

### III. NOTAS CRITICAS

## Sobre el negocio fiduciario

(A propósito de un libro de MESSINA) (1)

JUAN B. JORDANO BAREA

#### SUMARIO:

- I. EL "SCOPUS FIDUCIAE".
  1. Confusionismo en torno al problema del fin fiduciario.
  2. Casos prácticos de fiducia: a), *fiducia cum amico*; b), *fiducia cum creditore*.
  3. Otros casos especiales: a), cesión fiduciaria; b), cesión fiduciaria de las acciones de una Sociedad; c), endoso fiduciario
- II. LOS PRINCIPIOS DE LA EXTRALEGALIDAD DEL «SCOPUS» Y DE LA EXCEDENCIA DEL MEDIO SOBRE EL FIN.
  4. Los axiomas fundamentales de la teoría fiduciaria.
  5. Los dos principios en la fiducia germánica.
  6. La extralegalidad del fin en la fiducia de tipo romano.
  7. La pretendida excedencia del medio sobre el fin en la fiducia de tipo romano.
  8. Los preconceptos corrientes sobre la fiducia a la luz de la evolución histórica.

La teoría del negocio fiduciario cuenta con una abundante bibliografía. Uno de los libros fundamentales en la materia es el de MESSINA *Negosi fiduciari (Introduzione e parte prima)*, Milán, 1910. La obra, en su primera edición, quedó pronto totalmente agotada, siendo de muy difícil acceso aun en la misma Italia, hasta el punto de que el propio CARIOTA-FERRARA se ve obligado a decir que no le fué posible encontrarla de ningún modo<sup>2</sup>. Recientemente ha sido reeditada por Giuffrè, con ocasión de la muerte del ilustre maestro de la Universidad de Palermo, como homenaje póstumo de su escuela. El hecho brinda una oportunidad para hacer unas breves reflexiones en torno al pensamiento de MESSINA sobre el tema, siempre apasionante por su dificultad doctrinal.

Con relación a nuestra vida jurídica, puede decirse que los negocios fiduciarios gozan de gran actualidad, tanto práctica como dogmática, desde que el Tribunal Supremo, sobre la base de unos negocios bastante frecuentes en

(1) *Negosi fiduciari*, vol. I de sus *Scritti Giuridici*, reeditados por Giuffrè. Milán, 1948.

(2) *I negosi fiduciari*. Padua, 1933, pág. 12, nota 1.

la situación económica actual, dictó varias sentencias<sup>3</sup>, que a su vez originaron un amplio comentario de la doctrina<sup>4</sup>.

Aquí nos limitaremos a hacer referencia a algunos puntos fundamentales que juzgamos interesantísimos para todo el que intente conocer a fondo la problemática de las relaciones fiduciarias.

i

#### EL «SCOPUS FIDUCIAE».

I. Bajo el epígrafe «Figuras concretas de fiducia», MESSINA<sup>5</sup> estudia el supuesto de hecho de muy diversos negocios fiduciarios. Su investigación va dirigida principalmente a determinar las finalidades para las que según la enseñanza común se recurre al negocio fiduciario. Con este motivo hace unas observaciones acerca del *scopus fiduciae* que merecen la pena poner de relieve, porque demuestran la superficialidad con que ordinariamente es tratado problema tan capital como el del fin u objetivo perseguido con la fiducia.

A juicio de MESSINA, aquí no dominan ideas demasiado claras. Para algunos, el propósito<sup>6</sup> de los negocios fiduciarios es económica y socialmente el típico de figuras reguladas por el Derecho positivo. Así dicese a menudo, por ejemplo, que con la cesión plena para garantía de una deuda se consigue el fin de la prenda de créditos, o que con la cesión para cobranza se persigue la misma finalidad de un mandato con representación indirecta<sup>7</sup>. Y otros, al describir el fin de los negocios fiduciarios, comienzan por afirmar que es limitado, en el sentido de que por sí mismo no exigiría la transmisión de la propiedad o

(3) Vid. sentencias de 22 noviembre 1935, 7 enero 1944, 10 marzo 1944 (sin aludir expresamente al negocio fiduciario) y las de 25 mayo 1944 y 28 enero 1946, que representan ya un paso decisivo del T. S. hacia el reconocimiento jurídico del negocio fiduciario. Vid., además, la sentencia de 23 mayo 1935, que recoge la misma doctrina sentada por la resolución de 14 junio 1922 sobre la adjudicación para pago de deudas.

La sentencia de 30 octubre 1944 se refiere a un caso de fiducia *mortis causa*.

(4) Vid. HERNÁNDEZ GIL: comentario a la sentencia del T. S. de 10 marzo 1944, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1945, págs. 690 y ss.; comentario a la sentencia de 25 mayo 1944, ibidem, págs. 697 y ss.; BONET: comentario a la sentencia de 25 mayo 1944, en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 856 y ss.; comentario a la sentencia de 28 enero 1946, en *Revista de Derecho Privado*, 1946, págs. 191 y ss. Vid., además, CASTÁN: *Derecho Civil*, apéndice a la 3.ª ed. (Registros), vol. I. Madrid, 1945, págs. 155 y ss.

(5) *Op. cit.*, págs. 7 y ss.

(6) Empleamos la palabra *propósito* en un sentido equivalente a *intento*, de los autores italianos, y *Absicht*, de los alemanes. La palabra tiene—como observa MESSINA (*Dottrina generale del contratto*, 2.ª ed., Milán, 1946, pág. 71)—varias significaciones que conviene precisar. Anté todo, el *intento* no se confunde con la causa (en sentido objetivo) porque lleva en sí la nota de subjetividad. La afinidad del *intento* con el motivo individual es evidente. Pero el *intento* no es uno de tantos de los motivos posibles: es el motivo más importante, el único motivo que anima a cada contratante. Es la causa eficiente (causa en sentido subjetivo). Se habla también de *intento* de las partes, equivalente a voluntad de las partes o voluntad contractual, no como consentimiento, sino como finalidad subjetiva que las partes se prometen recíprocamente. Así se torna al mismo orden de ideas de la causa eficiente, con la variante de qué no se refiere a cada contratante, sino que es común a ambos. En este sentido empleamos la expresión "propósito de las partes". En otro sentido, muy amplio, el *intento* equivale a voluntad, contrapuesta a declaración.

(7) KOHLER, en sus conocidos estudios sobre la reserva mental y la simulación (*Thering's Jahrbücher*, XVI, 1878, págs. 152 y 348).

titularidad, aunque, como medio, siempre se adopte en el procedimiento fiduciario, de donde deriva la falta de homogeneidad o proporción entre uno y otro, que se señala corrientemente como característica de estos negocios, acabando por identificar el fin de la *fiducia cum amico* con el mandato o depósito, y el de la *fiducia cum creditore* con la prenda <sup>8</sup>. En algunos la vacilación es manifiesta, pues van desde este concepto a aquel según el cual los negocios fiduciarios realizan un propósito algo diverso del que es propio de los negocios típicos, moviéndose en un terreno incierto. En CARIOTA-FERRARA esta vacilación aparece desde el momento que para la *f. cum amico* señala el fin del mandato, mientras que para la *f. cum creditore* habla genéricamente de un «fin de garantía», sin duda por no estar muy convencido de que sea el característico de la prenda <sup>9</sup>. FERRARA unas veces dice que el negocio fiduciario sirve para hacer posible la realización de fines que el orden jurídico deja insatisfechos; otras declara que en las enajenaciones fiduciarias a fin de seguridad o para hacer llegar la cosa a otros se persigue la finalidad restringida de la garantía o del mandato. Y advierte que en los negocios reales indirectos (a los cuales pertenecen según él los fiduciarios) se mira a producir un efecto *equivalente* o análogo a aquel que es propio de otros tipos de contratos <sup>10</sup>. En fin, GOLTZ insiste con vigor en la especialidad de los fines perseguidos con los negocios fiduciarios y afirma que éstos tienen siempre un propósito característico <sup>11</sup>.

2. De acuerdo con MESSINA, para quien, más que de las fórmulas teóricas que expresan genéricamente el fin de la fiducia, es mejor ocuparse de la configuración práctica de los propósitos de cada uno de los negocios fiduciarios más importantes, vamos a seguir en sus líneas generales la enumeración que de los mismos hace, tal como acostumbra a presentarlos la doctrina común, procurando al mismo tiempo poner de relieve la fisonomía del *scopus fiduciae*, ya que el autor deja conscientemente de pronunciarse a este respecto por relegar la solución definitiva del problema a la parte de su obra no publicada.

a) Un supuesto claramente fiduciario es la transmisión de la propiedad para fines de administración. A quiere conceder a B un cierto poder de administración respecto a algunos de sus bienes. Pero no le parece suficiente a tal fin un mandato, por lo que transmite a B la propiedad de los bienes. Después de conseguirse a través de B la finalidad propuesta por A con relación a dichos bienes, o bien después de removida la causa que impedía a A conseguirla directamente (por ejemplo: un viaje que le hacía imposible la actuación directa sobre la cosa), B debe restituir la propiedad de los bienes, dar la debida cuenta y responder de su gestión.

Otras veces aparece el mismo fin de gestión mezclado con ulteriores propósitos. Por ejemplo, varios propietarios para reorganizar su patrimonio lo

(8) En nuestra doctrina esta identificación aparece clara, por ejemplo, en ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1946, t. II, págs. 106 y ss.

(9) *Op. cit.*, págs. 104 y ss.

(10) FERRARA: *Della simulação nei negozi giuridici*, 2.<sup>a</sup> ed., Milán, 1905, págs. 46, 72 y 171.

(11) GOLTZ: *Das fiduciärische Rechtsgeschäft*, Marburg-Elevvert, 1901, pág. 15.

enajenan fiduciariamente, debiendo el adquirente (fiduciario) restituirlo después de reembolsarse de los gastos realizados al darle el destino deseado.

Análogo supuesto de hecho aduce GRASSETTI. A, pródigo no declarado judicialmente, tiene un patrimonio cargado de deudas y, sin embargo, aún suficiente para satisfacer a sus acreedores, siempre que se someta a una buena administración, de la cual él es incapaz. Su hermano B está dispuesto a arreglar la situación financiera de A; pero siendo insuficiente a tal fin un mandato, porque B ha de tener amplia libertad y, sobre todo, porque conservando A la titularidad de los bienes encontraría aún crédito entre sus acreedores y contraería nuevas deudas acaso más desastrosas; A consiente en transferir sus propios bienes a B para que éste le restituya el sobrante después de haber ordenado su situación patrimonial<sup>12</sup>. En este caso concreto las partes no persiguen un fin de mandato, sino un fin diverso, precisamente un *scopus* que no corresponde a ninguno de los tipos previstos específicamente por el legislador y es tal que presupone para su realización un traspaso de la propiedad. Decir que en este caso se persigue el fin típico del mandato equivale a asignar al supuesto de hecho una calificación que no es la suya y a desnaturalizar el negocio con el resultado de ligarle unas consecuencias exactamente opuestas a las que pretendían las partes<sup>13</sup>.

Un caso de *fiducia cum amico contracta*, bajo ciertos aspectos muy parecido al que consigna BOECIO en sus comentarios a los Tópicos de Cicerón<sup>14</sup>, nos ofrece también GRASSETTI. Lo vamos a referir aquí por haberse dado alguna vez en nuestra práctica jurídica respecto a bienes de súbditos alemanes radicados en España:

A, temiendo ver incautadas sus fincas situadas en país extranjero, transmite la propiedad de las mismas a un amigo, ciudadano del país donde radican los inmuebles, con el acuerdo de que, una vez cesado el peligro de una confiscación por causa de guerra, el adquirente (fiduciario) le restituirá la propiedad de dichos bienes<sup>15</sup>. Es indudable que no existe otro medio idóneo para alcanzar la finalidad propuesta que el de la transmisión de los bienes en peligro. El depósito, que sólo opera el traslado de la posesión de la cosa depositada, no podría originar el cambio efectivo de la titularidad, absolutamente necesario para escapar al temido despojo.

(12) GRASSETTI: *Del negocio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1936, I, págs. 349 y ss. En su estudio *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dell'intento empirico*, Milán, 1936, pág. 14, GRASSETTI presenta así el caso: "Ticio quiere actuar un traspaso de la propiedad de algunos de sus bienes a su amigo Cayo o a la sociedad fiduciaria X, y quiere la transmisión como correctivo al principio que se encuentra en los artículos 1.948 y 1.949 del C. C. I. del 65, a fin de protegerse contra su prodigalidad o contra la de su hijo, a quien no quiere inhabilitar. El negocio no es fraudulento, puesto que no existen en ese momento acreedores de Ticio. Cayo o la sociedad X administrarán los bienes, de que han llegado a ser titulares, en el interés y siguiendo las indicaciones de Ticio."

(13) GRASSETTI, op. últ. cit., pág. 15.

(14) Lib. IV, § 10, 41 (BRUNS: *Fontes*, II, pág. 74): "Fiduciam accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet: velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit reddat".

(15) GRASSETTI: *Del negocio fiduciario...*, cit., pág. 349.

Por último, observa MESSINA que son bastante conocidos los fines y los motivos de las donaciones fiduciarias hechas a personas que deben servir de ejecutores respecto a los beneficiarios, cuando se trata de disposiciones en favor de un ente religioso con el acuerdo secreto de destinar los bienes en provecho de la religión o para el mantenimiento de una comunidad eclesiástica no reconocida, o a un intermediario para consignarlos después a una persona legalmente incapaz, ocultamente favorecida.

En estos casos hay que reconocer que el intermediario es un contrayente efectivo, al que se transmite verdaderamente la propiedad con la obligación de darle el destino establecido, porque de otro modo (con un mandato) no se podría conseguir la finalidad propuesta, habiendo que descartar la hipótesis de una simulación subjetiva o de una interposición ficticia de persona, quedando como única cuestión a ventilar, aparte de la discutidísima realidad del negocio de donación<sup>16</sup>, la de si existe o no un fraude a la ley por tratarse de una *causa fiduciae* ilícita disimulada.

La enumeración de casos prácticos de *fiducia cum amico*, al margen de los que cita MESSINA en su libro, sería inacabable. La realidad jurídica nos los ofrece de una manera continua en formas variadísimas. Uno de los supuestos más frecuentes en el tráfico es la transmisión fiduciaria de la propiedad hecha a un amigo con el objeto de colocar los propios bienes fuera del alcance de una ejecución forzosa por parte de los acreedores<sup>17</sup>. Claro es que este negocio sería impugnable por concluirse en fraude de los acreedores.

Pero en otras muchas ocasiones se está frente a negocios perfectamente lícitos y aun hay casos en los que se persigue un fin moralmente bueno. Por ejemplo: si A consigue de su disoluto hijo B que le transmita todos sus bienes con el fin de coadyuvar con ello al alejamiento de su codiciosa concubina, comprometiéndose a retransmitirlos una vez logrado dicho propósito<sup>18</sup>. También aquí la transmisión de la propiedad se presenta como el único expediente apto para alcanzar la finalidad propuesta<sup>19</sup>, lo cual hace destacar su índole especial.

b) El ejemplo más común de *fiducia cum creditore*, que según MESSINA se

(16) Vid. CARIOTA-FERRARA, op. cit., págs. 133 y 167-168.

(17) V. TUHR: *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, vol. II, München-Leipzig, 1918, § 77, pág. 187.

(18) El esquema de este negocio responde, en sus líneas generales, a un caso de la realidad sobre el cual tuvimos ocasión de emitir dictamen. El asunto aparecía bastante complicado, porque se acudió para la transmisión a una venta (que sin duda alguna fué simulada, aunque el traspaso fuera tal vez querido por otra causa), practicada sin entrega real del precio, cuando A, viuda de su primer marido, había ya contraído segundas nupcias en régimen de sociedad de gananciales. Los bienes objeto de la transmisión eran, precisamente, los que B había recibido en concepto de legítima por muerte de su padre. El conflicto se planteó cuando A, fallecido su segundo marido, pretendió retransmitir los bienes de su hijo, en contra de las expectativas de los herederos del cónyuge premuerto, a la porción de los mismos bienes, a que tenían derecho sobre la base de una adquisición ganancial por compra, que en realidad no tenía tal carácter.

(19) No se excluye la hipótesis de una simulación absoluta, aunque el hecho de comprobarse la existencia de una obligación de restituir la atribución patrimonial recibida pueda dificultar su prueba. Los efectos de la retransmisión se conseguirían con la declaración de nulidad o inexistencia del negocio, al paso que, frente a terceros, la apariencia de titularidad supliría la transmisión efectiva de la propiedad.

acostumbra a presentar como correspondiente a una práctica difundidísima, es el de la transmisión fiduciaria de la propiedad de cosas muebles a fin de garantía. Es el caso del comerciante que tiene necesidad de crédito y que no puede constituir oportunamente una prenda sobre las mercancías de su empresa porque no se puede desprender de las mismas, debiendo desenvolverse con ellas su tráfico. Entonces se ve obligado a transmitir fiduciariamente su propiedad al acreedor que le suministra el dinero, y mediante un *constitutum possessorium* continúa poseyendo en todo o en parte el conjunto de la hacienda, reteniéndolo en su poder a título de comodato o de arrendamiento. El acreedor, una vez obtenido el pago de las sumas prestadas, deberá restituir la propiedad de la *res* fiduciaria. Con el negocio fiduciario *cum creditore* se persigue, sin duda alguna, la garantía de un crédito. Pero el propósito que las partes se proponen no es el de la prenda o hipoteca, sino que exige la transmisión de la propiedad. Si se piensa en esos casos, como el anteriormente aludido, en los que los objetos con los cuales se pretende garantizar una deuda consisten en cosas muebles, poco apropiadas por su misma naturaleza para ser puestas en posesión del acreedor (mercancías, máquinas, instrumentos de labranza, etcétera), se alcanzará fácilmente que en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no esté regulada la llamada hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento<sup>20</sup>, o tratándose de supuestos no encuadrables en la ley o de casos en los que por alguna razón no se pueda acudir a ella, el único procedimiento posible para constituir sobre dichos bienes una garantía real sin privación de su goce es la transmisión fiduciaria de la propiedad, porque la prenda exige la entrega de la cosa y la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles.

Más, aparte de estos casos en los que el mismo *scopus* fuerza a la transmisión de los objetos, pueden darse otros supuestos en los que dicha transmisión sea espontáneamente elegida por las partes para conseguir por su medio la garantía de un crédito<sup>21</sup>. Deudor y acreedor pueden ponerse de acuerdo al efecto de conferir uno y adquirir otro una forma de garantía más intensa que la prenda y la hipoteca, al amparo de la libertad de contratación.

3. a) Según MESSINA, la cesión fiduciaria de un crédito se presta a muy diversas adaptaciones. Y, en efecto, se cuenta entre éstas la *cessio* para un fin de gestión.

Razones de especial consideración pueden aconsejar al acreedor abstenerse en lugar de actuar para la exacción del crédito. Entonces la cesión de éste a un tercero, que lo exigirá por cuenta del cedente, se presenta como el mejor medio para superar los motivos que impulsan a inhibirse.

Por otra parte, el fin de garantía puede encontrarse en la hipótesis de un mandato para la cobranza de un crédito, cuando se quiera asegurar al mandatario (cesionario) la percepción de una cuota parte de aquél en concepto de retribución, si ésta fué convenida.

(20) En nuestro Derecho, la Ley de 5 diciembre 1945 reguló la prenda sin desplazamiento (arts. 1.863 bis-1.873 bis del Código civil). No habiéndose dictado la disposición especial que preveía el artículo adicional de dicha Ley, sus disposiciones carecen de efectiva aplicación práctica.

(21) Conviene advertir que precisamente la transmisión cumple un fin de garantía por quedar limitada obligacionalmente. Si no fuera por la obligación de retransmitir una vez alcanzado el fin, la transmisión no sería de seguridad o garantía.

Es frecuente la *cessio in solutum* o *pro soluto*, aceptada por el cesionario con la intención de que el crédito de éste hacia el cedente se pagará no con el valor nominal del crédito cedido, sino con aquel que efectivamente se percibirá con la exacción. En este caso, de un lado, el cedente (fiduciante) es tutelado frente al cesionario (fiduciario) para el caso de que éste intentase el cobro de la deuda aun antes de la exacción del crédito cedido, y de otro, el cesionario tiene inmediatamente a su disposición un medio de satisfacerse con la titularidad plena del crédito transferido y al mismo tiempo está cautelado contra el peligro de que el crédito cedido no sea un *nomen bonum*.

La cesión de un crédito podría también ser efectuada con la intención de despojar al deudor cedido de las excepciones que le competen personalmente contra el cedente. En esta hipótesis la finalidad práctica perseguida por las partes tampoco coincide con el mandato y exige por sí misma la transmisión de la plena titularidad del crédito. La cesión realizada con esa finalidad sería no obstante válida y únicamente podría invocar el deudor cedido la *exceptio doli*, que hace comunicables al cesionario las excepciones personales del cedente cuando aquél tiene conocimiento de ellas en el momento de la adquisición<sup>22</sup>. La cesión sería fiduciaria cuando la investidura del derecho de crédito fuese otorgada al cesionario teniendo en cuenta la *fides*; cuando se le convirtiera en cesionario real con la obligación de restituir cuanto reciba.

En otra dirección se admite el recurso a la cesión fiduciaria cuando no pudiendo el cedente cuidar por sí mismo de la exacción del crédito, quiera huir de eventuales vicios del acto de mandato.

Entre las aplicaciones fiduciarias de la cesión está, por último, la realizada a fin de seguridad. Se recurre a ella para conceder al acreedor una garantía más intensa que la procurada por la prenda de créditos, puesto que con la transmisión del crédito, de un lado, se asegura al cesionario (fiduciario) una posición más libre e independiente frente al deudor cedido y, de otro, se le pone a salvaguardía de ulteriores disposiciones que, sin embargo, el deudor pignoraticio podría hacer del crédito.

b) Una particular mención merece la cesión de acciones de una Sociedad, la cual puede ser también fiduciaria. GRASSETTI propone el siguiente caso práctico: A, accionista de una Sociedad Anónima, por razones de conveniencia social o meramente personales, no quiere dar por sí mismo un voto de desconfianza a los administradores, encargando de esto a su abogado B. Un mandato sería insuficiente para el logro del fin, porque B precisa la titularidad de un cierto número de acciones, que deben ser previamente depositadas a su nombre para que pueda participar en la Junta de accionistas. A cede las acciones a B, conviniendo que éste se las devolverá después de la votación<sup>23</sup>.

(22) El fiduciario, dice CARIOTA-FERRARA (op. cit., págs. 171 y sig.), en cuanto cesionario, adquiere la titularidad plena y absoluta del crédito, resultando acreedor frente a todos, comprendido el mismo cedente (fiduciante). El deudor del crédito cedido puede intentar contra él únicamente aquellas excepciones que le competen contra cualquier cesionario, no teniendo facultad de penetrar en la relación obligatoria interna entre fiduciante y fiduciario.

(23) Op. cit., pág. 350. No podemos entrar aquí en el fondo de la cuestión: si basta a tal fin la mera titularidad formal, o si, por el contrario, es precisa la plena titularidad de la acción, lo cual se relaciona con el problema, que consiste en saber si

Observa MESSINA que los motivos que explican el recurso a este expediente pueden encontrarse o en la imposibilidad material en que esté el cedente para hacer valer los derechos reconocidos al poseedor de las acciones o en la posición en que se encuentre su titular; por ejemplo: si median razones de especial consideración frente a los administradores de una Sociedad. Un voto de desconfianza que no se daría personalmente, se da por el trámite del accionista fiduciario y a menudo con notable beneficio para la gestión social<sup>24</sup>.

c) En materia cambiaria, a juicio de MESSINA, se encuentra también un amplio campo para la fiducia. La figura más frecuente es la del giro o endoso pleno para fin de cobranza. A tal efecto se conoce una forma especial que es el uso de la cláusula «por poder», añadida al giro normal de la letra. Pero en el tráfico tal cláusula no se emplea frecuentemente porque implica cierta desconfianza hacia el giratario, especialmente cuando se trata de un Banco. De ahí el uso del endoso pleno con la intención de que el giratario deba proceder únicamente al cobro, restituyendo lo recaudado al girante.

Piénsese, por otro lado, en el cuarto caso práctico propuesto por GRASSETTI: A gira en pleno confiando en la lealtad de B con el fin de que no puedan ser opuestas al segundo las excepciones personales del primero<sup>25</sup>. La finalidad perseguida por las partes no puede conseguirse con el mandato, ni con el giro traslativo de la sola propiedad formal<sup>26</sup>, porque la propiedad jurídica material seguiría perteneciendo al girante o endosante, mientras que el giro fiduciario, transmitiendo *erga omnes* la propiedad del título y del crédito, produciría siempre el pretendido efecto.

Junto a estas aplicaciones está el giro o endoso pleno para seguridad de un crédito, es decir, realizado sin emplear ninguna cláusula que denote la constitución de una prenda sobre la letra de cambio (cláusula «en garantía»). De este modo se dan al acreedor (giratario) mayores derechos que a un acreedor pignoraticio y se consigue una negociabilidad más fácil del título por razón de su independencia de la relación jurídica fundamental.

En el caso de un endoso pleno a fin de garantía, siendo finalidad de las partes la creación de un derecho de garantía más fuerte que la prenda, parece que no caben dudas sobre la especialidad del *scopus* o intento, que exige la transmisión plena del título y del crédito.

---

pueden votar en las anónimas sólo los socios en sentido material, o también los que lo son en un sentido formal, en virtud del juego de la simple legitimación externa. Vid. GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, I, vol. II, "Empresa, comerciante, Sociedades", Madrid, 1947, págs. 965 y 966; ALBI AJKRO: *La potestad de mando en las Sociedades anónimas*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", III, Madrid, 1946, páginas 651 y sigs.; FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1926, pág. 89; VIVANTE: *Gli azionisti fiduciari (prestanomi) nelle assemblee delle società per azioni*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1903, I, págs. 167 y sigs.

(24) Op. cit., pág. 12.

(25) Op. cit., págs. 350 y sigs.

(26) Sobre esto último, vid. CARIOTA-FERRARA, op. cit., págs. 186 y sigs.; VIVANTE: *Tratado de Derecho mercantil*, ed. esp., III, Madrid, 1936, págs. 297 y 304 y siguientes. Nuestra doctrina se inclina también a configurar el endoso pleno a fines de garantía o de cobranza, distinguiendo el lado externo (legitimación) y el lado interno. Vid. GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1936, págs. 625 y sigs. y 628; VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo*, Zaragoza, 1933, páginas 260 y sigs. y 277, especialmente pág. 276.



## LOS PRINCIPIOS DE LA EXTRALEGALIDAD DEL «SCOPUS» Y DE LA EXCEDENCIA DEL MEDIO SOBRE EL FIN.

4. A juicio de MESSINA ha faltado una exacta visión de las dificultades técnicas que presenta el tema de la fiducia. De una u otra forma, el análisis que de la misma han hecho los diferentes autores gira en torno a cuestiones perjudiciales sin cuya solución no puede darse base segura a los negocios fiduciarios. Se corre el riesgo de admitir sin discusión unos tópicos, que desde REGELSBERGER se vienen repitiendo, elaborando toda la dogmática fiduciaria a partir de uno o varios preconceptos.

Por ello MESSINA examina detenidamente lo que él llama «tesis principales de la teoría fiduciaria», para ver a la luz de la crítica cuál es su fundamento. Nos será útil seguir el camino recorrido por el autor y sus agudas observaciones nos darán pie para extendernos en algún punto donde la discrepancia con su pensamiento nos obligue a justificar la posición adoptada.

Son dos proposiciones fundamentales, que se encuentran en las diversas doctrinas o construcciones fiduciarias, las que al modo de ver de MESSINA deben constituir el punto de partida para revisar la materia. Una consiste en la afirmación de que los negocios fiduciarios persiguen un *scopus* fuera o al margen de la ley; la otra se enuncia al aseverar que el fin económico de la fiducia no es congruente con el medio jurídico empleado para alcanzarlo, o dicho de otro modo, no es tal que exija por sí mismo la atribución patrimonial que en aquélla siempre se efectúa <sup>27</sup>.

5. Según MESSINA podría parecer a primera vista que estas dos ideas cardinales de toda la teoría de los negocios fiduciarios sean propias exclusivamente de la construcción romanista; pero no es así.

a) Por lo que afecta a la primera proposición, observa que se debe tener en cuenta que todas las construcciones estudian igualmente los mismos elementos de hecho, los mismos fenómenos de la vida económica, y todas afirman que para éstos faltan figuras típicas de derecho positivo que los acojan en sí perfectamente <sup>28</sup>.

Es cierto que las diversas teorías del negocio fiduciario operan sobre los mismos supuestos de hecho; pero no lo es menos que alguna (la teoría germánica) los configura de forma muy diferente. Más que de dos tipos de fiducia (f. romana y f. germánica) debe hablarse de dos formas distintas de con-

(27) Op. cit., págs. 32-33. "No raramente—escribía REGELSBERGER—es querida por las partes en la manifestación de la voluntad de un negocio la creación tan sólo del resultado jurídico, aunque con el presupuesto de que aquel a quien ha sido otorgada una cierta facultad jurídica emplee únicamente su posición para un determinado fin, no para todos los fines posibles... Podré proponer para este fenómeno la denominación de *negocio fiduciario*, siguiendo el ejemplo de las fuentes. Su característica es la desproporción entre fin y medio. Para conseguir un fin determinado se escogió una fórmula jurídica que da más de lo que es necesario para alcanzarlo" (*Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, en "Archiv für die civilistische Praxis", LXIII, 1880, págs. 172-173. Cfs., *Pandekten*, Leipzig, 1893, pág. 518).

(28) Op. cit., pág. 33.

cebir el negocio fiduciario, correspondientes a dos mentalidades jurídicas enteramente opuestas.

Algún autor ha calificado de *extralegal* a la fiducia <sup>29</sup>. Y esta característica es precisamente la que le falta a la fiducia germánica, en la que existe una plena tutela legal de los derechos del fiduciante. El *Salmann* (fiduciario) adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de tal modo que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, el cual provoca *ipso iure* un retorno de la cosa al fiduciante o sus herederos, incluso en perjuicio de tercer adquirente <sup>30</sup>. Así, pues, la posición del fiduciario (*Treuhänder*) queda *ex lege* estrictamente ligada y dirigida al fin. Y con GRASSETTI podemos decir que cuando no existe la posibilidad de un abuso de aquella posición y se llega a la correspondencia exacta de los poderes del fiduciario con el fin del negocio por medio de la coacción jurídica y no por el espontáneo comportamiento *bonae fides* del fiduciario, se está frente a un caso de «fiducia legal» que no tiene título hábil para la calificación fiduciaria, al menos desde el punto de vista de la concepción latina <sup>31</sup>. La regulación legal de la fiducia, desde ese ángulo visual, sería una *contradictio in adjecto*.

No basta que la fiducia no se corresponda con ninguno de los negocios típicos que tienen un *nomen iuris*; hace falta, además, que viva al margen de la ley. Si aquélla tiene una regulación legal explícita, llega en cierto sentido a ser típica y, por tanto, deja de ser extralegal.

b) Con relación a la segunda tesis o principio enunciado, MESSINA afirma que es cierto que la teoría romanista de la fiducia acentúa mayormente la proposición según la cual existe en aquélla una desproporcionabilidad entre medio y fin, pero que por el simple hecho de que las otras construcciones lleguen al resultado de hacer coincidir los efectos jurídicos con los empíricos con mayor homogeneidad que la primera, no se puede decir que también para ellas no exista alguna desproporción entre el medio jurídico y los intentos económicos. Esto—agrega—puede parecer paradójico, pero la verdad es que la teoría germánica confiere absolutamente al fiduciario la plena titularidad del derecho transmitido, y, desde este punto de vista, se ve constreñida a consentir siempre una atribución patrimonial que no sería requerida por los intentos prácticos y a reconducirla después dentro de límites más restringidos. La condición resolutoria con que opera la teoría germánica no es sino un expediente constructivo <sup>32</sup>.

A nuestro juicio, las observaciones de GRASSETTI, antes referidas, valen también para negar la exactitud de la segunda tesis en la fiducia germánica. El *Treuhänder* germánico tiene un poder «reducido en la medida necesaria al fin» <sup>33</sup>.

Sin embargo, CARIOTA-FERRARA opone que este concepto no es exacto, al menos en su formulación. En contra de la opinión de SCHULTZE, afirma que

(29) JACQUELIN: *De la fiducia*, París, 1891, pág. 447.

(30) Cfs. CARIOTA-FERRARA, op. cit., pág. 10.

(31) *Del negocio fiduciario*, cit., pág. 355; *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1936, I, págs. 552 y 553 *in fine*.

(32) Op. cit., pág. 33.

(33) SCHULTZE: *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, en "Iherings Jahrbücher", XLIII, 1901, pág. 10.

también en la fiducia germánica existe una excedencia del medio sobre el fin; tanto es así, que se convierte en propietario a quien debería ser, por ejemplo, un simple mandatario. La única diferencia, por cierto prácticamente muy relevante, consistiría en que en la fiducia germánica el fin no se limita a reflejarse en un vínculo obligatorio, sino que penetra en la posición jurídico-real, condicionándola y haciendo de tal modo imposible un abuso de la misma, la cual bajo este aspecto no es verdaderamente fiduciaria <sup>34</sup>.

Ambas afirmaciones son contradictorias: si el fin penetra, condiciona y reduce en la medida necesaria la posición jurídico-real otorgada con el negocio, no se puede decir que aquél sea, por ejemplo, el de un mandato y no exija la transmisión plena del derecho, porque la condición resolutoria, que es el expediente elegido al efecto, no la anula, sino que la subordina por vía real a ciertos eventos que determinan la devolución de la *res* fiduciaria.

6. Las dudas acerca de la validez de los principios de la extralegalidad y de la excedencia no surgen únicamente respecto a la fiducia germánica, sino también con relación a supuestos fiduciarios configurados según el tipo romano o latino.

Así, por ejemplo, a propósito del primero, MESSINA afirma que puede admitirse sin dificultad la extralegalidad del propósito perseguido en las enajenaciones de muebles con fin de seguridad o en el giro pleno de una letra de cambio para garantía de un crédito. En estos casos el fin de la prenda aparece intensificado con una potencia que ningún instituto concreto del derecho positivo ofrece. Pero se pregunta si la primera proposición puede en verdad estimarse fundada respecto al giro o endoso pleno o a la cesión para cobranza. En estos casos, en los que se persigue el simple fin de recaudar un crédito, ¿cómo se puede negar que el propósito empírico de las partes sea el mismo del mandato? Únicamente se podría hablar de extralegalidad del fin en el sentido de que las partes quieren adaptar figuras típicas de derecho a finalidades que son ajenas a la ley. Pero entonces el fin «fuera de la ley» no sería ya referible a una laguna de la ley, como se enseña en general para todos los negocios fiduciarios, cuando se encuentra su génesis en faltas o defectos del derecho positivo. De este modo, el *scopus praeter legem* no sería un *prius* frente al negocio fiduciario, sino un *posterius*; la laguna de la ley no haría surgir el negocio, sino que con éste se quiere ir simplemente en contra de la norma. Concluye MESSINA afirmando que la primera proposición no es, por tanto, de una verdad manifiesta, siendo inseguro que se pueda referir unívocamente a todos los negocios fiduciarios <sup>35</sup>.

Como apuntábamos más arriba <sup>36</sup>, el fin de cobranza perseguido en estos negocios aparece mezclado con otros propósitos, que le desvían notoriamente del simple fin de mandato. Este resultaría insuficiente para conseguir la finalidad propuesta. Basta pensar en algunas de las hipótesis anteriormente reseñadas. Identificar en esos casos el *scopus* del negocio con el mandato equivaldría a negar relevancia jurídica al querer de las partes y a afirmar una tipicidad rígida de los intentos contractuales, que está muy lejos de ser propia

(34) Op. cit., pág. 12, nota 3.

(35) Op. cit., pág. 34.

(36) I, § 2, a) y § 3.

de los ordenamientos modernos, en los que se reconoce ampliamente la autonomía de la voluntad. Los motivos psicológicos que impulsan a las partes al endoso, transmisión o cesión, en lugar de contentarse con un simple mandato (con representación o sin ella), no son meros caprichos individuales indignos de tutela jurídica, sino que adquieren un rango superior, siempre que a ello no obsten las disposiciones concretas de un sistema de derecho. Es cierto que la construcción jurídica puede descubrir a veces, partiendo de la interpretación de todo el material del negocio, un simple mandato, pero entonces se sale del área propia del negocio fiduciario para penetrar en el campo de los negocios típicos. Con todo, debe tenerse en cuenta que el mandato *nomine proprio* (sin poder) es una solución subsidiaria, eficazmente utilizable para la conservación del negocio sólo cuando no se pueda considerar existente la transmisión fiduciaria.

GRASSETTI ha insistido en la atipicidad del *scopus fiduciae*. La *causa fiduciae* es atípica, en el sentido de que a través del elemento de hecho de cada negocio fiduciario los contratantes persiguen un propósito que no está previsto por el legislador en vía específica <sup>37</sup>. Y el principio de la especialidad o extralegalidad de los propósitos fiduciarios se va abriendo camino, cada vez con paso más seguro, en la doctrina más reciente.

RUBINO, a pesar de rechazar la tesis de una *causa fiduciae* específica, capaz de informar y determinar un negocio translativo, por seguir la opinión de aquellos que estiman que hay un *numerus clausus* de negocios reales *quoad effectum*, reconoce que únicamente en sentido amplísimo puede hablarse de un fin de mandato o de garantía, porque en realidad se presenta con una intensidad tal que no corresponde a ningún negocio nominado. La transmisión de propiedad—añade—es querida en sí misma; precisamente esto torna atípico el fin (de mandato o de garantía) perseguido <sup>38</sup>. Y BERTINI habla de negocio atípico creado por la autonomía privada, si bien configura la *causa fiduciae* como «causa de la atribución» que despliega su eficacia (conservadora del traslado) en el ámbito del negocio translativo abstracto, por partir del presupuesto de la ineptitud de la *causa fiduciae* para transmitir por sí sola el dominio <sup>39</sup>.

A nuestro modo de ver, el camino por donde se debería conducir la investigación es éste: si es cierto que en los ordenamientos jurídicos modernos existe la libertad de contratación como principio general que domina el derecho de obligaciones, es preciso agotar primero las posibilidades que esa libertad ofrece para crear un tipo específico de negocio fiduciario, teniendo en cuenta la voluntad normal de las partes. Es decir, se trata de ver si es posible concebir una *causa fiduciae* atípica, en el sentido de no estar prevista en la ley, apta por sí misma para justificar la transmisión de la propiedad. La construcción tendría dos etapas: una dirigida a poner de relieve la índole propia de la *causa fiduciae* y su virtualidad *in genere* para provocar el traspaso, y otra encaminada a determinar si en un ordenamiento jurídico dado es viable.

(37) *Del negozio fiduciario*, cit., pág. 378. Cfs., además, GRASSETTI: *Rilevanza dell'intento giuridico*, cit., págs. 14 y sigs.

(38) RUBINO: *Il negozio giuridico indiretto*, Milán, 1937, págs. 25 y 26.

(39) BERTINI: *Il negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento*, Milán, 1940, páginas 19-20.

7. Por otro lado, el aludido principio de la incongruencia puede decirse que está en crisis.

Según MESSINA, la desproporción entre propósito económico y medio jurídico empleado para alcanzarlo no es un dato absolutamente cierto, y lejos de imponerse como derivante del elemento de hecho de los relativos negocios fiduciarios, es una afirmación de la construcción, una valoración que de aquellos negocios hace la doctrina fiduciaria. De donde deriva que no se excluye una apreciación diversa, la cual llegue eventualmente a eliminar la plena transmisión del derecho al fiduciario y como consecuencia la desproporción entre medio y fin <sup>40</sup>.

GRASSETTI <sup>41</sup>, partiendo de la idea de que se trata más bien de una simple valoración o descripción de los negocios fiduciarios que de una nota conceptual que refleje la esencia misma de la categoría, ha negado la referida excedencia del medio sobre el fin, si bien en un sentido diverso que MESSINA, el cual propiamente disuelve el concepto del negocio fiduciario en ciertos eventos. Porque eliminando la adquisición plena del fiduciario, ciertamente desaparece aquella incongruencia, pero al mismo tiempo se sale del ámbito de la fiducia, porque ésta tiene por base la transmisión absoluta de una cosa o derecho, que nunca puede faltar sin menoscabo de la calificación fiduciaria. Afirmar lo contrario equivaldría a dilatar demasiado el campo de acción de la fiducia, comprendiendo dentro de la misma supuestos que sólo muy latamente pueden considerarse fiduciarios («negocios de confianza») <sup>42</sup>.

Anteriormente no habían faltado tentativas dirigidas a poner de relieve la inexactitud de la afirmación corriente en la doctrina de que la falta de armonía o disonancia que se da en el negocio fiduciario consiste en que el medio opera el traspaso de la propiedad, mientras que el fin solamente exigiría un traslado de la posesión, de tal manera que en aquella especie de negocio siempre se persigue lo *menos* a través de lo *más*.

Ya ASCARELLI sostenía que los efectos reales del negocio (transmisión) son seriamente queridos por los contratantes, que sin ellos no podrían alcanzar el fin configurado, añadiendo que responden a su propósito económico, por lo que calificaba de equívoca la fórmula común que describe los efectos jurídico-reales del negocio como más amplios que el fin económico perseguido por las partes <sup>43</sup>.

Examinando GRASSETTI los cuatro supuestos de *fiducia cum amico* por él aducidos (referidos ya en la primera parte de esta nota), afirma que en ninguno de ellos puede hablarse de una excedencia de la atribución patrimonial sobre el fin económico-social, de tal manera que los efectos jurídico-reales sean, como quiere la doctrina dominante, más amplios de lo que se necesitaría para el logro del fin propuesto. Es decir, que no existe desproporción entre medio y fin en el sentido comúnmente afirmado por los autores, porque la transmisión de la propiedad es indispensable para alcanzar el fin práctico per-

(40) Op. cit., pág. 35.

(41) *Del negocio fiduciario*, cit., págs. 348 y sigs.

(42) Sobre estos negocios, vid. RUMPF: *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, en "Archiv für die civilistische Praxis", CXIX, 1920, págs. 1 y sigs.

(43) ASCARELLI: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, en "Studi di Diritto commerciale in onore di Cesare Vivante", I, Roma, 1931, págs. 31 y sigs.

seguido por las partes. Al fiduciario no se le confiere una posición jurídica más fuerte de lo que sería suficiente, sino que, por el contrario, la titularidad plena del mismo es necesaria para realizar el intento económico-jurídico propio del negocio fiduciario, de forma que cuando faltase la adquisición de la propiedad por parte del fiduciario no sería posible conseguir de otro modo la finalidad proyectada. Por otro lado, ésta no responde a ningún tipo de negocio especialmente previsto por el ordenamiento <sup>44</sup>.

Añade GRASSETTI <sup>45</sup> que la contraposición entre medio jurídico empleado y fin práctico perseguido, considerada por la teoría tradicional como característica del negocio fiduciario, es en muchos aspectos inexacta, pero contiene una parte de verdad, consistente en que *en todos los negocios fiduciarios se confiere al fiduciario una atribución patrimonial (y en general una titularidad de derechos) que por su naturaleza es definitiva, mientras que sería más congruente con el propósito económico perseguido que la atribución patrimonial fuese plena, pero solamente provisional o transitoria*, de modo que, una vez alcanzado o venido a menos el fin, el fiduciante (o el beneficiario) fuera reinvestido (o investido) de la misma titularidad atribuida *pro tempore* al fiduciario. Según GRASSETTI, una investidura de este género no sería inconcebible. Lo que hace falta es que en un sistema jurídico determinado sea admisible la llamada «propiedad temporal» <sup>46</sup>.

Ya hemos combatido en otro lugar esta opinión de GRASSETTI, poniendo de relieve cómo la propiedad *ad tempus*—abstracción hecha de las fuertes dudas que suscita su admisibilidad en cada ordenamiento <sup>47</sup>—no puede ser adaptada fiduciariamente, ni siquiera para construir los supuestos de *fiducia cum creditore* («fiducia egoista», en la terminología de SCHULTZE), por ser la fiducia incompatible con el establecimiento de un plazo *predeterminado* para la restitución <sup>48</sup>.

Olvida además GRASSETTI que las partes no pueden querer en la titularidad del fiduciario una limitación de tiempo eficaz frente a todos, porque de lo contrario, al hacerse reconocible por los terceros el propósito perseguido, se frustraría en la mayoría de las ocasiones—sobre todo en los casos de *fiducia cum amico*—el logro de la finalidad propuesta. Esta exige una transmisión

(44) *Del negozio fiduciario*, cit., págs. 350 y sigs., 355 y 364.

(45) Op. ult. cit., págs. 353 y 354.

(46) Sobre ésta, vid. ALLARA: *La proprietà temporanea*, en "Il Circolo Giuridico", 1930, fasc. 2, págs. 17 y sigs. del estr., el cual la define como "propiedad acompañada de una limitación de tiempo adjunta, *predeterminada* e inherente al derecho". La titularidad temporal implica siempre el poder jurídico del titular *ad tempus* de servirse en el propio interés, y en la amplitud de su derecho, de la utilidad económica de este último. Por esta razón, GRASSETTI reconoce que esta figura no sirve para resolver el problema relativo a la construcción fiduciaria de los negocios *cum amico*, que, como se sabe, implican una atribución patrimonial en interés ajeno (op. ult. cit., pág. 354).

(47) GRASSETTI niega la admisibilidad de la propiedad temporal en el Derecho italiano, basándose en la vigencia del principio *ne inventantur uno eodemque tempore duo domini in solidum, unus vere et alter fide*, y en las dificultades que en contra de la seguridad del tráfico y la protección de los terceros crearía la existencia de un término extintivo con eficacia real *erga omnes* (op. cit., pág. 354).

(48) Vid. lo que dejamos escrito en nuestro estudio, *Origen y vicisitud de la fiducia romana*, publicado en "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", fasc. II del vol. XXIV, 1948, págs. 357-358.

plena y definitiva *erga omnes*, aunque *inter partes* se limite en cuanto al tiempo por vía obligacional la titularidad del fiduciario, sujetándola a una condición suspensiva. El negocio fiduciario, concebido al modo latino, se caracteriza precisamente por operar una transmisión absoluta de la titularidad, realmente querida por las partes, que para conseguir su propósito *tal como fué previsto* no pueden limitar sus efectos *erga omnes*, ni en el tiempo, ni en la suma de los poderes atribuidos al fiduciario.

La característica de la categoría no es, por tanto, la pretendida desproporción entre medio y fin, ni tampoco la incongruencia que señala GRASSETTI, sino más bien la inadecuación o falta de homogeneidad perfecta entre los efectos reales y los efectos obligatorios del negocio, que da lugar *inter partes* a un amplio juego de la *fides* en todo el espacio que media del *ius in re* (propiedad plena y definitiva *erga omnes*) al *ius obligationis* (obligación de retransmitir y de comportarse de acuerdo con el fin propuesto).

El principio fiduciario de la incongruencia se desplazaría así de la relación final medio-*scopus* a la estructura jurídica del negocio, recibiendo una nueva formulación. Con esto queda precisado un punto de discrepancia con el pensamiento de MESSINA, el cual en definitiva acoge la tesis tradicional <sup>49</sup>.

8. En la dogmática moderna, hemos dicho en otro lugar <sup>50</sup>, la tradicional y tantas veces repetida identificación del *scopus fiduciae* con el mandato, de un lado (*fiducia cum amico*), y con la prenda de otro (*fiducia cum creditore*), deriva de no haber reparado suficientemente en la distinción de las dos etapas de la fiducia.

La fiducia en el Derecho romano antiguo suplió las deficiencias de un ordenamiento rígido e incompleto, atendiendo toscamente a través de una transmisión de propiedad (*mancipatio, in iure cessio*) las mismas necesidades económico-sociales que después satisficieron la prenda, la hipoteca, el mandato, el depósito y el comodato (negocio *fiduciae causa* originario, «fiducia necesaria» en la terminología de OERTMANN). Con el nacimiento de las nuevas categorías contractuales la fiducia se alejó de su primitiva función supletoria para vivir a impulsos de un característico fenómeno de inercia jurídica: los romanos continuaron entonces utilizando el negocio *fiduciae causa* para alcanzar otras finalidades específicas que exigían el traspaso del dominio y que no podían obtenerse con los esquemas negociales típicos (negocio *fiduciae causa* residual, «fiducia voluntaria»).

La doctrina, por regla general, ha atendido preferentemente al período originario, dejándose llevar por el peso de las interpolaciones comprobadas (*fiducia cum creditore* < *pignus* >; *fiducia cum amico* < *mandatum* >). De este modo se explica también que erróneamente se haya fijado como característica del negocio fiduciario la desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin económico perseguido, diciendo que en aquél se acude a la transmisión de propiedad para alcanzar un fin de garantía o mandato que no la requiere.

(49) "Puesto que no hemos excluido—escribe—que las dos proposiciones (la de la extralegalidad y la de la excedencia) tengan *prima facie* cierta consistencia, al menos para algunos de los negocios fiduciarios, podemos también asumirlas nosotros como datos de la doctrina" (op. cit., pág. 35).

(50) Origen y vicisitud de la fiducia romana, cit., págs. 355 y sigs. Vid. también, página 354.

El proceso histórico de distinción entre la llamada fiducia necesaria y la fiducia voluntaria puede arrojar mucha luz sobre el problema fiduciario en el Derecho moderno. Y, en efecto, no es la primera sino la segunda modalidad de la fiducia la que ofrece verdadero interés para la problemática actual de la *causa fiduciae*, puesto que hoy, como en el Derecho romano avanzado, la fiducia se practica al margen y coexistiendo con los negocios típicos de garantía y gestión, lo cual destaca la especial fisonomía del *scopus fiduciae*, que es atípico, en el sentido de que no corresponde a ningún tipo de negocio contemplado por el ordenamiento jurídico: la *causa fiduciae* tiene un carácter propio y exige por sí misma la transmisión de la propiedad, tanto en la *fiducia cum amico* como en la *fiducia cum creditore contracta*<sup>51</sup>.

Esta perspectiva histórica permite construir el negocio fiduciario moderno como negocio *fiduciae causa* específico, relativamente abstracto<sup>52</sup> o casual,

(51) Cfs. GRASSETTI: *Del negozio fiduciario*, cit., pág. 355, el cual, sin embargo, circunscribe preferentemente su investigación a la *fiducia cum amico*, por considerar la *fiducia cum creditore* como figura anómala. Y, en efecto, afirma que como el negocio fiduciario implica *confianza* del transmitente en el adquirente, es anómala la forma de *f. cum creditore*, mientras que es característica la de *f. cum amico* (op. cit., página 364). Los llamados "negocios fiduciarios impuros o mixtos" (*f. cum creditore*) serían, siguiendo esa directriz, figuras jurídicas extrañas.

Esta escisión de la categoría se debe a no haber prestado atención suficiente a cuál sea el apoyo esencial de los negocios fiduciarios. A nuestro juicio, el negocio fiduciario se basa fundamentalmente en la *fides*, entendida como confianza en la palabra por el mero hecho de ser dada ("Fides est securitas verbis promissis effecta", FRAENKEL: *Thesaurus linguae latinae*, vox "fides", cit. por HERMESDORF: *La fides dans le droit privé du Code de Justinien*, en "Acta Congressus Iuridici Internationalis", vol. I, Roma, 1935, página 169). Siendo la *fides* la base necesaria y suficiente de los negocios fiduciarios, puede decirse que tanto la *fiducia cum amico* como la *fiducia cum creditore* son especies de una misma categoría unitaria. Ni siquiera cabe hablar de una clase de negocios fiduciarios más puros y genuinos que otros. Lo que sucede es que en los casos de *fiducia cum amico* normalmente el fiduciante cuenta también con aquellas condiciones personales de lealtad, amistad, probidad, rectitud de conciencia, etc. (HERMESDORF, op. y loc. cit.: "Fides est ea qualitas hominum—ver rerum—qua fit ut iis confidere liceat"), que fortalecen la *fides* y dan al negocio una base más sólida y duradera. Por el contrario, en el supuesto de un negocio fiduciario de garantía, en el que por regla general suele ser tan marcada la oposición de intereses entre deudor y acreedor, la relación fiduciaria se apoya tan sólo en la confianza específica en la palabra empeñada, que puede darse incluso entre dos sujetos que no estén unidos por vínculo alguno de amistad.

La antítesis *fiducia cum amico-fiducia cum creditore*, "fiducia pura"—"fiducia impura", puede, por tanto, ser superada por medio de la *fides*, haciendo de la relación de confianza o amistad (*fiducia*) un elemento accesorio, que puede faltar sin menoscabo de la calificación fiduciaria. La teoría del negocio fiduciario debe comprender ambas especies de fiducia, sobre la base común de la *fides* y de una *causa fiduciae* atípica.

(52) El negocio abstracto no se desliga totalmente de la causa, hasta el punto de ser ésta jurídicamente irrelevante. Ella juega un papel importantísimo en materia de enriquecimiento sin causa, de tal modo que, llevada a sus últimas consecuencias, la opinión de SGRZ ("Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio", en "Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi", vol. II-III, Roma, 1929, págs. 835 y siguientes)—según el cual la transmisión fiduciaria se funda únicamente en la voluntad recíproca de las partes de transmitir y adquirir el dominio o el señorío de la cosa—conduciría a la inestabilidad de las atribuciones fiduciarias, ya que el fiduciante tendría siempre a su favor una *condictio* de carácter personal, que le permitiría reclamar en cualquier momento la cosa o derecho dados en fiducia. (Cfs. NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934, págs. 60 y 61.)



siempre que, desde que se admita el principio general de libertad de contratación (opuesto al régimen de tipicidad propio del Derecho romano clásico), exista en el Derecho actual un *numerus apertus* de negocios reales *quoad effectum*.

También en este punto la vicisitud posterior de la fiducia en el Derecho postclásico y justiniano constituye un apoyo de la tesis mantenida, porque si bien la fiducia desapareció con los medios formales (*mancipatio* e *in iure cessio*) a los cuales estaba históricamente ligada, no precisamente por el hecho de ser abstractos (su abstracción no fué el origen, sino el resultado de su empleo indirecto *dicis vel fiduciae causa*), y luego no pudo actuarse con la *traditio*, que era causal, al menos en la primera época, esto fué debido a que la *causa fiduciae*, apta en sí misma para provocar el traspaso, no figuró como tal entre las *iustae causae traditionis* (tipicidad, *numerus clausus* de negocios traslativos) 53.

---

(53) En contra, para el Derecho moderno, CARIOTA-FERRARA (op. cit., págs. 103 y siguientes), quien siguiendo a la doctrina alemana liga conceptualmente el negocio fiduciario al negocio abstracto, influido tal vez por el precedente de la fiducia romana que durante mucho tiempo vivió a la sombra de los negocios formales abstractos (*mancipatio* e *in iure cessio*) por el hecho de subsistir, en virtud de la inercia jurídica, una disciplina peculiar que la jurisprudencia romana había elaborado sobre la base de aquellos negocios, cuando la fiducia respondía a una *dura necessitas*.

Configurando la *causa fiduciae* como un simple fin de mandato o de garantía, por sí mismos inidóneos para informar y determinar un negocio traslativo causal (que, a su modo de ver, únicamente podría tener por base una de las causas, legislativamente fijadas, idóneas para transmitir el dominio), relega aquella al papel de una "causa de la atribución", capaz tan sólo de justificar la conservación del efecto traslativo operado mediante negocio abstracto. Así cree salvar la estabilidad de las atribuciones fiduciarias.

Pero, como ha observado GRASSETTI, se puede sostener perfectamente que una causa o determinado fin económico-social (concretamente el *scopus fiduciae*) es inidóneo para transferir el dominio; mas una vez admitido esto, también es forzoso admitir coherentemente que aquella misma causa no puede justificar la eficacia de una transmisión actuada mediante negocio (relativamente) abstracto. En efecto, una *causa fiduciae* que siendo título inidóneo para transmitir el dominio es, sin embargo, causa idónea para la permanencia de los efectos de la transmisión de propiedad operada por medio de negocio abstracto, es únicamente concebible en aquellos sistemas jurídicos en los cuales la transmisión se realiza exclusivamente en modo abstracto, de dondó por definición una causa, cualquiera que sea, no es nunca por sí misma idónea para conseguir el efecto traslativo real. Ahora bien, en los ordenamientos que no dan lugar a tal formalismo (como ocurre en el nuestro), no pueden existir más que causas idóneas al mismo tiempo para la transmisión del dominio y para la permanencia de este traspaso, y causas inidóneas tanto para aquello como para esto. Es que en aquellos sistemas la causa cumple otra función diferente; pero el concepto de causa, entendido como en esta materia se debe entender (como razón justificante de la atribución patrimonial), es siempre el mismo (*Del negocio fiduciario*, cit., págs. 373-374).