

# EL TITULAR

(Continuación.)

## V

### CONSTRUCCIONES Y TEORÍAS

Examinemos el nombramiento de un apoderado que haya de vender la finca en el procedimiento ejecutivo extrajudicial, las adjudicaciones para pago hechas en operaciones particionales, las *pagadurías* constituídas con cesión de bienes y los organismos creados como resultado de un concordato entre el comerciante en vísperas de quiebra y sus acreedores. En tales casos, existen verdaderas transferencias de bienes, unidas a fines determinados, cuyo cumplimiento confiadamente se espera y jurídicamente se impone.

Pero ¿cuál es el lazo que une a la cesión *real* con el fin perseguido? ¿Una obligación parecida a la que liga al mandante con el mandatario o al comitente con el comisionista?

¿O estamos en presencia de lo que Regelsberger llamaba *negocios fiduciarios*?

Distínguense éstos por la desproporción existente entre el medio y el fin. Para alcanzar determinada consecuencia (seguridad, pago), se escoge una forma jurídica (traspaso de bienes) que pasa por encima de la intención económica.

Dentro de tan amplio cuadro caben: los actos por los que una persona se coloca en el puesto del deudor principal para afianzar el crédito; los giros aceptados por deudas probables; la cesión de títulos a un Banco para asegurar una cuenta corriente; la adquisición por otro para facilitar sus negocios; la venta de un establecimiento, quedando el comprador frente al público como agente o representante del vendedor; las empresas llevadas por cuenta de personas (por ejemplo, comunidades y extranjeros) que carecen de capacidad para implantarlas; las concesiones obtenidas por orden de quien no puede

ser concesionario ; las cesiones de letras únicamente para su cobro, pero con endoso perfecto ; las transferencias temporales de acciones para legitimar votaciones ; las cesiones de bienes a personas determinadas para facilitar su reparto ; las constituciones de hipoteca con recibo de cantidad, aunque en realidad tan sólo se abra una cuenta de crédito ; las adjudicaciones para fines específicos...

Se ha intentado clasificar los negocios fiduciarios partiendo de consideraciones diferentes.

Schultze distingue : 1.º Fiducia con propiedad sujeta a condición o plazo resolutorio. 2.º Fiducia con derecho real en cosa ajena. 3.º Fiducia con relaciones jurídicas de carácter obligatorio.

Brütt separa el negocio mixto, en que el fiduciario mismo se halla interesado, de la fiducia pura y desinteresada. Otros ponen de relieve esta antítesis, distinguiendo la fiducia a favor del transmitente y la constituída a favor del fiduciario o de un tercero. También se llama *pura* a la fiducia en que el fiduciario no percibe o tiene interés, e *impura*, aquella en que el fiduciario se halla económicamente interesado.

Por la extensión del derecho transmitido, se distingue la fiducia de todo el patrimonio y la que se refiere a una finca o cosa, la que se apoya en la transferencia de la propiedad y la que solamente atañe a la administración.

El negocio fiduciario se presenta como un acto jurídico complejo, en el que la transmisión de la propiedad o del derecho en la cosa parece el centro principal, y los pactos añadidos son accesorios o satélites. Pero no resulta fácil valorar las fuerzas jurídicas que unen al negocio básico (cesión de propiedad, por ejemplo) con los fines perseguidos (aseguramiento, arriendo de servicios, mandato, etc...). Conformes estamos con que el medio técnico elegido va mucho más alto que el objeto visado, y en que la unidad del acto se halla cimentada sobre la confianza que el transmitente tiene en el fiduciario, pero en cuanto tratamos de elevar a categorías jurídicas estas nociones, sin encuadrarlas dentro del marco tradicional (derechos reales, condición, obligaciones, etc...), introducimos la confusión en las normas y la obscuridad en el Registro inmobiliario. Recuérdese el artículo 33 del antiguo Reglamento hipotecario, que ordenaba se hiciera mención literal de la obligación de pagar deudas o cargas de la herencia o concurso, en las adjudicaciones.

de inmuebles con tal finalidad, y el valor que las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1890, 23 de Mayo de 1893, 12 de Diciembre de 1900, 9 de Febrero de 1901 y 15 de Octubre de 1903 dieron a la mención reglamentaria.

Para fijar conceptos, distingue Dernburg las relaciones entre los contratantes (internas) de las relaciones con los terceros (externas); en la cesión de un crédito sólo para su cobro, el cesionario (fiduciario) es el acreedor aparente, autorizado frente al deudor para *percibir* y ejecutar el crédito cedido, mientras que frente al cedente, no pasa de ser un mandatario. Goltz entiende que el negocio fiduciario está compuesto de dos partes principales: un contrato positivo y de fuerza real (*transferencia*), y otro contrato negativo y obligacional (realización de ciertas prestaciones), que limita o anula la propiedad concedida por el primero.

Al ver esta voluntad, que se manifiesta positiva y negativamente, que quiere y no quiere, ¿cómo nos ha de causar extrañeza la viva discusión entablada sobre las analogías entre los actos fiduciarios y los negocios simulados o disimulados?

La doctrina, sin embargo, distingue los actos simulados, en los que las dos partes saben que el negocio carece de contenido jurídico; de los disimulados, en que se encubre, por ejemplo, una donación con el ropaje de la compraventa, y de los fiduciarios en que el resultado exterior se *quiere* como medio técnico para conseguir cierto fin previsto por ambas partes.

Hablando de la distinción entre actos simulados, en un amplio sentido, y actos aparentes, dice Ihering: «Todo acto simulado encubre una mentira. Lo que pasa, en realidad, lo que se persigue, debe quedar ignorado de los terceros y de la autoridad; por eso se disfraza el acto verdadero, por ejemplo, se encubre una donación con una venta. El fin puede ser el de ocultar un acto contrario a derecho, pero también puede ser el sustraer un acto perfectamente lícito a la curiosidad de los terceros que no tienen interés en el asunto. El acto aparente nada tiene que ocultar. Nadie ignora su significación, la autoridad misma interviene en él con perfecto conocimiento de causa, como en la *in jure cessio* romana; no persigue más que una finalidad técnica, la de obtener un resultado aprobado por el derecho mismo, mediante una aplicación un poco forzada de los procedimientos existentes: es una mentira jurídica

impuesta por la necesidad (*juristische Notlügen*).» Un juego a cartas vistas, como dirá más tarde Regelsberger. Las partes quieren provocar los efectos jurídicos, aunque sean desproporcionados al fin visado, porque no tienen formas jurídicas adecuadas a su pensamiento o porque son incómodas e insoportables.

La voluntad de los contratantes no va dirigida a engañar o envolver a terceras personas, como en los actos fingidos, sino a constituir una situación jurídica sobre la que aquéllas puedan apoyar sus relaciones y exigencias.

Hasta qué punto la ley permite que concedamos a una persona el carácter de titular frente a los demás, pero no frente a nosotros mismos, dependerá de los medios técnicos que se habiliten para obtener este resultado.

En todo caso, la flexibilidad legal no llegará a proteger los trasposos en fraude de acreedores, los manejos dolosos, la colocación de los bienes *en cabeza* de la mujer, hijos..., y la construcción dependerá del hábil acoplamiento de los elementos jurídicos en que se apoya todo el ordenamiento social.

Veamos cómo, según Brütt, los enlazan las tres teorías que tratan de explicar el negocio fiduciario:

1.<sup>a</sup> Por la transferencia de la propiedad al fiduciario (pagador, adjudicatario), adquiere éste la plenitud de derechos sobre la cosa y queda únicamente sujeto a los transmitentes por obligaciones personales. El fiduciario no puede lícitamente utilizar sus facultades fuera de la órbita trazada. Pero si lo hace, si el adjudicatario de un inmueble para pago de deudas derrocha el precio o cae en quiebra, ¿se contentará el adjudicante con ser un mero espectador o concurrir con los demás acreedores del quebrado?

2.<sup>a</sup> La transmisión fiduciaria no es un acto de disposición patrimonial propiamente dicha, es más bien un apoderamiento: el transferente sigue siendo propietario y podrá separar de la masa de la quiebra o concurso del fiduciario los bienes adjudicados. Pero a cambio de estas ventajas, tropezaremos con graves inconvenientes: el mandato es revocable, la adjudicación no sería inscribible en los Registros y los actos consiguientes deberían ser realizados en nombre del adjudicante.

3.<sup>a</sup> Según la opinión más extendida, el negocio fiduciario traspa la propiedad al *treuhänder* o persona de confianza, pero... a

los fines indicados en la cesión. Parece como si, en vez de una transferencia de cosas, se transmitiera una facultad.

Fuera de estos tres grupos puede colocarse: *a*), la teoría del mismo Brütt, que asimila esta clase de adjudicaciones a la comisión y sienta el principio de que las cosas adjudicadas, si bien pueden ser transmitidas con plenos efectos por el fiduciario, se presume que están en el patrimonio del comitente para cuanto se refiere a los vínculos jurídicos entre comitente y fiduciario o entre éste y sus acreedores; *b*), la de Wienstein, que confiere al negocio la doble virtualidad de transferir la propiedad y atribuir al fiduciario el carácter de apoderado; *c*), todas las teorías que escinden el concepto de propiedad para explicar la *fiducia*.

Desechadas, con tal objeto, las nociones de propiedad desmembrada (dominio directo del comitente y dominio útil del adjudicatario), así como la copropiedad con atribución de plenos poderes al fiduciario y los recursos que la solidaridad proporciona, la técnica ha tratado de abrirse camino descomponiendo el sujeto del derecho de propiedad, en atención a los fines implícitos en la misma. A tal efecto se avanza, con el apoyo de Dernburg, Sohm y von Thur, la idea de que si bien el sujeto de derecho es uno para todo el mundo, pueden existir casos excepcionales en que para A., B. y C. sea uno el titular, y para X. y Z. lo sea otro, y se concluye por separar la propiedad formal (disposición jurídica) de la propiedad material (utilización económica).

La mayoría de los escritores rechazan esta opinión de una propiedad que produce efectos tan sólo hacia afuera (actos del fiduciario respecto a terceras personas), y hacen notar que si la transferencia inicial es abstracta (1), los pactos fiduciarios nada significan frente a la voluntad del comitente que principia por transferir su cosa al fiduciario, ni limitan, por lo tanto, con fuerza real los poderes dispositivos de éste.

En un ordenamiento hipotecario como el español, que deja a un lado las exigencias del *numero clausus* para admitir derechos reales variadísimos, y que desde el primer momento ha operado con la propiedad sujeta a condición, no será tan difícil la solución del *problema fiduciario* si se consigue precisar las facultades, li-

(1) Véase el número 39 de esta REVISTA, pág. 194.

mutaciones y prohibiciones de disponer que la inscripción ha de *publicar* o llevar a conocimiento de los terceros.

En todo derecho, distinguimos nosotros el interés protegido de la misma protección legal, como separamos con claridad la armadura, del cuerpo; pero el intento de escindir el sujeto jurídico en un representante del interés y otro de los poderes dispositivos, si no confiere al primero protección jurídica, no nos importa, porque caerá fuera de nuestro estudio, y si concede al beneficiario acciones o defensas, le transforma en sujeto de derecho.

Vuelve, pues, a plantearse de nuevo cuáles son las relaciones que unen a fideicomitente con fiduciario, y a uno y otro con los acreedores respectivos y con los terceros en general.

Si consideramos al comitente como mandante y al adjudicatario como mandatario, no hay desplazamiento patrimonial, porque yo sigo siendo tan rico después de haber nombrado una docena de representantes o apoderados como antes de nombrarlos, y en su consecuencia, no hay transmisión de cosas, ni efectos reales, ni posibilidad de inscribir en el Registro los actos correspondientes. Si hay adjudicación de bienes inmuebles o derechos reales para fines específicos o para invertirlos en objetos determinados, el número 3.º del artículo 2.º de la ley Hipotecaria declara inscribibles los actos o contratos correspondientes.

Pero la técnica moderna parece oponerse a que el lazo de unión entre adjudicante y adjudicatario sea una *obligación* de tipo corriente, según lo da a entender el texto legal citado, y trata de conceder al fideicomitente o al beneficiario una serie de privilegios para que se consiga el fin buscado, o por lo menos para que no se abuse de la posición jurídica correspondiente al fiduciario. De aquí los estudios sobre los efectos de la quiebra de uno y otro, la posibilidad de que el fideicomitente separe de la masa del fiduciario en quiebra las cosas, créditos y cantidades que éste tuviera en su poder por cuenta ajena (1), la resistencia a otorgar a los acreedores del adjudicatario el derecho de perseguir los bienes que se le han adjudicado para pago de deudas, en perjuicio de los acreedores del comitente (2), y la predominante atención que al derecho moderno

(1) Véase, sobre todo, los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del art. 909 del Código de Comercio.

(2) La reforma de la ley Hipotecaria de 21 de Abril de 1909 se detuvo en la anotación preventiva que hoy figura en el art. 45.

merecen los intereses cuya satisfacción se busca con estas instituciones de confianza.

Es notable el paso dado por la Dirección general de los Registros en la Resolución de 14 de Junio de 1922, para orientar la doctrina que venimos analizando.

En ella vemos reproducirse las principales opiniones sostenidas por los técnicos alemanes, sin inclinar la balanza a favor de ninguna. Dice así: «La figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas es muy compleja en el fondo, deriva sus principales efectos de los actos en que va incrustada, y, en términos generales, responde, tanto al interés del deudor que obtiene por tal medio una mayor confianza de sus acreedores, o una espera sin concordato, como al de los acreedores que ven la seguridad de sus respectivos créditos, reforzada por la designación de un pagador imparcial y capacitado, y las probabilidades de pago multiplicadas, mediante la formación de una masa de bienes especialmente destinados a tal objeto.»

«En su consecuencia, el tipo estudiado se aleja en los puntos fundamentales, constitución y revocabilidad, de la representación y de los contratos que la provocan, supuesto que el adjudicatario aparece desde el primer momento revestido de facultades y derechos exclusivos y que ejerce en propio nombre, aunque por deber atender al interés ajeno, y por encontrarse en cierto modo privado del goce de los bienes adjudicados, más sea un propietario formal, legalmente autorizado para disponer de los mismos, que un dueño material que los disfrute económicamente.»

«De tales conceptos se deriva, ante todo, una posición exterior de titularidad real, frente a terceros, que permite al adjudicatario la enajenación independiente o reglamentada de los inmuebles bajo la protección de los artículos 20 y 34 de la ley Hipotecaria, mientras que interiormente, las relaciones jurídicas de adjudicante y adjudicatario se aproximan a la comisión y al mandato, buscan su punto de apoyo en el acto inicial y se desenvuelven dentro de cauces ajenos al Derecho hipotecario.»

«Como conclusión de los principios apuntados, cabe admitir que al adjudicar una masa de bienes para pago de deudas contraídas y formalmente determinadas, se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición que ya absorberá todas las

facultades del adjudicante, a la par que se encarga de cumplir sus obligaciones, ya limitará, expresa o tácitamente, sus facultades de disponer, ya, en fin, adoptará posiciones intermedias, pero siempre caracterizadas por su finalidad fiduciaria, o sea por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza.»

En fin, «la antedicha construcción no puede encontrar un verdadero obstáculo en el criterio sustentado por este Centro sobre la necesidad de rechazar las limitaciones de disponer, sin contenido real positivo, a favor de personas determinadas, porque el caso examinado de adjudicación para pago de deudas entra dentro de las excepciones legales previstas en aquella doctrina, como derivado del precepto contenido en el número 3.º del artículo 2.º de la ley Hipotecaria, por ser un acto o contrato en cuya virtud se adjudica a una persona bienes o derechos, con la obligación de invertir su importe en objetos determinados, e igualmente del artículo 45 del mismo Cuerpo legal, aunque las deudas no sean propiamente de la universalidad hereditaria».

JERÓNIMO GONZÁLEZ.