciae*) contra el fiduciario, dirigida a la devolución de las cosas *sub fiduciae*, que si están todavía en el patrimonio de éste, importará el deber de restituirlas *in natura*; obligación que es exigible en forma específica mediante la ejecución forzosa (arts. 1096, C. c., y 926, L. e. c.). Al fiduciante únicamente le queda el remedio de su crédito personal para corregir las desviaciones o abusos de la posición jurídica real atribuida al fiduciario. Así, en caso de enajenaciones, no puede accionar ni real ni personalmente contra los terceros adquirentes, aun cuando conozcan el *pactum fiduciae*; contra el fiduciario, podrá ejercitar una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios. Lo mismo ocurrirá en caso de aprovechamiento o disposición de los frutos de los bienes fiduciados.

Conviene advertir que, salvo las sentencias de 22 de mayo y 25 de septiembre de 1956 (que admiten la posibilidad de una simulación relativa *fiduciae causa*, tal como nosotros hemos sostenido doctrinalmente en nuestro libro ya citado), el resto de la jurisprudencia del T. S. se inclina más bien a configurar el negocio

fiduciario como un contrato indirecto, que jurídicamente no puede calificarse de simulado, en cualquiera de sus especies, ni ser impugnado como tal.

Terminaremos nuestro dictamen transcribiendo la parte más sustanciosa de los considerandos de la reciente sentencia de 18 de febrero de 1965, donde el Tribunal Supremo resume toda la doctrina jurisprudencial sobre el negocio fiduciario elaborada hasta la fecha:

“Que aunque los ordenamientos legales ofrecen a las personas una amplia gama de tipos contractuales, tendentes a satisfacer las necesidades del tráfico jurídico, con frecuencia se muestra su insuficiencia, de tal modo que, al amparo de la libertad de forma, se suelen crear figuras —contratos innominados—, combinarse diversos tipos —contratos mixtos—, o bien se utilizan los esquemas legales para lograr, a través de ellos, fines distintos de los previstos por el legislador, dando lugar a los denominados negocios aparentes, imaginarios o indirectos.

Que entre los negocios indirectos cabe incluir el llamado negocio fiduciario, configurado en la doctrina sobre las mismas esenciales características con que fue conocido en el Derecho romano, una de las cuales, acaso la más fundamental, se centraba en la potestad de abuso por parte del fiduciario, utilizándose no solamente para fines de garantía, *fiducia cum creditore contracta*, sino también para otros diversos objetivos, *fiducia cum amico contracta*.

Que esta Sala viene proclamando con reiteración la validez y eficacia del negocio fiduciario cuando no envuelve fraude de ley, declarando que es un contrato por virtud del cual una persona —fiduciante— transmite la propiedad de una cosa a otra —fiduciario— generalmente en garantía del pago de una deuda, sin excluir otros posibles fines, y con la obligación por parte del último de devolverla a su transmitente una vez cumplida la finalidad perseguida por los contratantes, todo ello al amparo de la libertad de pactos reconocida por el artículo 1.255 del C. c., negocio jurídico que se caracteriza por su naturaleza compleja y 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 construye al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea, restitución de la misma cosa o abono de su valor económico.

Que así trazado el negocio fiduciario se ofrece perfectamente diferenciado del contrato simulado en su especie de simulación absoluta, pues mientras el primero ha sido real y auténticamente querido, con soporte en una causa verdadera, el segundo es un negocio ficticio, no querido, irreal, una simple apariencia falaz, en el que con la declaración fingida se agota todo el intento de engaño a terceros, generalmente fraudulento, sin que sea óbice a la validez y eficacia de aquél la divergencia entre la estructura jurídica empleada y la finalidad económica perseguida por los contratantes, siempre que no implique fraude de ley.

Que cuando los contratantes utilizan un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo adoptándolo solamente como forma externa, pero con fin distinto del expresado, y por ello con discrepancia consciente entre lo



consignado formalmente y la intención práctica perseguida en concreto, no se origina un contrato simulado, sino un negocio jurídico real y efectivo que en trance de interpretación debe ser captado en todas sus circunstancias concomitantes y posteriores a su formación para dar al problema el tratamiento idóneo a su específica naturaleza con abstracción de la estructura formal utilizada como simple medio vehicular, toda vez que para llegar a una acertada calificación jurídica es necesario tomar en consideración la finalidad realmente perseguida por los contratantes”.

### III

#### CONCLUSIONES

*Primera.*—A nuestro juicio, la compraventa escriturada el 3 de mayo de 1952 es impugnabile por simulación absoluta, con la consiguiente inexistencia o nulidad radical de cualquier negocio jurídico entre las partes, que tal vez sólo persiguieron la finalidad no negocial atípica (*causa simulationis*) de evitar que los bienes del simulado enajenante quedaran sujetos a la compleja administración tutelar por interdicción civil.

El ejercicio de esta acción de inexistencia o nulidad radical, juntamente con las pretensiones de reivindicación de los bienes, abono de frutos, rendición de cuentas y nulidad de los actos o contratos realizados respecto de aquéllos, así como la de cancelación de los correspondientes asientos registrales, implica la necesidad de demandar también a todos los interesados o terceros adquirentes (litisconsorcio pasivo necesario), a quienes afectará la sentencia que se dicte pues no son terceros protegidos del artículo 34 L. H. (terceros de sobreinscripción).

*Segunda.*—Sin perjuicio del ejercicio de la referida acción de inexistencia o nulidad radical en forma principal, aconsejamos ejercitar de manera subsidiaria la acción tendente a que se declare que el negocio celebrado el 3 de mayo de 1952 tiene naturaleza fiduciaria (*fiducia cum amico contracta*), con todas las consecuencias que de esa conceptualización dimanar (obligación del fiduciario o adquirente de comportarse de acuerdo con el fin de administración previsto y de restituir los bienes fiduciados con sus frutos), pues este parece ser el contenido real de lo tratado y pactado entre las partes. Dadas las circunstancias del caso, lo más razonable es suponer que se acudió a la transmisión fiduciaria para evitar así la compleja administración tutelar de los bienes de quien tenía una condena accesoria de interdicción civil.

Si no se ejercitara esta acción subsidiaria, existe el peligro de que se desestimara la principal precisamente porque se acepte por el Juzgador la calificación fiduciaria del negocio, incompatible —según la jurisprudencia— con la tesis de la simulación (al menos absoluta).

Aceptándose la calificación fiduciaria del negocio —y supuesto que éste no implique *fraus legis*—, los actos de enajenación realizados abusivamente por el

fiduciario son válidos, mas éste tiene el deber personal de indemnizar daños y perjuicios al fiduciante. Contra los terceros adquirentes no cabe en esta hipótesis ninguna acción, ni real ni personal, aun cuando conocieran el pacto fiduciario.

Tal es mi dictamen que, con todo gusto, someto a otro mejor fundado.

Sevilla, a 23 de agosto de 1965.