



**FACULTAD DE DERECHO**

**GARANTÍA ATÍPICAS, PACTO COMISORIO Y CAUSA  
DE LA INSCRIPCIÓN**

**Autor: Santiago Muñoz Fernández**

**5º E-3 B**

**Tutor: Iñigo Alfonso Navarro Mendizábal**

**Área de Derecho Civil**

**Madrid**

**Mes y año**

## Tabla de contenido

<b>I. INTRODUCCIÓN.</b>	<b>3</b>
<b>II. GARANTÍAS ATÍPICAS</b>	<b>4</b>
1. Configuración	4
2. Pacto comisorio	4
<b>III. MECANISMOS DE FRAUDE</b>	<b>5</b>
1. Dación en pago	6
2. Compraventa con pacto de retroventa	9
3. Opción de compra en garantía	10
4. Arrendamiento financiero de retorno o lease back	11
4.1. Concepto	11
4.2. Problemática	11
4.3. Elementos	13
4.4. Conclusión	14
<b>IV. LA CENTRALIDAD DE LA CAUSA EN EL PROBLEMA DE LAS FORMAS ATÍPICAS DE DERECHO REALES</b>	<b>14</b>
1. Negocios jurídicos anómalos	14
2. El negocio indirecto	15
3. El Negocio fiduciario	16
4. Caso particular: Venta en garantía	17
5. La causa como forma de evitar el enriquecimiento injusto	20
<b>V. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y SU LÍMITE</b>	<b>21</b>
1. Concepto	22
2. Medios para la calificación	22
3. La causa y la inscripción	23
3.1. El problema del consentimiento formal	25
3.2. El consentimiento sin causa y las modificaciones registrales	26
4. Artículo 18 LH	27
5. Teoría del control de legalidad del registro	29
6. Constitucionalización del principio de legalidad registral	29
<b>VI. CONCLUSIÓN</b>	<b>29</b>
<b>VII. Bibliografía</b>	<b>30</b>
1. Jurisprudencia	31

## I. INTRODUCCIÓN.

Los derechos reales de garantía cumplen una función esencial en el tráfico jurídico al permitir que el acreedor pueda perseguir no solo todos los bienes afectos al patrimonio del deudor, sobre la base de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil (en adelante CC), sino que aumenta el patrimonio específico que es perseguible, mejorando así la garantía del cumplimiento de la obligación (Diez-Picazo & Gullon, 2019, pp. 128-135).

Las garantías reales recaen sobre cosas ciertas y es fundamental su oponibilidad *erga omnes*. Esta característica es lo que las hace singulares con respecto al resto de garantías personales, pues enfatizan la nota de seguridad al determinar que el bien afecto por la garantía real puede ser objeto de agresión por el acreedor, cualquiera que sea la persona que ostente dicho objeto (Diez-Picazo & Gullon, 2019, pp. 128-135).

Estas figuras no han sido impasibles ante el transcurso del tiempo. Durante la época de la codificación nos encontramos con los derechos reales de garantía en función de la naturaleza de los bienes afectados: muebles o inmuebles. Sin embargo, desde finales del siglo pasado, debido a las necesidades de fomentar el desarrollo del crédito y a la aparición de bienes, que pese a ser muebles, son fácilmente identificables, han ido evolucionando. De esta forma, surgen figuras como la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, aquella para los bienes muebles identificables y esta para los bienes que no son fácilmente identificables (Diez-Picazo & Gullon, 2019, pp. 128-135).

En este sentido, el tráfico jurídico ha hecho que surjan diversas fórmulas legales que en la práctica cumplen la función de una garantía, tal es el caso de las garantías atípicas, en su gran amplitud de libertad configuradora y los actos con trascendencia real. Esto trae consigo evidentes ventajas para las partes contratantes, pues aumenta el número de instrumentos jurídicos que usar para el fin que se persigue, pero, por otro lado, no en pocas ocasiones se usan para violentar normas de derecho imperativo.

## II. GARANTÍAS ATÍPICAS

### 1. CONFIGURACIÓN

En cuestión de derechos reales se tiene la percepción de que nos encontramos con un sistema de *numerus clausus* y no de *numerus apertus*. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el legislador, al hacer alusión a los derechos de garantía, incluyendo a los reales, no enumera una lista cerrada, sino que se hace mediante fórmulas abiertas. Esta última cuestión la podemos observar en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH) cuando alude a: “hipoteca o cualquier forma de garantía real” (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, pp. 359-372).

En añadido, refuerzan esta idea varias cuestiones como son: las normas que regulan las garantías típicas (hipoteca, prenda y anticresis) permiten un notable margen de actuación en cuanto a su modificación; la existencia de fórmulas legales que constituyen en última instancia una forma de garantía real, y en general, que los derechos reales puedan usarse en función de garantía recortando su contenido. (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, pp. 359-372).

Así las cosas, existen actos de trascendencia real que modifican el contenido típico de los derechos reales y cuya finalidad no es otra que servir de garantía al acreedor. Sirva de ejemplo la transmisión del dominio bajo condición resolutoria o bajo condición suspensiva. De esta forma se permite que los créditos estén reforzados frente a un posible incumplimiento, pero para gozar de un derecho de realización del valor preferente, el régimen que se debe seguir es el del derecho de prenda e hipoteca. (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, pp. 359-372).

Surgen así las garantías atípicas que, con frecuencia, son usadas de forma fraudulenta con el fin de que el acreedor se apropie del bien garantizado en caso de incumplimiento (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, pp. 359-372).

### 2. PACTO COMISORIO

Esta apropiación iría en contra de la tradicional prohibición del pacto comisorio recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 1.858 del CC, siendo aplicable también a la prenda, hipoteca, y el resto de garantías reales que se puedan constituir.

El fundamento de esta prohibición radica en la protección que nuestro ordenamiento proporciona a la parte débil de la relación jurídica, esto es, al deudor, que puede verse forzado a entregar una cosa de más valor que la cuantía de la propia deuda. No obstante, de esta forma no solo se protege al deudor de posibles abusos, sino también al resto de acreedores del deudor que tienen derecho a cobrarse sobre lo que reste del valor del bien una vez se pague al acreedor (Diez-Picazo & Gullon, 2019, pp. 128-135).

Así, la ley articula un procedimiento específico para la ejecución del bien dado en garantía que asegura un precio correcto, objetivo y de mercado. De esta forma, no son válidos y eficaces los pactos por los cuales el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación por el deudor, pueda apropiarse del bien garantizado mediante el pago de un precio pactado con anterioridad, pues escapa del procedimiento de valoración que impone la ley (Diez-Picazo & Gullon, 2019, pp. 128-135).

No obstante, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP), en una resolución de 13 de julio de 2022 estableció que, estando el pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento, “es admisible el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor”, esto es, mediante procedimientos objetivos (García Valdecasas Butrón, 2022)

Estos procedimientos objetivos podrían ser por estimación pericial o remitiéndose a índices objetivos, como los de un mercado de valores determinado, como se menciona en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1997.

En fin, mediante la configuración de estas nuevas formas de garantías alternativas o garantías atípicas, se intentan burlar en considerables ocasiones la prohibición del pacto comisorio, considerándose todos ellos fraudulentos con la consiguiente sanción de nulidad.

### **III. MECANISMOS DE FRAUDE**

En los siguientes apartados se analizarán diferentes estrategias seguidas en el tráfico jurídico para violentar la prohibición del pacto comisorio. En ocasiones, puede pensarse

que no existe un fin fraudulento, pero como aclara Albaladejo (1958), la nulidad de estos negocios es independiente de que el sujeto haya tenido o no ánimo de defraudar, pues lo que está proscrito es el resultado, y no su obtención con propósito fraudulento (p. 217).

En este sentido, dado que el negocio realizado persiguiendo claramente un fin prohibido por la ley, es invalidado por esta, caben dos caminos tendentes a evitar esta situación: ocultarlo bajo una falsa apariencia de perseguir otro fin (simulación), o realizar un negocio o negocios que, amparándose en normas dictadas con finalidad distinta, alcancen el resultado prohibido (negocio en fraude de ley). En el primer caso, el negocio simulado es nulo y el disimulado válido, y en el segundo caso, el negocio en fraude de ley, también está sancionado con nulidad (Albaladejo, 1958, pp. 175; 216-217).

## 1. DACIÓN EN PAGO

La dación en pago es un negocio de pago por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, con el propósito de que este último aplique el bien recibido a la extinción de la obligación entre ambos (STS de 5 de octubre de 1987).

En este tipo de negocio jurídico es usual que, para ocultar un pacto comisorio, se acuerde una dación en pago en el mismo momento de otorgamiento del préstamo para así, en caso de incumplimiento por parte del deudor, que éste cumpla entregándole la cosa. El problema es que este convenio no se adopta con el fin de compensar de otra forma al acreedor, sino que se realiza antes de que la obligación esté vencida, líquida y exigible, por lo que se puede afirmar que la transmisión del dominio es lo que se ha querido como garantía de la obligación (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, pp. 359-372).

La Sentencia del Tribunal Supremo 141/2013 de 1 marzo (RJ\2013\2280) aborda esta cuestión al resolver un conflicto entre la entidad PONT DE GENEVE 2.000, S.L y la persona física doña Eugenia. En este caso, se celebró un negocio jurídico por el cual la sociedad, “en concepto de pago por tercero” consignó la cantidad de 280.512'33 € en el Juzgado de 1ª Instancia de Requena para evitar una subasta y levantar el embargo de la finca propiedad de doña Eugenia, que estaba embargada por dicho juzgado. A su vez, doña Eugenia transmitió en “concepto de dación en pago de la deuda” a la sociedad mencionada de la finca, con el pacto de retroventa por el que podía recobrar la misma si en el plazo de tres meses le reembolsaba aquella cantidad, más la de 14.000 €; si no lo

hacía, quedaba la finca en propiedad de la sociedad. Trascurrido el tiempo, no se realizó el pago, por lo que no se hizo efectiva la acción de retracto. Así, la sociedad en cuestión interpuso demanda en la que interesaba de forma principal, la entrega inmediata de la posesión de la finca, así como al otorgamiento de escritura de dación en pago o elevación a público de contrato privado.

El Tribunal Supremo acepta y confirma la calificación de la dación en pago celebrada como simulada, pues encubre en realidad un préstamo ya que no se trata de una deuda que se paga con una dación en pago, sino que el que figura como acreedor es en realidad un prestamista que le levanta un embargo y el importe es el objeto del préstamo con un interés del 20% anual y con un plazo verdaderamente exiguo (tres meses), haciendo suya la finca, si no le devuelve el dinero prestado, que figura como dación en pago y se formula como pacto de retroventa. El tribunal señala que no cabe considerar que este préstamo tenga una garantía real, esto es, el prestamista no tiene una garantía, sino una expectativa de hacer suya la finca que era objeto de la simulada dación en pago.

Además, añade que, haciendo uso de la figura de la dación en pago, se encubre un pacto comisorio puesto que si la prestataria (con la simulación de la dación en pago) no cumple la obligación de pago, se consuma la transmisión de la propiedad de la finca objeto de la dación en pago a la sociedad PONT DE GENEVE 2.000 S.L.

Por otro lado, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su resolución de 20 julio de 2012 (RJ\2012\10097) ya introduce en este tipo de cuestiones el problema fundamental de la causa, que más adelante se tratará. El asunto en cuestión llega a este centro directivo tras una calificación negativa por parte de la registradora de la propiedad de Barbate en una escritura en la que la sociedad Estudios Alga, S.L. reconoce adeudar a la entidad Golf Jandía, S.L. la cantidad de ciento cincuenta mil euros, en concepto de préstamo, y la primera, se obliga a devolver la cantidad adeudada en el plazo de treinta días naturales, a contar desde la firma de la escritura junto con treinta mil euros de intereses. Las partes convinieron una cesión en pago de deuda asumida, por el importe de ciento ochenta mil euros, de una finca rústica propiedad de Estudios Alga, S.L., sociedad deudora, a favor de la acreedora Golf Jandía, S.L., sometida esta cesión a condición suspensiva, de manera que quedará sin efecto la mencionada cesión en el caso de que llegado el día acordado, la entidad Estudios Alga, S.L. hubiera abonado a la entidad la cantidad de ciento ochenta mil euros, y que en el caso de no realizarse el pago de la deuda

en los términos indicados, la cesión en pago de deuda se haría eficaz, adquiriendo la entidad Golf Jandía, S.L. el pleno dominio de la finca cedida.

En este caso, el centro directivo confirma la calificación de la registradora. Afirma este centro que el efecto consustancial a toda dación en pago de deuda es la extinción de un crédito preexistente a cambio de la entrega de un bien, y no se produce más que de modo indirecto y sólo para el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada. En otras palabras, “que la dación en pago se produce cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida”. Sin embargo, en este caso, la obligación no está vencida, líquida y exigible.

Además, afirma que:

En el ínterin hasta que la total obligación se torne exigible, la transmisión dominical ni se perfecciona, ni en la forma condicional en que se pacta tiene más justificación que la de servir de garantía a una obligación y, [...] esta finalidad no tiene virtualidad suficiente para justificar una transmisión del dominio; sino, a lo sumo, una titularidad real distinta y limitadora del dominio (que sigue permaneciendo en el deudor) y que en todo caso deberá respetar la aludida prohibición legal del pacto comisorio (Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 julio de 2012 RJ/10097).

Con todo, la Dirección General precisa que no es suficiente la voluntad común de transmitir y adquirir para conseguir el efecto de transmisión de la propiedad, pues es necesario, además de la teoría del título y el modo, la concurrencia de una causa suficiente del fin que persiguen las partes contratantes. Y en este caso, la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar, en función de garantía, a consolidar en caso de incumplimiento de la obligación, lo que es contrario a la prohibición del pacto comisorio que recogido en los artículos 1.859 y 1.884 del C.C. (Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 julio de 2012 RJ/10097).

## 2. COMPRAVENTA CON PACTO DE RETROVENTA

El pacto de retroventa, pacto de retro, o carta de gracia es el aquel pacto por el cual se perfecciona una compraventa que, junto a sus elementos esenciales, encontramos uno accesorio, un pacto por el que el vendedor puede recuperar lo vendido. Este pacto debe realizarse en el mismo negocio jurídico, puesto que, si se realiza después de la adquisición del dominio por parte del comprador, estaríamos ante una opción de compra. En esta misma línea, podrá incluso calificarse como pacto de retro a aquél que se instrumente en documento distinto de la venta, siempre que ambos constituyan piezas del mismo mecanismo negocial (Rubio Torrano, 1990, pág. 1370).

Este contrato iría en contra de la prohibición del pacto comisorio si la voluntad de las partes fuera distinta de la de intercambiar una cosa por precio, aunque pudiera recuperarla para sí el vendedor. Así, en ocasiones, esta compraventa oculta un préstamo, siendo la compraventa el negocio simulado y el préstamo el negocio disimulado. De esta forma, el vendedor en realidad es el prestatario y el comprador el prestamista, y este último adquirirá el dominio del bien entrado en la compraventa si el deudor-vendedor no cumple entregándole la cantidad prestada. (García Valdecasas Butrón, 2022).

Por tanto, en otras palabras, si el comprador hace uso de esta figura con el propósito de garantizar con ella un crédito contra el vendedor, nos encontraríamos ante una garantía con pacto comisorio. Existen algunos síntomas que pueden indicar que nos encontramos ante esta problemática, como son: un precio módico, que la cosa quede después de la venta en posesión del vendedor, o que el precio para ejercer la retroventa crezca con el paso del tiempo, asimilándose a intereses (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, p. 369).

Como apuntó la resolución de la DGSJFP en su resolución de 5 de junio de 1991 (RJ 1991/4649), en la venta con pacto de retro, el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa enajenada a voluntad y dentro de los plazos estipulados y no contrae por ello, y de presente, obligación alguna con el adquirente.

Sin embargo, es aquí donde parece que se halla la clave, en que el vendedor se obligara a devolver lo que recibe del comprador, porque en tal caso, tendríamos un negocio en que, si el vendedor incumple su obligación, el comprador podría optar por exigir el cumplimiento forzoso del crédito, o bien, hacer suya la propiedad del bien. Es decir, en realidad no sería el vendedor quién se ha reservado la posibilidad de recuperar el bien

enajenado, sino que estaría obligado a pagar y con ello recuperar la cosa, en caso contrario, la perdería (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, p. 369).

Para detectar este negocio fraudulento, es necesario analizar la operación de un modo global, y no de manera separada, en coherencia con su carácter unitario, y en base a la efectiva finalidad perseguida por las partes, que en estos casos, se aduce que la verdadera voluntad no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva, sino una transmisión provisional a consolidar en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor-vendedor (Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 5 junio de 1991 RJ/4649).

### 3. OPCIÓN DE COMPRA EN GARANTÍA

Según Díez-Picazo y Gullón, la opción de compra es la facultad que el propietario de una cosa concede a otro para adquirirla, pagando el precio pactado y lo demás que se hubiese estipulado. Una vez que se ha ejercitado la opción, el proyectado contrato de compraventa queda perfeccionado, sin la necesidad de que el propietario otorgue un nuevo consentimiento, quedando obligado a cumplirlo (2019, pp. 214-215).

La sistemática consistiría en la concesión al acreedor de un derecho de opción que, si ejercita, no le supone ningún desembolso, pues el precio de la compraventa sería el importe de la cantidad adeudada e impagada. Así, la opción de compra se concede al acreedor-comprador en función de garantía del cumplimiento del deudor, que, en caso de no hacerlo, el acreedor ejercería la opción apropiándose del bien (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, pp. 369-370).

Podemos mencionar la resolución DGSJFP de 26 de noviembre de 2008 (RJ\2009\1461) en la que las partes hacen uso de la figura de las obligaciones al portador para posibilitar que se silencie el titular del crédito a garantizar. No obstante, el centro directivo resuelve que:

La explícita conexión en el título calificado entre el derecho de opción -su ejecución y su extinción- y las vicisitudes de las referidas obligaciones previamente emitidas, así como la coincidencia entre el importe del capital de la emisión y el precio convenido para el caso de compra, en conjunción con la

previsión de descuento o retención de las cantidades a que asciende la carga preexistente, evidencian que la finalidad exclusiva de aquel derecho es la de posibilitar el acreedor insatisfecho la apropiación del bien en cuestión en pago de su crédito.

#### 4. ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE RETORNO O LEASE BACK

##### 4.1. Concepto

El *lease back* o arrendamiento financiero de retorno es un contrato en virtud del cual una empresa vende un bien de su propiedad, de naturaleza mueble o inmueble, a una empresa de leasing, la que, simultáneamente, le concede en *leasing* el uso de este bien, contra el pago de un canon periódico, durante un plazo determinado, y al final del cual le otorga la opción de comprar el bien, previo pago del valor residual preestablecido, de prorrogar el contrato o devolver el bien (Leyva Saavedra & Candelario Macías, 2000, p. 218).

Se trata pues de un contrato de financiación, surgido a raíz de la necesidad de contar con fuentes de financiación alternativas a las instituciones de crédito tradicionales, mediante el cual, una empresa de *leasing* financia, con medios diferentes a los tradicionales, la actividad de otra empresa dedicada a la producción de bienes o a la prestación de servicios (Leyva Saavedra & Candelario Macías, 2000, p. 226).

##### 4.2. Problemática

La cuestión problemática radica en que, tal y como estableció la importante STS de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494), es preciso examinar las características de cada contrato de manera individual para discernir si nos encontramos ante un contrato de *lease back*, o de un préstamo garantizado mediante la transmisión de la propiedad, para lo cual el tribunal estableció una serie de elementos que deberían concurrir.

Así, en la citada sentencia, se comienza por diferenciar un contrato de *leasing* estrictamente, de uno de *lease back*. El primero, también llamado de arrendamiento financiero, constituye una figura por la que el arrendador financiero, siguiendo las instrucciones del arrendatario, adquiere de un tercero determinados bienes, eminentemente industriales o comerciales, y manteniéndolos en su propiedad, los pone a

disposición del arrendatario para su uso, con la contraprestación del abono de determinadas cuotas periódicas mientras dura el arrendamiento del bien, además de concederle al arrendatario la opción de comprar el bien por la cantidad que se determine como valor residual.

Dicho contrato, prosigue el tribunal, a pesar de oposiciones doctrinales, se ha venido reconociendo por la jurisprudencia su virtualidad a la hora de transmitir el dominio del bien, es decir, que se considera que la causa del contrato no es la adquisición de la propiedad por parte de la empresa de *leasing* como garantía.

Sin embargo, plantea mayores problemas el supuesto en el que el contrato de *leasing* aparece unido a una operación previa de compraventa de un bien, el conocido como *lease back*, propiedad inicialmente del arrendatario financiero, en favor del arrendador financiero, puesto que en estos casos -cuyo acercamiento la figura del préstamo y la consiguiente facilidad para eludir la prohibición del pacto comisorio es evidente-, se ha planteado **si subsiste la autonomía causal del contrato** de *leasing* o, por el contrario, debe considerarse que la operación, que la empresa utiliza como un medio para conseguir liquidez mediante la movilización de su patrimonio, envuelve un contrato de préstamo disimulado en virtud de una *fiducia cum creditore* que respalda la transmisión de la propiedad de manera puramente formal a los efectos de garantizar el pago de la deuda (STS de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494)).

Se afirma que, en general, que en el *lease back*, aunque falte el requisito de la intervención de un tercero que le venda el bien al arrendador financiero o empresa de *leasing*, se mantienen la finalidad económico-social propia del contrato de *leasing* siempre que se mantengan los rasgos teleológicos propios de esta figura (STS de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494)).

En este sentido, como se mencionó anteriormente, es necesario tener en cuenta determinados elementos, cuya concurrencia o no determinan que pueda sostenerse la existencia de un contrato de *leasing* o, por el contrario, conducir a la conclusión de que se trata de un negocio de fiducia en que la transmisión de la propiedad tiene lugar a los meros efectos de garantía de un préstamo, con la consiguiente vulneración de la prohibición del pacto comisorio (STS de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494)).

### 4.3.Elementos

En la sentencia que se ha mencionado *supra*, se indican una serie de elementos indiciarios de que la finalidad perseguida es la de un contrato de arrendamiento financiero de retorno, dichos elementos son los siguientes:

- Primero. Que el arrendador financiero sea una empresa dedicada habitualmente a la concertación de contratos de esta naturaleza con las debidas autorizaciones.
- Segundo. Que el arrendatario sea persona física o jurídica dedicada a la realización de actividades mercantiles comprendidas en el ámbito del objeto del contrato.
- Tercero. Que la naturaleza del bien objeto del contrato sea apta de manera instrumental para la realización de las actividades a las que se dedique el arrendatario y no se use para fines privados.
- Cuarto. La existencia de una compraventa previa ligada al arrendamiento financiero posterior y la consiguiente obtención de liquidez por la parte arrendataria.
- Quinto. Que se procure la continuación en el uso del bien por parte del arrendatario financiero en condiciones favorables desde el punto de vista fiscal o mercantil y compatibles con la obtención de liquidez para la realización de sus operaciones.
- Sexto. La existencia de una razonable duración del contrato en atención a su finalidad, que pueda ponerse en relación con la regulación de esta figura desde el punto de vista fiscal.
- Séptimo. El equilibrio entre el precio de la compraventa y el precio fijado en el arrendamiento financiero como valor del bien objeto del mismo, y la equivalencia entre las sumas establecidas con el valor real del bien.
- Octavo. El equilibrio de las prestaciones establecidas en función de la amortización del bien y de la carga financiera, teniendo en cuenta cuestiones como la naturaleza del contrato, las circunstancias económicas concurrentes, los tipos de interés habituales en operaciones de arrendamiento financiero similares o el carácter de bien mueble o inmueble.
- Noveno. La concesión de una opción de compra en favor del arrendatario financiero con la que podrá adquirir de nuevo el bien pagando el precio fijado como valor residual.

#### **4.4. Conclusión**

Con todo, como idea general, podríamos decir que la clave para estimar que existe fraude es si lo trascendente en el contrato es la necesidad de contar con el bien sobre el que se constituye el contrato, pues en tal caso, estaríamos ante un verdadero *leasing*. En caso contrario, todo apunta a que se estaría solicitando financiación para continuar con su actividad empresarial, con lo que estaríamos ante un préstamo con garantía comisoría prohibida. Así lo estableció la STS de 10 de febrero de 2005 (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, p. 370).

### **IV. LA CENTRALIDAD DE LA CAUSA EN EL PROBLEMA DE LAS FORMAS ATÍPICAS DE DERECHO REALES**

En esta problemática, que surge a raíz de las garantías atípicas, juega un papel relevante la causa del negocio jurídico, en tanto que sirve para evitar un enriquecimiento injusto y como indicador de legalidad a su llega al Registro de la Propiedad.

#### **1. NEGOCIOS JURÍDICOS ANÓMALOS**

Las formas de garantías atípicas ya vistas en el apartado anterior forman parte de los conocidos como negocios jurídicos anómalos. Según de Castro, este tipo de negocios son aquellos que suponen una deformación de la figura negocial, querida por quienes crean el negocio y hecha para escapar de la regulación normal, querida y ordenada por la ley del negocio. Entre los negocios jurídicos anómalos podemos encontrar los negocios simulados, indirectos, fiduciarios y fraudulentos, debiendo señalarse que estas anomalías no se excluyen entre sí, por lo que pueden encontrarse varios de ellos en un mismo caso (Registradores de Madrid, 2021).

No obstante lo anterior, no debe olvidarse que el sistema del Código Civil tiene propias y bien definidas características, como es atender a la causa concreta, lo que impide en nuestro ordenamiento amparar adquisiciones hechas de mala fe, sea cualquiera el artificio negocial empleado (de Castro y Bravo, 2016, pp. 330-331).

## 2. EL NEGOCIO INDIRECTO

Para introducir los mecanismos indirectos de burla del pacto comisorio, es oportuno mencionar la STS de 26 de abril de 2001 RJ 2001/2037 en la que dispuso, en relación con las garantías atípicas y la prohibición del pacto comisorio, que:

La referida prohibición del pacto comisorio no debe entenderse circunscrita a los contratos de garantía típicos, sino también a los **negocios indirectos** que persigan fines de garantía. De lo contrario, el principio de la autonomía de la voluntad [...] permitiría la creación de negocios en fraude de ley. Se tendría entonces, una vez descubierto el fraude, que aplicar la prohibición tratada de eludir, previa nulidad de las estipulaciones contraria al espíritu y finalidad de aquéllas (art. 6.4º. CC).

Pues bien, como resultado de lo anterior, parece prudente comenzar por definir lo que se entiende por negocio indirecto. Según ASCARELLI, hay un negocio indirecto “cuando las partes recurren en el caso concreto a un negocio concreto determinado, para alcanzar consciente y consensualmente por su medio fines diversos de aquellos típicos de la estructura del negocio mismo” (citado en de Castro y Bravo, 2016, p. 447).

De Castro (2016) es especialmente crítico con esta figura puesto que cree que son intentos de esquivar determinadas disposiciones por ser molestas, o para conseguir resultados prohibidos por las leyes. La cuestión de fondo es si pueden o no conseguirse los efectos prácticos propios de un tipo de negocio jurídico, escapando de la aplicación de las reglas propias de éste, mediante el uso de la estructura de otro tipo de negocio (pp. 443-448).

Sobre este tipo de negocios merodea siempre la sombra de realizarse en fraude de ley y adolecen de la dificultad técnica que supone tener que atender jurídicamente al resultado práctico propuesto, que se postulara jurídicamente inatendible, cuando este último no se realiza por abstención u oposición de una de las partes, y la otra reclama por ello (de Castro y Bravo, 2016, pp. 448-449).

En el fondo, el surgimiento del negocio indirecto, al igual que los mecanismos mencionados para burlar la prohibición del pacto comisorio, surgen de la misma fuente:

el ansia para romper las trabas que limitan la autonomía de la voluntad. De ahí que se critique que con este tipo de negocios se pretenda vaciar de contenido la causa como requisito del negocio (de Castro y Bravo, 2016, pp. 449-453).

La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión se basa, como se expone en la STS de 3 de mayo de 1955, en que cuando se usa un medio indirecto, se recomienda especial moderación en la facultad de calificar estos negocios jurídicos, debiendo atenderse a la misma finalidad de lo verdaderamente convenido. También, relacionándolo con el fraude de ley que puede suponer el negocio indirecto, la STS de 22 de diciembre de 1944 enseña, que, de modo general, no está permitido esquivar normas de derecho imperativo por medios indirectos, dedraudando la ley y lesionando el derecho de legitimarios y acreedores (de Castro y Bravo, 2016, pp. 456-457).

Por su parte, la doctrina moderna ha abandonado ya la posibilidad de que el negocio indirecto sea una categoría dogmática con plena sustantividad dado lo heterogéneo de sus supuestos y el difícil encaje en nuestro sistema causalista. Así Castán, atendiendo a su causa, distingue entre negocios fiduciarios (lícitos y válidos) y negocios fraudulentos (ilícitos e inválidos) (Registradores de Madrid, 2021).

### 3. EL NEGOCIO FIDUCIARIO

La doctrina del Tribunal Supremo entiende que aunque siendo un negocio indirecto, el negocio fiduciario es un negocio indirecto válido, pero advierte que tal validez se entenderá siempre limitada a que ella no suponga un fraude a la ley o a terceros (STS de 14 de diciembre de 1955).

Según Albaladejo (1958), por negocio fiduciario se entiende aquel por el que se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa 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 (p. 221).

Cuando se trata del negocio fiduciario, se acostumbra a decir que el fenómeno práctico a dilucidar se caracteriza por la incongruencia del medio jurídico elegido, la enajenación, y el fin económico o práctico perseguido, de garantía o administración. Fruto del estudio de esta figura, de su evolución doctrinal y en el plano legal, la función de este negocio no

permite que el fiduciario, como tal, adquiera la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada (de Castro y Bravo, 2016, p. 383 y 419).

Esto es así porque en nuestro derecho resulta inconcebible que un negocio con una causa fiduciaria, produzca junto a efectos fiduciarios una transmisión plena y definitiva de la propiedad, como se defendía por la teoría del doble efecto. En su lugar, se propuso la teoría por la cual el fiduciante retiene la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad formal, de esta forma, el fiduciante se mantiene como verdadero propietario de la cosa. Así, la propiedad no se entiende transmitida de modo definitivo, sino que está condicionada a su finalidad fiduciaria, consiguiendo armonía entre la causa y la eficacia del negocio (de Castro y Bravo, 2016, p. 421).

En fin, resulta trascendente el estudio de cada negocio que se presenta para determinar si es de carácter fiduciario o no, puesto que en ocasiones, se camuflan tras esta figura pactos comisorios instrumentalizados a través, por ejemplo, de pactos de retroventa. Para ello, habrá que atender a los hechos en cada caso concreto, y al verdadero propósito entre las partes. También, habrá que desechar aquellos negocios que puedan clasificarse dentro de otras figuras, como tiene lugar cuando hay un supuesto de mera simulación, de una mera venta, con o sin pacto de retro, de una novación, de una dación o adjudicación en pago, de préstamo o de mandato (de Castro y Bravo, 2016, pp. 439-441).

Con respecto a su distinción con la simulación, es preciso tener en cuenta que el negocio fiduciario es un negocio realmente querido por las partes, esto es, una de las partes verdaderamente pretende transmitir la propiedad a la otra parte (aunque con la intención de recuperarla posteriormente), a diferencia del negocio simulado, en el que se pretende únicamente crear una apariencia exterior, no coincidente con la voluntad real. En resumen, la posibilidad de confusión del negocio simulado con el fiduciario desaparece si se piensa que el segundo se compone de dos partes, la segunda de las cuales deja ver claramente la verdad del negocio; a diferencia del primero, simulado, cuya verdad no aparece del propio negocio (Albaladejo, 1958, p. 223).

#### 4. CASO PARTICULAR: VENTA EN GARANTÍA

Podemos decir que la figura de la venta en garantía es el paradigma de los negocios fiduciarios y a pesar de su denominación, no supone, en principio, una vulneración de la prohibición del pacto comisorio.

Así, la venta en garantía es un negocio jurídico particular que la jurisprudencia ha enfocado, generalmente, desde la perspectiva de su asimilación o subsunción en la categoría de los negocios fiduciarios, que son admisibles, y que, en principio, no viola la prohibición del pacto comisorio (García Valdecasas Butrón, 2022).

No obstante, según de Castro, se acude a ella para legitimar el artificio de los prestamistas, que desean contar con un procedimiento que les proporcione garantías más cómodas y enérgicas que las de la hipoteca y la prenda, para después, emplearse como explicación y medio de romper la apariencia de enajenación hecha por el prestatario y de lograr la restitución de los bienes confiados al prestamista (2016, p. 431).

El funcionamiento es el siguiente: el fiduciante-deudor-vendedor transmite la propiedad formal del bien sobre el que recae el contrato de fiducia al fiduciario-acreedor-adquirente con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así se asegura el fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció este negocio. No obstante, el fiduciario no se hace dueño del objeto transmitido, salvando la cuestión de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia (STS, 26 de Abril de 2001 RJ 413/2001).

De esta forma, el fiduciario no adquiere la propiedad material de la cosa confiada, sino que esta sigue siendo propiedad del fiduciante, aunque con la carga de haberla dejado en garantía al fiduciario, que queda en apariencia como su dueño, a lo que se le ha llamado, propiedad formal (de Castro y Bravo, 2016, p. 433).

Lo relevante de esta figura es que la falta de cumplimiento de la obligación por parte del deudor no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía, sino que este último ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo (STS, 26 de Abril de 2001 RJ 413/2001).

En otras palabras, lo que se pretende es poner la cosa a disposición del acreedor, en garantía de que cobrará, pero sin que se pueda apropiarse de la misma. De esta forma, se bloquea la titularidad del fiduciante y el acreedor se asegura así que esos bienes no pueden ser enajenados, teniendo ese bien como algo seguro contra el que dirigirse, además de que evita que otros acreedores puedan actuar sobre la cosa (Espejo Lerdo de Tejada, 2020, pp. 370-371).

De esta forma, la venta en garantía se configura como un negocio jurídico indirecto con fines de seguridad en el cual, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, que 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 adquiera 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 (STS, 26 de Abril de 2001 RJ 413/2001).

No obstante, existen ciertas reticencias hacia esta figura por la dificultad de discernir si realmente esconde un pacto comisorio o no, por ello, en 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 STS de 15 de junio de 1999 hace una síntesis de los distintos pronunciamientos de este tribunal bajo el enfoque de este negocio 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 fidei*, y que lo asimilan al negocio simulado (postura doctrinal rechazada por de Castro y a la que se ha acogido en resoluciones posteriores el propio tribunal). En la mayoría de estas sentencias se defiende que existe simulación atendiendo a la causa del negocio, argumentando que el propietario 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 ésta la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender* (Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Resolución de 20 julio de 2012 RJ2012/10097).

## 5. LA CAUSA COMO FORMA DE EVITAR EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Según hemos visto, en muchas de las ocasiones, la única manera de discernir si lo que se tiene delante es un negocio lícito y aceptado por el ordenamiento, o por el contrario, se trata de un negocio fraudulento, es la causa del mismo.

Según Díez Picazo, todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben tener una causa justa (Registradores de Madrid, 2021). Esta causa difícilmente podrá ser considerado como justa en aquellos casos en los que el acreedor se apropie del bien dado en garantía sin que previamente se realice una valoración objetiva del mismo, o sin que se produzca la ejecución del valor de este de acuerdo con la ley. Si se produce esta apropiación, el acreedor se quedaría en muchos de los casos con un bien que excede al valor de la deuda que estaba garantizando, lo que no parece justo. Además, supone una causa ilícita por contravenir la prohibición del pacto comisorio, esto es, por ser contrario a la ley o a la moral.

Es preciso hacer una aproximación a lo que se entiende por causa en los negocios jurídicos, para así, una vez identificada la verdadera causa pretendida por las partes, se imponga la sanción correspondiente a ese negocio, si es que resulta contraria a la ley.

La cuestión de la causa es objeto de grandes debates doctrinales en base a las diversas teorías que se formulan entorno a aquella. Dejando a un lado las teorías anticausalistas, encontramos tres planteamientos fundamentales:

Los defensores la **teoría objetiva** de la causa, entre ellos Domat y Pothier, que conciben la causa como la función económico-social típica del negocio que se realice, o lo que es lo mismo, el porqué jurídico objetivo propio y siempre igual en cada tipo de negocio que el derecho reconoce (Registradores de Madrid, 2021).

Por otro lado, la **teoría subjetiva** considera que la causa del negocio jurídico es la finalidad concreta perseguida por las partes en el negocio contemplado en particular e incorporada al mismo como elemento determinante de la declaración de voluntad. Así, se protege la moralidad de las relaciones jurídicas al poderse examinar la intención concreta perseguida por las partes y anular negocios objetivamente lícitos, pero cuyos móviles son ilícitos e inmorales (Registradores de Madrid, 2021).

La **teoría sincrética o armónica**, mayoritaria, según Castán, junto al fin que el negocio persigue en abstracto, hay que dar relevancia causal al propósito que indujo al sujeto a alcanzarlo cuando este propósito se incorpora al negocio, como razón determinante de la declaración de voluntad (Registradores de Madrid, 2021).

Nuestro Código Civil recoge un camino intermedio entre estas teorías, pues posee una concepción objetiva de la causa, pero también da trascendencia a los motivos o causa subjetiva, ya que exige que la causa sea lícita, requisito sólo explicable a través de la concepción subjetiva de la causa (Registradores de Madrid, 2021).

Pues bien, de los artículos 1.274 y ss. del CC, extraemos que en nuestro ordenamiento se exige que la causa exista, que sea lícita y veraz. De esta forma, en los mecanismos que hemos visto de burla de la prohibición del pacto comisorio, en la mayoría de ocasiones existe una causa falsa en los contratos puesto que la verdadera causa ha sido ocultada por la partes expresando en el contrato otra distinta de la realmente pretendida, dando lugar a una simulación relativa.

De esta forma, una vez descubierta la simulación, el negocio simulado no producirá efecto alguno por carecer de causa (artículo 1.275 CC), y el negocio disimulado, será nulo puesto que su causa es ilícita al esconder un pacto comisorio prohibido, pues conforme al sistema del CC, se requiere una causa lícita para que haya contrato (artículo 1.261 CC) (de Castro y Bravo, 2016, p. 249).

## **V. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y SU LÍMITE**

Los distintos negocios jurídicos que se han mencionado anteriormente que encubren pactos comisorios suponen un problema a su llegada al registro de la propiedad cuando se proponen para inscripción puesto que, la actuación del registrador de la propiedad se encuentra encorsetada por los límites que imponen las normas relativas a la calificación registral y en ocasiones resulta complicado o imposible dilucidar si lo que se esconde detrás de un negocio en concreto, es una conducta prohibida.

No obstante, es innegable la importancia del registro como controlador de la legalidad en este tipo de asuntos, estando en discusión el límite hasta el cual el Registrador de la

Propiedad puede llegar para hacer un juicio de legalidad del documento que está calificando.

## 1. CONCEPTO

La calificación registral es el examen, control o verificación, encomendado al Registrador de la Propiedad, de los títulos presentados a registración, a fin de comprobar la validez y legalidad de estos, constituyendo una de las fases del llamado procedimiento registral, así como el principal medio de actuación del principio de legalidad (Rodríguez Otero, 2021, pp. 71-72).

La función calificadora se caracteriza por: ser personalísima, pues el registrador ha de responder por sí, sin que pueda realizar una consulta a la DGSJFP en materia de calificación; ser independiente, ya que el registrador no está sometido a ningún superior jerárquico; ser obligatoria, pues existe la obligación de ejercer su función calificadora, a menos que exista razón fundada que le imponga abstenerse sin que, en general, pueda alegar su estado de duda al respecto; ser responsable, puesto que el registrador califica bajo su responsabilidad profesional y no bajo la del Estado; ser limitada a los efectos de practicar, suspender o denegar el asiento solicitado, por lo que no produce excepción de cosa juzgada; y por ser global y unitaria, global en el sentido de comprender todos los defectos advertidos y unitaria porque se realiza una sola calificación y no varias respecto al mismo asiento de presentación y los mismos documentos (Rodríguez Otero, 2021, p. 72).

## 2. MEDIOS PARA LA CALIFICACIÓN

La calificación extendida por el registrador de la propiedad se basa en lo que resulta de los títulos presentados y de los asientos que constan en el propio Registro. Para esta tarea, es medio de calificación no sólo el título base que se presenta, sino también los documentos complementarios. Además, el registrador, aparte de los documentos que le presentan, puede solicitar documentación complementaria con el fin de alcanzar la calificación registral más apropiada (Rodríguez Otero, 2021, p. 74).

En esta línea, el registrador podrá acudir a los asientos registrales, no solo de la propia finca, sino de cualquier otra, siempre que no esté cancelado. Así, para una mejor calificación, el registrador podría acudir incluso a un asiento de presentación posterior al del título objeto de calificación. En fin, el registrador no podrá servirse del conocimiento privado que haya obtenido por medios extraregistrales sobre el título a calificar (Rodríguez Otero, 2021, p. 74).

### 3. LA CAUSA Y LA INSCRIPCIÓN

El sistema español es un sistema causal, es decir, los negocios jurídicos lo son con justa causa y la falta de la misma es determinante de nulidad, actuando la necesidad de causa como límite a la autonomía de la voluntad. Para el Registro de la Propiedad, la causa importa como *causa traditionis* del mismo, como título por el cual se adquiere. Sin causa, la inscripción no protegerá al adquirente (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, pp. 407-408).

Así, a la llegada de los documentos al registro, se ha discutido tradicionalmente si es imprescindible la expresión de la causa en los mismos. La doctrina clásica lo ha exigido por las propias características del sistema, en tanto los registradores deben calificar la validez del acto dispositivo que se inscribe en base al artículo 18 de la LH. Esto es lo que permite llevar a cabo una calificación acerca de la suficiencia, adecuación y licitud de la causa (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, p. 408).

De esta forma, el Registro de la Propiedad ha sido un mecanismo desde el que se ha combatido el problema de la anomalía de las causas puesto que se han denegado la inscripción de aquellas atribuciones patrimoniales en las cuales no había causa suficiente, o esta se consideraba ilícita, tales como las ventas en función de garantía<sup>1</sup> o las adjudicaciones que encubrían pactos comisorios (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, p. 408).

Sin embargo, nos encontramos aquí con el problema de los medios de los que dispone el registrador a la hora de calificar con respecto a la causa, pues en ocasiones la verdadera

---

<sup>1</sup> Como (R. de 30 de junio de 1987), con pacto de retroventa (R. de 18 de octubre de 1994) o bien opciones en garantía (R. de 22 de septiembre de 1992), casos en los cuales la anomalía de la causa ocasiona la denegación de la inscripción (Rams Albesa, et al., 2021).

causa se haya encubierta bajo una simulación, y salvo información extra registral o indicios muy claros de fraude, será complicado apreciar el negocio fraudulento de fondo.

Como opinión discordante, nuestro sistema, en palabras de De Castro, admite una “abstracción procesal” o “abstención de la mención de la causa” en base al artículo 1.277 CC, con lo que siguiendo esta postura no sería necesaria expresarla en el título a inscribir. En cambio, la realidad práctica indica que sí es necesario puesto que en diferentes ocasiones la DGSJFP ha entendido que existe la necesidad de expresar la causa en los negocios jurídicos<sup>2</sup> (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, p. 409).

Por otra parte, en los casos en que exista contradicción en expresar la causa, calificando el negocio a veces de una forma y otra de otra (por ejemplo, compensación unas veces y otras condonación), se suspenderá la inscripción por falta de determinación, y no solo por afectar a la validez -derivado del principio de legalidad-, sino por no estar claro lo que se inscribe, derivado de las exigencias del principio de especialidad (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, pp. 409-410).

Si la calificación del negocio es diferente del contenido, si no hay duda de su verdadera naturaleza, se practicará la inscripción conforme a su contenido, y ello porque la determinación del contenido de la inscripción no es algo que dependa de las partes, si no que depende del registrador en cuestión, quién no puede poner defecto cuando la claridad sea incuestionable ni por falta de validez, ni por falta de claridad (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, p. 410).

Si estamos en un caso de simulación negocial, frecuente en los casos en los que se oculta un pacto comisorio prohibido, normalmente no se podrá apreciar dicha imperfección, y se practicará la inscripción en base a la causa expresada, sin perjuicio de que posteriormente se pueda impugnar (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, p. 410).

Por otro lado, en lo relativo a la protección del tercero subadquirente, esta se supedita a que haya adquirido a título oneroso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34 LH, lo que lleva a la DGSJFP a exigir que al menos el carácter de la adquisición quede claro en si se

---

<sup>2</sup> Exigiendo al menos una expresión de modo genérico, especificando si es oneroso o gratuito, en el caso de las adquisiciones por cónyuge, según las RR. De 29 y 31 de marzo de 2010 (Rams Albesa, et al., 2021).

trata de un negocio de carácter oneroso o gratuito (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, p. 410). Por tanto, queda claro que es necesaria la expresión de la causa en los títulos a inscribir con el fin de que se pueda proceder a su calificación.

Como se ha mencionado, es cierto que en determinados casos es posible inscribir una transmisión sin expresar la causa o título por el que se produce la transmisión, como ocurre los casos del llamado consentimiento formal (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, pp. 409-410).

### **3.1. El problema del consentimiento formal**

El consentimiento formal en el registro es aquel que se exige como formalidad para practicar una inscripción, sin entrar en consecuencia en la cuestión de la causa. Este es fruto de la influencia germánica en nuestro derecho hipotecario (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, pp. 411-415).

A pesar de que nuestro sistema es un sistema causalista, existen manifestaciones que la doctrina considera de consentimiento formal, y así parece que tiene lugar en la práctica.

El caso más debatido es el referido a las cancelaciones de asientos registrales a tenor de lo dispuesto en el artículo 82 LH:

Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico en la cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos.

Así, un importante sector doctrinal piensa que estas cancelaciones no precisan de la expresión de causa alguna, pero sin que se conviertan en negocios abstractos, puesto si el consentimiento careciera de causa, el asiento sería nulo (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, pp. 411-415).

Por otro lado, la mayoría de la doctrina apoyada en los artículos 79, 80 y 99 de la LH estima que el título formal en el que se solicita la cancelación ha de contener la causa de la extinción, bien total o bien parcial, del derecho a que se refiera el asiento que se pretende cancelar. Esto también se apoya en el artículo 193.2 RH que exige que en el asiento de cancelación conste “la causa o razón de la cancelación” (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, pp. 411-415).

Por su parte, la Dirección General en resolución de 2 de noviembre de 1992 rechaza el consentimiento formal por ser contrario a nuestro sistema registral y a nuestro sistema civil causalista. Añade que la expresión de la causa es un presupuesto obligado para la calificación del registrador, pues así lo exige el principio de determinación registral. Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, solamente se exige el consentimiento del titular y únicamente en casos excepcionales se requiere el consentimiento de los titulares beneficiados (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, pp. 412-413).

### **3.2. El consentimiento sin causa y las modificaciones registrales**

A pesar de lo anterior, en palabras de Vigil de Quiñones Otero y González Hernández (2021), “una cosa es que el consentimiento sea formal, con `abstracción procesal de la causa’, y otra cosa que dicha abstracción pueda considerarse tal desde un punto de vista sustantivo.” Causa se exige para cualquier operación registral que en el orden civil requiera de causa, solo que en este ámbito se admite que, presumiéndose aquella, el consentimiento sea simplemente formal en ciertos casos. Así, el consentimiento formal sería entonces en la práctica la consecuencia adjetiva o hipotecaria de la posibilidad de actos con causa inexpressa en el ámbito sustantivo o civil. Eso sí, lo cierto es que en la práctica esto tiene como resultado la posibilidad de realizar modificaciones registrales sin causa, pues nadie la pide ni se califica de forma rígida la misma, lo que supondría que el rígido control causal de nuestro sistema decaería en determinados casos (p. 413).

Esto nos conduce a la posibilidad de hacer modificaciones registrales sin causa, y es que existen una serie de actos para los cuales solo se necesita el consentimiento del titular. Son actos modificativos del derecho, como cancelar una hipoteca o modificar su rango, o del objeto del mismo. Sin embargo, en ocasiones, se tratan de verdaderos actos de

extinción de los derechos que implican que otra persona los adquiriera, como en el caso de las cancelaciones (Vigil de Quiñones Otero & González Hernández, 2021, p. 414).

En fin, si se siguen admitiendo estos supuestos para casos no previstos, el sistema estará más afectado por el principio de consentimiento de lo que parece, en detrimento de la causa, lo que supone un riesgo a la hora de advertir la existencia de negocios fraudulentos.

#### 4. ARTÍCULO 18 LH

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece hasta dónde puede llegar la calificación registral y en qué se ha de basar, entre otra cosas. Así, su párrafo primero reza lo siguiente:

Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

En relación a “los documentos de toda clase”, el artículo 98 del Reglamento Hipotecario determina que constituyen falta las que afecten a la validez de los mismos. También lo serán la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y el Reglamento Hipotecario, debe contener la inscripción, bajo riesgo de sanción de nulidad. Todas estas faltas deben resultar del texto de los documentos presentados o de su simple inspección por el registrador (Diez-Picazo & Gullón, 2023, p. 255).

De esta forma, siguiendo el principio de determinación registral, y con el fin de poder calificar “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”, parece que debería ser imperativo la mención expresa de la causa en el ámbito registral, a pesar de la presunción de existencia de causa que establece el artículo 1.277 CC.

Lo anterior encuentra su fundamento en el hecho de que uno de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario es el que puede llamarse principio de consentimiento causal, según el cual es requisito de inscripción de cualquier

desplazamiento patrimonial que exista causa de la transmisión y que sea verdadera y lícita. Además, se exige que esta se encuentre correctamente expresada en el título, sin imprecisiones, contradicciones ni ambigüedades, pues el registrador debe calificar la validez de los actos dispositivo contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de éstas y de los asientos del Registro, como establece el artículo 18 de la LH (Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Resolución de 16 de enero de 2013 RJ\2013\8260)

O también la resolución de la DGSJFP de 2 de noviembre de 1992 donde se afirmó que:

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, para que pueda registrarse cualquier acto traslativo, se requiere la expresión de la naturaleza del título causal, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y, después, practicar debidamente los asientos que procedan.

No obstante, como hemos visto, la obligación de expresión de la causa en el título no supone que la causa expresada sea la verdaderamente pretendida por las partes, por lo que el registrador habrá de valerse de los títulos presentados antes y después del que se someta a inscripción y a lo que resulte de lo presentado para apreciar si se encuentra ante un negocio viciado de nulidad.

Así lo señaló la Dirección General en resolución de 22 de septiembre de 2022 (RJ\1992\6919) en relación con la inscripción de una opción de compra que encubría un pacto comisorio. En ella se aduce que “no es sencillo, dados los términos en los que se desarrolla la función calificadora del Registrador, apreciar el posible resultado antijurídico a que pueden obedecer los derechos de opción, cuya inscripción se pretende” a lo que hay que añadirle la esencialidad en nuestro ordenamiento del principio de buena fe en los negocios.

En el citado caso, se resolvió que la explícita conexión en el título calificado entre el derecho de opción de compra y el resto de cuestiones referidas a las obligaciones previamente emitidas entre las partes, así como la coincidencia entre el importe del capital

de la emisión y el precio convenido para el caso de compraventa, junto con la previsión de descuento de las cantidades existentes, hacen evidente la intención de que el acreedor se apropie del bien en cuestión como pago de su crédito insatisfecho “por más que las obligaciones al portador, posibilite que se silencie el titular del crédito a garantizar” (Dirección General de Seguridad y Fe Pública, resolución de 22 de septiembre de 2022 RJ\1992\6919).

## 5. TEORÍA DEL CONTROL DE LEGALIDAD DEL REGISTRO

- Calificación registral como medio para frenar el fraude
- Figura del Garante o Gatekeeper en nuestro ordenamiento y en los países de nuestro entorno

## 6. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD REGISTRAL

- **Nicolás Nogueroles:** se advierte que la calificación registral es uno de los medios que existen para frenar el fraude en el que se explica como el estado interviene en la gestión de derechos reales, puesto que como altera el régimen de ejecución, está justificando una calificación más intensa, se podría decir que está constitucionalizado, porque el TC dice en una sentencia (41/1981) que aborda que está justificado en el derecho de hipoteca privar al deudor de la tutela judicial efectiva a través de un procedimiento de ejecución sumaria en la medida que ha gozado de una tutela registral anticipada al momento de constituirse la hipoteca. **Javier Gómez** dice que la constitucionalización del principio de legalidad registral está en la protección del consumidor en el artículo 53 de la constitución.

## VI. CONCLUSIÓN

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, M. (1958). *El negocio jurídico*. Barcelona: Librería Bosch.
- de Castro y Bravo, F. (2016). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- Diez-Picazo, L., & Gullon, A. (2019). *Sistema de derecho civil* (Décima ed., Vol. III). Madrid, Madrid: Tecnos.
- Diez-Picazo, L., & Gullon, A. (2023). *Sistema de derecho civil* (10ª edición ed., Vol. III). Madrid: Tecnos.
- Espejo Lerdo de Tejada, M. (2020). Las garantías reales en general. In M. Rivera Fernandez, M. Espejo Lerdo de Tejada, E. Muñiz Espada, K. Jochen Albiez, J. M. de la Cuesta Saenz, E. de la Iglesia Prados, . . . D. Vigil de Quiñones Otero, *Lecciones de derecho privado* (Vol. III, pp. 359-372). Madrid: Tecnos.
- García Valdecasas Butrón, J. (21 de noviembre de 2022). *Informe Mercantil noviembre de 2022. Pacto comisorio: reciente doctrina DGSJFP y TS. Venta en garantía*. Informe mercantil, Notarios y Registradores. Recuperado el septiembre de 2024, de Notarios y Registradores:  
<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/informes-mensuales-o-m/informe-mercantil-noviembre-de-2022-pacto-comisorio-reciente-doctrina-dgsjfp-y-ts-venta-en-garantia/#prohibicion-del-pacto-comisorio-su-consideracion-en-la-mas-r>
- Leyva Saavedra, J., & Candelario Macías, M. I. (2000, febrero). El lease back y el leveraged buy-out: modernas técnicas financieras. *Revista de contabilidad y tributación*. CEF.(203), 213–254.
- Rams Albesa, J., Lacruz Bescos, J. L., Vigil de Quiñones Otero, D., Rodriguez Otero, L., Touriñan Morandeira, M. T., Delgado Ramos, J., . . . Rojo Iglesias, E. (2021). *Tratado de Derecho Civil* (Vol. X). Madrid: Dykinson.

Registradores de Madrid. (2021). Tema 22: TEORÍA GENERAL DE LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS. LOS NEGOCIOS BAS-TRACTOS. LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. NEGOCIOS ANÓMALOS: SIMULADOS, INDIRECTOS, FIDUCIARIOS Y FRAUDULENTOS. Madrid.

Rodríguez Otero, L. (2021). La fe pública en general. In J. Rams Albesa, J. L. Lacruz Bescos, D. Vigil de Quiñones Otero, L. Rodríguez Otero, M. T. Touriñan Morandeira, J. Delgado Ramos, . . . E. Rojo Iglesias, *Tratado de derecho civil* (pp. 31-120). Madrid: DYKINSON.

Rubio Torrano, E. (1990). El pacto de retroventa. *Anuario de derecho civil*, 1362-1373.

Vigil de Quiñones Otero, D., & González Hernández, I. (2021). La materia inscribible y el valor de la inscripción. In J. Rams Albesa, J. L. Lacruz Bescos, D. Vigil de Quiñones Otero, L. Rodríguez Otero, M. T. Touriñan Morandeira, J. Delgado Ramos, . . . E. Rojo Iglesias, *Tratado de derecho civil* (pp. 353-416). Madrid: Dykinson.

## 1. JURISPRUDENCIA

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, resolución de 20 julio de 2012 (RJ\2012\10097)

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, resolución de 5 junio de 1991 RJ/4649

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, resolución de 26 de noviembre de 2008 (RJ\2009\1461)

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, resolución de 20 julio de 2012 (RJ2012/10097).

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, resolución de 16 de enero de 2013 (RJ\2013\8260)

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, resolución de 2 de noviembre de 1992

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, resolución de 22 de septiembre de 2022 (RJ\1992\6919).

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 marzo de 2013 (RJ\2013\2280)

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1955.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006 (RJ2006/494)

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1944

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 2001 (RJ 413/2001).

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1955

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1987

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1997