

Mandato para enajenar

DR. JUAN-BAUTISTA JORDANO

Becario en el Instituto Jurídico
de la Universidad de Coimbra

SUMARIO: 1. Mandato y poder.—2. Fuentes legales del mandato sin poder.—3. El problema central del mandato *ad alienandum*. Plan de estudio.—4. Fundamento técnico-jurídico del mandato para enajenar: diferentes explicaciones del fenómeno.—5. A) Doctrinas que pretenden justificar el paso de la propiedad *re/o ra* del mandante al tercer adquirente: a) Teoría de la concesión del *ius disponendi* al mandatario.—6. Refutación.—7. b) Teoría de la autorización (*Ermächtigung*).—8. Obstáculos y objeciones que se oponen a la adopción de este concepto.—9. c) Teoría de la «legitimación para el tráfico» combinada con el juego de la simulación relativa.—10. Apreciación crítica de las teorías basadas en el poder autónomo de disponer.—11. d) Teoría de la «legitimación extraordinaria».—12. Reparos que suscita.—13. B) Doctrinas según las cuales es imprescindible la previa transmisión del mandante al mandatario para que éste pueda enajenar: necesidad lógica de esta vía oblicua.—14. Refutación de algunos argumentos contrarios.—15. Soluciones teóricamente posibles.—16. a) Transmisión en virtud de un negocio traslativo de naturaleza abstracta.—17. Inadmisibilidad de esta solución en el Derecho español.—18. Transmisión por medio de un negocio traslativo causal: α) negocio típico (venta, permuta, donación, cesión); insuficiencia *per se* de este expediente.—19. El mandato como negocio apto para operar la previa transferencia de la propiedad *inter partes*.—20. Teoría de CARRARO.—21. Ineficacia traslativa de la *causa mandati*.—22. Crítica de la concepción de CARRARO.—23. Teoría de MONACCANI.—24. Apreciación crítica.—25. β) El recurso a un negocio traslativo atípico de naturaleza causal.—26. Tesis negativa de PUGLIATI.—27. Valoración de las razones contrarias a la admisibilidad del negocio fiduciario. Posibilidad de superar el escollo de la «propiedad fiduciaria».—28. *Numerus apertus* de negocios traslativos.—29. Situación fiduciaria del mandatario *ad alienandum* investido de la cualidad de propietario por la transmisión *fiduciae causa*: sus efectos.—30. Consecuencias en el caso de quiebra del mandatario.

1. Como se sabe, la completa separación de los conceptos de mandato y poder, cual figuras autónomas, es una conquista relativamente reciente de la dogmática jurídica.

Al tiempo de redactarse el Código civil francés aún estaba sólidamente arraigada la convicción de que mandato y representación voluntaria eran una misma cosa: todo mandato implicaba una procuración y, viceversa, no se concebía ningún poder representativo que no tuviera como fuente el mandato.

A esta concepción responde el artículo 1.948 del *Code Napoléon*. «El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa por el mandante y en su nombre.»

IHERING dió un paso decisivo en pro de la autonomía de las dos figuras confundidas por la doctrina tradicional: hizo ver que no todo mandato otorga poderes representativos—hay mandatarios sin poder que no son *representantes*—, pero no llegó a emancipar la representación voluntaria del mandato.

Fué LABAND quien definitivamente separó los conceptos de mandato y poder al señalar otras fuentes posibles de representación voluntaria (sociedad, arrendamiento de servicios, etc.).

El hecho de que pueda existir tanto un mandato sin poder como un poder sin mandato, es la prueba más elocuente de que las dos figuras tienen naturaleza jurídica completamente distinta, aun cuando a veces coexistan sin confundirse, unidas en su nacimiento y entrelazadas en sus efectos (1).

La atomización del viejo concepto francés de mandato en dos institutos dotados de valor dogmático independiente (*mandato y poder*) señala tres trayectorias al investigador (2):

- | | | | | |
|-----|--|--------|---|-----------------------------------|
| 1.ª | Mandato con poder.. | | } | Representación <i>directa</i> . |
| 2.ª | Poder sin mandato o simple
procuración | | | |
| 3.ª | Mandato sin poder o comisión,
en el ámbito mercantil | | } | Representación <i>indirecta</i> . |

La tercera es la del mandato puro, de tipo romano, que responde a la actuación en nombre propio por cuenta y encargo ajenos. Dentro de ella cabe distinguir, por razón del objeto:

- a) Mandato para administrar.
- b) Mandato para adquirir.
- c) Mandato para enajenar.

2. El Código civil español, alejándose del modelo francés, plasmó un concepto legal del mandato, acompañado o no de representación directa, que deja lugar para el puro mandato desprovisto de todo actuar en nombre del mandante y aun para la simple procuración.

En efecto, el artículo 1.709, al decir que «por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra», silencia a propósito las palabras «y en su nombre» del artículo 1.984 del Código napoleón-

(1) Vid. FERRER CORREIA: *A procuração na teoria de representação voluntária*, Coimbra, 1948 (Separata del «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», vol. XXIV), págs. 6-8.

(2) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Mandatario sin poder*, en «Revista de Derecho privado», 1946, pág. 609.

nico. Y el artículo 1.717 establece que «cuando el mandatario obra *en su propio nombre* (mandato sin representación directa), el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario».

El Código de comercio consagra también abiertamente la figura del mandato sin poder, aunque no llega a libertar la representación voluntaria de las mallas del mandato.

En el art. 245 se dice que «el comisionista (que es un mandatario mercantil según el art. 244) podrá desempeñar la comisión contratando *en nombre propio* (mandato mercantil sin poder) o *en el de su comitente* (mandato mercantil con poder representativo)». A seguir el art. 246, al igual que el 1.717 del Código civil, dispone que «cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí».

Por último, en el art. 287—incluido en la sec. 2.ª del Tít. III, Lib. II del Cód. de com., bajo el epígrafe «De otras formas del mandato mercantil; Factores, dependientes y mancebos»—se ordena que «el contrato hecho por un factor *en nombre propio* le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho *por cuenta del principal* la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal».

Se regula aquí, por tanto, una hipótesis de representación indirecta, mitigada por la concesión de una acción directa al tercer contratante frente al principal: el legislador descubre aquí una especie de *contemplatio domini* excepcional basada, no en el *agere nomine alieno*, como sería lo normal, sino en el mero actuar por cuenta ajena.

A la vista de todos los textos legales expuestos, y recordando las consideraciones generales que dejamos escritas en el número anterior, puede decirse que dentro del ordenamiento privado español, tanto civil como mercantil, cabe perfectamente la figura del mandato sin poder en sus tres modalidades de mandato para administración, adquisición y enajenación (3). Y no sólo ésto,

(3) Preferimos hablar de comisión (o mandato) para adquirir y enajenar, en lugar de comisión para comprar y vender, con el fin de comprender toda clase de adquisición o enajenación que no son compra o venta (permuta, cesión, donación).

sino también la simple procuración al margen del mandato, como negocio jurídico unilateral autónomo o ligado a otras relaciones gestorias (arts. 1.259 y 1.692 Cód. civ.) (4).

No se objete que la concepción del fenómeno representativo que se refleja en muchos lugares de los dos códigos del Derecho privado—la representación como simple efecto o aspecto del mandato—, excluye la posibilidad de las tres trayectorias antes apuntadas, especialmente la que se refiere a la posibilidad del mero poder sin mandato. No hay que olvidar—recuerda FERRER CORREIA (5)—que las definiciones contenidas en la ley no tienen valor vinculativo, «a no ser cuando deba pensarse que la recepción del concepto en la ley fué únicamente el procedimiento al que recurrió el legislador para imprimir el cuño de la juridicidad a las soluciones que el mismo reviste. Pero la necesidad de tal conclusión presupone, como es obvio, que haya buenas razones para juzgar que el legislador conocía profundamente la problemática central del instituto». Y que no fué éste el caso de nuestro legislador con relación al instituto representativo es demasiado evidente para dispensar la demostración.

3. En este trabajo nos vamos a ocupar exclusivamente del puro mandato *ad alienandum*, o sea, de la hipótesis de enajenación a terceros por medio de un mandatario que actúe *proprio nomine*, que es, sin duda, la que presenta mayor interés desde el punto de vista teórico-constructivo, hasta el extremo de que en los últimos tiempos ha merecido una particular atención de la doctrina.

El cuidadoso análisis de la más reciente producción científica nos ayudará a comprender mejor la mecánica interna de esta compleja figura.

Se impone, por tanto, hacer una exposición crítica de las diferentes teorías presentadas para resolver el problema central del mandato para enajenar: ¿Cómo el mandatario que obra en nombre propio puede enajenar los bienes de su mandante?

Así estaremos en condiciones de adoptar, de cara al derecho positivo español, una explicación satisfactoria de esta discutida *quaestio iuris*.

Valoramos, por último, las consecuencias prácticas de nuestra construcción, teniendo muy en cuenta los diferentes y encontrados intereses que están en su seno. De esta suerte, siguiendo un prudente conceptualismo teleológico, alejaremos el doble peligro de convertir nuestra investigación en un puro juego de conceptos o en un simple pesar y medir intereses.

(4) Por todos. Vid. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, t. I, 7.ª ed., Madrid, 1949, págs. 767 y ss., y t. II, 6.ª ed., Madrid, 1944, páginas 221 y ss.

(5) Op. cit., pág. 40.

4. ¿Cuál es el fundamento técnico-jurídico del mandato para enajenar?

El fenómeno ha sido explicado desde muy diferentes ángulos visuales. Las teorías formuladas pueden clasificarse en dos grandes grupos.

Hay autores que ven la única explicación satisfactoria de la eficacia real del negocio en el previo traspaso de la propiedad del mandante al mandatario encargado de enajenar, como puente ineludible: el tercero adquiriría de forma indirecta del mandante y directamente del mandatario.

Para otros—y son los más—no es esa la única explicación posible. Y señalan diversos caminos para justificar que, en virtud del acto dispositivo del mandatario, la propiedad puede, sin rodeos, pasar inmediatamente—*recta via*—desde el patrimonio del mandante al del tercer adquirente.

Como la viabilidad de esta última directriz, en cualquiera de sus variantes, privaría a la primera de toda su fuerza lógica, es oportuno hacer la exposición de las diferentes teorías comenzando por las del segundo grupo.

5. Una de las vías a que poco antes nos referíamos consiste en juzgar que el mandante tan sólo cede al mandatario el *ius disponendi*, que, al ser ejercitado, hará pasar directamente la propiedad del mandante al tercer adquirente.

Así piensa, por ejemplo, NAVARRO MARTORELL, que, en principio, acepta la teoría del desplazamiento entero y eficaz del poder de transmitir el pleno dominio de las cosas objeto del mandato, si bien con una restricción que hace que su postura no sea unitaria sino ecléctica.

A su entender el mandatario *proprio nomine* recibe la propiedad (aunque personalmente obligado frente al mandante) en aquellos casos de mandato sin poder para enajenación, en los cuales se trata de inmuebles u otros bienes cuya propiedad esté sujeta a inscripción en Registros públicos (p. ej., automóviles y navíos). Por el contrario, en la duda, debe concluirse en contra de la transmisión de propiedad al mandatario en todos los demás casos de mandato sin representación para enajenar, por ser ésta la solución menos peligrosa para los intereses en juego, pudiéndose explicar entonces la facultad de disposición del mandatario por medio del traspaso del poder de disposición (6).

6. Pero esta teoría parte, al menos en su formulación (7), de un concepto ya superado de la propiedad, considerada como suma de facultades (8). Por ello el expediente casi plástico del paso,

(6) *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, págs. 165-66.

(7) Cfr. NAVARRO MARTORELL, op. et loc. cit.

(8) En contra de este concepto clásico del derecho de propiedad y a favor de la moderna concepción, vid. BARASSI: *La proprietà*, Milán, 1939, pá-

del mandante al mandatario, de una de las facultades—*ius disponendi*— que integran el contenido del derecho de propiedad (cfr. art. 348 Cód. civ.), por muy sugestivo que sea hay que descartarlo en absoluto.

7. Con mayor acierto se ha recurrido para explicar el fenómeno que estudiamos al concepto de «autorización» (*Enmächtigung*), entendida como «el negocio atributivo del poder de disponer eficazmente—*inter partes* y frente a terceros—en nombre propio de los derechos del autorizante» (9).

Así, según CARIOTA-FERRARA, uno de los más calificados mantenedores de la tesis en examen, con base en la autorización se tendría una enajenación válida y eficaz del derecho ajeno, en el propio nombre, sin necesidad de una precedente adquisición del enajenante. La venta realizada por el mandatario no propietario no sería nula o ineficaz desde el punto de vista real, como venta de cosa ajena (10), puesto que aquél tiene el poder autónomo de enajenar la cosa que no le pertenece por delegación del mismo propietario. De donde se concluiría que en el mandato *ad alienandum*, la propiedad no se adquiere primero por el man-

ginas 27 y ss.; *La proprietà nel nuovo Codice civile*, 2.ª ed., Milán, 1943, págs. 149 y ss.; F. VILLAVICENCIO: *La facultad de disposición*, en este ANUARIO, tomo III, fasc. 4, págs. 1032 y ss.

(9) GRAZIANI: *La cessione dei crediti*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1931, I, págs. 278 y ss., especialmente págs 307 y ss. Desde el punto de vista histórico, vid. BURDESE: *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Turín, 1950, especialmente págs. 57 y ss., quien, salvo algunos casos excepcionales, se pronuncia en favor de la transmisión *recta viá* del mandante al tercero, haciendo uso del concepto de autorización.

(10) Según nuestro sistema, en principio, sólo el propietario de una cosa tiene derecho a disponer de la misma (art. 348 Cód. civ.). La jurisprudencia ha reconocido expresamente la vigencia de la regla *nemo dat quod non habet* (Sentencias de 29 octubre 1915, 26 abril 1916 y 7 enero 1926, entre otras). No obstante, como en el Derecho español la venta de cosa ajena no está prohibida por ningún precepto legal, tanto la doctrina (CASTÁN, op. cit., T. III, pág. 22; PÉREZ y ALGUER: *Anotaciones al Tratado de Enneccerus*, T. II, vol. 2, págs. 23-24; MENÉNDEZ: *Ensayo sobre la «venditio rei alienae» en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas*, en «Revista de Derecho privado», 1914, págs. 337 y ss.; GAYOSO: *Cuestiones sobre el contrato de compraventa*, ibidem, 1921, págs. 218 y ss., esp. págs. 222-223; contra MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. X, pág. 25), como la jurisprudencia (Sentencias del T. S. de 31 enero 1921, 19 diciembre 1946, 28 junio 1947 y 1 marzo 1949, y Resoluciones de la Dirección General de 6 diciembre 1898, 2 septiembre 1902 y 6 diciembre 1928) han reconocido la eficacia meramente obligatoria de la misma, posible por tratarse de un contrato consensual, que incluso según algunos autores (Vid. ALBALADEJO GARCÍA: *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1947, págs. 409 y ss.) no implica la obligación de transferir la propiedad. Pero el hecho de que se admita dentro de estos límites la validez de la venta de cosa ajena no significa la derogación del principio general *nemo dat quod non habet* ni de la regla *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*, sino más bien su confirmación: el vendedor de una cosa ajena no transmite al comprador el dominio de la misma si previamente no la adquiere del propietario para hacerle la entrega.

uatario o comisionista, sino que, merced al juego de la autorización, pasa directamente del comitente al tercero (11).

La autorización produciría, por tanto, los mismos efectos que la representación directa: tanto por medio de una como de la otra se obtendría una enajenación válida y eficaz de los derechos de otro, sin la precedente investidura por parte del enajenante, con la única diferencia de que mientras el representante (directo) actúa en nombre ajeno, el autorizado obra en nombre propio.

8. Por lo que se refiere a las cosas susceptibles de registro, surgen graves obstáculos para esta construcción.

En primer lugar, si, obedeciendo al mecanismo propio de la representación indirecta, no se revela el nombre del mandante, en un sistema de registro por razón del objeto (arts. 607 Código civil y 1 y 8 L. H., en materia de inmuebles, y arts. 16, apartado 2.º, 17 y 22 Cód. com., en materia de navíos) no hay forma de dar entrada a la adquisición del tercero, enlazándola con la del mandante, como pide el principio de la continuidad de las inscripciones (tracto sucesivo). Por otro lado, en un sistema de registro por razón del sujeto (por ej., automóviles), si el *accipiens* inscribiera frente al mandatario que previamente ingresó para tal efecto en el Registro, como el mandante, aun habiendo enajenado *ex alia persona*, aparecería como si nunca hubiera enajenado, cabe la posibilidad de que realice a su vez nuevos actos dispositivos, de tal suerte que en el conflicto entre los causahabientes de uno y otro, habría que dar la preferencia a los del propietario verdadero (mandante).

CARIOTA-FERRARA cree que no faltan remedios para esos males: el adquirente tomaría conocimiento del nombre del comitente-propietario e inscribiría la adquisición en contra suya, trayendo causa directamente de él. Tal conocimiento posterior a la perfección del negocio dispositivo del comisionista, o incluso anterior, no convertiría la representación indirecta en representación directa. Segun el mismo autor, de estas dificultades de Derecho adjetivo relativas a la publicidad no se podría deducir ningún argumento contrario a la exactitud de la solución sustancial (12).

No participamos de la opinión del ilustre civilista. La autorización es, en realidad, un sustitutivo de la representación directa, un artificio verbal—simple juego de palabras—o, por lo menos, un artificio técnico, en virtud del cual, respetando el diverso mecanismo de la actuación en nombre ajeno y en nombre propio, se viene a aproximar en los resultados la representación directa y la indirecta (13).

(11) CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, Padua, 1933, págs. 68-69; Vid. también del mismo autor, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Nápoles, 1949, págs. 690 y ss.

(12) *I negozi fiduciari* cit., pág. 69, nota 3.

(13) PUGLIATI: *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1948, pág. 278.

9. Consciente de las graves dificultades de orden práctico que lleva consigo el poder autónomo de disposición del derecho ajeno en nombre propio, un fino jurista, NÚÑEZ LAGOS, ha intentado evitarlas uniendo el concepto de «legitimación para el tráfico» (equivalente de la *Ermächtigung*) con el juego de la simulación relativa.

El papel del negocio manifiesto y fingido, cubriendo al negocio serio y disimulado (mandato), consistiría precisamente en hacer posible la actuación en nombre propio, sin los inconvenientes registrales y sustanciales de la simple legitimación (en el sentido del llamado poder de disposición).

Las partes—observa NÚÑEZ LAGOS—no han pensado ni consentido más que el contrato de mandato y *por tenerlo oculto ante tercero*, en vez de conferir poderes, como acto meramente instrumental, eligen y otorgan un negocio jurídico de disposición: venta, donación, etc. Pero este negocio transmisivo es únicamente *medio de ejecución del mandato*, único contrato verdad «inter partes».

La transmisión del mandante al mandatario—continúa—no existe más que en apariencia, sin ser de hecho querida por las dos partes. Está destinada a llenar el presupuesto de la preexistencia de la titularidad en el patrimonio del mandatario *proprio nomine*. Mas, si *inter partes* no existe, funciona frente a tercero como si el mandatario fuera un auténtico propietario. Y ello por dos razones: una, porque la simulación no es oponible a terceros (de buena fe, añadimos); otra—y ésta es la decisiva—por la llamada legitimación para el tráfico, que es también el fundamento de la simulación (y que, a nuestro entender, es la que tornaría irrelevante el conocimiento del mandato a efectos de la mala fe).

«La legitimación—según el mismo autor—es un poder de disposición que no emana del verdadero propietario ni directamente—*ius disponendi* (14)—ni mediatamente por medio del poder de representación. La legitimación es una figura intermedia entre el poder de representación y la propiedad. De propiedad tiene la apariencia; de poder, la sustancia: el obrar con efectos para el *dominus*. Para el auténtico poder de representación, le falta la *contemplatio domini*, que sustituye por una apariencia de propiedad. Para ser propiedad... le falta la propiedad misma. A veces, casi normalmente, legitimación y propiedad coinciden. Pero esta coincidencia no modifica el concepto, pues en la legitimación se ejercitan válidamente las facultades de disposición del propietario, abstracción hecha y con independencia de si es propietario o no. Al transferir, pues, la propiedad de las cosas el mandante al mandatario, *causa mandati*, se dota al mandatario de una simple legitimación para el tráfico. Frente a terceros, como tal legitimado,

(14) Recuérdese que NAVARRO MARTORELL configura así el poder de disposición. Vid. *supra*.

transmitirá válidamente la propiedad. *Inter partes* no habrá más que una relación de mandato. Nunca transmisión de propiedad» (15).

El concepto de legitimación, combinado con el mecanismo de la simulación relativa, explicaría así el fenómeno, sin que sea necesario recurrir al dualismo *propiedad formal-propiedad material* —perteneciendo la primera al mandatario y la segunda al mandante—, adoptado por algunos autores (ENDEMANN y DERNBURG, entre otros), pero que tiene pocas probabilidades de éxito fuera de los países que no conocen un sistema doble del derecho de propiedad, como por el contrario es, actualmente, el caso de Inglaterra, donde al lado de la propiedad *at law* hay una propiedad *in equity*.

10. Por muy sugestiva y bien fundada que parezca esta construcción no deja, sin embargo, de tener sus puntos flacos.

Aparte de la inconsistencia dogmática de la legitimación para el tráfico y de la autorización, entendidas como atribución del llamado poder de disponer (16), se ha puesto de relieve que ese concepto no explica satisfactoriamente la naturaleza del mandato *ad alienandum*, puesto que la autorización o legitimación confiere una mera *facultad*, mientras que el acto dispositivo del mandatario sin poder constituye el cumplimiento de una *obligación* y no el ejercicio de una facultad. En una palabra: la esencia del mandato consiste en un *encargo*, que es un concepto incompatible con el de *autorización* (17).

El mismo CARIOTA-FERRARA reconoce implícitamente esta diferencia cuando dice que la característica esencial que aproxima la representación indirecta y la autorización consiste en esto: que en ambas existe una enajenación válida y eficaz de los derechos de otro, en nombre propio, sin una precedente adquisición del enajenante; no obstante—agrega—*permanecen distintas*, porque en la primera hay una *obligación* y en la segunda apenas una *facultad* de actuación en la esfera jurídica ajena (18).

Fácilmente se percibe la diferencia entre mandato y autorización para disponer: *a)* desde el punto de vista *estructural*, el primero es un contrato y la segunda un negocio jurídico unilateral (recepticio); *b)* desde el punto de vista *funcional*, el mandato onera al mandatario con la obligación de disponer por cuenta del mandante, al paso que la autorización atribuye una simple facultad de disposición, en el interés principal del autorizado (19).

(15) NÚÑEZ LAGOS, op. cit., págs. 615-617.

(16) Acerca de lo cual, vid. la concienzuda crítica a que últimamente lo han sometido CARRARO («Il mandato ad alienare», Padua, 1947, págs. 50 y siguientes) y MENGONI («L'acquisto a non domino», Milán, 1949, págs. 18 y siguientes). Cfr. también F. VILLAVICENCIO, op. cit., pág. 1042 y notas 56 y 76.

(17) Vid. MENGONI, op. cit., pág. 54.

(18) Op. ult. cit., págs. 68-69.

(19) Cfr. MENGONI, op. cit., pág. 54, nota 4.

Con todo, no es éste el defecto capital de la teoría.

En el ordenamiento positivo español no se pueden transplantar sin más las tendencias doctrinales que se formaron alrededor del B. G. B., cuyo § 185 reconoce implícitamente el concepto de *Ermächtigung*, atribuyéndole la capacidad de producir un poder autónomo de disposición de los derechos ajenos en nombre propio.

En la falta de una norma legislativa expresa, no queda más que la hipótesis de la autorización como negocio jurídico productor de un poder dispositivo, con base en la voluntad del autorizante, lo que parece se debe excluir (20).

Aun considerando la autorización como una *ratihabitio* del mandante, tampoco se conseguiría una solución satisfactoria, visto que la ratificación sólo puede desplegar sus efectos respecto a los negocios cumplidos en nombre del representado por el representante falto de poderes (cfr. arts. 1.259 ap. 2 y 1.727 ap. 2 Cód. civ.). La autorización como requisito *ex post facto* tropezaría, por otra parte, con el mismo obstáculo que la autorización como presupuesto o requisito previo para justificar la validez real de la venta de cosa ajena; y es que el contrato sólo puede ser convalidado si el vendedor de una cosa perteneciente a otro *adquiret por cualquier título legítimo la propiedad de la cosa vendida*. Según el sistema no hay otro camino. Así, pues, las explicaciones fundadas, ya sobre el concepto de autorización (CARIOTA-FERRARA), ya sobre el concepto de legitimación (NÚÑEZ LAGOS), que al final se sustancian en el poder autónomo de disponer del derecho ajeno, no pueden ser acogidas de cara al derecho español.

11. Ultimamente, MENGONI ha ensayado otro camino, haciendo aplicación del concepto de legitimación extraordinaria, entendida ésta no como poder jurídico de disponer, sino como «*mera posibilidad objetiva*, que surge para la persona investida de una especial relación con dado derecho subjetivo, como *efecto reflejo del ordenamiento jurídico*» (21).

Según dicho autor, admitido que, en virtud del acto dispositivo del mandatario, el derecho pasa directamente del patrimonio del mandante al del tercer adquirente, la comisión de venta se perfila como un medio de extender la legitimación a un sujeto (comisionista) diverso del titular del derecho (comitente).

La legitimación del comisionista resultaría precisamente, no tanto del contrato de mandato, como de la relación jurídica que de él se deriva y que se concreta en la obligación del mandatario de cumplir en nombre propio y por cuenta del mandante un acto de disposición sobre un derecho perteneciente a este último. Pues

(20) Vid. CARRARO. op. cit., pág. 62.

(21) Op. cit., pág. 28. En sentido análogo concibe la legitimación MAGALHAES COLAÇO, «Da legitidade no acto jurídico», Lisboa, 1949 (separata del «Boletim do Ministério de Justiça», núm. 10), págs. 30 y ss., y 48 y ss., que sigue el rastro de GALVAO TELES, «Dos contratos em geral», Coimbra, 1947, págs. 244 y ss.

bien, por razón de tal relación, conexas con la situación jurídica sobre la que se desarrolla el negocio dispositivo, surgiría para el comisionista la posibilidad de modificar eficazmente un derecho ajeno.

El *quid* de la eficacia de la enajenación del mandatario no residiría, por tanto, en un poder jurídico al mismo atribuido, sino directamente en la norma objetiva, por cuanto el disponente se encuentra en una particular relación (relación *ex mandato*) conexas con la materia del negocio. De ahí que el medio o fuente de legitimación sea, en la concepción de MENGONI, el puro mandato, tal como está regulado por la ley (22).

12. Un reparo fundamental suscita esta nueva teoría; y es que no se comprende bien cómo el mandatario *proprio nomine* está legitimado extraordinariamente *ope legis* para disponer, a pesar de ser *non dominus*, cuando las normas objetivas guardan silencio sobre ese punto, como es el caso del derecho positivo español.

Por otra parte, no basta apelar al ordenamiento jurídico como fuente refleja del efecto dispositivo, sino que es indispensable buscar la *razón determinante* por la cual la transferencia del derecho, del mandatario al tercero, es predispuesta por la ley (23).

Y no se diga en contrario que ese efecto está determinado por el sistema jurídico en razón de una específica relación del sujeto disponente con el derecho de que se trata (24)—en nuestro caso, el mandatario, que está obligado a enajenar la propiedad del mandante—, porque ello equivaldría a presentar una valoración puramente externa y formal, sin indagar la razón íntima, según derecho, de la eficacia traslativa del mandato *ad alienandum*.

Además, según esta construcción, no se evita el peligro, poco más arriba apuntado (*Vide* núm. 8), de asimilar en sus resultados la representación directa y la representación indirecta, puesto que la actuación en nombre propio desaparecería desde el momento en que por cualquier motivo (p. ej., exigencias registrales) el mandatario se viera obligado a exhibir el título en virtud del cual enajenó válidamente a tercero, sin ser, con todo, verdadero *dominus* (25).

13. Rechazadas las teorías según las cuales la propiedad debería pasar *recta via* del patrimonio del mandante al del tercer adquirente, queda en pie, con todo el rigor de un axioma lógico impreteri-

(22) MENGONI, op. et loc. cit.

(23) Cfr. GIORDANO: *Tradizione e potere di disposizione nel contratto estimatorio*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1949, I, págs. 191-192.

(24) MENGONI: *Profili dogmatici dell'acquisto a non domino*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1949, I, pág. 481, nota 5.

(25) En efecto, para remediar la laguna en la serie de las transcripciones, MENGONI sugiere la transcripción del *mandato*, por analogía con el art. 2.649 del Cod. civ. italiano. Tal remedio sería, a su juicio, el único posible («L'acquisto a non domino» cit., pág. 55, nota).

ble, el viejo aforismo de ULPIANO: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet* (Fr. 54, lib. XLVI ad ed., Dig. *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17), que expresa el principio de la legitimación.

Siempre que el mandatario *proprio nomine* tenga que disponer como tal de un derecho ajeno, deberá serle transferido previamente ese derecho, porque sólo así gozará de la legitimación *directa* de que precisa, toda vez que no contrata como representante.

No hay medio, pues, de evitar el obligado puente de pasaje de la previa transmisión del mandante al mandatario.

14. No cabe aducir contra esta idea, como hace CARIOTA-FERRARA, que normalmente entre mandante y mandatario no existe ningún acuerdo que recaiga sobre la transferencia de la cosa de uno a otro: el mandante que da al mandatario el encargo de venderle un bien suyo no tiene ni manifiesta ninguna voluntad de transmitirsele previamente en propiedad. «Objeto de su convención—escribe el mismo autor—es sólo esto: que uno da y otro acepta el encargo de *vender* el bien a un tercero y de venderlo en nombre propio, es decir, asumiendo (en el contrato futuro) la función de parte contractual con los derechos y obligaciones relativas.»

— La representación indirecta—continúa CARIOTA-FERRARA—importa que quien actúa *proprio nomine*, sin poder, aunque por cuenta de otro, resulte titular efectivo de los derechos (y obligaciones) derivados del contrato de ejecución—en nuestro caso, una venta—, precisamente porque los efectos de dicho negocio no pueden verificarse sino con relación a él; pero no puede importar que se verifique en su favor un efecto (adquisición de la propiedad) que no es propio del negocio de ejecución a cumplir, el cual está destinado a producir el efecto contrario (enajenación) (26).

Estas objeciones, a primera vista desconcertantes, no son empero decisivas. El argumento contrario al previo pasaje de la propiedad para el comisionista, que hace exclusiva referencia al aspecto bajo el que corrientemente se presenta la expresa voluntad negocial de las partes, carece de valor.

No se puede, con efecto, decir que la voluntad expresa excluya una voluntad tácita favorable al traspaso, tanto más que ésta se debe presumir sobre la base del conocido principio según el cual «quien quiere el fin, quiere el medio» (KANT).

Tampoco es convincente la razón alegada en segundo lugar contra la necesidad lógica de la previa adquisición por parte del mandatario *proprio nomine* encargado de enajenar.

En verdad, esa adquisición no es un efecto propio del negocio de ejecución del mandato *ad alienandum*; sí lo es, en cambio, la

(26) *I negozi fiduciari* cit., págs. 66-67.

obligación de entregar la cosa vendida (27) y el derecho al precio, que del mismo contrato (venta) deriva. Pero no se ve cómo estos efectos pueden producirse sin la anterior adquisición del mandatario, que constituye su presupuesto necesario o *conditio sine qua non*. Si, como se ha demostrado, cualquier otra premisa es inconsistente, hay que aceptar que la adquisición de la propiedad por parte del mandatario es indispensable.

15. En línea teórica las soluciones posibles para quien entienda que la propiedad pasa indirectamente—*obliqua via*—del patrimonio del mandante al del tercer adquirente, a través del patrimonio del mandatario, son estas:

a) La transmisión al intermediario tiene lugar en virtud de un negocio traslativo de naturaleza abstracta.

b) La transmisión se realiza por medio de un negocio traslativo causal: α) típico o β) atípico.

Examinaremos por separado las diversas soluciones de acuerdo con este esquema.

16. En aquellos sistemas jurídicos que, como el germánico, conocen la transmisión abstracta (28), el problema teórico-construtivo del mandato *ad alienandum* queda automáticamente resuelto, sin que haya lugar para las graves dificultades que se suscitan cuando se trata de buscarle solución en los ordenamientos latinos. Y ello por dos razones.

Una, porque—como es sabido—el negocio abstracto, por su misma naturaleza, aparece frente a terceros despojado de todo ropaje casual; la misma estructura del negocio consiente como cosa normal

(27) Cuya propiedad en el Derecho español se transmite por consecuencia del contrato de venta mediante la tradición (arts. 609, 1.095, 1.450 y 1.461 y sigs. Cód. civ.) si el vendedor ya era propietario; de lo contrario, la venta es ineficaz desde el punto de vista real. Recuérdese que de los principios de nuestro sistema tan sólo se desprende la eficacia meramente *obligatoria* de la venta civil o mercantil de cosa ajena (Vid. nota 10).

(28) Al hablar de abstracción del negocio traslativo nos referimos, como es evidente, a la única posible como tal y que en el momento histórico actual puede considerarse figura normal; es decir, a la abstracción relativa, verdadera y propia. En ésta, la causa es irrelevante respecto a la validez del negocio, pero relevante respecto a la situación que con base en el negocio (en sí válido) se determina o puede determinarse: en el caso de falta o ilicitud de la causa, entra en juego una acción (o excepción) de enriquecimiento injusto para rescindir o paralizar, en los límites de tal indebido enriquecimiento, los efectos que el negocio produjo o está por producir.

La abstracción absoluta, aun siendo verdadera y propia abstracción, responde a un estadio primitivo del instituto, hoy día superado. Así, la conocida discusión entre FERRARA y MESSINA acerca de la naturaleza del negocio abstracto, puede considerarse definitivamente resuelta, distinguiendo tiempos. La construcción de FERRARA, para quien el negocio abstracto, en su estructura típica y genuina, implica la abstracción *absoluta* de la causa, es un pálido recuerdo de un formalismo muerto para siempre. Actualmente sólo tiene sentido hablar de abstracción *relativa* en el sentido antes expuesto (Cfr. CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giuridico* cit., págs. 202-203).

la omisión de la causa en el contenido exterior, sin que sea preciso recurrir a la simulación para no frustrar el mecanismo de la representación indirecta (actuación en nombre propio). En la órbita de un negocio traslativo abstracto, no tendría sentido ese recurso a la simulación, pues él mismo permite realizar el fin práctico de la comisión de venta sin exigir su mención, cosa que, por el contrario, no sucedería con un negocio causal, que, al incorporar la causa en su contenido, hace patente para todo el mundo la finalidad de las partes.

En segundo lugar, como la transmisión del mandante al mandatario se realiza *separada* de su causa, el efecto real (transmisión de la propiedad) se produce siempre por la irrelevancia de la causa respecto a la validez del negocio, quedando a salvo la estabilidad de la atribución, ya que la *causa mandati* constituye una «causa de enriquecimiento»—apta para eludir la *condictio indebiti*—capaz de justificar la *conservación* del efecto traslativo operado mediante negocio abstracto, hasta el agotamiento del mismo fin.

Tal es—según la mejor doctrina (29)—la amplitud y elasticidad que el concepto de causa despliega en el ámbito del negocio abstracto que el mero *scopus* de mandato, concretándose en el vínculo obligatorio (obligación de enajenar), podría funcionar como causa justificativa del efecto real y, al mismo tiempo, como fuente del efecto obligacional del mandato *ad alienandum*, destinado a cerrar y dar salida a la posición real constituida, en los límites del fin unitario del negocio (30).

17. Construcción seductora, que hay que poner de lado en un sistema como el español, donde, aun dentro de los títulos de crédito (31), es inadmisibles la abstracción de la causa (32).

(29) Vid. CARIOTA-FERRARA: *Il negozi fiduciari* cit., págs. 108 y ss., y auto res allí citados.

(30) Sobre esta posible construcción, Vid. CARIOTA-FERRARA, op. cit., páginas 81-82.

(31) En materia de títulos de crédito o títulos valores, tanto la doctrina como la jurisprudencia española sigue la tesis que se cifra en considerar casual la obligación cambiaría en el ámbito de las relaciones inmediatas o *inter partes*, funcionando como abstracta en las relaciones mediatas (frente a terceros tenedores del título). Vid. VICENTE y GELLA: *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, 2.ª ed., Zaragoza, 1942, págs. 62 y ss.; GARRIGUES: *Instituciones de Derecho mercantil*, 2.ª ed., Madrid, 1948, págs. 252 y ss.; BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, t. III, 4.ª ed. Madrid, 1950, págs. 390 y ss.

(32) A partir del fundamental estudio de ALVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, nuestra doctrina se inclina resultantemente en favor del sistema causal de las transmisiones. Vid. entre otros: NÚÑEZ LAGOS: *Pago de lo indebido sin error*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1946, pág. 133; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1948, págs. 633 y ss.; MARÍN PÉREZ: *El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título y el modo*, en «Revista crítica de Derecho inmobiliario», 1948, págs. 665 y siguientes; CASTÁN, op. cit., t. II, 7.ª ed., Madrid, 1950, págs. 176 y ss. y 203 y siguientes.

En cuanto a la abstracción impropia o procesal, consistente en la inversión del *onus probandi*, en el sentido de que se presume siempre la existencia y la licitud de la causa, y qu'en aduce su inexistencia o ilicitud debe demostrarla (art. 1.277 Cód. civ.) (33), creemos que no solucionaría por sí sola el problema, al menos por lo que se refiere a la validez del negocio traslativo que media entre mandante y mandatario, puesto que no desligándose aquél sustancialmente de su causa (arts. 1.275 y 1.276 Cód. civ.), que continúa siendo elemento esencial, aunque externamente pueda aparecer sin ella, la inidoneidad de ésta para operar el traspaso daría lugar a la nulidad (34).

18. Suponiendo ahora que la transmisión del mandante al mandatario se efectuase a través de un negocio causal, una de dos: o éste es típico o atípico.

En el primer caso el contrato instrumental tendría que ser un negocio traslativo de dominio: venta, permuta, donación o cesión.

Pero esta vía tropieza con un obstáculo difícilmente insuperable: la irrealidad (no seriedad) de los respectivos negocios causales elegidos por las partes.

En efecto, habría que excluir la venta por simulada: tanto el mandante como el mandatario no quieren dicho negocio en su función típica (cambio de cosa por precio). Como dice NÚÑEZ LAGOS, además de no tener consentimiento serio, carece de precio cierto. En una palabra, la venta es un contrato con causa falsa (art. 1.276, Cód. civ.), que obedece a otra causa verdadera y lícita—el mandato—, pero que *inter partes* no es de los ciertos contratos, aptos para transmitir la propiedad (art. 609 Cód. civ.) (35).

Lo dicho a propósito de la venta es aplicable, *mutatis mutandis*, a la permuta.

La donación también correría la misma suerte: el *animus donandi* falta, porque es absolutamente incompatible con el encargo de vender lo donado por cuenta del donante. O existe el mandato *ad alienandum* o la atribución patrimonial a título gratuito; pero no los dos negocios al mismo tiempo y entre las mismas partes: uno de ellos (donación) será, pues, simulado y el otro (mandato) ineficaz *per se* para producir la adquisición del mandatario.

Otro tanto cabe decir de la cesión, negocio con causa variable (venta, permuta o dación en pago, si es a título oneroso, y donación, si lo es a título lucrativo) (36).

(33) «Aunque la causa no se exprese en el contrato—dispone—, se presume que existe y que es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario.»

(34) CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giuridico* cit., págs. 204 y 205.

(35) Op. cit., págs. 615-616. Sobre esto último, vid. más adelante, números 19-22. Ya se vió (*infra* núm. 16) cómo el mandato unido a la transmisión abstracta (supuesto de hecho complejo formado por la combinación del mandato con el negocio traslativo abstracto) puede ser idóneo para transmitir la propiedad en aquellos sistemas que admiten la abstracción relativa de la causa.

(36) No hay que confundir el negocio con causa variable y el negocio abstracto. El primero es siempre causal: es decir, se verifica, según los casos,

Por consiguiente, el camino de los negocios traslativos típicos (especialmente el de la venta, por las ventajas de orden fiscal que ofrece), puede ser, en la falta del negocio traslativo abstracto, un excelente medio de ocultación del mandato sin poder, para conseguir la actuación en nombre propio característica del mismo (37), pero es incompleto. Careciendo de fundamento la transmisión del mandante al mandatario, es tan inestable como la propia simulación: basta que cualquier interesado (por ejemplo, un acreedor del mandante) la impugne, para que el tinglado simulatorio caiga con estrépito (38).

¿Será ello así, o debajo de esa simulación hay otro negocio que sirva de base a la transmisión?

Mas antes de dar respuesta a esta interrogante, queremos analizar la posibilidad que la venta puede ofrecer como negocio indirecto.

Cabe configurar así el supuesto de hecho:

A (mandante) vende a crédito una cosa por cierto precio a B (mandatario), obligándose éste a revenderla, dentro del plazo seña-

«*ventionis causa*», «*donandi causa*» o «*solvendi causa*», pero nunca, como el segundo, separado de la causa que sirve de fundamento a la validez del negocio en sí. Una cosa es la *indeterminación* de la causa y otra muy distinta la *abstracción* de la causa. En una palabra: la cesión no debe configurarse, de cara a nuestro derecho, como negocio jurídico «a se» de naturaleza abstracta, sino como negocio de carácter genérico, susceptible de ser concretado en cada supuesto, refiriéndolo al acto causal en el que se apoya.

(37) Sobre todo, en materia de inmuebles y de muebles sujetos a registro. Por lo que se refiere a los restantes bienes mobiliarios, rigiendo el principio «*posesión vale título*» (art. 464. Cód. civ.), no se siente la necesidad de recurrir a la simulación.

(38) Quedando a salvo—claro está—las adquisiciones de terceros de buena fe, según los principios que gobiernan la adquisición *a non domino* (en este caso, simulado adquirente o testaferrero). Vid. PÉREZ Y ALGUER: *Anotaciones al Tratado de ENNECERUS*, t. I, vol. 2, pág. 183; NÚÑEZ LAGOS: *Perfiles de la fe pública*, en este ANUARIO, t. II, fasc. 1, pág. 33; VERDERA: *Algunos aspectos de la simulación*, ibidem, t. III, fasc. 1, págs. 46-47. Pero, como dice este último autor, habrá de tenerse en cuenta también, en esta materia, el sistema de protección de terceros de buena fe de la Ley Hipotecaria (art. 34, que exige, además de la buena fe, el título oneroso y la inscripción del enajenante y del tercer adquirente). Esto por lo que se refiere a los inmuebles, pues con relación a los muebles juega también un papel importantísimo el art. 464 del Cód. civ., que, además de la buena fe, exige la posesión del enajenante y la del adquirente. A este propósito nos remitimos a lo que dejamos escrito en *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en este ANUARIO, t. III, fasc. 3, págs. 690 y ss. y 713 y ss., que, según creemos, debe entenderse aplicable, no sólo al caso de adquisición de manos del heredero aparente, sino también al supuesto más general de adquisición de manos de un titular aparente cualquiera (propietario ficticio, adquirente simulado).

En presencia de estos límites, es evidente que la adquisición de manos del mandatario *propio nombre* encargado de enajenar no puede construirse como adquisición *a non domino*, sino que debe ser configurada como adquisición *a vero domino* para que el tercero adquiera válidamente en todo caso, aun conociendo la cualidad de mandatario de su causante e incluso por título gratuito (piénsese en la hipótesis de una comisión de entrega gratuita de muestras) o fuera de los requisitos necesarios para que entren en juego los arts. 464 Código civil y 34 L. H.

lado, a un tercero determinado o indeterminado. Es incuestionable que la propiedad de la cosa pasaría de A a B por consecuencia del contrato de venta mediante la tradición (cfr. arts. 609, 1.095, 1.450, 1.461 y sigs., Cód. civ.), pudiendo a su vez el segundo venderla y pagar entonces con el precio de la reventa al primer vendedor (la eventual diferencia o sobreprecio funcionaría como retribución). El fin ulterior (mandato *ad alienandum*) tendría su reflejo en el pacto *de revendendo*, correspondiente a la obligación de enajenar en nombre propio.

Por demás es evidente que este posible negocio *juridicamente* es una venta y sólo una venta, si bien con espera de precio y con un *pactum adjectum* de reventa, aunque *económicamente* responde a un mandato para enajenar (39).

Con ello está dicho que si, en lo fundamental, puede llenar la necesidad, la conveniencia o el capricho de la comisión de venta, no alcanza a dotarla de su mismo ropaje jurídico. De ahí, que se produzcan consecuencias diversas (40).

19. Para algunos autores la transmisión del mandante al mandatario se realiza precisamente en virtud del mismo negocio de mandato. La *causa mandati* tendría virtualidad para operar por sí la transferencia de la propiedad *inter partes*. Tal es el pensamiento de ASCARELLI (41).

En el mismo orden de ideas se mueve GRASSETTI, según el cual en los casos de comisión de venta, tanto de inmuebles como de muebles, para admitir el pasaje del dominio en el mandatario, no se siente la dificultad motivada por la ausencia de una causa idónea para la transmisión, puesto que el contrato de comisión, que es negocio típico, realiza un *scopus*, previsto en vía específica por el legislador, que exige aquel previo traspaso; de otro modo, no se comprendería cómo el tercero adquiere válidamente *erga omnes*, teniendo como autor a un *non dominus* (42).

En análogo sentido se pronuncia NAVARRO MARTORELL—si bien circunscribiéndose a los casos de mandato sin poder para enaje-

(39) Tal es la característica del negocio indirecto, que—según la opinión más autorizada—no constituye una categoría jurídica autónoma, aunque tenga una gran importancia desde el punto de vista económico y hasta histórico y sociológico. Vid. ORTEGA PARDO: *Donaciones indirectas*, en este ANUARIO, tomo II, fasc. 3, págs. 919 y ss. y autores allí citos.

(40) Así, en caso de incumplimiento del pacto de reventa por parte del primer comprador, el vendedor no podrá—a diferencia de lo que ocurre en la comisión de venta (Cfr. *infra* núm. 29)—rehaber la cosa, permitiéndosele tan sólo exigir el precio aplazado con los intereses de la demora, si no fuere pagado en el plazo convenido (art. 1.501, 3.º, Cód. civ.).

(41) «La causa de la transmisión de la propiedad en el mandato—escribe—está constituida precisamente por el mandato» (*Il negozio indiretto e le società commerciali*, en «Studi in onore di Cesare Vivante», I, Roma, 1931, pág. 46, nota).

(42) *Del negozio fiduciario e della sui ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1936, I, págs. 377-378.

nación de inmuebles o bienes sujetos a registro (43)—, para quien es el ordenamiento jurídico el que hace preciso que la propiedad pase al mandatario, no pudiéndose alegar que esta transmisión no logre ser efectuada *causa mandati*. Precisamente por la índole del mandato sin poder—afirma—debe efectuarse dicha transmisión, porque si no fuera así, surgirían una de las dos consecuencias siguientes: o el objetivo del mandato no podría ser realizado por el mandatario, o bien se realizaría poniendo de relieve al verdadero propietario—mandante—y, por tanto, convirtiéndose en un mandato en nombre ajeno, en un mandato con poder (44).

También a juicio de este autor la previa transmisión *inter partes* se operaría *mandati causa*; pero consciente de las exigencias del actuar en nombre propio, sobre todo a efectos registrales, acepta la posibilidad de que mandante y mandatario contraten simulando un contrato causal típico traslativo de dominio, que oculte la causa verdadera del traspaso (hipótesis de simulación relativa) (45).

20. Es CARRARO quien últimamente ha desenvuelto mejor la teoría que considera el mandato *ad alienandum* negocio idóneo para producir la adquisición del derecho en favor del mandatario y la obligación correlativa de transmitirlo a tercero.

Su tesis, ingeniosa y sutil, merece una exposición más detenida.

A su juicio, hay que reconocer al mismo mandato la eficacia traslativa en la relación interna entre mandante y mandatario, porque sin ella no sería posible tampoco su eficacia obligatoria, resultando imposible su ejecución y, consiguientemente, el cumplimiento de la obligación de enajenar por parte del mandatario.

La *causa mandati*, por tanto, sería por sí sola—con exclusión de elementos extraños—apta para producir la previa y necesaria adquisición del mandatario. Se trataría—según CARRARO—de una adquisición *puramente instrumental*, para hacer posible la ejecución del mandato: el mandatario adquiere el derecho del mandante *para que* lo pueda transmitir al tercero, pero por esto mismo también *en tanto en cuanto* lo transfiera al tercero. El mandatario no se encuentra en una posición real que exceda al *scopus* perseguido por las partes; por tanto, un comportamiento suyo respecto al derecho, diferente del convencionalmente fijado, no surtiría efectos, por ser cumplido por un sujeto desprovisto del necesario poder. «En el mandato para enajenar—escribe—, basta que el mandatario resulte titular en el mismo momento en que enajena la cosa al tercero», es decir, en el instante de la ejecu-

(43) En los demás casos explica el fenómeno por medio del desplazamiento del *ius disponendi*, del mandante al mandatario. Vid. *supra*, núm. 5.

(44) Op. cit., págs. 165-166.

(45) Op. cit., pág. 170, nota 205. En cambio, para los muebles no sujetos a registro, no siente la necesidad de ese recurso a una simulación relativa, sin duda alguna por entrar en juego entonces el art. 464 del Cód. civ., que consagra el principio «posesión vale título».

ción del contrato. Pero esto significaría, como el propio autor reconoce, que la eficacia traslativa del mandato para enajenar depende de un supuesto de hecho (*fattispecie*) complejo: el *contrato de mandato* y su *ejecución* por parte del mandatario (46).

21. A la vista de estos antecedentes, ya va siendo tiempo de enjuiciar la explicación de la representación indirecta *ad alienandum* basada en un primer traspaso de la propiedad *mandati causa* al representante mediato encargado de enajenar en nombre propio y por cuenta ajena.

Ante todo, parece que se debe negar al mandato la idoneidad de provocar la transmisión de la propiedad *inter partes*, puesto que no es uno de los «ciertos contratos», aptos para transmitir la propiedad, a los que se refiere el artículo 609 del Código civil.

El mandato, *per se*, no es negocio adecuado para transferir el derecho de propiedad del mandante al mandatario, sino, apenas, para hacer surgir a cargo de este último la obligación de transmitir tal derecho a los terceros (cfr. artículos 1.709, Código civil y 244 Código com.), en cuanto esto fuera posible sin su previa adquisición; no siéndolo, esa investidura, necesaria para el cumplimiento del encargo, no puede realizarla por su misma esencia el solo contrato de mandato. Habría que demostrar que en el ordenamiento positivo español la ley reconoce eficacia traslativa *inter partes* al mandato sin representación que tiene por objeto una *alienatio*. En la falta de un precepto positivo expreso no es lícito presumirla como efecto propio del contrato.

Estas sencillas consideraciones bastarían para rechazar el núcleo de la tesis de todos los secuaces de la auto-suficiencia de la *causa mandati*. Mas no queremos seguir adelante sin añadir algunas palabras en contra de la doctrina sentada por su más calificado defensor (47).

(46) Op. cit., esp. págs. 87, 90 y 91.

(47) No podemos detenernos aquí en la crítica de las premisas dogmáticas de la teoría de CARRARO, el cual, configurando el poder de disposición como un aspecto de la capacidad jurídica, llega a la conclusión de que la titularidad del derecho es su presupuesto lógico. Contra: F. VILLAVICENCIO, op. cit., página 1054, quien reafirma muy bien la diferencia entre facultad dispositiva (poder de disposición) y capacidad de disponer. «Ciertamente—escribe—, ambas aparecen íntimamente unidas en la estática y en la dinámica; es decir, en la situación jurídica y en la actuación tendente a modificarla; pero ciertamente son conceptos susceptibles de distinción. Capacidad de disponer es aptitud personal, posibilidad, potencia. Es noción abstracta. Por su propia naturaleza equivale a *continente*, y por su etimología simbólica espera *llenarse*; es decir, efectuarse. Es pura medida, y, por tanto, pura *forma*. La facultad de disponer, por el contrario, es concreta; es la capacidad actuada, acompañando a una titularidad *actual*. Requiere, de un lado, la aptitud de un derecho para que de él se disponga; de otro, la *capacidad de disponer* en el sujeto; y, finalmente, también una titularidad, sin la cual la *concreción del poder* es imposible.»

Así, pues, aunque, siguiendo a F. VILLAVICENCIO, se distinga facultad dispositiva y capacidad de disponer, hay que concordar con CARRARO que la primera presupone la titularidad porque se halla unida a ella de modo en principio permanente, tiene carácter accesorio de la misma.

22. Según CARRARO, la adquisición del mandatario se realiza, no en el acto de la constitución, sino «en el momento mismo de la ejecución del mandato». Sin duda, con ello se pretenden evitar todos los riesgos que lleva consigo la prematura investidura del mandatario, ya en el tiempo de la perfección del contrato. Pero no se comprende en base a qué principio o norma (cfr. arts. 609 y 1.095, Cód. civ.) puede justificarse ese retraso de la adquisición al momento del cumplimiento del encargo; retraso que, como nota PUGLIATI (48), reduce la adquisición misma a un mero artificio lógico, poco satisfactorio.

Y no es eso todo. Remitiendo la transmisión a la fase ejecutiva del negocio, implícitamente se reconoce que no es la *causa mandati* por sí sola la que produce la adquisición por parte del mandatario.

En efecto, el propio CARRARO se ve obligado a decir que lo que opera el traspaso de la propiedad es un supuesto de *hecho complejo*, integrado por el contrato de mandato y su ejecución por el mandatario.

Ahora bien: el *quid* que se añade a la *causa mandati* no es —como agudamente observa PUGLIATI (49)— algo extrínseco al mandato mismo, de tal modo que, con él pueda llegar a constituir un supuesto de hecho único, aunque complejo: implicando todo supuesto de hecho contractual la ejecución, ésta no es más que el momento dinámico de la misma *fattispecie* o *Tatbestand*; no puede, por tanto, considerarse elemento autónomo, idóneo para la configuración de un supuesto de hecho complejo. Por otra parte, siendo un elemento indispensable, se debía acabar sosteniendo que todo supuesto de hecho en general y, por consiguiente, el del mandato en especial, es siempre complejo, lo cual es absurdo.

El pretendido supuesto de hecho complejo se reduce, pues, al simple supuesto de hecho contractual del mandato, en el que inexplicablemente se quiere atribuir una particular función traslativa al momento ejecutivo, privada en absoluto de fundamento, como ya tuvimos ocasión de ver. Si la *causa mandati* fuera auto-suficiente para provocar el traspaso, no hay duda de que lo produciría *ab initio*, por mero efecto del consentimiento contractual, seguido de la tradición, sin dependencia de la ejecución del encargo.

23. Recientemente, en tema de mandato para enajenar sin poder representativo, ha sido propuesta por MONACCANI una construcción que técnicamente aparece mejor ensamblada que la de CARRARO, pero que no está exenta de análogos vicios lógicos (50).

(48) Op. cit., pág. 281.

(49) Op. cit., págs. 280-281.

(50) MONACCANI: *Azione e legittimazione*, Milán, 1951, esp. págs. 214 y siguientes. PUGLIATI expone y crítica esta teoría en su citado estudio, págs. 282-283. Le seguimos con algunas variantes y adaptaciones al Derecho positivo español.

También MONACCIANI considera el mandato como negocio adecuado para producir la enajenación del mandante al mandatario. Y también en este caso, inadvertidamente, se recurre a un supuesto de hecho, no simple, sino compuesto, mas el error teórico-constructivo de la tesis de CARRARO—que como se recordará estaba en considerar como elemento ulterior de este complejo *factum* adquisitivo un momento (ejecución) del *mismo* supuesto contractual en el que reside el otro elemento inicial (*causa mandati*)—se evita al afirmar la necesidad de un acto jurídico autónomo respecto del mandato.

MONACCIANI sostiene, en efecto, que el mandato produce, no sólo la obligación a cargo del mandatario de enajenar la cosa del mandante, sino también una obligación a cargo del mandante de hacer cuanto sea preciso para que el mandatario pueda cumplir su propia obligación—*obligatio* del mandante consistente en un *facere*, que los Códigos modernos suelen regular a propósito de la provisión de fondos (arts. 1.728 Cód. civ. y 250 Cód. com. español). Por otra parte, el autor citado sostiene que esas dos obligaciones, coligadas entre sí funcional y estructuralmente; tienen el mismo contenido; de este modo, en substancia, se viene a configurar la obligación del mandante como una obligación de transmitir.

Normalmente—según MONACCIANI—el mandante, en cumplimiento de su obligación de proporcionar la propiedad de la cosa objeto del encargo (arg. arts. 250 Cód. com. y 1.728 Cód. civ.), la transfiere al mandatario mediante un acto jurídico autónomo y ulterior respecto del mandato, antes de la ejecución del mismo contrato.

Ahora bien: puede suceder que no ocurra así y, entonces, cuando el mandatario vende al tercero, vendería una cosa ajena; mas respecto del mandatario, correlativamente a su obligación de enajenar, existe la obligación de transmitir del mandante, que es coercible en forma específica (arts. 1.006 Cód. civ. y 926. E. Civ.).

Pueden, en esa coyuntura, presentarse las siguientes hipótesis: a) el mandatario actúa judicialmente contra el mandante para constreñirlo a la transmisión por medio de sentencia; b) el tercero procede judicialmente contra el mandante, en subrogación de mandatario, su deudor, por cuanto éste es vendedor de cosa ajena con derecho a la prestación de esa cosa (art. 1.111 C. c.).

24. Mas esta construcción no explica en virtud de qué título tiene lugar la adquisición por parte del mandatario. Si tal adquisición presupone un acto traslativo *autónomo*, éste no puede tener su fundamento en el mismo mandato, como MONACCIANI pretende—pues es manifiestamente ilógico atribuir al solo mandato la estructura de un supuesto de hecho complejo, del cual el propio mandato en su fase ejecutiva, constituiría el elemento ulterior—, sino a) o en un negocio abstracto; b) o en un pago traslativo, puro y

simple; c) o en un negocio causal típico; d) o en un negocio causal atípico (51).

Ahora bien: ya tuvimos ocasión de ver que el negocio traslativo abstracto no es admisible en el derecho positivo español; el pago traslativo presenta, en general, dificultades serias (52), agravadas en este caso, porque la obligación del mandante hacia el mandatario no tendría como contenido una prestación a favor del mismo mandatario, sino que sería instrumento de realización del interés y del fin perseguido por el mandante; por lo que se refiere al negocio causal típico (venta, permuta, donación, cesión) quedó bien claro más arriba (núm. 18) que hay que ponerlo de lado por la falsedad de su causa o por la incompatibilidad de la misma con la del mandato.

Sólo nos resta, por consiguiente, como solución viable, un negocio causal atípico, idóneo para operar el traspaso de la propiedad, que con el mandato constituye un supuesto de hecho complejo, correspondiente al intento empírico de las partes.

25. Y con esto llegamos, por exclusión, al único camino—erizado de dificultades—que se nos ofrece para construir técnicamente el mandato *ad alienandum*. Sólo que este último recurso, según el autor que más recientemente se ha ocupado del asunto, está también vedado, de donde, en principio, se excluiría la posibilidad del mandato sin poder para enajenar, a menos que, en virtud de algún principio o norma extrínsecos al mandato, el mandatario pueda cumplir su obligación de transmitir a terceros la cosa del mandante, sin necesidad de una previa adquisición por parte del mismo.

PUGLIATI se plantea en vía hipotética la posibilidad de que la transmisión del mandante al mandatario tenga lugar por medio de un negocio traslativo causal atípico, libremente creado por las partes, merced a la autonomía privada; negocio fundado en una específica *causa fiduciae* (53).

Esa causa es distinta de la *causa mandati* en tanto en cuanto la previa transmisión es absolutamente imprescindible para la consecución del especial *scopus* perseguido por el mandante. Dado que la sola *causa mandati* es insuficiente para operar el traspaso, cabe configurar a su lado una causa atípica, reforzada con la transferencia de la titularidad del derecho sobre el que debe versar la actuación del mandatario. Tal es la *causa fiduciae*, que implica una forma de gestión de los derechos ajenos más intensa que el

(51) Cfr. PUGLIATI, *op. cit.*, pág. 283.

(52) Pues, según nuestro sistema, no se concibe un pago traslativo desligado de su fuente: un contrato apto para transmitir el dominio. Sobre el tema, consúltese el estudio de ORTEGA PARDO: *El pago como negocio abstracto*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1945, páginas 6848 y sigs., esp. págs. 692 y sigs., el cual, de cara al derecho español, admite tan sólo la abstracción procesal de la causa.

(53) *Op. cit.*, pág. 275.

simple mandato, por cuanto esos derechos se tornan propios de quien desenvuelve la actividad gestoria en el interés de otro.

Se daría lugar, por tanto, a un supuesto de hecho complejo, integrado, de un lado, por el mandato y, de otro, por un negocio *fiduciae causa* distinto mas en íntima conexión con el primero, porque a facilitar el cumplimiento de la obligación del mandante, de hacer cuanto sea preciso para que el mandatario pueda cumplir su encargo—obligación de transmitir la propiedad de la cosa objeto del mandato (Cfr. arts. 250 Cód. com. y 1.728 Cód. civ.)—, acude el negocio traslativo autónomo, que, precisamente por fundarse sobre la *causa fiduciae*, incorpora en su seno la obligación de la ulterior transferencia a tercero, perteneciente al mandatario por razón del mandato.

26. Mas PUGLIATI, rechazando esta construcción por considerar con diversos fundamentos inadmisibles el negocio fiduciario en el ordenamiento positivo italiano, llega a la conclusión de que en orden al mandato sin poder para enajenar inmuebles o muebles registrados, si no se proponen otras explicaciones satisfactorias, se debe: *a*) o negar que tal figura merezca derecho de ciudadanía; o *b*) admitir la equivalencia de efectos entre la representación directa y la indirecta, en el sentido de que el actuar del mandatario en nombre propio, pero en el interés del mandante puede producir, sin el trámite de la adquisición por parte del mismo mandatario, la transferencia del derecho en cabeza del tercero. A su juicio, la primera solución responde mejor a las exigencias teóricas; la segunda, por el contrario, viene más al encuentro de las necesidades prácticas.

Sin embargo, en materia de muebles no registrados, el obstáculo que existe para la admisibilidad de la figura, cuando de inmuebles y muebles registrados se trata (ser imposible la transmisión del mandante al mandatario, única que con relación a esa clase de bienes haría posible la actuación en nombre propio y por cuenta ajena), se superaría—a juicio de PUGLIATI—con el concurso del principio según el cual la posesión adquirida de buena fe equivale a título (art. 1.153 Cód. civ. it.); es decir, por medio de un supuesto de hecho complejo integrado por el mandato—que obliga al mandante a traspasar la posesión al mandatario y a éste a transferirla a tercero—y por la posesión, que legitima la adquisición del tercero (54).

(54) Op. cit., págs. 295-296. Según PUGLIATI, el conocimiento del mandato sería irrelevante a efectos de la mala fe del tercero, es decir, que éste adquiriría válidamente en todo caso, por obra del art. 1.153 Cód. Civ. it., aun cuando supiera que su causante sólo fué comisionado para enajenar *nomine proprio* (*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1936, pág. 38).

Así intenta asimilar en lo posible la adquisición de manos del mandatario sin poder con la proveniente de un verdadero *dominus*, pero no llega a colmar la laguna que, según su tesis, las separa. En efecto, PUGLIATI no se plantea la hipótesis inversa, esto es, que el tercero adquiriera conociendo el defecto de titularidad de su causante e ignorando el mandato. Entonces, el

La tesis de PUGLIATI, fundamentalmente de carácter negativo, conduciría, en faz del ordenamiento español, a resultados semejantes, puesto que, como se sabe, en nuestro sistema «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título» (artículo 464 Cód. civ.) (55).

De seguir la argumentación de PUGLIATI habría que concluir negando la posibilidad de la comisión de venta de inmuebles, que no es tan hipotética como algunos creen, sino que responde a una sentida necesidad real, hasta el extremo de haber motivado últimamente especiales esfuerzos doctrinales en sentido afirmativo (CARRARO y MONACCIANI).

27. Veamos, pues, si las razones alegadas por PUGLIATI en contra de la admisibilidad del negocio fiduciario son, en tesis general, convincentes y en todo caso si proceden de cara al derecho español.

Dentro de la construcción romanista del negocio fiduciario (56) se contraponen dos concepciones fundamentales:

La concepción tradicional, partiendo de la tipicidad y debilidad del fin (mero mandato en los casos de *fiducia cum amico* o simple garantía, correspondiente a la prenda o hipoteca, en los supuestos de *fiducia cum creditore*) se ve obligada a escindir el fenómeno fiduciario en dos negocios—uno real (traslativo) y otro obligacional—y a configurar el primero como un acto dispositivo abstracto, como tal, y autónomo respecto del acto vinculativo que da pie a la atribución patrimonial (57).

tercero, de acuerdo con los principios del art. 1.153 Cód. civ. it. y 464 Código civ. esp., estaría de mala fe y, por tanto, no podría adquirir, cuando lo cierto es que, aun en esas circunstancias, el tercero debería adquirir válidamente, habiéndose de buscar para ello otro fundamento, que—según creemos—no puede ser más que entender que el mandante traspasó al mandatario, no la posesión, sino la propiedad misma.

(55) Vid. HERNÁNDEZ-GIL: *El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal*, en «Revista de Derecho privado», 1944, págs. 419 y sigs.; *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, ibidem, 1945, págs. 413 y sigs. Cfr., además, JORDANO: *La teoría del heredero aparente*, cit. págs. 690 y sigs. En contra de la doctrina según la cual el art. 464 Cód. civ. sanciona una adquisición a non domino vid., últimamente, SOLS GARCÍA: *Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles*, en «Revista de Derecho privado», 1950, páginas 119 y sigs.

(56) Que en los ordenamientos latinos se impone, entre otras razones, por una clarísima de abolengo. Vid. BELEZA DOS SANTOS: op. cit., I, págs. 113 y siguientes; MESSINA: *I negozi fiduciari*, en «Scritti giuridici», I, Milán, 1948; PUGLIATI: *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., págs. 229 y sigs.; CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, cit., págs. 12 y sigs.; NAVARRO MARTORELL: Op. cit., págs. 71 y sigs.; JORDANO: *Origen y vicisitud de la fiducia romana*, Coimbra, 1948 (*Separata* del «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», vol. XXIV), págs. 7-8.

(57) Tal es, en lo fundamental, la concesión reflejada a lo largo de la obra de CARIOTA-FERRARA, que cierra todo un ciclo de la teoría fiduciaria. Cfr., además, BERTINI: *I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento*, Milán, 1940, págs. 4 y sigs. y NAVARRO MARTORELL: Op. cit., esp. págs. 79-119 y 285 y sigs., cuyo pensamiento no siempre es muy definido.

Por el contrario, un sector de la doctrina más reciente, basándose en la atipicidad e intensidad del *scopus* práctico de la fiducia (pues la atribución patrimonial es indispensable para su consecución), concibe unitariamente el fenómeno, como negocio real-obligatorio, fundado sobre una específica *causa fiduciae* (58).

Según PUGLIATI, la escisión de la primera corriente, aparte de su arbitrariedad, aboca a una inadmisibile combinación de dos negocios abstractos; a su vez, la consideración unitaria conduce necesariamente al escollo de la propiedad fiduciaria. «Negocio abstracto y propiedad fiduciaria—concluye—son, como figuras generales, totalmente extrañas al ordenamiento positivo» (59).

En cuanto a lo primero, estamos de acuerdo con el autor, no sólo porque la duplicidad es artificiosa y está desprovista de autonomía (60), sino también porque, en principio, tanto el derecho italiano como el español no conocen el negocio traslativo abstracto (V. *supra*, núm. 17).

No podemos, en cambio, suscribir su afirmación de que la teoría unitaria conduce necesariamente al escollo de la *propiedad fiduciaria*, en plena correspondencia con la *causa fiduciaria* del negocio.

Aparte de que, ante el derecho español, el problema de la admisibilidad de la llamada *proprietà di scopo* (forma atípica de propiedad, condicionada realmente por el fin a que se destina), debería—según creemos—resolverse en sentido afirmativo por la vigencia del *numerus apertus* de derechos reales (61), el negocio

(58) Vid. GRASSETTI, op. cit., *passim*; *Donazione modale e fiduciaria*, Milán, 1941; *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, en «Rivista di Diritto civile», 1941, págs. 97 y sigs.; DE MARTINI: *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, en «Giurisprudenza italiana», 1946, I, 2; PUGLIATI: Op. ult. cit., págs. 231 y sigs.; JORDANO: Op. cit.; *Sobre el negocio fiduciario*, en este ANUARIO, t. III (1950), fasc. 1, págs. 129 y siguientes; *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario*, ibidem, t. III, fasc. 4, páginas 1250 y sigs.; y a propósito de la Sociedad de favor, también en este ANUARIO, t. II (1949), fasc. 4, págs. 1557 y sigs., esp. pág. 1559.

(59) Op. cit., págs. 248 y sigs., concretamente, pág. 262.

(60) Cfr. PUGLIATI: Op. cit., págs. 248 *in fine*, 249 y 260-261. Como poco antes se dijo en el texto, según PUGLIATI, los dos negocios—el real y el obligacional—serían abstractos, porque, a su modo de ver, también el negocio del que nace la obligación a cargo del fiduciario se estructuraría como negocio abstracto. No vemos la razón. El negocio obligatorio no se desligaría de su causa (mandato, garantía); es el negocio real el que se desvincula de su fundamento (negocio obligatorio), y éste de aquél. Sólo en ese sentido puede decirse que es abstracto.

(61) Así parece desprenderse de la Ley Hipotecaria al decir en su art. 2, número 2.º, que en el Registro de la Propiedad se inscribirán «los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales». Y aún más claramente del art. 7 del Reglamento Hipotecario, según el cual «no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan (en los del artículo 2 L. H.), sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma natura».

fiduciario, concebido al modo latino, no puede dar lugar a una propiedad fiduciaria, puramente formal, transitoria o instrumental, distinta de la propiedad ordinaria (62).

Si la *causa fiduciae* requiere *per se* la transmisión de propiedad, ésta se traslada del fiduciante al fiduciario íntegramente, del mismo modo que el primero la tenía y está regulada con carácter general por el orden jurídico; es decir, la propiedad plena y normal. Tanto más que las partes, para conseguir su intento, *tal como es previsto*, no pueden querer una limitación real (eficaz *erga omnes*) de la titularidad del fiduciario, ni en cuanto al tiempo ni en cuanto a la suma de los poderes a él atribuidos, porque de lo contrario, al hacerse patente frente a todos la relación que media entre ellas, se frustraría en la mayoría de las ocasiones la consecución de la finalidad propuesta. Esto, que resulta claro respecto a los supuestos de *fiducia cum amico* (63), es aún más evidente en el caso especial del mandato para enajenar, pues ya se vió (*supra*, núms. 9 y 18) cómo la actuación en nombre propio postula por su misma naturaleza la ocultación de la relación entre el mandante y el mandatario. El mismo PUGLIATI es consciente de esta exigencia cuando dice que «la representación indirecta con-

leza, así como cualquier acto o contrato de transcendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Sin embargo, modernamente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia patria, se va imponiendo una orientación favorable al sistema del *numerus clausus*, entendido con carácter más o menos rígido. Vid., entre otros, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, en *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1948, páginas 19-20; SERRANO Y SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo, comparado con el Derecho español*, Valladolid, 1934, pág. 165; CASTÁN: Op. cit., t. II, págs. 41 y sigs.; ROCA SASTRE: Op. cit., t. II, página 204.

(62) Vid. NAVARRO MARTORELL: Op. cit., págs. 183 y sigs., cuya tesis se halla informada por la idea fundamental de que la titularidad recibida por el fiduciario es plena, o sea, que es un propietario normal *erga omnes*, incluso frente al mismo fiduciante, porque el negocio traslativo y el derecho real objeto de él no son afectados por la obligación meramente personal contraída en el *factum fiduciae*, que sólo vincula al fiduciario sin afectar realmente su derecho, puesto que para el orden jurídico un compromiso personal no puede prevalecer contra una titularidad real en perjuicio de terceros adquirentes. A su juicio, la propiedad fiduciaria es «una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria, que afecta personalmente a su titular, sobre el uso de sus facultades y, generalmente, sobre el tiempo de duración de su titularidad» (pág. 108). Cfr., no obstante, PUGLIATI: Op. cit., págs. 253-259. Nuestra posición respecto al problema puede verse en *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario*, loc. cit., págs. 1259-1260 y 1263, cuyas líneas generales seguimos aquí.

(63) También en los supuestos de *fiducia cum creditore*, especiales razones de orden social (no ser tenido como acreedor exigente que no se contenta con las formas típicas de garantía, o como deudor con tan poco crédito que para conseguirlo se ve obligado a transmitir la propiedad de sus bienes) pueden mover a las partes a no poner de manifiesto la operación de garantía, que, generalmente, aparece como una transmisión normal de propiedad, con todas sus ventajas de tipo práctico.

siente realizar aquel fin de secreto en que a menudo el instituto de la fiducia se inspira» (64).

Tal vez se nos objete en contra que la necesidad de mantener oculta la relación fiduciaria puede llenarse recurriendo al mecanismo de la simulación, que no siempre es lícita o fraudulenta, sino que con frecuencia responde también a finalidades perfectamente lícitas, siendo consentida por la ley como medio legítimo de tutela de ciertos intereses sociales.

Así, la razón alegada por nosotros en primer lugar perdería al parecer consistencia, recobrando su fuerza el pensamiento inicial de PUGLIATI.

Pero es que ese recurso a la simulación es, en los sistemas de transmisión causal, siempre inevitable, aun cuando se entendiera que es la propiedad plena y normal la que pasa *fiduciae causa* al fiduciario; y esto por dos razones: una, porque, al tenerse que incorporar la causa al contenido del negocio, sobre todo a efectos registrales, se tornaría también público el fin perseguido; y otra, porque siendo ese fin *alíptico* y, como tal, no reconocido por la ley, la inercia jurídica, la timidez y las dudas sobre su admisibilidad llevarían de igual modo, por otro camino, al procedimiento simulatorio, con la única diferencia de que en esta hipótesis habría exacta congruencia entre el efecto traslativo del negocio aparente y el del negocio disimulado y, además, entre este negocio y su causa, que, al margen de la simulación, solicita la *normalidad* del traspaso de propiedad por exigencia de los principios que informan el sistema.

Hay casos—y éste es uno de ellos—en los que para conseguir la apariencia de un derecho no queda más camino que el de la apariencia que tiene como substrato la realidad misma: el fiduciario es precisamente aquello que aparece y aparece aquello que es.

Existe una razón que nos parece bastante decisiva para justificar la transmisión de la plena titularidad al fiduciario: y es que, estando ella destinada a pasar íntegramente a un tercero en muchos casos de *fiducia cum amico* y también de *fiducia cum creditore* (65), el fiduciario no podría transmitirla *in toto* si sólo tiene una titularidad encogida (*nemo dat quod non habet* (66)). Ni se diga que, siendo *instrumental*, tiene ya en sí la virtualidad traslata-

(64) Op. cit., págs. 295. Cfr. pág. 257 *in fine*.

(65) Siempre que, incumplida por el deudor la deuda garantizada, el acreedor se vea obligado a vender la *res fiduciaria* para satisfacerse a su costa, pues la prohibición del pacto comisorio alcanza a la transmisión en garantía, que actúa análogo resultado económico que la prenda e hipoteca. En efecto, la norma que consigna esa prohibición (art. 1.859 Cód. civ.) es una de las llamadas normas materiales en tema de fraude. Y como la *ratio legis* es la misma, el fiduciario (acreedor) que, incumplida la obligación principal por parte del fiduciario (deudor), se quedara con la cosa entregada en garantía, cometería una *fraus legis*.

(66) A tal efecto no bastaría hacer referencia a los principios de la simulación: con base en ellos, podría, a lo sumo, justificarse la plena adquisición del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, pero no la del tercer adquirente por título gratuito o que conociera el defecto de la titularidad de su causante.

tiva, porque ello equivaldría a admitir una excepción injustificada al principio *nemo plus juris* (Cfr. *supra*, núm. 10).

En tema de mandato para enajenar—que según la construcción que venimos propugnando lleva consigo un autónomo negocio fiduciario *cum amico*, como elemento ulterior de un supuesto de hecho complejo (mandato + fiducia)—esa necesidad de que la propiedad del mandatario-fiduciario sea la propiedad ordinaria es, si cabe, aún más manifiesta.

28. Llegados a este punto aún no quedan disipadas todas las dudas que suscita la admisibilidad de un negocio atípico *fiduciae causa* traslativo de dominio.

Como se recordará, la cuestión quedó así: el negocio fiduciario es admisible de cara al ordenamiento positivo español, aunque se afirme que en él rige el sistema causal de las transmisiones (Cfr. núm. 17) y el del *numerus clausus* de derechos reales (Cfr. número 27 y nota 58), puesto que la *causa fiduciae* es apta por sí misma para transmitir la plena propiedad; no estando, por tanto, el negocio fiduciario necesariamente ligado a la abstracción del acto traslativo ni a una propiedad-fin (propiedad-garantía o propiedad-administración), cabe perfectamente la posibilidad de un negocio fiduciario causal idóneo para transmitir la propiedad.

Mas surge un problema con relación a la subsumibilidad de la «causa fiduciae» en el ámbito de la autonomía privada: ¿Existe un *numerus clausus* de los llamados negocios reales *quoad effectum* (dingliche Verträge) (67), como límite de la autonomía privada?

Se ha dicho que los límites de la libertad contractual—aparte de aquellos que representan una exigencia natural del ordenamiento jurídico (Cfr. art. 1.255 Cód. civ.)—hay que buscarlos en el mismo fundamento del vínculo contractual. «Si la ley—afirma RUBINO—reconoce eficacia a las relaciones que los particulares pueden constituir, esto lo hace, de un lado, en cuanto que caso por caso exige una finalidad práctica apreciable (causa)...; pero, de otro lado, porque el vínculo queda limitado en sus efectos a los contrayentes» (68).

Si los contratos tienen fuerza de ley *entre aquellos que han contratado* (arts. 1.091 y 1.257 Cód. civ.)—añade el mismo autor—, esto importa que sólo en consideración de tal presupuesto se reconoce una libertad de creación a los particulares. Cuando, por el

(67) «La expresión *contrato real*—observa GALVAO TELES—tiene dos significados completamente diversos. En uno de ellos, designa el contrato para cuya validez se torna necesaria la *transferencia de la posesión* del objeto respectivo. En el otro, es el contrato constitutivo, modificativo o extintivo de *derechos reales*. En este segundo sentido el contrato real se contraponen directamente al obligacional, en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales» (Op. cit., pág. 333). Los contratos reales en cuanto al efecto son, pues, los contratos transmisores de *ius in re*.

(68) *Il negozio giuridico indiretto*. Milán, 1937. pág. 37.

contrario, los efectos de las nuevas relaciones se impongan también a los terceros, no se puede sostener que el Derecho haya mantenido aquella autonomía, «porque los particulares deben sentirse seguros de que no pueden ser obligados en sus relaciones con los demás asociados a un determinado comportamiento, sea específico, sea genérico, sea positivo, sea negativo, fuera de los casos previstos por la ley» (69).

Según RUBINO, las razones de interés social y de tutela de los terceros no sólo determinan la tipicidad de los derechos reales (*numerus clausus*), sino que, pasando de éstos a los contratos que los originan, dan lugar a la imposibilidad de crear nuevos negocios cuando éstos tengan una eficacia vinculante para los terceros (*numerus clausus* de contratos reales *quoad effectum*) (70).

En contra de estas afirmaciones se ha observado que una cosa es que los derechos reales tengan o deban tener estructura típica y otra cosa es deducir como consecuencia necesaria la tipicidad de los negocios traslativos: se trata de conceptos bien distintos, como distinta es la fuente (negocio) del efecto (derecho real) (71).

El principio de que en garantía de los terceros debe imponerse que los negocios traslativos no puedan practicarse sino en las formas prefijadas por el ordenamiento, es exacto en cuanto reafirma la exigencia de que, para tutela de los terceros, las partes no pueden ser exoneradas del respecto a los llamados índices de circulación. «Así—escribe GRASSETTI—el registro en materia inmobiliaria es una garantía de publicidad que debe normalmente ser respetada, y en este sentido es exacto hablar de *formas predisuestas por el ordenamiento*. Pero una cosa es hablar de formas, y otra de esquemas causales. El principio antes enunciado no implica, en efecto, que el número de causas idóneas para la traslación de la propiedad y para la constitución de los demás derechos reales sea un número cerrado; es decir, que sea cerrado el número de la propiedad y para la constitución de los demás derechos reales rigurosamente típicos en razón de su interés prevalente para la sociedad, de aquí no se sigue la tipicidad de los negocios reales *quoad effectum*, la tipicidad de las causas idóneas para su transmisión, sino tan sólo la necesidad de la observancia de determinadas formas de publicidad» (72).

RUBINO aduce, no obstante, que no se plantea apenas la cuestión de asegurar a los nuevos negocios aquellas formas de publicidad que la ley exige para la tutela de los terceros. A su juicio,

(69) Op. cit., pág. 38.

(70) Op. cit., págs. 39 y sigs. En el mismo sentido se pronuncian GRAZIANI: Op. cit., págs. 327 y sigs., y GRECO: *Le società di comodo e il negozio indiretto*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1932, I, págs. 782, n. 6.

(71) GRASSETTI: *Del negozio fiduciario* cit., pág. 367.

(72) Op. ult. cit., págs. 372-373; *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milán, 1936, págs. 9 y sigs.

no es exacto argumentar con una cuestión de forma para decidir un problema dogmático (73).

Lo cierto es, sin embargo, que un estrecho ligamen de necesaria correspondencia entre el *numerus clausus* de derechos reales y el *numerus clausus* de negocios reales *quoad effectum* no existe, sino que el número cerrado de derechos reales que pueden constituir el objeto de la transmisión tiene apenas una influencia *mediata* respecto a la solución del problema que nos ocupa: la de que el nuevo negocio traslativo introduzca otra figura de derecho real no reconocida por el ordenamiento positivo (en nuestro caso, una *propiedad fiduciaria* especial), lo que violaría indirectamente el *numerus clausus* de derechos reales (74), y vimos ya que en tema de fiducia ello no es así.

Así, pues, aunque se mantenga que en el derecho español existe un *numerus clausus* de derechos reales, el principio de la libertad contractual (art. 1.255 Cód. civ.), junto con los términos claros del art. 609 Cód. civ. (75), permite la existencia de un *numerus apertus* de negocios reales *quoad effectum*, siempre que el derecho real transmitido o constituido responda a uno de los esquemas típicos (76).

(73) Op. et loc. cit.

(74) Cfr. PUGLIATI: *Fiducia e rappresentanza indiretta* cit., págs. 352-353.

(75) Las palabras «ciertos contratos» no pueden dar pie a una interpretación limitativa favorable al *numerus clausus* de negocios reales en cuanto al efecto, sino que más bien indican el criterio amplio y generoso del legislador que, a propósito, evita hacer una enumeración con carácter taxativo, refugiándose en la ambigüedad de su dicción.

(76) Aunque nuestro Código no contenga una disposición equivalente al artículo 1.322, 2.º com., del Cód. civ. italiano, según el cual «las partes pueden también concluir contratos que no correspondan a los tipos que tienen una disciplina particular, siempre que se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico», no hay duda de que la doctrina es la misma. El art. 1.254 da una definición del contrato, y los artículos siguientes, hasta el 1.314, contienen unas disposiciones generales sobre el mismo, lo que sería innecesario si aquella calificación y esta disciplina solamente se aplicaran a cada una de las especies regulares en particular. Por otra parte, no hay ninguna norma delimitativa que, en absurda contradicción con una definitiva conquista histórica, restrinja a esos esquemas legales típicos todas las ricas posibilidades de expansión del contrato. (Cfr. GALVAO TELES, op. cit., páginas 43 y sigs.).

Es oportuno hacerse eco aquí de una opinión de CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giuridico* cit., págs. 248 y sigs., que juzgamos inaceptable. A juicio de dicho autor, como los negocios atípicos deben tener los mismos elementos esenciales que los negocios típicos y entre ellos se encuentra la causa, cual función jurídico-práctica del negocio, su existencia se torna también necesaria en el ámbito de los primeros, no en el sentido de la función típica, característica de los negocios nominados, que sólo debe ser exigida con relación a éstos, sino en el sentido de que las nuevas funciones deben adaptarse a los moldes generales de causas típicas, es decir—tratándose de negocios traslativos—, o a la causa onerosa (consistente en el cambio de una prestación frente a una contraprestación), cuyo modelo es la compraventa, o a la causa gratuita (prestación sin retribución, hecha con ánimo de liberalidad), cuyo modelo es la donación. Así, la «causa fiduciae», que no puede encuadrarse perfecta-

El negocio «fiduciae causa» puede ser, por consiguiente, uno de los contratos capaces de provocar el traspaso del *derecho de propiedad*.

Es totalmente inadmisibles imponer límites a la autonomía privada que no resulten de las disposiciones del derecho positivo. El principio de seguridad sólo impone determinadas restricciones que emanan del principio de publicidad. Extender sus consecuencias más allá de lo que piden las exigencias del tráfico, aduciendo una pretendida vulneración de los derechos y expectativas de los terceros, es desconocer las necesidades del comercio jurídico y negar la capacidad creadora de la autonomía privada, que no encuentra otros límites que no sean las leyes, la moral o el orden público (art. 1.255 *in fine* Cód. civ.).

29. Despejadas las dificultades que se oponen al recurso de un negocio traslativo atípico que legitime la previa transmisión del mandante al mandatario sin poder encargado de enajenar, resta

mente ni en una ni en otra *categoría de causas*, sería inadmisibles, según el ordenamiento positivo.

Lo cierto es que tampoco la «causa credendi» encaja bien en ninguno de esos dos grupos y, sin embargo, actúa una transmisión de propiedad (Cfr. artículo 1.753 Cód. civ.). Esta excepción permitiría dar acogida a la «causa fiduciae» al lado de la «causa credendi». Pero CARIOTA-FERRARA se cuida muy bien de acentuar las diferencias. Según él, la «causa fiduciae» y la «causa credendi» tienen de común la constitución de un derecho de crédito (como equivalente del sacrificio patrimonial del transferente), pero la «causa credendi» importa que el transferente adquiera un derecho a la restitución del *tantumdem eiusdem generis*; la «causa fiduciae», por el contrario, importa que el transferente adquiera un derecho a la restitución o a la ulterior transmisión del mismo objeto transmitido, lo que, a su juicio, tiene bastante importancia a efectos de justificar o no el traspaso de la propiedad. En el mutuo, esa transmisión es necesaria porque, tratándose de un préstamo de consumo, el mutuario no podría consumir las cosas fungibles recibidas, como no sea adquiriendo su dominio. En cambio—continúa—, para la fiducia nunca habría lugar a esas razones que justifican el paso de la propiedad en el mutuo, porque el objeto de la fiducia está constituido por una cosa cierta y determinada, la *causa es un simple fin de garantía o administración*, y la obligación de restituir tiene por objeto el mismo bien transmitido, *in individuo* (Cfr. *Il negozi fiduciari* cit., páginas 117-119).

Como se ve, en el fondo, CARIOTA-FERRARA niega la virtualidad traslativa de la «causa fiduciae», por estimar que responde a un fin *limitado o restringido* (correspondiente al mandato o a la prenda e hipoteca), incapaz de justificar por sí el paso de la propiedad. Por el contrario, de acuerdo con nuestra tesis, el negocio *fiduciae causa* sería admisible como negocio traslativo por estar basado en una causa atípica vecina de la *causa credendi* («do ut reddas tantumdem eiusdem generis»), consistente en el juego de una prestación frente a la promesa obligacional del fiduciario de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa recibida («do ut reddas idem») (art. 1.274, Cód. civ.), causa que es hábil para transmitir el dominio, por exigirle así el especial intento económico-social que ambas partes pretenden. Nótese, por otra parte, que esa exigencia no es menos fuerte que la del mutuo, pues, según hemos demostrado en otra ocasión cabe usar las cosas consumibles ajenas sin que sea estrictamente necesario adquirir su propiedad como *condictio sine qua non* (Vid. JORDANO: *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en este ANUARIO, t. I (1948), fasc. 3, págs. 980 y sigs.).

saber si en esta hipótesis se da la característica situación de peligro propia de la fiducia.

Mas veamos antes en qué consiste esa posibilidad de abuso que da pie al otorgamiento de confianza, al juego de la *fides*.

Según la concepción tradicional del negocio fiduciario, la potestad de abuso tiene su fundamento en la excedencia del medio —acto de transferencia— sobre el *scopus*—mero mandato o garantía—, que por sí no exige la transmisión. Esta excedencia o falta de proporción se refleja en el vínculo obligatorio (*pactum fiduciae*) —obligación del fiduciario de comportarse de acuerdo con el fin limitado perseguido y de transmitir la *res fiduciaria* al fiduciante o a un tercero—, que se yuxtapone al vínculo real—negocio dispositivo *erga omnes*. De aquí que el fiduciario, que en su posición frente a todos no encuentra sino límites obligacionales, pueda incumplir el *pactum fiduciae*, valiéndose de la cualidad de que se halla investido (propiedad plena y absoluta o titularidad de un derecho de crédito); por ejemplo, reteniendo o disfrutando la cosa recibida *sub fiducia* en contra de lo estipulado, o enajenándola por título oneroso o gratuito a cualquier tercero. Al fiduciante sólo le quedaría el remedio de su crédito personal contra el fiduciario (*actio fiduciae*) para corregir estas desviaciones de los poderes jurídicos dados al mismo. Así, en el caso de enajenación, no puede accionar ni real ni personalmente contra terceros, incluso de mala fe—con conocimiento del encargo fiduciario—, puesto que ellos adquieren de un verdadero *dominus*; contra el fiduciario puede, en cambio, ejercitar una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios. Lo mismo ocurriría en los casos de un uso o disfrute de la *res fiduciaria* contrarios al fin. Pero en el supuesto de que la cosa, no habiendo salido del patrimonio del fiduciario, fuera retenida por éste en su propio beneficio, en el derecho moderno, contrariamente a lo que sucedía en el derecho romano, en el que el incumplimiento de cualquier obligación sólo daba lugar a una indemnización de carácter pecuniario, tratándose como se trata del incumplimiento de una obligación de prestar cosa determinada, el fiduciante (o el beneficiario) puede recuperarla por la vía de una ejecución forzosa (arts. 1.096 Cód. civ. y 926 L. E. civ.), lo cual dista mucho de ser una limitación real o directa del derecho del fiduciario, que conserva la potestad de abuso, si bien cabe corregirla más eficazmente que con la simple indemnización de daños y perjuicios.

Según la concepción del negocio fiduciario que defendemos, la fuente de la posibilidad de abuso del fiduciario reside también en una excedencia del medio respecto del fin, no en el sentido tradicionalmente admitido, sino en el de que se transmite la propiedad o titularidad de un bien para un fin específico y determinado (*fiduciae causa*), que requiere esa transmisión, y no para todos los fines posibles, de suerte que la posición real que viene a crearse en el fiduciario con el traspaso del derecho es de tal naturaleza y está muni-

da de tales efectos que no puede compaginarse absolutamente con el fin tenido en vista.

Con otras palabras, hay una cierta desproporción, porque no se transmite *por* un fin, como sucede en la compraventa, permuta, donación y cesión, sino *para* un fin, que no agota totalmente el medio. De ahí, la necesidad de establecer límites obligacionales, respecto a la duración de la titularidad y a las facultades concedidas por su investidura, en los que se refleja el especial intento o propósito de las partes y que, a su vez, originan la posibilidad de abuso y proporcionan ocasión para el juego de la *fides*, como factor decisivo en la conclusión del negocio (77).

Es, pues, la misma *causa fiduciae* la que produce una dualidad de efectos de diferente intensidad—*erga omnes* e *inter partes*—, que por la plena prevalencia de los primeros dan lugar a la posibilidad de abuso y, consiguientemente, al otorgamiento de confianza.

Precisamente porque la posición de fiduciario no deriva de una *propiedad fiduciaria* (propiedad estrictamente adecuada al fin), sino de la propiedad normal apenas limitada con un vínculo obligatorio, aquél se encuentra en una *situación fiduciaria*, libremente escogida por el fiduciante, con todas sus ventajas de tipo práctico y con los peligros de abuso ya señalados anteriormente.

¿Será esa la posición del mandatario en la hipótesis del mandato *ad alienandum*? (78).

Tanto en la construcción de CARRARO como en la de MONACCIANI es evidente que no cabe una potestad de abuso verdadera y propia, ni surge, por tanto, ninguna situación fiduciaria, puesto que la adquisición meramente instrumental del mandatario se realizaría fugazmente, en el mismo momento de la transmisión al tercero (Vid. núm. 20 y 23).

Muy diversas son las cosas cuando se entiende que al mandatario encargado de enajenar *propie nomine* se le transmite previamente la propiedad. Se puede configurar, en efecto, una posibilidad de abuso cuando el mandatario no efectúe la enajenación a que se obligó dentro del plazo convenido, reteniendo en su propio interés la cosa entregada.

Entonces el mandante no podría reivindicarla por haber dejado de ser propietario, si bien podrá pedir judicialmente el cumplimiento de la obligación de enajenar por parte del mandatario o, si éste no se aviene a ello, la indemnización de daños y perjuicios, por tratarse de una prestación de hecho infungible, no sujeta como tal a ejecución forzosa a través de la actividad de otro (79). A lo sumo, podrá el mandante exigir judicialmente la entrega de la

(77) Cfr. JORDANO: *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario* cit., páginas 1261-1263.

(78) Así lo cree FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos*, traducción española, Madrid, 1926, págs. 290-291.

(79) Vid. arts. 1.098 Cód. civ. y 924 L. E. civ.

cosa *sub mandato*, en virtud de la obligación que pesa sobre el mandatario de devolver el precio de la venta a realizar, puesto que si no llegó a vender, esa obligación consistirá en la prestación, no de su equivalente, sino de la misma cosa, y como tal, sujeta a ejecución específica, siempre—claro está—que aquélla se encuentre en el patrimonio del deudor, pues de lo contrario se dará lugar a una reclamación de su valor más los daños y perjuicios provenientes de la falta de la entrega (80).

Hay, por tanto, en este supuesto, posibilidad de abuso, porque el último recurso indicado no la suprime, sino que la corrige *a posteriori*, a costa de no pocas molestias y gastos del mandante. De ahí que exista amplio margen para el juego de la confianza.

En el caso de que el mandatario cumpla su obligación de enajenar, pudiendo vender a cualquiera, incluso a sí propio, bajo ciertas condiciones (art. 1.459 2.º Cód. civ. y Cód. com.), parece a primera vista que aquí no hay campo para la potestad de abuso característica de la fiducia.

Sin embargo, esa posibilidad de extralimitarse se puede presentar en la hipótesis de que el mandatario fuera encargado de vender a un sujeto determinado, puesto que entonces, violando el encargo, podría enajenar válidamente, como propietario que es, a cualquier tercero, aunque éste tuviese conocimiento del mandato.

Y no se diga que, si la enajenación debe tener lugar a título oneroso, la designación de la persona con quien se ha de contratar constituye un elemento accidental y secundario del contenido del contrato, siendo caso de descubrir el elemento principal en el precio, único que interesa al comitente, porque es obvio que si así fuera no se habría indicado una persona determinada.

Aparte de que siempre el mandatario encargado de vender en el propio nombre puede excederse en el cumplimiento del mandato, por ejemplo, enajenando a bajo precio o, peor aún, disponiendo por título gratuito.

En todas estas hipótesis de violación del mandato, el mandatario sólo puede reaccionar mediante una *actio in personam* dirigida contra el mandatario para pedirle el resarcimiento de daños y perjuicios por no cumplir el mandato en conformidad con las instrucciones recibidas (Cfr. arts. 1.714, 1.715, 1.718, 1.719 Cód. Civ., y 252, 254, 256, 258 Cód. com.), estándole vedada la posibilidad de dirigirse contra el tercer adquirente, incluso por título gratuito o de mala fe, con una *actio in res*, visto que adquirió de quien era propietario. En esto radica la diferencia que existe entre la suerte del adquirente del fiduciario y la del adquirente de un testaferrero (intermediario aparente). Este sólo es protegido cuando adquiere del *non dominus* por título oneroso y de buena fe; el primero en todo caso, pues su adquisición es *a vero domino*.

(80) Arts. 926, 3.º y 928 y sigs. L. E. C. Al mismo resultado se llegaría, por otra parte, a través de la revocación del mandato. Sobre esto, vid. *infra* págs. 23 y ss.

Por consiguiente, al mandante solamente le queda el recurso de su acción personal contra el mandatario para corregir las desviaciones y excesos que el mismo realice con los terceros valiéndose de su posición real. Por eso se ve obligado a contar con la fidelidad de su mandatario que, al margen del derecho, le garantiza un exacto cumplimiento del mandato.

Aún hay más. En la hipótesis de revocación del mandato, incluso después de comunicada por el mandante al mandatario, éste, estando investido de la propiedad de la cosa que se obligó a enajenar, puede retenerla para sí o enajenarla por título oneroso o lucrativo a un tercero, violando así su obligación de restituir que deriva del fin del mandato.

Como se ve, estamos ante una hipótesis típica de abuso de la posición real característica de la fiducia, ya que es evidente que el mandante no podría reivindicar la cosa objeto del mandato, por haberse desprendido ya de su propiedad. Ciertamente que, estando ésta aún en el patrimonio del mandatario, el mandante podría reaverla judicialmente en forma de ejecución específica, la cual, como se dijo, no anula la posibilidad de abuso, sino que después de verificada la corrige indirectamente por medio de una acción personal. Pero si el mandatario, después de conocer la revocación del mandato, enajenara la cosa a un tercero, el mandante no tendría más recurso que el de exigir al mandatario inf. el una indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, creemos que en este supuesto de revocación del mandato el mandante puede ir más lejos, en prevención contra el eventual abuso de su mandatario, pidiendo a la autoridad judicial que adopte las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para garantizar el cumplimiento de la obligación del mandatario de entregar al mandante la cosa o cosas *sub mandato*, que surge como consecuencia de la revocación, y en todo caso para asegurar la efectividad de la sentencia que en el respectivo juicio recayere (arg. art. 1.528 L. E. civ.). Tales medidas podrán consistir en el depósito judicial o secuestro (Cfr. arts. 1.785 y sigs. Código civil), tratándose de muebles, o bien en la anotación preventiva de secuestro o prohibición de enajenar practicada en el Registro de la Propiedad (art. 42, núm. 4 L. H.), si las cosas objeto del mandato son inmuebles. Para decretarlas es suficiente que, además del presupuesto general exigido para que entre en juego todo procedimiento o medida cautelar (*periculum quod est in mora*) (81), aparezca con claridad la obligación de restituir del mandatario a través de la revocación del mandato hecha en escritura pública (art. 1.428, ap. 1 y 1.429, núm. 1.º L. E. civ.). Pero como, según los principios de nuestro sistema para decretar la providencia cautelar no basta un juicio de mera probabilidad basados

(81) Sobre el tema, en general, consúltese J. A. DOS REIS: *A figura do processo cautelar*, en «Boletim do Ministerio de Justiça», 1947, págs. 27 y siguientes y autores allí citados.

en la apariencia de un derecho, será indispensable un juicio de certeza, que no puede tener como fundamento la sola revocación del mandato, siquiera realizada en forma auténtica, si no consta fehacientemente la preexistencia del contrato de mandato por medio de documento público anterior o coetáneo (no contextual, por las exigencias del *agere nomine proprio*) al otorgamiento del negocio instrumental de transferencia del mandato al mandatario (venta disimulando un negocio *fiduciae causa*), por medio de documento privado reconocido legalmente (pudiendo servir al efecto la contra-declaración que de ordinario se habrá redactado al tiempo de elevar a escritura pública la transmisión causal *inter partes*) o por la confesión del mandatario hecha ante el juez competente (art. 1.429, núm. 1.º-3.º L. E. civ.).

Proteger más allá de esto el interés de comitente sobre la cosa, en perjuicio de la certeza y seguridad del tráfico y con daño de los legítimos intereses de los terceros adquirentes, no parece aconsejable.

Innecesario es advertir, después de lo dicho, que el remedio excepcional del secuestro o anotación preventiva, que protege el interés directo del comitente sobre la cosa y no ya sobre su valor en venta (82), no destruye la posibilidad de abuso de confianza por parte del mandatario, sino que la previene cuando aquélla dejó de tener como base la fiducia, por la crisis sentimental del mandante. Hasta tanto que esas medidas sean decretadas, el mandatario puede abusar.

30 Reparemos, por último, en las consecuencias de nuestra construcción en el caso de quiebra del mandatario.

Prima facie parece que, en ese evento, el bien transmitido en plena propiedad al mandatario para que éste pueda enajenarlo como *dominus* está irreparablemente perdido para el mandante, entrando a formar parte de la masa de la quiebra, destinada a constituir la garantía común de los acreedores. Al mandante no le quedaría más que un crédito personal dirigido a la restitución

(82) Se ha dicho que la comisión para venta entraña siempre un interés del comitente en percibir el valor de la cosa (más el eventual *plusvalía* que derive de la operación), porque el hecho de entregarla para venta demuestra la carencia de un interés sobre la misma cosa (NAVARRO MARTORELL, op. cit., páginas 169-170).

Contra esto cabe decir que, realizándose la transmisión del mandante al mandatario con carácter transitorio (desde el punto de vista obligacional, se entiende, el mandante no renuncia definitivamente a la cosa ni pierde su interés sobre ella, como lo demuestra el hecho de que le sea otorgado por la ley un derecho de separación *ob causam finitam* en caso de quiebra, que, como la revocación, pone fin a la relación de mandato. Por otro lado, ante el temor de que el mandatario venda a bajo precio o enajene gratuitamente y resulte después insolvente, no se puede negar la existencia de un interés directo del mandante sobre la cosa, de la que se puede ver injustamente privado sin recibir su equivalente.

de la cosa por la extinción del mandato (83), crédito sujeto como tal a concurso con los de los otros acreedores personales.

Consecuencia ésta que chocaría abiertamente con el texto de la ley, que expresamente concede un derecho de separación a favor del comitente en el supuesto de que existan en la masa bienes de que el quebrado fuera comisionista (art. 909, núm. 4.º, Cód. com.).

Por otro lado, es la misma construcción que hemos defendido la que estaría en litigio, puesto que según el texto de los artículos 908 y 909, núm. 4.º, del Cód. de com., el derecho de separación del comitente es un derecho de restitución «a su legítimo dueño», y de ahí que, legalmente, el fundamento de tal derecho deba consistir en el hecho de continuar perteneciendo la propiedad al mandante.

Apoyaría esta conclusión el artículo 268 del Cód. com. (84).

No obstante, si bien se miran las cosas, se trataría de una conclusión apresurada, porque habría que excluir el derecho de restitución del comitente en la hipótesis de comisión de compra, en la que, sin duda alguna, el comisionista que actúe *proprio nomine* adquiere de manos del tercero la propiedad (85), si bien por cuenta de su comitente, con relación al cual, según el mecanismo de la representación indirecta, no se verificarían inmediatamente los efectos del contrato celebrado, sino que para ello sería necesario un nuevo acto traslativo, posterior y autónomo respecto de la compra (86). Entretanto, el comitente no adquiriría la propiedad y, por

(83) La declaración de quiebra pone, en efecto, fin al mandato. Vid. artículos 1.732, 3.º, Cód. civ., 280 y 878 Cód. com.

(84) «Los comisionistas no pueden tener efectos de una misma especie *pereneccientes a distintos dueños*, bajo una misma marca, sin distinguirlos por una contramarca que evite confusión y *designa la propiedad respectiva de cada comitente*».

(85) Así lo entiende la opinión dominante. Vid., entre otros, FERRARA: *La simulación* cit., págs. 290-291; SCADUTO: *La rappresentanza mediata nell'acquisto dei diritti*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1925, I, págs. 525 y siguientes; CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari* cit., págs. 66 y sigs.; ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, ed. española, t. I, vol. 2.º, págs. 241 y siguientes; GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 1936, página 173; NÚÑEZ LAGOS: *Mandatario sin poder* cit., págs. 615 y sigs.; GALVAO TELES: *Op. cit.*, págs. 261-262; NAVARRO MARTORELL: *Op. cit.*, pág. 160.

(86) Según NÚÑEZ LAGOS, visto que el comisionista asumió la obligación de adquirir primero y de transmitir después al comitente, tal acto se realizaría en cumplimiento de una obligación de *hacer* y no de *dar*, pues el mandato no es de los *certos contratos* que transmiten la propiedad mediante la tradición (artículo 609 Cód. civ.) (op. ult. cit., pág. 618). Ahora bien, esa obligación de practicar un acto de transmisión de propiedad a favor del mismo mandante, no es una prestación de hecho en sentido técnico, sino una prestación de cosa, consistente en la enajenación de la propiedad de cierto objeto, que no puede, según el sistema, ser abstracta; tiene que derivar como efecto de un contrato apto para transmitir. Así, pues, también en el supuesto de mandato *ad adquirendum* se siente la necesidad de configurarlo como supuesto de hecho complejo, integrado por el mandato y por otro negocio traslativo atípico, que, según creemos, se basa—análogamente a la hipótesis inversa—en la *causa ditudiciae*.

Alguien ha dicho que en la hipótesis de mandato para adquirir, cuando el

ende, no podría reclamar con ese fundamento la restitución de la cosa caída en la masa del mandatario quebrado. Únicamente podría hacerlo en la hipótesis de comisión de venta, cuando ésta se construyera sin necesidad del previo traspaso de la propiedad del mandante al mandatario, bajo el perfil de la autorización o legitimación (V. *supra* núms. 7 y 9).

Ahora bien, esa divergencia de tratamiento en hipótesis tan semejantes, como derivadas de la misma relación jurídica (obsérvese que el art. 909, n.º 4, Cód. Com. no las distingue), sería totalmente injusta e inexplicable.

Hay, pues, que construir el fundamento legal del derecho de separación del comitente por otros cauces, de manera que se comprendan los dos supuestos de comisión (de compra y de venta) en una misma construcción unitaria.

El argumento basado en el artículo 268 Cód. Com. es inconsistente, pues este precepto—que no distingue—es igualmente aplicable tanto al caso de comisión de venta como al de compra, y en este último caso, como hemos visto, no queda más remedio que admitir el traspaso de la propiedad al *comisionista*.

Esa disposición se explica por la idea de que la ley, al decretar la distinción a hacer en las mercaderías, lo que quiso es señalar la *procedencia* o el *destino* de unas cosas que están en el patrimonio del comisionista en mero tránsito o pendientes de entrega (art. 909, número 4.º).

Del mencionado artículo 268 no se puede deducir ningún argu-

mandatario no debe transmitir inmediatamente el derecho adquirido a quien le ha dado el encargo, sino que lo tiene por cuenta de éste durante un periodo de tiempo más o menos largo, se está frente a un supuesto muy semejante al negocio fiduciario (si no substancialmente idéntico) en cuanto al poder de abuso, del que, no obstante, se distinguiría, de un lado, porque falta la transmisión *directa* del que da al que recibe el encargo, y de otro, porque si bien hay transmisión del tercero al comisionista, entre ellos falta todo convenio fiduciario (FERRARA: Op. cit. pág. 291; CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari* cit., pág. 77 nota). De acuerdo: pero el mandante entrega al mandatario el precio de la cosa a comprar por el segundo en el interés del primero, así que, por lo menos, *indirectamente*, hace posible su entrada en el patrimonio del mandatario. Ciertamente que la aludida entrada se realiza *renditionis causa*, mas la adquisición en sí misma se reviste de carácter fiduciario, pues se cambió cosa por precio, y éste se entregó confiando en la lealtad del mandatario, apenas obligado personalmente a transmitir ulteriormente a su mandante. A la transmisión *fiduciae causa* del precio corresponde, por tanto, la restitución de su equivalente con el mismo carácter, es decir, la retransmisión *fiduciae causa* de la cosa. La actividad gestoria del mandatario consiste, precisamente, en procurar esa mudanza de la *res fiduciari* en el interés del mandante. El hecho de que la previa transmisión del precio no requiera necesariamente la existencia de una causa traslativa, no quiere decir que no la tenga, sino que sólo aflora cuando se torna preciso decir por qué se devuelve al comitente.

Aquí no podemos profundizar más en el tema, que reservamos para mejor ocasión. Solamente queremos consignar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950 da muy juiciosamente el matiz de negocio fiduciario a un supuesto de mandato para comprar. (Vid. en este ANUARIO t. III, 1950, fasc. 3. págs. 942-945.)

mento contrario al paso del derecho de propiedad para el comisionista, porque su fin no es resolver esa cuestión de fondo, sino más bien una simple cuestión de forma: asegurar la *identidad* de las mercaderías objeto de la comisión (87). Del resto, en el artículo 267, apartado 2 Cód. Com., se encuentra una confirmación de nuestra opinión, pues al preceptuar que el comisionista «tampoco podrá alterar las marcas de los efectos que hubiere comprado o vendido por cuenta ajena», sin duda alguna lo que se pretende es conservar inalterada la indicación del destino o procedencia de las mercaderías en comisión.

La solución del problema que venimos discutiendo de cara al derecho positivo español, depende de la interpretación doctrinal que se dé al artículo 908 Cód. Com., porque este precepto no prejuzga la naturaleza del derecho de restitución o separación.

El contenido del artículo citado puede aclararse notablemente prescindiendo de la configuración del *ius separationis* como simple trasunto de la acción reivindicatoria.

Siguiendo a NÚÑEZ LAGOS (88), estimamos que se trata de una acción de restitución por enriquecimiento sin causa, de carácter personal, que no siempre exige que el actor sea dueño, pero que impone como presupuesto ineludible que los bienes se encuentren en el patrimonio del quebrado. Se diferenciaría de la acción reivindicatoria por estas tres notas: 1.ª, el actor no tiene que ser, de modo necesario, dueño *legalmente*, sino *legítimamente*; 2.ª, el quebrado no siempre es mero detentor o poseedor, sino que puede ser también dueño civil (89); 3.ª, la acción no tiene efectos *erga omnes*. Es preciso que los bienes reclamados subsistan en el patrimonio del quebrado, en la masa de la quiebra. Esta última nota—como observa NÚÑEZ LAGOS—excluye también la posibilidad de que sea una *rei vindicatio utilis*, pues esta *utilis in rem actio* no deja de tener los derechos de persecución de todo derecho o acción real. «La mal llamada reivindicatoria de la quiebra—añade—no puede ser reivindicatoria útil porque: *a*) de un lado, no puede ejercitarse más que contra la masa de la quiebra, subsistiendo las cosas en ella. Es una obligación de restituir de la masa; y *b*) de otro lado, la masa no restituye más que su enriquecimiento» (90).

(87) La *ratio legis* de esta individualización obligatoria de las mercaderías objeto de la comisión obedece al deseo de garantizar el interés del comitente, que tiene (comisión de compra) o puede tener (comisión de venta) un derecho a la cosa, lo que adquiere su importancia a efectos de pedir la entrega judicial de cosa cierta y para ejercitar el derecho de separación en caso de quiebra.

(88) Op. cit., págs. 625 y sigs.

(89) Por ejemplo, además del comisionista que compró por cuenta del comitente o al que le fué transmitida la cosa para que la vendiera en el interés de su principal, el marido con relación a los bienes dotales estimados (artículo 909, núm. 1) y el comprador en los casos de los núms. 8.º y 9.º del mismo artículo del Cód. de com.

(90) Op. cit., pág. 626 nota 20.

Así, con relación al supuesto de la quiebra del mandatario *nomine proprio* los elementos de la acción de separación serían éstos:

A) *Elemento personal*. Mandante o comitente: lo mismo en la comisión de compra que en la de venta no es dueño de la cosa, pues en el primer caso aún no le fué transmitida y en el segundo ya se desprendió de ella, entregándola en propiedad al mandatario; pero en ambos casos, sí es titular de un derecho de crédito—*ius obligationis*—dirigido a la prestación de la cosa—*ius ad rem*—, que, por su finalidad, lleva en germen su transformación en un derecho real—*ius in re*. En una palabra, tiene la cualidad de acreedor de dominio, en trance de convertirse en propietario, frente a una obligación consistente en dar una cosa determinada (artículos 1.088, 1.095 y 609 Cód. civ.). El mandatario *proprio nomine* que cae en quiebra está obligado, como efecto de la terminación del mandato, a devolver inmediatamente al mandante la propiedad adquirida por una u otra (por vía del propio comitente o por vía de tercero, conforme se trate de comisión de venta o de comisión de compra).

B) *Elemento real*. Son los bienes de cualquier especie—muebles o inmuebles—*que existan en la masa de la quiebra* (art. 908 del Cód. Com.). Es necesaria, por tanto, la *actualidad* del enriquecimiento en la masa de la quiebra. Esta restituye porque no debe enriquecerse sin causa a costa de otro. Si cesa el enriquecimiento, cesa la acción. Por otra parte, se ha de probar la identidad (Cfr. artículos 267, ap. 2, y 268, Cód. Com.) de los bienes mobiliarios—en cuanto a los inmobiliarios no hay problema—a que se tenga derecho. Este requisito afecta a la *separabilidad* de los mismos bienes.

C) *Elemento formal*. Constituido, de una parte, por una transferencia *legal* al quebrado, pues el mandatario adquirió con títulos legales (transmisión *fiduciae causa* o transmisión *venditionis causa*, según los casos) conformes con el Derecho objetivo; y de otra, por una transferencia que resulta no *legítima*: el mandatario, en un pasado próximo o remoto, recibió bienes del mandante o de un tercero con un fin o destino—*ob causa datorum*—que se frustra totalmente por la inclusión de dichos bienes en la masa de la quiebra. Su permanencia en ella significaría un cambio de destino. Por ello procede la *condictio ob causam finitam* o *condictio causa data causa non secuta* para evitar el enriquecimiento injusto de los acreedores. Los bienes objeto de mandato que se encuentren en el patrimonio del quebrado están sujetos a restitución al cesar las causas que dieron pie a una transmisión legal, pero susceptible de ser revocada con la *condictio* por ilegítima. Es que el Derecho no se contenta con la *legalidad* de la adquisición del quebrado para incluirla en la masa, sino que además exige su *legitimidad* (91). En

(91) Sobre legalidad y legitimidad, vid. las páginas admirables que escribió NÚÑEZ LAGOS en *Pago de lo indebido sin error* cit., págs. 126 y sigs.

la pugna de intereses entre el dueño legal y el dueño legítimo, da la preferencia al último (92), concediéndole el derecho de separación, que evita un injusto enriquecimiento a costa ajena por parte de los acreedores.

(92) «Las mercaderías...—dice el art. 908 Cód. com.—se pondrán a disposición de sus *legítimos dueños*».

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

