

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

¿PUEDE INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO LA ESCRITURA DE VENTA DE UNA FINCA OTORGADA POR UN AUXILIAR DE DETERMINADA AGENCIA RECAUDATORIA A CONSECUENCIA DE UN EXPEDIENTE DE APREMIO TRAMITADO POR DÉBITOS CONTRIBUTIVOS DE RÚSTICA, A LOS QUE FUERON AGREGADOS OTROS DESCUBIERTOS DEL DEUDOR, QUIEN MANIFESTÓ, AL AUTORIZARSE LA ESCRITURA, QUE NO PODÍA OTORGAR LA TRANSMISIÓN DE LA FINCA EMBARGADA Y SUBASTADA, PUESTO QUE ÚNICAMENTE LE PERTENECÍA EL USUFRUCTO VITALICIO Y ERA LA NUDA PROPIEDAD DE OTRAS PERSONAS?

Resolución de 21 de marzo de 1958 («B. O.» de 4 de junio).

Seguido expediente de apremio por débitos de contribución contra doña J. M. C. Z., se procedió a vender en pública subasta una finca catastrada a su nombre que no figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad, otorgándose la escritura el 29 de enero de 1952 en Alberique, ante el Notario don Alvaro Fernández Ránuo, por el Agente Recaudador de Contribuciones, don José Sáez Duart, a favor de don V. S. M. En dicha escritura consta que doña J. M. C. Z. manifestó que no podía «otorgar la venta de la finca embargada subastada, toda vez que a ella sólo le pertenece el usufructo vitalicio de la misma, según la titulación que obra en su poder», por cuyo motivo la otorgó el Agente ejecu-

tivo a favor del rematante, «en pleno y absoluto dominio», tal y como fué subastada.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura, puso el Registrador la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura de venta otorgada por el Auxiliar de la Recaudación de Contribuciones de la zona de Alberique, don José Sáez Duart, en nombre y de oficio, por negativa de doña J. M. C. Z., se suspende su inscripción en cuanto al usufructo que a esta última dice corresponderle, por no constar previamente inscrito el dominio de la finca embargada a nombre de persona alguna, y se deniega en cuanto a la nuda propiedad, además de que por el defecto anterior, también con efectos suspensivos de la inscripción, por resultar del propio contexto y manifestaciones de la apremiada su limitado carácter de usufructuaria de la finca rematada y no resultar que el o los nudos propietarios hayan sido citados en el expediente de apremio para la defensa de sus derechos y alegaciones de sus excepciones, por lo cual resultan prácticamente despojados de sus atributos dominicales, aunque la apremiada sea civil y estatutariamente la obligada al pago de las contribuciones territoriales que pesan sobre la finca descrita, por lo que la presentada escritura sólo debió tener por objeto la venta del usufructo ostentado por la apremiada. Insubsanable este último defecto, no se toma anotación preventiva».

Interpuesto recurso, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, que ratificó la nota del Registrador, mediante la excelente doctrina siguiente:

Que en supuestos como el contemplado, en que el disfrute de una finca corresponde a persona distinta del propietario, el Código Civil, al fijar las obligaciones del usufructuario en el artículo 504, y el Derecho fiscal, imponen el deber de satisfacer las contribuciones anuales y las que graven los frutos al usufructuario, sin que alcance tal obligación al nudo propietario, que ha de soportar la acción administrativa, dado el carácter de la contribución expresada.

Que las normas reguladoras del procedimiento administrativo de apremio contenidas en el Estatuto de Recaudación establecen

que los Agentes podrán acordar el embargo de inmuebles suficientes para el cobro de las contribuciones e impuestos y expedir los mandamientos correspondientes, a fin de que por el Registrador se extienda la anotación preventiva, cuando estuviesen inscritos a nombre del deudor, o se suspenda al aparecer las fincas inscritas a nombre de terceros poseedores, en cuyo caso, si éstos fuesen responsables, habrán de rectificarse los mandamientos, y cuando los bienes no estuvieren inscritos a favor de ninguno de los deudores deberán ser éstos requeridos en el plazo de tres días, señalado en el artículo 102, para la presentación de sus respectivos títulos de dominio, y no exhibiéndolos podrán los ejecutores adoptar las providencias necesarias para que continúe el procedimiento hasta su ultimación.

Que en caso como el que motiva este recurso, en el que se ha alegado sin justificarlo que la titularidad del inmueble embargado aparece dividida entre usufructuaria y nudo propietario, y en el que la finca resulta catastrada a nombre de la deudora, pero no se halla inscrita en los libros del Registro de la Propiedad, es necesario armonizar todos los intereses en juego para que sean debidamente ponderados, el derecho preeminente del Estado que no ha de ver paralizada su acción para el cobro de la contribución territorial por las posibles maniobras de un usufructuario que ni siquiera acreditó su cualidad en el momento oportuno, y la posición jurídica del nudo propietario, que podría ser privado de su derecho a consecuencia del expediente de apremio tramitado contra el usufructuario y del que acaso no tuvo conocimiento por no haber sido citado en forma.

Que de las formalidades del expediente reflejadas en la escritura aparece que con excepción de la citación hecha a la deudora para que compareciese a otorgar la escritura, las restantes notificaciones practicadas no consta que se hayan acomodado a los preceptos reglamentarios, aunque se empleen fórmulas de carácter general que pudieran dar lugar a entenderlo, y, por tanto, no resulta probado que, conforme al artículo 102 del mencionado Estatuto de Recaudación, se citara a la interesada a fin de que presentase el título de adquisición, y que al ser sólo usufructuaria se notificase el procedimiento al nudo propietario para su conocimiento, puesto que se enajenaba el pleno dominio de la finca.

Que en la calificación de la escritura objeto de este recurso el Registrador se ha limitado a cumplir las exigencias del principio de legalidad, toda vez que estos funcionarios, cuando examinen documentos administrativos y especialmente expedientes de apremio, se hallan facultados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento Hipotecario y constante doctrina de este Centro, para apreciar si se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento, y en consecuencia si quedan suficientemente garantizados los derechos de los interesados.

Se ratifica la Resolución de 5 de marzo de 1953. Y por su relación con el caso puede verse nuestra nota a la de 6 de octubre de 1947, pág. 49, año 1948, esta REVISTA.

ADJUDICADA UNA FINCA «EN VACÍO» — EN OPERACIONES TESTAMENTARIAS—A LA VIUDA DEL CAUSANTE, AL SOLO OBJETO DE QUE OTORGARA LA OPORTUNA ESCRITURA DE VENTA A DETERMINADA PERSONA A QUIEN SE LA TENÍA VENDIDA AQUÉL, QUIEN COBRÓ EL PRECIO EN SU TOTALIDAD, LA ADJUDICATARIA DIVIDIÓ MATERIALMENTE LA FINCA Y VENDIÓ LAS DOS RESULTANTES A DOS SEÑORES, NINGUNO DE LOS CUALES ERA LA PERSONA A QUIEN SEGÚN LA PARTICIÓN Y EL REGISTRO DEBÍA OTORGARSE LA VENTA; SOLICITÁNDOSE LA CANCELACIÓN DE LA «MENCIÓN», EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA, POR SI SE ESTIMASE NECESARIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA NUEVA ESCRITURA.— ¿NEGOCIO FIDUCIARIO? ¿MERO MANDATO DEL CONTADOR-PARTIDOR CON LA REPRESENTACIÓN QUE TENÍA DEL TESTADOR?; ES DECIR, ¿MANDATO TESTAMENTARIO?

Resolución de 12 de febrero de 1958 («B. O.» del 18 de abril).

Siquiera los hechos quedan virtualmente consignados en el encabezamiento, dada la trascendencia del recurso, los transcribimos a continuación, según constan en éste:

Doña M. R. F. adquirió por adjudicación en la partición de herencia de su esposo don J. B. F. P., una finca urbana sita en Morón. De la inscripción vigente en el Registro, cuya certificación

literal obra en el expediente, aparece que: «... en las operaciones testamentarias... ha sido adjudicada en vacío la finca de este número a la viuda doña M. R. F., de esta vecindad, al sólo objeto de que otorgue la oportuna escritura de venta a don A. B., a quien se la tenía vendida el causante, quien cobró el precio en su totalidad. Doña M. R. F. inscribe la finca de este número al objeto indicado»; por escritura otorgada ante el Notario de Morón don José Estepa Moyano, el 10 de abril de 1951, la citada señora dividió materialmente la finca y vendió las dos resultantes, una cochera y una casa, a don C. V. B. y don M. R. S., respectivamente, ninguno de los cuales era la persona a quien según la partición debía otorgarse la venta; y el Notario autorizante consignó en el documento que, en previsión de dificultades para la inscripción del título por dicho motivo, los otorgantes solicitaban la cancelación de la «mención», en virtud del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, si así se estimaba necesario para la inscripción de la nueva escritura.

Presentadas en el Registro dos primeras copias de la repetida escritura, fueron calificadas por sendas notas del tenor siguiente: «Suspendida la inscripción de la escritura precedente en los términos del artículo 103 del Reglamento Hipotecario por el defecto subsanable de que los actos de división y venta que verifica la titular de la inscripción con facultades de dominio, del que no es titular la señora otorgante, que sólo tiene el único de mandato testamentario para un solo objeto; la transmisión a otra persona de la finca. Y considerando innecesaria la cancelación de la mención del supuesto derecho, ni real ni personal, a favor de una persona nombrada en la precitada inscripción, no se hace la misma por interpretar en ese sentido tal petición. No se pide anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección ratifica el auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, en méritos de la meditada doctrina siguiente:

Que según aparece del asiento vigente, a doña M. R. F. se le adjudicó en la partición de herencia de su esposo la finca, «al sólo objeto de que otorgue la escritura de venta a don A. B.», a

quien la había vendido el causante y de quien había recibido el precio, por lo cual es necesario examinar el contenido y efectos de dicha adjudicación.

Que conforme al artículo 1.º, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro, en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales, y en su virtud, los Registradores, al calificar, deberán atenerse a lo que conste en los libros registrales, sin perjuicio de que los interesados puedan solventar entre sí o contender judicialmente sobre la validez o nulidad de los títulos y de las inscripciones.

Que centrado así el problema, es necesario decidir si procede cancelar, de acuerdo con el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, la que el Notario autorizante denomina «mención» en la escritura calificada, por la que se condiciona la actuación de la vendedora, y que si fuera excluida del Registro y relegada al ámbito puramente obligacional, no constituiría un obstáculo para la inscripción del documento.

Que la legislación hipotecaria vigente niega el acceso al Registro y ordena la cancelación si se hubiera reflejado en él, de los derechos personales no asegurados especialmente, menciones, pactos de naturaleza obligacional y demás estipulaciones que carezcan de trascendencia real, oscurezcan los asientos e introduzcan la confusión en los libros, y esas directrices, afirmadas por la jurisprudencia de este Centro, fueron puestas de relieve en la exposición de motivos de la última reforma hipotecaria y cristalizan en los artículos 98 de la Ley y 9, 51 (regla 6.º) y 355 de su Reglamento, que mediante diversos procedimientos imponen al Registrador el deber de velar por la pureza de las inscripciones.

Que aunque sean indudables las analogías que median entre la adjudicación de la finca hecha a la viuda con la finalidad de que cumpliera las obligaciones nacidas del contrato de compraventa celebrado por su marido y los denominados negocios fiduciarios, en los que cabe distinguir, según la técnica civil, un aspecto real y otro obligatorio y permiten que el adquirente pueda actuar desligándose de la confianza que le otorgó el fiduciante al poner en relación esta doctrina con sistemas legislativos como el nuestro, que se funda en la teoría del título y el modo y que sitúa el requisito causal entre los esenciales del contrato, no pa-

rece aconsejable autorizar la inscripción de la segunda enajenación, porque, adjudicada la finca sin haber incluido su valor en el caudal hereditario que se distribuyó entre los herederos, se alterarían profundamente, con perjuicio de éstos, los fundamentos del negocio particional si se permitiera que la viuda recibiese la contraprestación de la venta hecha a terceras personas y dejase incumplidas las obligaciones derivadas de la enajenación realizada por el causante, y, además, porque las limitadas facultades de que aparece investida en la adjudicación a su favor, reducen la posibilidad de que pueda disponer eficazmente de la cosa transmitida.

Es indeclinable, conforme ya apuntamos al final del encabezamiento, precisar las respectivas posturas del Notario y del Registrador, en la cuestión objeto del recurso, como preliminar de esta obligada nota.

Para el primero, la adjudicataria tenía, en efecto, un mandato, pero no testamentario, sino del contador-partidor, que *en nombre de los herederos del causante* (1) formalizó la partición de don J. B., título intervivos, cuyo mandato es irrelevante para terceros, por constituir el lado interno de un negocio fiduciario. Integrándose éstos, según la doctrina y la jurisprudencia, por dos, uno de disposición, contrato real positivo de transferencia plena del dominio o derecho de que se trate, otorgado por razón de confianza, y otro obligacional negativo, por el que, con meros efectos personales, se obliga el adquirente a no usar de la cosa o derecho transmitido, sino en interés del transferente, y a veces del transferente y de un tercero, resultado de la combinación de ambos es que el adquirente (fiduciario) pueda contravenir las instrucciones del transferente (fiduciante), siendo válida la enajenación y quedando a éste únicamente la acción de daños y perjuicios, ya que el pacto de fiducia es legalmente inoperante frente a terceros, y cabe su admisibilidad conforme a los arts. 1.255 del C. c., 2, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria (a más del 45), jurisprudencia del Supremo y de la Dirección, y doctrina.

(1) Es indudablemente correcta la subrayada expresión empleada por el recurrente. Y sin remover las teorías sobre la naturaleza del albaceazgo, la realidad es que *a alguien representa el partidor*; aquí, a los herederos, pues una cosa es que los represente y otra que sea su mandatario irrevocable.

Según el Registrador, el albacea-contador sólo pudo obrar con la representación que tenía del testador, y ello constituye un mandato testamentario y no una transmisión fiduciaria, por lo que no adquirió la adjudicataria facultades dominicales. Practicada la inscripción antes de la última reforma de la Ley Hipotecaria (con inexistencia, claro, del párrafo 4.^o del art. 20), eran usuales estos asientos cuando, ya hecha la partición, aparecían bienes vendidos o procedía la cancelación de algún derecho. En tales casos, los adjudicatarios no adquieran nada; únicamente son representantes con poder derivado de la sucesión. Y sin tener reparo alguno que oponer a la exposición que hace el recurrente sobre el negocio fiduciario, entiende que la doctrina de los mismos no es aplicable al caso debatido, ya que el derecho controvertido pasa directamente del causante al comprador sin solución de continuidad. La adjudicación *en vacío*—añade—para vender a persona cierta, no es negocio fiduciario, pues falta la reciproca prestación sinalagmática o contraprestación, porque no puede considerarse como tal la obligación de vender a otro, la cual no tiene carácter de deuda o causa de la adquisición; por tanto, esta adquisición en sí es un negocio abstracto, carente de esa fisonomía traslativa que se dibuja en los negocios fiduciarios típicos, como las adjudicaciones en o para pago de deudas (2).

¿Es idéntica la postura de nuestro Ilustre Centro a la del funcionario calificador, toda vez que ratifica su nota?

Prácticamente, sí; pero, soslayando afirmaciones, si por un lado (último considerando) reconoce la analogía que media entre la adjudicación hecha a la viuda con la finalidad de que cumpliera

(2) Dice Albaladejo—*La causa*, «Rev. de Der. Priv.», abril 1958, nota 20—que, según la Dirección—R. de 14-6-22 y especialmente la de 26-12-1946—, son negocios fiduciarios las adjudicaciones para pago de deudas. Para él no pueden ser así calificados, porque en ellas falta lo mismo la excedencia del medio sobre el fin (pues, ciertamente, se atribuye la propiedad al adjudicatario, pero con fin de liberarse—*solvendi causa*—de las obligaciones para cuyo pago se hace la adjudicación) que la *confianza especial* que caracteriza a los negocios fiduciarios (confianza que nivela la desigualdad entre medio utilizado y fin perseguido). Hay, ciertamente, una confianza en el adjudicatario (del que se piensa que verdaderamente aplicará lo recibido al pago de las deudas); pero también hay confianza de este tipo en otros muchos negocios que no son específicamente fiduciarios; así, la hay en el comodato y en el mutuo y en la compraventa (en la que se aplaza el pago o bien la entrega de la cosa), etc., etc., en todas las cuales se confía en el deudor.

En contra, por todos, ver Roca, pág. 93, t. III *Derecho Hipotecario*, edic. V.

las obligaciones nacidas del contrato de compraventa celebrado por su marido y los negocios fiduciarios, por otro (*in fine*, igual considerando), al hablar de las limitadas facultades de que aparece investida la misma en la adjudicación a su favor, parece inclinado a no ver en la inscripción practicada más que la expresión de una titularidad formal o de mandato dirigida a un fin escueto. Si a ello agregamos su alusión a la causa como fundamental del contrato en nuestra sistemática legislativa, y el entronque del posible negocio fiduciario del caso debatido con el particional, en el que no se incluyó el valor de la finca adjudicada, con las repercusiones para los coherederos por el incumplimiento de la viuda al otorgar una segunda enajenación, se comprenderán las sugerencias a que esta decisión se presta (3).

Como dice el profesor Garrigues (4), el silencio de nuestras Leyes frente al negocio fiduciario fué roto por algunos fallos de nuestro Tribunal Supremo, en los que se recogen de la vida real diversos casos de negocio fiduciario. Tales las sentencias de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, 22 de mayo de 1953, 23 de febrero de 1951 y 3 de mayo de 1955.

Pero, como dice con exactitud el insigne mercantilista cita-

(3) Como dicen con exactitud los anotadores de *Enneccerus*, t. I-II, pág. 92, en todas las cuestiones que afectan a los negocios de disposición ofrece mayores dificultades, en Derecho español, la determinación de la naturaleza, causal o abstracta, de aquéllos, y complica la dificultad, no sólo que el legislador no haya sido plenamente consciente del deslinde entre los negocios obligatorios y los de disposición, sino también el *reflejo de la teoría del título y el modo*. La falta de claridad en estos aspectos trae consigo la incertidumbre que suscitan normas como las del art. 609, 2.^a (*por consecuencias de ciertos contratos mediante la tradición*). Dicho artículo—añaden—, aunque se interpretara en el sentido de exigencia de la causa (constituida por la validez del negocio obligatorio), no requiere que en la tradición se exprese el contrato obligatorio precedente. Que, sin embargo, parece ser la idea que inspira a nuestro Centro rector al poner en conexión la teoría del título y el modo con el requisito causal de los contratos.

Por otra parte, ¿cómo juega o se manifiesta esta teoría del título y el modo en las «adjudicaciones» (modo en el sentido de «maneras» de adquirir desde el Derecho romano hasta ahora). En su propio sentido, en los contratos y juicios divisorios bien pueden ser como negocios jurídicos en sí, *causales* (en pago de haberes, en pago de deudas, por asunción de obligaciones) o *fiduciarios* (en comisión para pago de deudas y éstas como la que ha motivado el recurso, puesto que la misma Dirección dice que tiene indudable analogía con los negocios fiduciarios).

(4) *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*. Madrid, 1955. (Puede verse en esta REVISTA, pág. 305, año 1955, una excelente reseña de la obra por Carlos María Brú.)

do (5), fué preocupación primordial de nuestro más alto Tribunal separar los negocios fiduciarios de los simulados, rectificando cuanto era necesario la identificación entre unos y otros sostenida por el Tribunal de instancia o por la parte recurrente. Mas nótese—continúa—que, después de afirmada la distinción entre negocio simulado y negocio fiduciario, y reconocido que estos últimos son negocios con causa, queda intacto el problema de *cuál sea esa causa* del negocio fiduciario, y justamente es éste el problema que tanto se ha discutido en la doctrina italiana, singularmente en los trabajos de Segré, Cariota-Ferrara y Grasseti.

A nosotros, más que el texto de Segré, que transcribe el docto maestro, nos ha impresionado lo escrito por Cariota al respecto (6), cuando dice «que si el simple fin de fiducia puede constituir causa bastante para justificar la conservación del efecto real del *negocio abstracto*, no puede decirse lo mismo en cuanto a los negocios causales; en éstos la causa no es un elemento extraño al negocio que por ella tiene lugar, sino que se convierte en elemento esencial y alma del propio negocio, y, por consiguiente, determina directamente la naturaleza de éste, sus límites y sus efectos, en plena correspondencia, en conformidad absoluta, con su propia índole. El fin de garantía o de administración, configurado como *causa fiduciae*, y que se refleja en una relación obligatoria, no puede ser causa idónea para la transferencia del derecho de propiedad, porque se tendría, en el ámbito del negocio, una disonancia íntima que lo convertiría en un negocio ambiguo, en un negocio en discrepancia consigo mismo, porque estaría en contraste con su causa, con la cual debe estar conexo e identificado».

¿Será por esto que parece admitir para nuestro Derecho el traductor y adaptador de Cariota-Ferrara, ilustre civilista don Manuel Albaladejo (7), por lo que nuestro Centro expresa «que no parece aconsejable esa segunda enajenación» que realiza en el caso examinado la supuesta fiduciaria?

Porque la realidad es que el problema de «cuál sea la causa» del negocio fiduciario no lo vemos superado.

(5) Pág. 24, ob. cit. precedentemente.

(6) *El negocio jurídico*. Madrid, 1956, págs. 201 y sigs.

(7) Pág. 201, ob. cit.; aunque en el trabajo antes meritado,—*La causa*—parece disentir de tal postura, como después se indica

Bonet Ramón (8) dice que nada obsta en nuestro ordenamiento a la validez del negocio fiduciario. El número de causas justificativas de los negocios traslativos no es, según nuestro Código, un *numerus clausus* limitado a las *causas credendi, donandi et solvendi*. Pueden añadirse otras, y entre ellas también la *causa fiduciae*, que en último término puede entenderse comprendida entre las *causas credendi*, porque confiarce es creer (9).

Para Navarro Martorell (10), «el negocio fiduciario complejo es un negocio normalmente causal, que consta de dos contratos: uno de transmisión real abstracto (en el sentido de que la causa reside fuera de él, no de que no tenga causa) y otro obligatorio causal, en el que se expresa la causa de los tres—los dos simples y el complejo—, que es única, y denominada *causa fiduciae*».

Según Juan B. Jordano (11), el hecho de que la *causa fiduciae* sea autosuficiente, tiene la máxima trascendencia en nuestro ordenamiento—donde, según la opinión más autorizada, para los negocios traslativos rige el sistema de la *causa habilitante*—porque si no, el negocio fiduciario resultaría inadmisible, en faz del Derecho positivo español, ya que la abstracción procesal de la causa—única que permite el art. 1.277 del C. c.—requiere, en definitiva, su existencia y aptitud para el efecto pretendido (en este caso, para la transmisión de la propiedad).

De acuerdo con nuestra tesis—continúa—el negocio fiduciario sería admisible, por estar basado en una causa atípica, vecina de la *causae credendi* (*do ut reddas tantundem iusdem generis*), consistente en el juego de una prestación o atribución patrimonial frente a la promesa—obligacional—del fiduciario de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa recibida con todos sus aumentos (*do ut reddas idem*), causa que es hábil para transmitir el dominio, por exigirlo así el especial propósito económico-social que ambas partes pretenden.

Roca dice concretamente (12) que en nuestro sistema los ne-

(8) Comentario a la sentencia de 28 de enero de 1946, «Rev. de Der. Priv.» dicho año, pág. 196.

(9) Puede consultarse también el comentario del ilustre Profesor a la sentencia de 24 de mayo de 1944, en igual Revista, págs. 859 y sgs., de ese año.

(10) *La Propiedad Fiduciaria*, pág. 119. Barcelona, 1950.

(11) *Propiedad Fiduciaria y Negocio Fiduciario*, «Anuario de Derecho Civil», págs. 1258 y sgs., t. III, fasc. IV.

(12) *Derecho Hipotecario*, t. II, edic. V, pág. 226.

gocios fiduciarios son *causales*, pues el fin que con ellos buscan las partes (*scopo fiduciae*) tiene suficiente consistencia para constituir la *causa fiduciae*, fundamento de la transmisión operada.

Garrigues (13), después de escribir que es curioso observar que mientras la doctrina italiana, formada con la mentalidad del negocio causal como base de la contratación, se ha inclinado hacia la naturaleza abstracta del negocio fiduciario, en tanto que la alemana, a la que es familiar el concepto de negocio abstracto, ha visto certeramente que el negocio fiduciario tiene carácter causal y ha indicado hace tiempo cuál puede ser la causa de este negocio; Garrigues—repetimos—dice que no falta en nuestro Código civil una base para reconocer en el propio artículo 1.274 la causa propia de los negocios jurídicos, en las que la prestación se justifica por la adquisición de un derecho y no por la extinción de una obligación (*causa solvendi*), ni por el enriquecimiento del otro contratante (*causa donandi*). Según el artículo citado—añade—, la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa en los contratos onerosos. Este servicio consistiría, en nuestro caso, en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho, conforme a las instrucciones del fiduciante, y de restituirlas de acuerdo con sus instrucciones. La *causa fiduciae*, identificada con la finalidad de mandato o de garantía, visible en el negocio obligatorio, es la que constituye la causa de ese negocio complejo que llamamos fiduciario.

El citado Jordano, en otro lugar (14), después de destacar la especial fisonomía del *scopus fiduciae*, que es atípico, en el sentido de que no corresponde a ningún tipo de negocio contemplado por el ordenamiento jurídico, señala que el negocio fiduciario moderno es relativamente abstracto o causal...

Para Albadalejo (15) la tesis acertada es la validez del negocio fiduciario, apoyada en la validez de la atribución fiduciaria, como atribución causal, cuya causa es la *causa fiduciae*. La basa principalmente en que el fiduciante—que con su *animus donandi* justificaría el traspaso del derecho, *causa donandi*—puede, sin duda

(13) Ob. cit., págs. 28 y 29.

(14) *Sobre el negocio fiduciario*, «Anuario de Derecho Civil», t. III, fasc. I, pág. 344. Puede verse, del mismo autor, en «Rev. de Der. Priv.», marzo 1958. *El negocio fiduciario* (Introducción).

(15) Trab. cit., pág. 328.

—a tenor de la libertad que el art. 1.255 le concede—, situarse en una posición *de riesgo*—de que su confianza se vea defraudada—que, en todo caso, le es menos gravosa que el desprenderse del derecho liberalmente. Las obligaciones que a favor del fiduciante contrae el fiduciario, reforzadas por el *animus fiduciae* de aquél, constituyen la *causa fiduciae*, causa bastante para fundamentar la atribución al fiduciario del derecho admitido.

¿Pero no parece—diríamos nosotros—que estos negocios están a mitad de camino—valga la expresión—de los dos fundamentales, abstractos y causales? Requieren causa—*causa fiduciae*—. Pero como requisito de perfección, que luego, ulteriormente, se diría esfumarse hasta el punto que el negocio, en sus efectos, se *desenvuelve* poco menos que como los abstractos. Incluso la acción del fiduciante puede estimarse que tenga mucho que ver con la del enriquecimiento sin causa o *condictio* (cfr. anotadores de *Ennecerus*, lugar nota 2, y Roca (16).)

Y acaso por esto sea por qué la doctrina italiana se incline a considerar el negocio fiduciario como abstracto, en tanto que la alemana—por su punto de honor de sostener la pureza de éste—lo haya dibujado como causal.

Tiene, pues, razón, Roca Sastre cuando dice (16 bis) que, puesto a reformar el legislador (en 1909) el art. 45 de la Ley, debía haber abarcado el problema íntegro de la repercusión que el pacto fiduciario puede tener en la transmisión de dominio operada. Consecuencia de ello es la posibilidad de que en la adjudicación se *reglamenten* los poderes dispositivos del adjudicatario, en cuyo caso a ello deberá *atenerse*. De ahí la resolución de 17 de octubre de 1919, citada en sus *Vistos por la Dirección*, que alude al supuesto de que se limite la transferencia, con la obligación de rendir cuentas, devolver el exceso, *enajenar a persona determinada* u otra restricción análoga, en el que sin duda encuentra apoyo para decir ahora «que las limitadas facultades de que aparece investida (la viuda) en la adjudicación a su favor, reduce la posibilidad de que pueda disponer eficazmente de la cosa transmitida» (*in fine*, último considerando).

Por otra parte, la paridad—casi más que analogía—de la rea-

(16 y 16 bis) *Derecho Hipotecario*, t. III, 1954, págs. 107 111 y 112, respectivamente.

lidad del caso con el apartado 1.^o del párrafo 5.^o del art. 20 de la Ley Hipotecaria (ratificación por los herederos de contratos privados otorgados por el causante) induce a que no se extralimite lo *querido* estrictamente por todos éstos—la venta a persona determinada—en el acto particional, pues ello alteraría—dice asimismo la Dirección—profundamente, en su perjuicio, los fundamentos del negocio.

Resumiendo cuanto va dicho, ello es, que, como señala Ortega Pardo (17), al tratar de separar el negocio indirecto del fiduciario (18), examinadas las diversas opiniones sobre este último de los autores, para unos es abstracto, otros le califican de causal simulado, en tanto el resto lo considera causal, con adición de estipulaciones o atípico. Todo lo cual revela lo difícil que se presentará en múltiples casos ver con nitidez «cuál sea la causa del negocio fiduciario» para poder superar el problema de su validez en nuestro sistema causal, como arriba indicamos, y que en el presente, quizás pensando en su atipicidad (19), abordó con fino tacto jurídico el Notario recurrente, inducido, además, sin duda por un fin práctico inmediato: que la finca, ya dividida, constase registralmente a favor de sus actuales propietarios.

Ahora nos toca esperar la repercusión de la decisión de nuestro ilustrado Centro en nuestra cotidiana función y ver cómo de nuevo haya de plantearse el problema.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad

(17) *Donaciones indirectas*, págs. 926 y 928, «Anuario Derecho Civil», t. II, fasc. III.

(18) En la doctrina española—dice en nota de la pág. 926, trab. cit., expresado por Ortega Pardo—Hernández Gil y Castán se inclinan a encuadrar dentro del indirecto al negocio fiduciario; véanse del primero su Comentario a la sentencia de 25 de mayo 1944, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 1954, págs. 700-701; y de Castán, *Derecho Civil (Registros)*, 3.^a edic., v. I, apéndice, 1945, págs. 155-161.

(19) O *Atipicidad de la causa*, según Garrigues, pág. 44, ob. cit.