

# Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria

(Notas sobre la sentencia del T. S. de 16-V-1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro)

Por JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** 1. Introducción: motivo y ocasión de estas notas.—2. La Sentencia del T. S. de 16 mayo 1983: supuesto de hecho y doctrina jurisprudencial.—3. Su precedente lejano en el tiempo: la sentencia del T. S. de 4 mayo 1950; matiz de negocio fiduciario dado por esta sentencia a un supuesto de mandato para comprar *proprio nomine*.—4. Transmisión *mandati vel fiduciae* causa del precio, subrogación real de la *res fiduciaria* por la actividad gestoria del mandatario y retransmisión de la cosa comprada *ex art. 1.720 C. c.*—5. La titularidad fiduciaria del mandatario *ad acquirendum* sin poder; sus características: a) titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal, con eficacia legitimadora en el tráfico jurídico frente a terceros de buena fe, pero no esgrimible de cara al mandante; b) titularidad subordinada, provisional o transitoria.—6. Imposibilidad de usucación por parte del mandatario o fiduciario: a) falta de título “justo” y “verdadero”; b) ausencia de buena fe; c) inexistencia de posesión en concepto de dueño si no media interversión del concepto posesorio.—7. Otras consecuencias de la titularidad fiduciaria del mandatario: reivindicabilidad de la cosa confiada, tercería de dominio en caso de embargo de la misma, adopción de medidas cautelares y derecho de separación *ex iure domini* en caso de quiebra del mandatario.—8. Conclusión: abandono total de la teoría del doble efecto (real o traslativo pleno *erga omnes* y obligacional limitativo de aquél *inter partes*) del negocio fiduciario, como contraria a los fundamentos mismos del sistema jurídico español, y adopción de la teoría realista y más justa propugnada por el profesor Castro.

1. Una reciente e importante sentencia del Tribunal Supremo, la de 16 de mayo de 1983, recaída en un supuesto de mandato no representativo para adquirir, me brinda la ocasión de volver sobre un tema objeto de uno de mis estudios juveniles (1), con

---

(1) Vid. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959; también *Origen y vicisitud de la fiducia romana (Notas introductorias para la*

motivo de rendir homenaje póstumo al Prof. Castro y Bravo, recientemente fallecido. Su magisterio, en este tema también fecundo, nos puede, como siempre, iluminar y servir de enseñanza para evitar errores en los que muchos caímos —y casi todos caen— al pasar el casi inevitable «sarampión» del conceptualismo jurídico.

Yo —hoy lo confieso sin rubor— sufrí de esa tan común enfermedad contagiosa, por mimetismo con la doctrina extranjera, principalmente italiana, tan influyente en aquel tiempo, y, sin más miramientos, dejándome llevar de su aparente brillo, fui uno de los importadores en España de la doctrina del doble efecto (real o traslativo pleno *erga omnes* y obligacional limitativo de aquél *inter partes*) del negocio fiduciario, siguiendo de cerca en especial los pasos de Grasseti (2).

Al cabo de los años, y tras la irrefutable y contundente revisión crítica llevada a cabo por el Prof. Castro (3), me sonrió cuando veo que Lipari remite a mi estudio sobre el negocio fiduciario como prototipo de «*un singolare apriorismo concettualistico —cui non é certo estraneo l'influso della dottrina italiana— nell'impostazione dell'indagine*» (4); yo que en mis años mozos llegué a creer que la construcción unitaria del doble efecto, fundada en una atípica *causa fiduciae*, nacía perfecta y acabada en la cabeza del jurista que tanto me influyó, como Palas Atenea saliera de la cabeza del Dios Zeus, sin percatarme bien de los resultados últimos a que podía conducir la referida teoría, contrarios al buen sentido y al sentimiento instintivo de la justicia (5), si bien el llorado maestro recordara cariñosamente mi estudio como «el más ingenioso de los intentos realizados para armonizar la teoría con los preceptos legales», añadiendo que suponía «un paso deci-

---

*problemática actual de la "causa fiduciae"*), en "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", vol. 24 (1948), pp. 322 y ss.; *Sobre el negocio fiduciario*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. III (1950), pp. 129 y ss.; *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario*, ibidem, pp. 1258 y ss.; *Mandato para enajenar*, ibidem, t. IV (1951), pp. 1458 y ss.; *El negocio fiduciario*, en "Revista de Derecho Privado", marzo 1958, pp. 212 y ss.; *Problemática del negocio fiduciario*, ibidem, junio 1958, pp. 515 y ss.; *Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario*, ibidem, octubre 1958, pp. 827 y ss.; *Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto*, ibidem, diciembre 1958, pp. 1019 y ss.; *Recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente* (dictamen), en este ANUARIO, t. XIX (1966), pp. 619 y ss.

(2) GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, en "Rivista di Diritto commerciale", 1936, I, pp. 345 y ss.

(3) CASTRO Y BRAVO, *El negocio fiduciario (Estudio crítico de la teoría del doble efecto)*, texto de la conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de noviembre de 1966, publicada en "Revista de Derecho Notarial", julio-diciembre 1966, pp. 7 y ss. y en ed. separada, Madrid, 1966; ID., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 379 y ss.

(4) LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milán, 1971, p. 33, nota 53, *in fine*.

(5) Comp. CASTRO, op. cit. en primer lugar, p. 4 de la *separata*.

sivo en favor de una teoría realista y justa del negocio fiduciario», aunque el conceder el derecho de separación al fiduciante en caso de quiebra del fiduciario «está en contradicción abierta con la teoría del doble efecto» y «rompe su cerrada lógica propia» (6).

Ahora, cuando ya friso los sesenta años de mi vida, reniego del estéril conceptualismo, por más elegante e ingenioso que sea, rechazo la teoría del doble efecto, importada con «ingenua xenofilia, como si se tratara de un tractor o de un frigorífico» (7), y reacciono frente a la infiltración que la misma conlleva de las concepciones formalistas y abstractas del negocio jurídico, desnaturalizadoras del sistema realista y causalista de nuestro Derecho, en el que prevalece siempre la verdad de lo querido y tiene primacía absoluta la relación causal básica («causa concreta»).

En esa línea de pensamiento, que es la del Prof. Castro, hay que admitir el efecto condicionante o modalizante del *patum fiduciae*: el fiduciario adquiere sólo en función —y en la estricta medida— del destino o fin último tenido en vista por las partes.

El caso resuelto por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983, ocasión de estas notas, es un magnífico banco de pruebas de la teoría del doble efecto del negocio *fiduciae causa*, con resultado claramente negativo, cual vamos a verificar enseguida.

Por mi parte, creo que no podía ofrecer nada mejor a la memoria del egregio maestro que esta confirmación *post mortem* de la bondad científica de su doctrina.

2. El supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983, muy esquemáticamente, es el que sigue:

Un mandatario recibió de sus mandantes (madre y dos hermanos) el encargo de comprar a nombre propio, sin poderes representativos, una finca en interés y por cuenta de los mandantes y parcialmente de sí mismo, por cuartas e iguales partes.

Adquirida la finca *proprio nomine* de su legítimo dueño, ante la reivindicación de los mandantes, pasados más de diez años, opone el mandatario-comprador la prescripción adquisitiva o usucapión ordinaria de aquélla con base en haberla poseído en concepto de dueño durante el plazo requerido por la ley, de buena fe y con justo título, verdadero y válido.

La sentencia en examen sienta esta doctrina:

«La compra de la finca efectuada a nombre propio pero también en interés y por cuenta de los mandantes por cuartas e iguales partes, obedece a un mandato para adquirir al que subyace una *contemplatio domini* basada no en el *agere nomine alieno*, sino en el actuar parcialmente por cuenta de otros, con la consecuencia obligacional de un *facere*, como responsabilidad personal del mandatario, consistente en el otorgamiento de un nuevo ne-

---

(6) CASTRO, *ibidem*, pp. 29-30.

(7) GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Madrid, 1955, p. 79.

gocio jurídico de transmisión en favor de aquéllos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.720 del Código civil, porque como declaró esta Sala para las actuaciones del mandatario *proprio nomine*, si bien los derechos adquiridos por éste en el mandato no representativo entran a formar parte de su patrimonio, esa titularidad es necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante (sentencias de 22 de mayo de 1964 y 22 de noviembre de 1965)».

Respecto a la usucapión, alegada por el demandado y recurrente, «ni puede calificarse de justo y verdadero título el negocio en que actúa por cuenta de su padre y hermanos (mandantes) en la mayor proporción y para ellos adquiere la finca en sus tres cuartas partes (art. 1.953 del Código civil), ni es poseedor de buena fe, como estado de conocimiento de la propia situación (art. 433 y sentencia de 26 de noviembre de 1970), el mandatario del que se dice haber procedido en perjuicio de sus mandantes, ni, en fin, puede arrogarse la indispensable posesión en concepto de dueño (arts. 447 y 1.941) quien tiene su título legitimador en el mandato (sentencias de 7 de febrero de 1959 y 31 de mayo de 1974), y por otra parte la inversión o interversión del concepto posesorio ha de basarse en actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico, por lo mismo que según la máxima clásica, recordada por la sentencia de 6 de octubre de 1975, *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*».

3. Como precedente ya lejano en el tiempo cabe traer a colación aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950, que dio muy juiciosamente el matiz de negocio fiduciario a un supuesto de mandato para comprar en nombre propio del mandatario y por cuenta o interés del mandante.

He aquí los hechos básicos de esta interesante sentencia:

Uno de los demandados había recibido dinero del demandante para que le comprara una finca, autorizándole para que de momento la adquiriese a su propio nombre por dificultades que existían para la adquisición en nombre del actor, al cual había de ser transmitida más tarde. El mandatario, incumpliendo el encargo, compró la finca para él y después la vendió como propia al otro demandado, respecto del cual no había en autor prueba alguna de que fuese cómplice en el fraude.

El Tribunal Supremo, en el primer considerando de esta sentencia, parte del hecho de que entre el actor y el primero de los demandados había existido el vínculo jurídico dimanante del contrato de mandato, «en el que *la nota de confianza que lo inspira fue elevada en grado superlativo, dando matiz de negocio fiduciario al mandato*».

Y, en su segundo considerando, añade que «*de acuerdo con las normas que gobiernan el negocio fiduciario y también por aplicación del artículo 1.717 del Código civil, el actor como mandante o como fiduciante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario o fiduciario, en nombre propio, ha contratado. sin*

perjuicio de la acción de resarcimiento que contra éste le asista por la alegada *infidelidad* en el cumplimiento de lo convenido».

Por último, en el considerando final, termina diciendo que «a mayor abundamiento, el comprador demandado, adquirente de la finca por transmisión que de ella hizo a título oneroso quien la tenía inscrita en el Registro, sin constancia en él de causa alguna determinante del ejercicio de acciones rescisorias, *con la buena fe que es presumible en quien compra sin la denunciada confabulación con el vendedor*, e inscribe su derecho, *está amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, que torna invulnerable en principio la adquisición del derecho inscrito, frente a posible anulación o resolución del derecho con que haya actuado el transmitente; por lo que en definitiva resulta indudable que si el actor fue víctima del proceder torticero del demandado-vendedor, *podrá ejercitar contra él las acciones personales que deriven de la fiducia o del mandato que entre ellos haya mediado*, pero no tiene acción frente a tercero para obtener la declaración de nulidad por simulación ni la rescisión por fraude de una venta realmente efectuada y *sin complicidad del comprador en el hipotético fraude*».

La *ratio decidendi* de esta sentencia del Tribunal Supremo fue, pues, que el tercer adquirente de la cosa confiada estaba de buena fe por ignorar el pacto fiduciario; no que adquiriese *a vero domino*: era simplemente un protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

4. Sin embargo, un sector de la doctrina distingue fiducia y representación indirecta *ad adquirendum*, aun reconociendo la analogía de ambos supuestos de hecho.

En efecto, se ha dicho que en la hipótesis de mandato para adquirir sin poder, cuando el mandatario no debe transmitir inmediatamente el derecho adquirido *proprio nomine* a quien le ha dado el encargo, sino que lo tiene por cuenta de éste durante un período de tiempo más o menos largo, se está frente a un supuesto semejante al del negocio fiduciario en cuanto a la posibilidad 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 mandatario, entre ellos falta todo convenio fiduciario (8).

A mi modo de ver, normalmente, el mandante, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.728 C. c., 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 *venditionis causa*, mas la adquisición en sí misma se reviste de carácter fiduciario, pues se sustituyó cosa por precio, y éste se entregó confiando en la lealtad del mandatario, obligado

---

(8) Vid. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. española, Madrid, 1926, p. 291; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padua, 1933, p. 77, nota.

personalmente a retransmitir ulteriormente a su mandante. A la transmisión *mandati vel fiduciae causa* del precio corresponde, por tanto, la restitución de su equivalente o subrogado con el mismo carácter, es decir la retransmisión también *mandati vel fiduciae causa* de la cosa comprada, y ello por imponerlo así el artículo 1.720 C. c. La actividad gestoria del mandatario consiste precisamente en procurar esa mudanza o subrogación de la *res fiduciaria* en interés del mandante. El hecho de que la previa transmisión del precio no requiera necesariamente la manifestación de una causa traslativa, no quiere decir que no la tenga (pues se presume *ex art. 1.277 C. c.*), sino que sólo aflora a la superficie cuando se torna preciso decir por qué se devuelve o retransmite al mandante, naturalmente *causa mandati* (*ex art. 1.720 C. c.*), siendo en consecuencia el mandato uno de los «ciertos contratos» que pueden transmitir la propiedad mediante la tradición (art. 609 C. c.) (9).

De suerte que en el mandato para comprar en nombre propio del mandatario hay de ordinario una previa transmisión *mandati vel fiduciae causa* del precio, desde el mandante al mandatario, en cumplimiento de la obligación de provisión de los fondos necesarios para la ejecución del mandato. En su defecto, al menos habrá anticipo de los mismos por parte del mandatario, con la consiguiente obligación de reembolso, de la cantidad principal más los intereses correspondientes, a cargo del mandante (art. 1.728 C. c.). El precio entregado al hacer el encargo o, en su caso, anticipado por quien recibe y acepta el encargo es una «cosa confiada», *sub fiducia*, que tiene un especial fin, estando ya marcada o sellada en virtud del pacto fiduciario como «cosa destinada», lo que supone tanto como mantenerla *materialmente* separada del patrimonio personal del mandatario.

Utilizando el criterio de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922, recogido fielmente por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo

(9) Un avance de lo expuesto en el texto puede verse en la nota 86 de mi estudio *Mandato para enajenar*, cit., pp. 1494-1495 y 41-42 de la ed. separada, si bien bajo la errónea perspectiva de la teoría del doble efecto entonces seguida por mí y con el preconcepto de la atipicidad de la *causa fiduciae*, distinta de la *causa mandati* y considerando a esta última como no apta para transmitir, por lo que a la sazón yo insinuaba la configuración del supuesto del mandato *ad acquirendum proprio nomine* como una hipótesis de hecho compleja, integrada por el mandato y por otro negocio traslativo atípico basado en la *causa fiduciae*. Construcción demasiado complicada e innecesaria si se sigue la línea mucho más simple y adecuada, sugerida por las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950 y 16 de mayo de 1983, a la luz de la clara doctrina del profesor CASTRO.

Configuran también el supuesto de mandato para adquirir *proprio nomine* como negocio fiduciario, LIPARI, op. cit., pp. 152 y ss.; y LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M., *Retención y mandato*, Bolonia, 1976, pp. 105 y ss. Por el contrario, PUGLIATTI (*Fiducia e rappresentanza indiretta*, en *Diritto civile Saggi*, Milán, 1951, pp. 282-283), expresamente excluye el negocio fiduciario (*stricto sensu*) y habla de relación fiduciaria (*lato sensu*) o negocio de confianza.

de 1935, se puede entender que con el dinero confiado al mandatario u objeto del encargo recibido por éste para adquirir una cosa se constituye como «un patrimonio especial, caracterizado por su finalidad fiduciaria, en interés ajeno y por motivos de confianza», donde juega la subrogación real de la cosa fiduciada (*res succedit locum pretii, subrogatum sapit naturam subrogati*) a consecuencia de la específica actividad gestoria del mandatario.

Por último, en el tráfico de inmuebles y de muebles inscritos en Registros públicos, la retransmisión de la cosa comprada e inscrita a nombre del mandatario se realizará mediante el otorgamiento por éste de un nuevo negocio jurídico de transmisión en favor del demandante, negocio que ordinariamente consistirá en disimular, bajo la apariencia de una escritura de compraventa (causa falsa expresada al exterior), la real devolución *mandati vel fiduciae causa* del bien adquirido, y esto con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1.720 C. c., que constituirá así la causa verdadera y lícita de que habla el artículo 1.276 C. c. El nuevo negocio jurídico de retransmisión será en realidad el mismo contrato de mandato, autosuficiente para tal finalidad devolutiva y reconocitiva del derecho del mandante (10).

Así, pues, confirmamos la certera calificación de negocio fiduciario dada por la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950 al supuesto fáctico objeto de nuestras reflexiones. Calificación que por cierto está también implícita en la sentencia del mismo Tribunal de 16 de mayo de 1983 y que subyace en otras decisiones jurisprudenciales, a las que ésta se remite, como tendremos oportunidad de comprobar seguidamente.

5. Un sector importante de la doctrina científica entiende que el mandatario que actúa *proprio nomine* adquiere de manos del tercero la propiedad plena, si bien por cuenta o en interés de su mandante, con relación al cual, según el clásico mecanismo de la representación indirecta, no se verificarían inmediatamente los efectos del contrato celebrado, sino que para ello sería necesario

---

(10) Según Díez PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1982, p. 474), lo adquirido por el mandatario que actúa por cuenta ajena pero en nombre propio “es del mandante *ab initio* (*materialmente*, observamos nosotros) sin necesidad de ningún negocio transmissivo para que pase a su patrimonio. La obligación del mandatario, con fundamento en el art. 1.720, es no sólo transmitir la posesión de la cosa adquirida, sino otorgar la escritura pública de reconocimiento de la propiedad del mandante, si el bien es inmueble. Este reconocimiento —añaden— debe apoyarse, haciéndolo constar así, en el mandato (Ss. de 22 mayo 1964, 22 noviembre 1965 y también las de 26 mayo 1950, 3 junio 1952 y 19 diciembre 1963)”.

De acuerdo en lo sustancial. Pero debe tenerse en cuenta que la transmisión o cesión de la posesión no es abstracta, sino hecha por título oneroso o gratuito (arg. arts. 460-2.º, 609 párrafo 2 y 438 *in fine* C. c.), título que en nuestro caso es asimismo el contrato de mandato. Este, pues, sirve de fundamento causal tanto al reconocimiento del derecho del mandante como a la transmisión de la posesión del bien adquirido para el mismo.

un nuevo acto traslativo, posterior y autónomo respecto de la compra. Entretanto, el mandante no adquiriría la propiedad (11).

Pero ello no es así en una consideración profunda del problema.

La «autorización», entendida como permiso —explícito o implícito— para actuar en nombre propio el autorizado (mandatario) incidiendo *recta via* sobre la esfera jurídica del autorizante (mandante) con eficacia real inmediata, es el pivote sobre el que gira la actuación del mandatario sin poder, tanto en el mandato para adquirir como en el mandato para enajenar, sin necesidad de recurrir a la vía oblicua de una doble enajenación: del tercero al mandatario y de éste al mandante, en el mandato *ad acquirendum*; o del mandante al mandatario y de éste al tercero, en el mandato *ad alienandum* (12).

La titularidad del mandatario *ad acquirendum* sin poder tiene, pues, características especiales: a) es una titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal, que legitima para el tráfico jurídico frente a terceros de buena fe, pero que no es esgrimible de cara al mandante; b) se trata de una titularidad subordinada a la relación jurídica básica constituida por el mandato y, por tanto, provisional y transitoria.

Ante todo conviene dejar sentado que el resultado final del negocio gestorio —gracias a la «autorización»— es siempre del mandante, en las relaciones internas entre éste y el mandatario (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre y 26 de noviembre de 1970). Incluso cabe afirmar, con una interpretación amplia del artículo 1.717 C. c., que lo es también en las relaciones externas o de cara a los terceros, en todos aquellos casos en que es *notorio* que la titularidad de los derechos, asuntos o intereses gestionados pertenecen al mandante (13).

La sentencia que glosamos recuerda que, según «declaró la jurisprudencia del Tribunal Supremo para las actuaciones del mandatario *proprio nomine*, si bien los derechos adquiridos por éste

(11) Vid., entre otros, FERRARA, *op. cit.*, pp. 290-291; SCADUTO, *La rappresentanza mediata nell'acquisto dei diritti*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1925, I, pp. 525 y ss.; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, pp. 66 y ss.; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1962, pp. 31 y 95; NÚÑEZ LAGOS, *Mandatario sin poder*, en "Revista de Derecho Privado", 1946, pp. 615 y ss.; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, p. 160.

(12) Cfr. PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, Lisboa, 1961, pp. 334 y ss., especialmente pp. 387 y ss.

(13) A juicio de Díez PICAZO (*La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 48), la expresión "cosas propias del mandante" del art. 1.717 C. c. permite una interpretación amplia que lo refiera no sólo al mandato *ad alienandum* y a las cosas de propiedad del mandante, sino a todos aquellos casos en que es notorio que la titularidad de los derechos, asuntos e intereses es del mandante. "Si la excepción tiene esa amplitud —añade— es grande el campo de casos en que hay efectos directos a pesar de no haber *alieno nomine agere*, aunque es cierto también que en función de la notoriedad de la situación se puede hablar de una *contemplatio domini* tácita *ex rebus vel factis*".



en el mandato no representativo entran a formar parte de su patrimonio (*formalmente, apostillamos nosotros*), *esa titularidad es necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante* (sentencias de 22 de mayo de 1964 y 22 de noviembre de 1965)».

a) Las dos sentencias invocadas en la de 16 de mayo de 1983 presentan indudable interés para perfilar adecuadamente la titularidad del mandatario sin poder encargado de adquirir.

La primera de ellas, la de 22 de mayo de 1964, tiene como base los siguientes hechos:

El demandado obtuvo dos permisos de investigación de mineral de hierro por cuenta y orden de la sociedad actora, de que era empleado. Por la parte actora se ejercitó, en realidad, la acción meramente declarativa de la propiedad, pese a denominarla «acción reivindicatoria», y se invocaron los artículos 1.709 y siguientes del C. c., suplicando que el mandatario demandado, y en caso de negativa de éste el Juzgado, otorgue los documentos precisos para que pasen a figurar a nombre de la demandante los aludidos permisos y, en su día, las correspondientes concesiones mineras, pertenecientes a la sociedad actora.

Con sentencias desestimatorias de la demanda en ambas instancias, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. En el considerando penúltimo, que es el que interesa a nuestro objetivo, sienta la siguiente doctrina:

«Como el mandato obliga a cumplir el encargo recibido, que en el caso de autos se traduce en adquisiciones para el mandante, según ya declaró la sentencia de 3 de junio de 1952, no puede ofrecer duda que, en principio y salvo modificación posterior de lo convenido, el mandatario asumió la obligación de contratar en nombre propio... y la de completar el encargo recibido *otorgando el correspondiente documento en que se reconozca que lo adquirido pertenece al demandante (mandante)*».

La segunda de las sentencias invocadas en la de 16 de mayo de 1983, la de 22 de noviembre de 1965, se fundamenta en los hechos que siguen:

Habiendo comprado el demandado diversos bienes, se plantea el problema de si las adquisiciones las realizó para la comunidad integrada por su madre y sus dos hermanos, por haberlo realizado con dinero de la comunidad (tesis de la parte actora), o si las adquisiciones fueron en provecho exclusivo del demandado por haber comprado los bienes básicamente mediante un crédito bancario concedido al mismo con aval de su madre (tesis de la parte demandada).

El Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia dictó sentencia estimando en lo sustancial la demanda. La Audiencia Territorial la revocó absolviendo al demandado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

Nos interesan especialmente un par de considerandos de esta curiosísima sentencia:

En el noveno se dice que «la sentencia impugnada no tiene en cuenta que durante veinticinco años unos familiares que vivían juntos aplicaron sus ingresos (haciéndose un fondo común con todos ellos) y consagraron sus actividades a una acción comunitaria (compra de fincas rústicas, mejora y cultivo de las mismas), si bien, *por razones y conveniencias de tipo interno, y por exceso de confianza en uno de ellos (el demandado), se titularon a su nombre las adquisiciones que se hacían para todos*».

La «intestación» (puesta a nombre) o interposición de persona con carácter fiduciario salta a la vista (14).

Y, en el décimo considerando, el Tribunal Supremo entra ya en materia al afirmar que «en el motivo sexto del recurso se denuncia la violación de los artículos 1.709, 1.710, 1.713 y 1.717 del Código civil porque, en opinión de los recurrentes, los hechos que la sentencia estima probados ponen de manifiesto que el demandado, al intervenir como comprador, en nombre propio, de las fincas y bienes adquiridos, si bien lo hizo en nombre propio, lo realizó, sin embargo, en interés y por cuenta y encargo de su madre y de sus hermanos como mandatario de ellos, con cuya cualidad de mandatario adquirió su posesión, la cual adquirieron también sus mandantes al tiempo de ser comprados los bienes, posesión en que han estado ininterrumpidamente, ejercitando también, respecto a esas fincas y bienes, conjuntamente con el demandado y sin interrupción, todas las facultades y cumpliendo todas las obligaciones inherentes a su condición de propietarios, compartiéndolas con dicho demandado, según éste tiene expresamente reconocido y declarado, *siendo, por tanto, su titularidad sólo aparente, esgrimible frente a terceros, pero sin valor frente a los actores, que son efectivamente tan dueños de las fincas y bienes como el demandado, el cual no fue nunca más que un condómino con los actores*, sin que a ello obste la existencia de la escritura de 13 de julio de 1935, que le otorgaba un mandato representativo, ya que, en esas adquisiciones que hacía por y para la comunidad

---

(14) La «intestación» de bienes o puesta de los mismos a nombre de otro con carácter fiduciario no es —como por el contrario entiende la *communis opinio*— una interposición *real* de persona, sino una interposición personal *aparente*, bastante próxima a la interposición *fic-ticia* o simulada de persona, de la que únicamente le separan las concretas y limitadas facultades permitidas por el pacto fiduciario, que no existen evidentemente en la simulación absoluta de persona, pero sí en la simulación relativa de persona que oculta o disimula un encargo fiduciario. De suerte que, en puridad, no existe la llamada interposición *real* de persona, que siempre es fiduciaria y, como tal, sólo *aparente*.

Es este un resultado, teórico y práctico, que puede desprenderse de nuestro estudio, digno de ser aquí anotado (vid. otras consecuencias *infra* núms. 6 y 7).

Para un intento crítico de superación de algunos planteamientos tradicionales en el tema, cf. CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milán, 1962, especialmente pp. 56 nota 95, 119 y ss. y 191. Sobre la puesta a nombre ajeno vid. VALIENTE, *L'intestazione di beni sotto nome altrui (Concetto. Natura. Estensione ed effetti)*, Milán, 1958.

familiar, no actuaba como apoderado —o sea con representación—, sino como (puro) mandatario de sus referidos mandantes, como se previene en el artículo 1.717 aludido».

Según la doctrina jurisprudencial, está por tanto claro que *inter partes* el resultado final del negocio gestorio es, *materialmente*, siempre del mandante. Y que la titularidad del mandatario es sólo aparente, externa, relativa o formal, eficaz en el tráfico jurídico frente a terceros de buena fe, pero no esgrimible de cara al mandante. Así resulta de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950 (vid. *supra* párrafo 3) y de 22 de mayo de 1964 y 22 de noviembre de 1965, estudiadas en este párrafo, así como también de las sentencias de 26 de mayo de 1950, 3 de junio de 1952 y 19 de diciembre de 1963, entre otras.

Se perfila así la titularidad del mandatario para adquirir que actúa en su propio nombre como una *titularidad fiduciaria*, según la teoría de la llamada «propiedad relativa o formal», rechazándose la teoría de que dicho mandatario se convierta en dueño de la cosa material y plenamente, *erga omnes*, incluido el mandante.

Esa titularidad fiduciaria es bifronte, tiene —como la Diosa Jano— doble faz: en la relación externa (fiduciario-terceros) el fiduciario aparece como titular; en la relación interna (fiduciante-fiduciario) el fiduciario no pasa de ser un mandatario o un depositario en la *fiducia cum amico contracta*. El fiduciario sólo tiene la «propiedad formal», una posición exterior de titular frente a terceros de buena fe; el fiduciante es «dueño o propietario material» (15).

---

(15) La teoría de la propiedad relativa o formal es seguida expresamente por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922 y 26 de diciembre de 1946 y por las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1935 y 8 de marzo de 1963, siendo acogida en realidad, si tenemos en cuenta los resultados a que llegan las sentencias, por toda la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el negocio fiduciario, tal vez con la única excepción de la sentencia de 18 de febrero de 1965, que adopta hasta sus últimas consecuencias, con implacable y peligrosa lógica, la teoría del doble efecto, llegando a admitir la validez de la adquisición de un tercero de mala fe, conocedor del pacto fiduciario y por añadidura cómplice de quien despoja al legítimo dueño de la cosa confiada, por entender erróneamente que dicho tercero adquirió *a vero domino*. Pero a pesar de esta aislada resolución, el Tribunal Supremo no ha abandonado su ya casi centenaria doctrina de la propiedad meramente externa o formal del fiduciario, en dependencia estricta de los pactos que la originan, por más que en ocasiones —como ocurre, por ejemplo, en la sentencia de 4 de diciembre de 1976— se adhiera por vía de *obiter dictum* a la teoría del doble efecto, en su versión primitiva y radical —ya superada en la más moderna doctrina a partir del fundamental estudio de GRASSETTI (op. et loc. cit.)—, de confluir en el negocio fiduciario dos contratos independientes, uno real positivo y otro obligacional negativo o limitativo; pero ello no es la verdadera *ratio decidendi* del fallo, al no estimarse probado en el caso pacto fiduciario alguno. Sobre la doctrina del Tribunal Supremo en este tema, vid., críticamente, el análisis minucioso e insuperable del profesor CASTRO, *El negocio fiduciario*, cit., pp. 425 y ss. y 435 y ss. En la doctrina científica española siguen la teoría de la titularidad

b) La titularidad fiduciaria del mandatario *ad acquirendum proprio nomine* es, además, «necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante», como dice acertadamente la sentencia ocasión de estas notas y ya antes había expresado la sentencia de 17 de diciembre de 1959, si bien en esta última se trate de un *obiter dictum*.

Tales caracteres de provisionalidad y transitoriedad vienen impuestos por la subordinación de la titularidad adquirida al pacto fiduciario principal, ínsito en el mandato para adquirir sin representación directa.

Se puede decir que el mandatario adquiere «la titularidad externa (aparente), la que por su carácter subordinado no arrastra destruyéndolo el contrato principal (el interno o de confianza, esto es el mandato, en nuestro caso), sino que, por el contrario, lo accesorio ha de estarle supeditado y ceder ante él», por utilizarse como «simple medio vehicular» (para emplear expresiones de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1955 y 10 de noviembre de 1958).

De ahí que el mandante pueda reivindicar como suyo lo confiado (el bien adquirido a consecuencia del encargo) y únicamente no puede hacerlo frente al tercero que le oponga un título que le proteja ante la reivindicación (tercero de buena fe y a título oneroso conforme a lo dispuesto en los arts. 34 L. H. y 464 C. c., en la interpretación «germanista» o «progresista» del último) (16).

---

relativa o formal del fiduciario, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, *El titular* (cap. IV, *El fiduciario*), en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1928, pp. 272 y ss., y en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1948, pp. 468 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL, en comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1945, páginas 690 y ss., esp. pp. 695-696; PUIG PEÑA, voz *Negocio fiduciario*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", t. XVII, Barcelona, 1982, pp. 204 y ss., esp. p. 207; y, matizadamente, SAPENA, *Actualidad de la "fiducia cum creditore"*, en "Revista de Derecho Notarial", 1957, pp. 125 y ss., esp. pp. 168 y 187.

En Alemania está muy difundida esta teoría. Vid., por todos, DERNBURG, *Pandekten* vol. I, parte 1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1900, parágrafo 180, 3, pp. 231-233; JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung*, Berlín-Leipzig, 1931, parágrafo 43, núms. 17 y 38; ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Berlín, 1903, parágrafo 62, esp. pp. 285 y ss.

(16) Interpretación ampliamente mayoritaria en la doctrina jurídica. Por todos, 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, pp. 419 y ss.; ID., *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, ibidem, 1945, pp. 413 y ss.; ID., *La posesión*, Madrid, 1980 pp. 571 y ss.; MELÓN INFANTE, Carlos, *La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título*, Barcelona, 1957; CÁMARA ALVAREZ, *La adquisición "a non domino" de bienes muebles (Nuevo estudio sobre el art. 464, 1 del C. c.)*, Madrid, 1982. Contra, VALLET DE GOYTISOLO, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil*, en "Estudios sobre Derecho de cosas", Madrid, 1973, pp. 409 y ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, José M.<sup>a</sup>, *La posesión de bienes muebles (Estudio del art. 464, 1, del Código civil)*, Madrid, 1979.

Pero ya tendremos ocasión de tratar con más espacio de esta y otras consecuencias de la titularidad fiduciaria del mandatario puro para adquirir en los párrafos que siguen.

6. Acabamos de ver que, según la doctrina del Tribunal Supremo, la titularidad del mandatario *ad adquirendum* sin poder es una «titularidad fiduciaria», sustancialmente tal como la construyera el Prof. Castro, es decir, recordando lo ya escrito, se trata de una titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal, eficaz en el tráfico jurídico frente a terceros de buena fe, pero no esgrimible de cara al mandante, quien se hace dueño material de la cosa adquirida *sub fiducia* y con esa cualidad de propietario real puede reclamarla de cualquiera y reivindicarla, dejando a salvo por supuesto los derechos del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso bajo los presupuestos legalmente exigidos para su protección.

Si, pues, el mandatario-fiduciario no se convierte en dueño material o verdadero propietario del bien adquirido, obteniendo únicamente un *dominium impropriae dictum*, un *quasi dominium*, o una «propiedad relativa o formal», ¿podrá no obstante adquirir el pleno dominio por usucapión, ordinaria o extraordinaria?

La sentencia del Tribunal Supremo que glosamos responde con acierto negativamente.

a) En primer término porque falta un título «justo» y «verdadero»:

En sede de usucapión —dice el Tribunal Supremo— «no puede calificarse de justo y verdadero título el negocio en que precisamente el mandatario actúa por cuenta de sus mandantes (madre y hermanos) en la mayor proporción y para ellos adquiere la finca en sus tres cuartas partes (art. 1.953 C. c.)...».

A primera vista sorprendería que se niegue al negocio de compraventa, *realmente concluido con el tercero vendedor*, el carácter de título «justo» y «verdadero». Pero, a la luz de la doctrina de la titularidad fiduciaria elaborada por el Prof. Castro con materiales jurisprudenciales, ello resulta clarísimo: la titularidad adquirida a consecuencia del negocio gestorio es de carácter *subordinado, provisional y transitorio*. La misma sentencia lo recuerda poco antes del párrafo transcrito: «esa titularidad —afirma— es necesariamente *provisional, en tránsito (formalmente, acotamos nosotros) hacia el patrimonio del mandante*». Es que, por la absoluta primacía de la relación causal básica (contrato de mandato), el pacto de *fiducia cum amico* tiene un efecto condicionante o modal, adquiriendo el fiduciario exclusivamente en función del previsto destino final (17). Su titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal no prevalece sobre el contrato básico y principal (mandato fiduciario), antes al contrario éste se superpone y tiene

---

(17) En este sentido, vid. CASTRO, *El negocio fiduciario*, cit., p. 24 de la ed. separada y *El negocio jurídico*, cit., p. 408; y LIPARI, op. cit., pp. 103-104, 298, 424 y ss., *passim*.

la primacía sobre el título de compraventa privándole de las notas de «justo» y «verdadero», en las relaciones internas entre *dominus* y *usucapiens*.

b) En segundo lugar, porque no hay buena fe en el fiduciario desleal, pues —como afirma contundentemente la sentencia glosada— «no es poseedor de buena fe, como estado de conocimiento de la propia situación (art. 433 y sentencia de 26 de noviembre de 1970), el mandatario del que se dice haber procedido en perjuicio de sus mandantes».

El mandatario-fiduciario conoce perfectamente su propia situación: recibió el encargo de adquirir como «interpósito» o persona interpuesta gracias a la confianza en él depositada y que no debe defraudar; por tanto, el pacto fiduciario le coloca automáticamente de mala fe ante cualquier eventual incumplimiento del mismo. Y el mandatario que no entrega y retiene sin justa causa lo que debe restituir no está, evidentemente, poseyendo de buena fe en un sentido ético-psicológico.

c) Por último, porque no existe posesión en concepto de dueño en el mandatario o fiduciario, a no ser que medie la correspondiente *interversio possessionis*.

La sentencia que venimos glosando pone el acento en la falta de este fundamental presupuesto de toda usucapión, ordinaria o extraordinaria, sin el cual la adquisición del dominio por el transcurso del tiempo no puede operarse en modo alguno. al decir que «ni, en fin, puede arrogarse la indispensable posesión en concepto de dueño (arts. 447 y 1.941 C. c.) *quien tiene su título legitimador en el mandato* (sentencias de 7 de febrero de 1959 y 31 de mayo de 1974), y por otra parte la inversión o interversión del concepto posesorio ha de basarse en actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico, por lo mismo que según la máxima clásica, recordada por la sentencia de 6 de octubre de 1975, *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*».

En efecto, el mandatario o fiduciario encargado de adquirir una cosa por cuenta de su mandante la posee, no en concepto de dueño, sino en el de «tenedor de la cosa para conservarla perteneciendo el dominio a otra persona» (art. 432 C. c.), posee una cosa ajena como mero tenedor para retenerla durante cierto tiempo en concepto de mandatario o fiduciario (cfr. art. 463 C. c.); su situación es análoga a la del depositario.

Y un mandatario, un cuasi-depositario confidencial del que se dice *velut deposito possidere* (18), un fiduciario, en suma, no puede usucapir si no intervierte en forma su insuficiente concepto posesorio.

Así resulta de la jurisprudencia. La sentencia en examen cita un par de resoluciones referentes a mandatarios que pretendían usucapir. A ellas cabe añadir las sentencias de 3 de mayo de 1955,

(18) La expresión es de VELA DE OREÑA (*apud* CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 394 y *El negocio fiduciario*, cit., p. 11 de la *separata*).

10 de noviembre de 1958 y 20 de noviembre de 1964, atinentes a fiduciarios (en supuestos de *fiducia cum creditore*) con idéntica pretensión.

En estas resoluciones, para fijar el verdadero título posesorio, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta la causa concreta y verdadera del negocio. Desde ella se configura el concepto de la posesión excluyendo el señalado por el título aparente. La sentencia que comentamos (la de 16 de mayo de 1983) opera de igual modo: no atiende a la compraventa, sino al mandato para hallar el título legitimador de la posesión del mandatario encargado de comprar una cosa.

Como ya hemos indicado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tuvo ya ocasión de plantearse directamente la cuestión de la posesión *ad usucapionem* que pueda ostentar el fiduciario frente al fiduciante, negando las citadas sentencias de 3 de mayo de 1955, 10 de noviembre de 1958 y 20 de noviembre de 1964 que el fiduciario, en la *fiducia cum creditore contracta*, sea poseedor en concepto de dueño.

La más importante es la sentencia de 10 de noviembre de 1958, que sentó la doctrina siguiente:

«La posesión que ha de ostentar el usucapiente para adquirir el dominio y demás derechos reales ha de ser en concepto de dueño, según el artículo 1.941 del Código, y *no la tiene con evidencia el mero fiduciario poseedor de las cosas entregadas en fiducia*» (19).

Naturalmente, el mandatario o fiduciario podría usucapir, en el tiempo y con los requisitos determinados en la ley, si llegara a invertir o intervertir el concepto posesorio, bien sea por mutación del título (interversión bilateral), por sentencia, o por interservisión unilateral, que si bien en principio está prohibida desde el Derecho romano (*neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*, D. 41, 2, 3, 19) como contraria a Derecho, por suponer prácticamente un despojo, cabe no obstante admitirla en nuestro ordenamiento, como demuestra el artículo 436 C. c., que deja abierta la puerta a la prueba en contrario y el mismo artículo 460-4.º, sin que sea óbice lo dispuesto en el artículo 463 del mismo cuerpo legal (20). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido consecuentemente la interservisión posesoria unilateral no sólo en esta sentencia de 16 de mayo de 1983 que glosamos, sino también en las de 23 de octubre de 1903, 28 de febrero y 13 de diciembre de 1957 y 12 de diciembre de 1966, entre otras.

Pero la *interservio possessionis* unilateral a efectos de la usucapión ha de reunir los requisitos siguientes: 1) cambio de volun-

(19) Cfr. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, páginas 100 y esp. p. 146.

(20) Este precepto únicamente se propone impedir el daño del poseedor superior por actos extralimitados del tenedor o poseedor inmediato precisamente mientras lo sea, pero sin impedir el cambio del concepto posesorio, debidamente efectuado y probado (cfr. MARTÍN PÉREZ, *La posesión*, Madrid, 1958, p. 70).

tad del poseedor y consiguiente extensión de su poder *de facto*; 2) publicidad, impuesta por los artículos 444 y 1.941 C. c.: la interversión ha de basarse en actos inequívocos, no clandestinos, con clara manifestación externa en el tráfico, tanto frente a la comunidad o generalidad como frente al poseedor superior, sea o no titular, requisito este (el de la publicidad) en el que insiste particularmente la sentencia en examen; 3) transcurso de un año (arg. *ex art.* 460-4.º C. c.), durante el cual conserva el afectado o «despojado» (se trata de un «despojo impropio») la llamada «posesión incorporal» (posesión mediata o superior); y 4) prueba de la interversión, necesaria para la eficacia de la misma, porque el ordenamiento jurídico presume *iuris tantum* la continuidad del concepto posesorio (art. 436 C. c.) (21).

7. Además de la imposibilidad de usucapión por parte del mandatario *ad acquirendum* sin poder, a no mediar interversión de su concepto posesorio, hay otras importantes «consecuencias» o, por mejor decir, justificaciones de la titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal del mismo: si la cosa adquirida y confiada sigue perteneciendo al mandante, éste podrá reivindicarla y, por tanto, oponerse a su embargo mediante tercería de dominio, así como ejercitar el derecho de separación de la misma *ex iure dominii* en caso de quiebra del mandatario. Son resultados prácticos, justos y equitativos, que por sí solos justifican la construcción de la titularidad fiduciaria aquí acogida (22).

(21) Hemos seguido, en sus líneas generales, la completa exposición de MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 101-107.

(22) También podría invocarse el art. 1.730 C. c. que, al conceder al mandatario el derecho de retención de las cosas objeto de mandato hasta que el mandatario realice la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el primero en cumplimiento del encargo y reembolse al mismo las cantidades anticipadas a dicho fin con sus intereses correspondientes, induce a considerar que el mandatario no tiene *nunca* la propiedad de esas cosas, sino su posesión (vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M., *op. cit.*, pp. 102 y ss. esp. pp. 112 y 113).

Sin embargo, acaso cupiera objetar que en la *mens legis* estaba el contemplar tan sólo la hipótesis del mandato representativo, dada la normal unión de mandato y poder. Pero lo cierto es que el Código ha previsto el mandato sin poder en el art. 1.717. Luego el art. 1.730 debe comprenderlo también, ya que la norma se expresa en términos generales y no distingue. Claro es que, rizando el rizo, podría pensarse que, en la hipótesis de mandato no representativo para adquirir, el mandatario tendría (*ex art.* 1.730) un derecho de retención referente a la transmisión de la propiedad y no, como es lo normal, a la transmisión de la posesión.

Nos inclinamos por lo dicho al comienzo de esta nota, que parece ser lo más sensato; la inexistencia de la retención en cosa propia en la hipótesis de mandato *ad acquirendum* no representativo.

Además del art. 1.730 C. c., está la norma del art. 268 C. de c., que ordena a los comisionistas la conservación de la identidad de las mercaderías «pertenecientes a distintos dueños» mediante la colocación de contramarcas, sin duda alguna a fin de garantizar la subsistencia de su propiedad individualizada, con la consiguiente reivindicabilidad.

Nuestra explicación anterior (*Mandato para enajenar*, *loc. cit.*, páginas 1.495-1.496 y 42-43 de la ed. separada), de que la aludida norma sólo pretende señalar la *procedencia* o *destino* de las cosas en comisión



La tercería de dominio supone, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el ejercicio de una verdadera acción reivindicatoria (23). Habrá que aceptar, por consiguiente, la tercería del mandante en caso de embargo de la cosa confiada estando en poder del mandatario.

¿Podrá oponerse el mandante a la enajenación que de la cosa adquirida haga el mandatario violando sus obligaciones y el destino fiduciario?

Cumpliendo los requisitos legales exigidos, es obvio que podrá pedir el mandante y, en su caso, obtener las medidas cautelares pertinentes: anotación preventiva de la demanda ejercitando la acción reivindicatoria, embargo preventivo y aseguramiento de bienes litigiosos (24). Más allá de esto no cabe ir.

Por lo que se refiere al *ius separationis* del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario, que nosotros ya admitíamos incluso desde la perspectiva de la teoría del doble efecto, tratando de armonizar dicha teoría con los preceptos legales (arts. 908 y 909-4.º C. de c.) sobre los pasos de Núñez Lagos (25), hemos de reconocer hoy que el derecho de separación no es generalmente una pretensión personal de enriquecimiento injusto o sin causa, sino que se trata de una *separatio ex iure dominii*, trasunto de la reivindicabilidad del bien objeto de la detracción.

El número 4.º del artículo 909 C. de c. no puede ser ya un argumento contrario a esta última construcción, pues por comisión de compraventa el quebrado sólo tiene en su poder las mercaderías adquiridas en calidad de «propietario formal», con titularidad provisional y transitoria, siendo el comitente «legítimo dueño» o «propietario material», con titularidad plena y definitiva, según hemos comprobado de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Prof. Castro.

Tampoco hoy el número 1.º del mismo artículo, en lo referente a los bienes dotales estimados, cuyo dominio se transfería al marido quedando éste obligado a restituir su importe (según el derogado art. 1.346 C. c.), puede constituir argumento en contra de la *separatio ex iure dominii*, dada la supresión de la dote seguramente por su desuso y acaso también por resultar una

---

de compra o venta y no su *propiedad actual*, era muy rebuscada y frágil.

Por último, hay que traer a colación el art. 535 del Código penal (reformado por Ley de 25 de junio de 1983), que al incluir como ejemplos de situaciones que pueden dar origen al delito de apropiación indebida el depósito, la comisión o la administración, es un índice de bastante valor en el sentido de reconocerse que la propiedad de las cosas muebles objeto de tales situaciones pertenece al depositante, comitente o mandante.

(23) Cfr., por ejemplo, las sentencias de 25 de mayo de 1946, 10 de diciembre de 1959 y 20 de octubre de 1961, entre otras muchas.

(24) Conforme a los arts. 42-1.º y 43 L. H. y 139 R. H., 1.400 y ss. y 1.419 y ss. L. E. C.

(25) Vid. JORDANO BAREA, *Mandato para enajenar*, cit., pp. 1493 y ss. y 40 s. de la ed. separada; ID., *El negocio fiduciario*, cit., pp. 150 y ss.; NÚÑEZ LAGOS, *Mandatario sin poder*, cit., pp. 625 y ss.

institución inconstitucional al chocar contra el principio de igualdad de marido y mujer (art. 32-1 de la Constitución española, en relación con los arts. 9-2 y 14) (26).

Queda el aparente obstáculo del número 8.º del artículo 909 C. de c., según el cual la separación se da respecto de «los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte».

Cabría argüir que, al tratarse de géneros ya entregados (aunque sigan embalados), el quebrado se habrá ya hecho dueño de los mismos mediante su entrega o tradición (arts. 609, párrafo 2, y 1.095, apartado 2, C. c.).

Pero, como puso de relieve agudamente el Prof. Castro, dicha regla viene en verdad a confirmar el carácter señalado a la separación como trasunto de la acción reivindicatoria: se le concede al vendedor el derecho de separación, precisamente porque seguía siendo dueño de la cosa, pues hay que tener en cuenta que el Código de comercio entra en vigor antes que el Código civil, cuando aún regían las normas del antiguo Derecho común castellano sobre el efecto transmisivo de la venta. Conforme a estas reglas no pasa el señorío de la cosa vendida al comprador con la entrega de cosa, si el comprador no hubiese pagado el precio o, en otro caso, dado fiador o prenda o tomado plazo para pagar (*Partidas*, 3, 28, 46, siguiendo en esto a las *Instituciones* de Justiniano, 2, 1, 41 y al *Digesto*, 18, 1, 19 y 53). No puede dudarse, por tanto, que el legislador empleó consciente y adecuadamente la frase «legítimos dueños» en el artículo 908 C. de c. Lo cuestionable —terminaba diciendo el Prof. Castro— será hoy la compatibilidad del viejo precepto con lo ordenado en el Código civil (27).

De entender —a la vista de lo expuesto— que en esta hipótesis concreta ha perdido el derecho de separación su originaria *ratio essendi*, habría que aceptar que en este caso excepcional supone dicho derecho una pretensión de restitución por enriquecimiento sin causa, al igual que el caso de la dote estimada, si se admite su posible supervivencia al amparo de la autonomía de la voluntad, supuesta la constitucionalidad de la institución.

8. Es hora ya de concluir estas breves notas.

Decíamos al principio que el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983 es un magnífico banco de pruebas de la teoría del doble efecto (real o traslativo pleno

(26) A juicio de LACRUZ (*El nuevo régimen de la familia*, vol. II, *Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Madrid, 1981, pp. 127-128; *Elementos de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*. (Conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), ed. experimental, Barcelona, 1982, pp. 351-352), la constitución de dote sigue hoy siendo posible al amparo del principio de autonomía de la voluntad; si bien como donación por razón de matrimonio y sin los antiguos efectos que la acompañaban (inembargabilidad e inalienabilidad del derecho dotal aislado de cada cónyuge) habrá seguramente que entender.

(27) CASTRO, *El negocio fiduciario*, cit., p. 27 de la ed. separada; *Id.*, *El negocio jurídico*, cit., p. 411, nota 130.

*erga omnes* y obligacional limitativo de aquél *inter partes*) del negocio fiduciario. Y así es.

Si ni siquiera en este supuesto del mandato *ad acquirendum proprio nomine* el mandatario-fiduciario ostenta la propiedad plena y definitiva, aun habiendo adquirido *a vero domino* por título seriamente querido de compraventa, sino tan sólo la propiedad aparente, externa, relativa o formal que le legitima en el tráfico frente a terceros de buena fe, por la supremacía de la relación causal básica (contrato de mandato), ¿cómo va a ser el fiduciario dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos, en los restantes supuestos de *fiducia cum amico* (incluido el puro mandato *ad alienandum*) y de *fiducia cum creditore*? Evidentemente, no.

Se impone, por tanto, el total abandono de la teoría del doble efecto del negocio *fiduciae causa*, como contraría a los fundamentos mismos del sistema jurídico español, y la adopción de la teoría realista y más justa del negocio fiduciario propugnada por el Prof. Castro.

El principio de causalidad, propio de nuestro ordenamiento no permite una separación entre causa-función objetiva y «causa concreta» o propósito jurídicamente apreciable, significa un auténtico progreso en dirección a la justicia para resolver equitativamente los casos de la realidad, lleva a una adecuada concepción de la «circulación jurídica» y a una congruencia constante entre causa, propósito o intento y efecto jurídico. De otro modo, las partes quedarían en libertad para sustraerse a la regulación imperativa causal (28).

Y no queremos terminar sin rendir homenaje de profunda admiración al gran maestro don Federico de Castro y Bravo, sin duda alguna la figura más señera de la ciencia jurídica española del siglo xx. El nos enseñó, tanto en el tema del negocio fiduciario como en otros muchos del Derecho civil, a huir del superado método dogmático, según el cual se parte de una pretendida «naturaleza jurídica», insertando en ésta la atribución de una determinada eficacia, como *prius* lógico del que luego «deducir» necesariamente los correspondientes efectos jurídicos, ya incluidos en la previa construcción (método de inversión).

En lugar de tan «singular apriorismo conceptualista», que padecí en mi juventud, lo procedente es analizar primero el fenómeno práctico, estudiar la disciplina jurídica aplicable según las normas del ordenamiento y, por último, hacer la adecuada construcción jurídica.

La «naturaleza jurídica» es así un *posterius*, la síntesis de los efectos realmente producidos, como la fórmula explicativa que resume la estructura y eficacia de una figura o institución. Esa

---

(28) Cfr. RAVÀ, *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, Padua, 1953, pp. 17 y 18.

es la naturaleza de la llamada «naturaleza jurídica». Se trata, por ende, de un producto típico del «Derecho de profesores» y, como tal, tiene únicamente un valor pedagógico: si una fórmula enseña mucho es buena; si enseña poco u oculta casi todo es mala, y habrá que desecharla como encantamiento que escamotea la realidad.

En la construcción jurídica no se puede prescindir de la consideración de la realidad, del «Derecho de jurista» o Derecho vivo, casuístico y problemático, elevándose olímpicamente al cielo de los bellos conceptos.

Como muy bien advierte el Prof. Castro, «la doctrina sobre la interpretación jurídica enseña que la eficacia de un supuesto de hecho (aquí los comprendidos bajo el nombre de los negocios fiduciarios) no resulta o depende de una supuesta naturaleza jurídica de unos hechos, sino que dicha naturaleza jurídica y, por tanto, la eficacia jurídica en ella implícita queda en una interrogante y a resultas de la estimación que les conceda el ordenamiento jurídico» (29).

Magnífica lección la del maestro Castro, que sigue aún enseñando, cómo El Cid Campeador también ganaba batallas después de muerto.

---

(29) CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 384-385.