

Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil

(Discurso de ingreso en la R. A. de Jurisprudencia del Catedrático don J. Garrigues. Recensión y comentarios por C. Brú.)

En sesión solemne recientemente celebrada en la Academia de Jurisprudencia, fué recibido como Académico de número el excelentísimo señor don Joaquín Garrigues, figura señera de la doctrina patria. El interés del tema del discurso de ingreso y, sobre todo, la calidad de las ideas y sugerencias que lo enriquecen, nos han movido a traer aquí un resumen del mismo. Lo único que hemos de lamentar es que una síntesis apretada como ésta obliga a quien la hace a prescindir totalmente del estilo y exposición del original para intentar reconstruir —perpetrar aquí— una nueva versión en extracto. Tanto más sensible aquí cuanto que Garrigues se caracteriza desde sus primeros escritos por el colorido y, al mismo tiempo, la diafinidad de su verbo.

En atención a una sistemática ineludible dedica Garrigues la primera parte de su lección al examen del concepto de negocio fiduciario en la órbita del Derecho Privado en general y, por tanto, en su más propia sede, el Derecho Civil, si bien advierte el autor que no hará sino unas mínimas consideraciones delimitadoras que puedan servir de base para identificar el mecanismo fiduciario en algunas

formas mercantiles, lo cierto es que desarrolla en pocas, pero sustanciosas palabras, la teoría completa del negocio fiduciario. De tal modo que quien la desconocía obtiene una idea inequívoca, y quien la dominaba tiene ocasión de recapitular y, seguramente, de perfeccionar sus previsiones al respecto.

Una rápida ojeada a Roma nos hace ver la antigüedad de ese recurso, consistente en la utilización de figuras jurídicas típicas para finalidades distintas de las previstas en la Ley. Así, la Mancipatio —cauce primitivo de transmisiones— llega a «convertirse en una venta ficticia o imaginaria, apta para cobijar las más heterogéneas finalidades, desde la emancipación del hijo hasta el matrimonio o el testamento», dice Garrigues, citando a Solim.

Análogo fenómeno se observa en el Derecho germánico. Aporta Garrigues varios ejemplos concluyentes: matrimonio bajo la forma de venta hecha por precio irrisorio, representación procesal mediante la plena transferencia del derecho, etc.

Y recuerda también Garrigues las aplicaciones indirectas del proceso (ejemplo: juicios convenidos).

Es fácil la explicación, en el Derecho antiguo, de este fenómeno: exigencia de formas legales y escasez de las mismas.

Pero, ¿y en el Derecho moderno? Porque, como observa Garrigues, el imperio del principio espiritualista o de libertad de formas no acaba con esta que podríamos llamar manipulación de moldes. Ello se debe a la conocida tendencia (inercia, dice Ascarelli) conservadurista, consistente en querer encajar nuestros negocios en las viejas estructuras que para viejas necesidades ofrecen las leyes; pero también coadyuvan otras miras de los contratantes: huir de disposiciones prohibitivas o consecuencias fiscales, a que la utilización del negocio indirecto sea hoy frecuente.

Pues bien: si pensamos en un negocio indirecto, vemos que el logro de los efectos realmente queridos depende todo él de la lealtad, de la fidelidad de aquel a quien el artificio contractual ha convertido en dueño y señor de la situación jurídica resultante; estamos ante el negocio fiduciario.

Podemos decir, pues, que es en el variado campo de los negocios indirectos donde está enclavado el predio de los fiduciarios; el elemento que los vivifica y distingue es la confianza, la fiducia. Ahora bien: este atributo «fiduciarios» expresa, sí; pero no delimita suficientemente la índole de los negocios de que aquí se trata.

Para llegar a ellos se requiere aún una doble acotación conceptual.

1.º «La confianza —dice Garrigues— es un elemento psicológico que domina todo el Derecho de la contratación.» En efecto: fe en el pago, confianza en que el deudor pagará. «La solvencia es un concepto bifronte que mira no sólo a los bienes del deudor, sino a su honorabilidad. Así se habla de solvencia moral junto a la solvencia material.» Vemos, pues, cómo rechaza Garrigues la teoría patrimonialista, despersonalizadora de la obligación. No menos que otra convergente, la meramente procesalista o de ejecución. Y en verdad que deshumanizada la obligación, esto es, inhumana, pierde lo más rico de su contenido. Que no deja de ser paradójico, como decía recientemente en estas páginas Pedro Cabello, intentar explicar la vida de una institución a través de su muerte.

2.º Ahora bien, si la confianza alienta el nacimiento de toda relación de crédito, en algunas de ellas adquiere una tal relevancia, que el Derecho objetivo permite la resolución del contrato cuando la deslealtad, o simplemente un atisbo de deslealtad en el deudor, haga morir la fe del acreedor. Cita el autor como relaciones de confianza el mandato, la comisión y la dependencia mercantil, la sociedad colectiva, etc.

Peró tampoco deben ser confundidas estas relaciones con las propiamente fiduciarias, y Garrigues perfila la distinción: en las relaciones genéricamente denominadas de confianza (ejemplo típico: mandato) es la Ley la que regula y sanciona la conducta del deudor (mandatario); y en el articulado de los Códigos no faltan instrumentos adecuados que permitan al acreedor (mandante) controlar debidamente la conducta del deudor.

Mientras que la característica del negocio fiduciario reside precisamente «en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía», según viva expresión de Garrigues. Y añade: «Esta potestad de abuso deriva de la transmisión al fiduciario de resortes jurídicos que éste puede utilizar, o en interés del fiduciante —y esto es lo que debe hacer—, o en interés propio —y esto es lo que no debe, pero puede hacer—». «Para alcanzar una determinada consecuencia (seguridad, pago) se escoge una forma jurídica (traspaso de bienes), que pasa por encima de la intención económica», decía don Jerónimo González.

Peró, esta incongruencia entre medio y fin queda internamente rectificada desde el momento que el negocio fiduciario es un negocio

complejo, en el que al acto transmisivo acompaña —y «frena», dice Garrigues— un convenio por el que el adquirente queda obligado a una determinada prestación: la de comportarse respecto de la cosa o derecho adquirido conforme al fin económico verdaderamente perseguido. Pero como esta obligación no es más que eso, una obligación, su infracción por el fiduciario no provoca el naufragio de la transferencia real producida a su favor, sino que dará lugar únicamente al resarcimiento del daño, propio de todo incumplimiento creditual (1).

Estas notas sobre la estructura «fiduciaria» mueven a quien escribe estas torpes líneas a intentar apurar la comparación entre negocios de confianza y negocios fiduciarios. En efecto: las respectivas notas estructurales ofrecidas por Garrigues y ya resumidas aquí, significan al fin y al cabo que el negocio de confianza o *intuitu personae* es un negocio simple, de tal modo que todas las vicisitudes de la prestación tienen una virtualidad decisiva en el resultado del negocio; mientras que en el negocio fiduciario, que es complejo, el incumplimiento no produce consecuencias en la relación total, sino solamente en un sector acotado de la misma, el meramente obligacional. Pues bien: esto supone que no hay distinción esencial entre negocio de confianza y la relación de crédito necesariamente injertada en todo negocio fiduciario; es más, lo frecuente es que su naturaleza consista en uno de aquéllos: mandato, depósito, relación parciaria, etcétera; sólo que lo que allí es el todo aquí no es más que una parte, y una parte dotada de menos alcance y vigor que el otro efecto, plenamente transmisivo.

* * *

(1). Hay que advertir que este resultado riguroso es corolario de la construcción romanista del «N. F.» de Ferrara, a la que Garrigues se acoge expresamente. Pero son muchos los autores que, a base de otras construcciones teóricas, reconocen al fiduciante, en caso de infracción, derecho de recuperar la cosa, salvo que intervengan terceros. Ver estas construcciones en Roca, «Derecho Hipotecario», II, página 224. Este autor entiende que si lo típico, y raro, del N. F. es el empleo de un medio excesivo, cual la transmisión, para un fin sensiblemente menor, lo racional es que el Derecho reconozca que se ha producido esa transmisión tan sólo en la medida congruente con dicha finalidad, y esta medida consiste en que el fiduciario se repute propietario respecto de todo el mundo, menos del fiduciante. Y a esta doctrina, en cierto aspecto próxima a la germánica o de desdoblamiento de la propiedad, pareció responder la Resolución de 1922, de que luego hablaremos. En esta Resolución se decía que el fiduciario «actúa a modo de propietario formal».

Dedica la segunda parte al problema de la admisibilidad del negocio fiduciario en el Derecho español. Resúme los extremos tratados en esta parte de su disertación.

Admisibilidad teórica.—Se presenta en este punto el problema de la Causa, problema capital. En efecto, por algunos autores (Ségré y Cariotta-Ferrara) se dice: como una simple finalidad de garantía y administración no puede constituir causa idónea para la adquisición de la propiedad, habrá que basar la adquisición en la energía misma de la voluntad concorde y escueta de transmitir. Habrá que liberar la transmisión de todo «porqué», ya que ese «porqué» —garantía, administración, custodia— repugna la plena transferencia de cosas o derechos. Habrá, pues, que configurar como abstracta esa transmisión. Y quienes así razonan son los primeros en advertir lo desconsolador del resultado, ya que los Derechos Latinos desconocen las transmisiones abstractas. Transmiten los contratos que, como la venta, la permuta o la donación se consideran por la Ley aptos para transmitir. Bien por sí solos (sistema francés), bien complementados por la tradición (sistema español). No transmite la simple intención de transmitir, ni existe un negocio como la Mancipatio, capaz de comprender toda suerte de finalidades económicas.

Pues bien: ¿cómo conciliar esa aparente desviación de la causa en las transmisiones fiduciarias con la necesidad imperiosa de que la tengan? Garrigues salva la dificultad a base de la idea de la «causa integral», extensiva no sólo a la transferencia sino también al pacto obligacional. El negocio fiduciario se justifica, como todo contrato oneroso, por la mira o propósito de obtención de un equivalente al sacrificio patrimonial (causa credenci). Ese equivalente lo proporciona la «promesa de un servicio» (art. 1 274) por parte del fiduciario. El servicio consiste en el deber de valerse del derecho conforme a las instrucciones del fiduciante. La causa es, pues, *causa fiduciae*, identificada con la *finalidad* de mandato o de garantía y que aparece clara en el negocio obligatorio condicionante.

En cuanto a la licitud del negocio fiduciario, se deriva del artículo 1.255 del Código civil y del principio del *numerus apertus*. Son válidos los Negocios Fiduciarios siempre, claro está, que no envuelvan fraude de Ley (Sentencia de 25 de mayo de 1944). Y son válidos porque se distinguen perfectamente de los negocios simula-

dos (2). Perfilaron esta distinción Ihering, Regelsberger y Ferrara, y su criterio es aún indiscutible: mientras que en el simulado se aparenta querer una cosa no querida, en el fiduciario el efecto transmisivo es de verdad querido y se produce en la realidad; pero, eso sí, combinado con otro efecto también querido y también auténtico: el obligacional. El cual puede o no ser cumplido, pero su origen, esto es, el pacto de fiducia, es tan público y ostensible a terceros como pueda ser la transferencia; de modo que no puede hablarse de ocultación ni de disfraz alguno.

De ese parecer fué la Sentencia de 28 de enero de 1946, la cual, al proclamar definitivamente la validez del negocio fiduciario y la ausencia en el mismo de toda idea de simulación, confirmó la tesis que precisamente defendía Garrigues como letrado de la parte recurrida (es. de imaginar la calidad científica del informe).

Pero el autor de esta recensión añadiría al concepto de negocio fiduciario otro requisito que lo libere de concomitancias con la simulación: la reserva mental e incluso el fraude; que se dé siempre la necesaria diferencia de alcance entre los elementos real y obligacional para que la función del negocio no quede reducida a provocar una simple transmisión —retransmisión, porque consumada esta última las cosas quedan como estaban—. Y no parece evidenciar una voluntad seria la actitud de quien prevé y dispone a la vez ambos efectos contrarios. Más bien constituirá un indicio poderoso de que lo realmente querido era muy distinto de lo aparentado. Valga esta observación, si es procedente, para otras que me permitiré hacer sobre la dudosa veracidad de algunas declaraciones de voluntad contrapuestas estudiadas en este texto.

Volviendo a la legalidad del Negocio Fiduciario, parece—a mi entender— gratuita hoy, tras el claro sentido favorable de las sentencias arriba mencionadas, la tarea de indagación sobre el posible encaje del negocio fiduciario en nuestras leyes, realmente dificultosa en cuanto a fiducia *intervivos* y totalmente interceptada por la prohibición del artículo 785, número 4, del C. c. para la *mortis causa*.

Independientemente de ello existe una legislación especial, que

(2) Conviene recordar aquí la fórmula más aceptada del concepto de simulación: «Es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes para producir, con ánimo de engaño, la apariencia de un negocio que no existe (simulación absoluta) o distinto del verdaderamente realizado (simulación relativa)».

según Garrigues ha regulado verdaderos negocios fiduciarios. Se trata de las Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero de 1942, las cuales tienen por objeto establecer rápidos procedimientos para reinscribir a favor de la Iglesia y Ordenes religiosas los bienes inmuebles y fincas, así como recuperar los valores mobiliarios y de otra índole, que fueron todos ellos titulados durante la época republicana a nombre de personas interpuestas, para con ello ponerlos al abrigo de acechanzas sectarias, que culminaron en la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas de 1933. Pero según estas Leyes, los procedimientos tienen por objeto declarar la *inexistencia* de la enajenación, mientras que Garrigues estima que ese efugio de valerse de otras personas, haciendo radicar nominativamente en ellas el dominio, pero cuya disposición en realidad se reservaban la Iglesia y las Ordenes o Congregaciones, era un propio negocio fiduciario. *Fiducia cum amico contracta*, dice, por la que se salvan los bienes de la confiscación, transmitiéndolos, efectivamente, al amigo, que queda sometido a la obligación de restituir una vez cesado el peligro.

Pero, a mi entender, es dudosa la existencia de una verdadera voluntad transmisiva en casos como éste, porque lo que por el contrario se pretende es retener. Esto es, la voluntad que cabe ver aquí queda limitada a la adopción de una forma jurídica que sea suficiente para que el perseguidor cese en su actividad. Y si con la mera forma o apariencia de venta se logra ya el propósito por parte del dueño, ¿por qué se ha de buscar en su voluntad una intención transmisiva, aunque sea fiduciaria?

Piénsese en que aquí la ocultación está justificada porque se realiza, al amparo del Derecho natural, frente a la Ley sectaria radicalmente injusta, pero que el mecanismo es el mismo que en el *fraus creditorum*, e identificarlo con el negocio fiduciario supone una inflación peligrosa del concepto de este último.

Faltan además caracteres propios del negocio fiduciario, ya que éste es para algo más que para mera conservación: es para garantía, para administración, para distribución, etc. y esto es, implica en el deudor, un comportamiento positivo, lo cual precisamente constituye su obligación, mientras que en el caso examinado la colaboración del presunto adquirente se ha limitado a prestar su nombre. Otro carácter del negocio fiduciario es la ostensibilidad del pacto de fiducia, de tal modo que no haya inconveniente en la obligación sea tan pública

cómo la transmisión (Regelsberger), y aquí es obvio que esa publicidad no parecía muy oportuna.

No parece, pues, muy desafortunada la calificación de inexistencia, ni incluso la de simulación absoluta; pero como esta simulación fue justificada, una vez derogada aquella legislación por la Ley de 2 de febrero de 1939, las Leyes de que tratamos ahora concedieron a la Iglesia y Congregaciones, las cuales seguían siendo dueñas, acción para obtener la declaración de inexistencia contractual y, por ende, la destrucción de la forma con que se disfrazaba.

La extensión de esta acción contra los herederos y donatarios del interpuesto y el hecho de que se detenga ante adquirentes por un título a los que las Leyes otorgan carácter de irrevindicabilidad (artículo 3.º de la Ley de 1942) es plenamente conforme con los efectos de anulación de un acto por simulado.

Es de lamentar que la Ley de 11 de julio de 1941 no se cuidase de marcar los efectos de la precisión con que lo hizo la de 1942.

Un texto legal español que resulta incluíble tener en cuenta en materia de negocios fiduciarios es la Ley Hipotecaria en sus artículos 2.º y 45, destinado este último a la adjudicación para pago de deudas, figura netamente fiduciaria, como reconoce Garrigues. E incluso, a mi modesto entender, la más auténtica e irreductible manifestación de la fiducia intervivos, porque responde, no a lagunas legales, falta de forma jurídica apropiada al fin económico u otras razones meramente históricas y por tanto transitorias, sino a una necesidad íntima: esto es, que para cumplir bien el encargo de vender los bienes, y con el importe pagar las deudas, siempre conviene invertir del dominio al mandatario. Porque una serie de razones sociales y humanas, como la de tener la libertad necesaria para buscar la mejor ocasión, esperar la mejor coyuntura de precios, presentarse libre de trabas derivadas de la representación a los compradores, a quienes suele incomodar este mecanismo, etc., así lo aconsejan.

En cuanto al párrafo 3.º del artículo 2.º de la Ley, del que Garrigues dice que en él la fiducia aparece clara, paréceme oportuno a mí, habida cuenta la especialidad de esta Revista, esbozar a vuela pluma unas notas sobre el mismo. Aún cuando ya es conocido del lector, para mayor comodidad transcribiré su texto: «En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán los terceros y los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes

inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.»

Son dispares las opiniones que los autores sustentan sobre su significación. Así, mientras Roán (3) entiende que el precepto está de más, Roca Sastre (4) se congratula de su existencia, precisamente por ser susceptible de acoger en su amplio cauce la idea de la fiducia; si bien añade que lo probable es que fuese producto de un legislador inconsciente, como lo prueba —dice— el silencio de la Exposición de Motivos y el limitado alcance que le dieron los primeros comentaristas.

Pero quizá tampoco sea muy aventurado pensar que aunque el legislador de 1861 ignorase la conformación técnica de las transmisiones fiduciarias (cosa natural, pues comenzaron a ser estudiadas treinta años después en Alemania y Francia (5)), ello no obsta para que las presintiese. Porque como el problema se daba tanto antes como ahora (y en el ámbito sucesorio más que ahora, porque la auténtica fiducia testamentaria la ha suprimido el Código), no es extraño, aunque sí admirable, que el legislador se lo planteara, y con plena consciencia de lo que hacía decidiese por la inscribibilidad de esas titularidades desprovistas de interés, es decir, de esas titularidades fiduciarias.

Veamos la Exposición de Motivos. Esta, bajo el epígrafe «Títulos sujetos a inscripción», dice: «Después de expresar en los términos que ha creído más a propósito los títulos, actos y contratos que deben sujetarse a la inscripción por ser traslativos de dominio, o constitutivos de un derecho real; ha añadido la Comisión algunos otros documentos cuya inscripción ha considerado no menos necesaria.» Y pasa a justificar detenidamente la inscripción de ejecutorias de incapacidad, arrendamientos y títulos extranjeros. O sea, que los actos del número 3.º del artículo 2.º están entre aquéllos sobre cuya inscribibilidad se siente dispensada de argumentar la Comisión, precisamente porque son claramente traslativos del dominio y derechos reales. Pues bien, ¿no es curiosa esa patente transferencia real en comparación con la finalidad limitada que a la misma se la asigna: transmitir a otro, invertir su importe, lo cual su-

(3) Texto refundido de la Ley Hipotecaria, en *Revista de Derecho Privado*, 1946.

(4) *Derecho Hipotecario*, págs. 205 y 228 del tomo II.

(5) Dreyer, Gény, Oertmann, Nouël, Schultze.

pone, desde luego, algo muy distinto de la adquisición definitiva y libre de la propiedad? ¿No nos hace recordar esto aquel rasgo, de que hemos hablado, consistente en la inidoneidad, excesividad del medio respecto al fin? ¿Y esa complejidad: elemento real, elemento obligacional, propia también de todo negocio fiduciario? Por otra parte, ¿no es sintomática la utilización del adverbio «aunque» en el texto del artículo? No dice: «se inscribirán los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales para transmitirlos a otro o invertir su importe en objeto determinado», sino que dice: «... *aunque* sea con la obligación de transmitirlos, etc.». No permite el legislador alegremente la inscripción, sino que lo hace percatado de la íntima paradoja que esas titularidades entrañan.

Por otra parte, el hecho de que la Exposición de Motivos considere como verdaderas transferencias dominicales tales adjudicaciones contradice el exiguo alcance que al precepto daban quienes, como Galindo y Escosura (6) y Díaz Moreno (7), aseguraban que, en los términos de la Ley, el adjudicatario nada adquiere, y que la inscripción se imponía tan sólo por exigencia del tracto registral. Interpretación que, además, el futuro había de desmentir, porque las sucesivas reformas de la Ley dispensarían precisamente del requisito de previa inscripción a favor de las personas que, sin adquirir el dominio o derecho real, no servían sino de enlace en la transmisión de los mismos (véanse párrafos 7.º del art. 20 y 4.º del mismo artículo en las Leyes de 1909 y 1946, respectivamente), y, sin embargo, el precepto de que hablamos no ha sido nunca suprimido. Y sin necesidad de argumentos *a posteriori*, es que aquella interpretación, en los buenos tiempos de G. de la Serna y en los de Galindo y Escosura, era ya insostenible, pues confería al precepto un carácter bastante ingenuo, cual era el de presumir que, en todo caso, la enajenación por el adjudicatario habría de inscribirse, siendo así que la inscripción tan voluntaria era entonces como lo es ahora.

Los hipotecaristas antiguos no vieron, pues, lo que quizá atisbó la Ley, y, por ello, no sabiendo que hacer con el precepto, lo fundieron en otros, que concretamente regulaban la inscripción de fideicomisos y mayorazgos, *negándole*, pues, carácter general, si bien hay que re-

(6) *Legislación Hipotecaria*, 2.ª edición, pág. 470 del tomo I.

(7) *Legislación Hipotecaria*, pág. 38 del tomo II.

conocer que Morell (8) extendía su alcance a otros supuestos, como la reserva del 811, donación con cláusula de reversión y albaceazgo, pero todos ellos fuera de la idea de fiducia y quizá también de los términos del tan repetido apartado 3.º del artículo 2.º de la Ley.

Es mucho más tarde, a través de los trabajos de don Jerónimo González sobre el titular registral y sobre fiducia, en sus «Estudios», cuando cobra relieve la cuestión del acceso al Registro de las adquisiciones fiduciarias. Y es de tener en cuenta la Resolución de 14 de junio de 1922, que trata la adjudicación para pago de deudas como uno de los más claros exponentes de negocio fiduciario. Resolución que es recogida por Garrigues, así como otras posteriores.

Un posible obstáculo a la inscripción del negocio fiduciario, globalmente considerado, radica en los artículos 9.º y 98 de la Ley Hipotecaria y 7.º y 9.º del Reglamento, citados por Garrigues, porque estos preceptos niegan la registración de los derechos meramente personales.

Lo salva Garrigues diciendo que «en el Registro se inscribirá el título transmisivo de la propiedad al fiduciario, pero no la obligación asumida por éste en el pacto interno de fiducia, aunque se haga mención de ella en el contrato que se inscriba como título de adquisición a favor del fiduciario».

Claro es que aun resuelta como queda la cuestión, todavía podría hacerse hincapié en otro precepto hipotecario que, literalmente aplicado, podría incluso impedir esa mención («constatación» diremos en adelante, para evitar confusiones). Se trata de la regla sexta del artículo 51 del Reglamento, la cual, en su inciso final, dice que «no se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

Pero, a mi entender, también puede esta dificultad legal ser obviada si se tiene en cuenta que según el precepto deben ser rechazados los pactos o cláusulas accesorios, laterales, pero no aquellos que son fundamento de la transferencia, aunque por sí solos no la produzcan; que nadie discute, por ejemplo, la constatación, con todas sus características, de los créditos garantizados con las hipotecas, porque además, con Núñez Lagos (9) hay que entender que en nuestro sistema registral, de lista abierta, los actos se inscriben en toda

(8) «Legislación Hipotecaria», pág. 428 del tomo I.

(9) Memoria sobre el Registro de la Propiedad español y 1922.

su conformación y complejidad, a diferencia del alemán, en el que no tiene cabida más que un repertorio cerrado de situaciones abstractas, el contenido de las cuales viene exclusivamente aludido por una denominación inequívoca. Puesto que, como decía la Resolución de 12-III-1930, en nuestro sistema «se exige la determinación específica de la base jurídica de toda transmisión de bienes», y precisamente en el negocio fiduciario la base o causa se integra por la obligación impuesta al fiduciario (según tesis de Garrigues, arriba recogida), parece que hay que concluir por la procedencia de la constatación del pacto de fiducia.

Lo cual no quiere decir que tal constatación pueda producir efectos contra terceros, sino que, muy al contrario, tal como ya sentó la Resolución de 1922 y reconoce hoy la doctrina, debe entenderse que el que adquiere del fiduciario adquiere con firmeza, aunque la enajenación esté en pugna con el pacto de fiducia y el adquirente esté en pleno conocimiento de tal pacto. Y no podía ser de otro modo, no ya solamente por exigencias técnicas, tales como el desdoblamiento real obligacional que en todo negocio fiduciario se produce, sino también por razones prácticas, como, por ejemplo, la que apunta Lacal (10): que si no fuera así, el tercero, para quedar inmune, se vería obligado a fiscalizar el cumplimiento de la obligación por parte del fiduciario, lo cual resultaría verdaderamente entorpecedor para el tráfico y contrario a la seriedad de las construcciones jurídicas.

* * *

El resto del discurso de don Joaquín Garrigues contiene el examen de los negocios fiduciarios en el campo del Derecho Mercantil, y además dedica un capítulo final a la interesante figura anglosajona del Trust.

En esta parte nuestra información será más escueta por razones de espacio, y ello con pesar nuestro, porque en estos capítulos son analizadas detalladamente, con elogiada prudencia unas veces, con envidiable audacia otras, con una inmensa abrumadora autoridad científica siempre unas cuantas situaciones mercantiles.

En ellas, la investigación de la fiducia se presta a un sugestivo

(10) «Aportación al estudio de la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas». *Revista de Derecho Privado*, año 1931, páginas 294 y ss.

juego conceptual, del que se derivan, por otra parte, rotundas consecuencias prácticas. Observa, en primer lugar, el comercio de comisión en general, con su fenómeno de interposición de persona, y distingue, con Ferrara, entre el intermediario ficticio que aparenta intervenir, siendo así que la única cooperación que presta es nominal (caso del testaferro) y el intermediario real, que es, o un fiduciario, o un comisionista en nombre propio: funciones estas últimas análogas, pero diferenciables por una serie de notas. Concluye que si la representación indirecta no es estrictamente un negocio fiduciario cae dentro de la órbita de las relaciones fiduciarias.

Sociedades «fiduciarias».—Respecto de este tipo de Sociedades, nacidas en Estados Unidos y muy extendidas por Europa a partir de la creación, en 1890, de la Deutsche Treuhandgesellschaft (Sociedad fiduciaria alemana), observa Garrigues que la denominación no es adecuada. Porque su actividad se limita a la ejecución de meros servicios más o menos materiales (revisión de contabilidad, agencia de operaciones financieras o administrativas, etc.), si bien puede, en algunos de estos actos, vislumbrarse la «fiducia» (ejemplo: depósito irregular, en el que la Entidad queda —a semejanza de un Banco— facultada para disponer a su arbitrio de las sumas, pero cuya disposición —a diferencia de un Banco!— deberá orientarse al servicio exclusivo de los intereses del cliente).

Lo mismo dígase de los servicios «fiduciarios» de los Bancos. Si son fácilmente reconducibles estos servicios a las ideas de mandato, custodia o representación, quiere esto decir que sobra el rótulo «fiduciarios». Cuando es así que lo fiduciario se tipifica precisamente —perdóneseme esta licencia— por la atipicidad de la causa.

Este ramo de servicios «fiduciarios» será, según parece, próximamente acometido por varios de nuestros Bancos. Y no encuentra Garrigues obstáculo legal alguno a que entre los mismos se incluya el desempeño del albaceazgo testamentario. Realmente hay que convenir con el autor en que no hay precepto del Código civil que prohíba a una persona jurídica ser albacea. La sugerencia es muy interesante, y es de esperar que dé lugar a numerosas y contradictorias opiniones.

En cuanto a los Investment Trusts, se dedican a una actividad, a mi parecer netamente fiduciaria, cual es la de asumir capitales

privados e invertirlos en los valores mobiliarios que les aconsejé la técnica estadística o su experiencia, con lo que logran para sus clientes un beneficio que, aun descontando de él la comisión para la entidad mediadora, es superior al que proporcionaría una colocación aislada. Pero Garrigues duda que se dé aquí algo más que una mera relación de confianza; y desde luego es indiscutible su observación de que alguna modalidad, bajo la que se presentan a veces estas sociedades y precisamente recogida por la Ley española de 15 de julio de 1952, no excede del campo del derecho de Sociedades. Y ya en este campo, «Sociedades», examinemos, con Garrigues, algunas situaciones relacionadas con el derecho de voto en la Junta de socios.

El Voting Truist americano lo califica de claramente fiduciario; pero afirma que en España los supuestos a que responde el voto emitido por persona distinta del accionista son de otra índole. Así, la clásica representación directa, y cuyo examen, como no atañe el tema, queda excluido.

Así, los Sindicatos de Accionistas, en los que descarta el autor toda nota fiduciaria. Por otra parte, considera muy difícil la subsistencia de estos Sindicatos, una vez prohibidas por el artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas, las representaciones generales y permanentes en el derecho de voto.

Estudia la varia significación que la transmisión de acciones puede tener en relación con el derecho de voto. Tal transmisión pudo ser verdadera, simulada o fiduciaria. Pero observa el hecho de que la Sociedad difícilmente podrá saber la verdad, y que además, en principio, le está vedado rechazar el voto, so pretexto de que el tenedor no es accionista, porque según la teoría de los títulos al portador, para el deudor, y para todo el mundo, no hay otro titular que el poseedor del documento. (11)

Pero Garrigues mismo reconoce que esta protección a la apariencia no puede servir de amparo a la transgresión de especiales prohibiciones legales o estatutarias, como aquellas que privan de voto al socio que en el asunto a decidir tiene intereses distintos de los sociales; y que a la vez, como él mismo reconoce, no evita el problema de

(11) Discrepa Uria, quien entiende que frente a este deber de acatamiento impuesto a la Sociedad existe el derecho que la misma tiene a que se cumpla la Ley, la cual define la Junta, como una reunión de socios. (Ver «Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas», por Garrigues y Uria, página 390 del tomo I.)

Luego «si la Sociedad descubre que la cesión de la acción hecha, bien a título de transmisión fiduciaria, bien a título de mandato propio nomine se ha realizado con un fin ilícito, entonces la cesión podrá ser desconocida por la Sociedad». Llega a este resultado a través de la doctrina del fraude de Ley:

Respecto a la cesión del derecho de voto, la estima, con la mayor parte de la doctrina mercantilista, ilícita, porque ese derecho es inseparable de la propiedad de la acción. Según Uria (12); otro tanto debe decirse sobre la llamada «cesión legitimadora del derecho de voto» (esto es, la que se articula mediante el depósito de las acciones en un Banco, con una cláusula autorizando, mientras dure el depósito, a que el Banco ejercite el derecho de voto, en el que queda investido por razón de la tenencia de las acciones).

Garrigues, sobre este punto se limita a decir lo siguiente: «No suscita, en cambio, problema alguno la que, siguiendo la terminología alemana, hemos llamado en un viejo trabajo cesión legitimadora del derecho de voto a los Bancos depositarios de acciones, por la sencilla razón de que en la práctica bancaria española estas cesiones se operan a virtud de una cláusula de representación que actualmente se ajusta a los requisitos del artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas, esto es, se da por escrito, con carácter especial, para cada Junta y a favor de personas individuales. Esta caracterización jurídica, como acto de apoderamiento al Banco, elimina la discusión sobre la validez de la cesión del ejercicio del derecho de voto, puesto que aquí no hay tal cesión de este derecho, sino representación directa del accionista en la Junta general por medio del Banco; y elimina también la hipótesis del negocio fiduciario, puesto que el accionista conserva la propiedad de las acciones depositadas en el Banco. Ahora bien, el Banco, como representante, deberá actuar en la Junta general no sólo en nombre sino también en interés de su cliente. El hecho de que estas representaciones se concedan en blanco, es decir, ignorando el propietario de las acciones el nombre de su representante en la Junta, no es obstáculo para su validez, dado que la Ley no prohíbe esta forma de representación, que implica, ciertamente, una gran confianza en el Banco y que, en definitiva, califica el negocio como una relación fiduciaria en el sentido arriba expresado».

(12) Loc. cit., pág. 587.

Pero la cuestión no queda totalmente resuelta. Porque si entendemos, con Garrigues, que lo que se practica es la representación directa, podemos pensar que quizá esa práctica paulatinamente disminuya, a consecuencia de estar hoy prohibida, la coyuntura que precisamente se buscaba: la representación por persona jurídica (artículo 60 de la Ley, que en su párrafo 2.º dice: «No será lícita la representación conferida a una persona jurídica ni la otorgada a las personas individuales que aquélla haya designado expresamente como representantes suyos para la Junta de que se trata»).

Ciertamente, esta prohibición puede ser fácilmente eludida, como dice Uria, con el efugio de servirse el Banco de un individuo «ad hoc» y que, desde luego, no ostente la representación del propio Banco, si éste es accionista. Esto es verdad, y lo deploro, porque a mi modo de entender la prohibición es muy pausible.

Y a este efugio alude quizá Garrigues cuando afirma que se cumple la Ley, ya que la representación se otorga a favor de personas individuales. Pero quizá por considerar verdaderamente transparente dicha argucia es por lo que a continuación utiliza esas expresiones «apoderamiento al Banco», «Banco como representante», etc., en términos tan rotundos que provocan duda sobre una cuestión que, si bien es incidental en el tema de este estudio, encierra una gran trascendencia práctica: ¿cuál sea el sentido y hasta donde llegó la eficacia del susodicho párrafo 2.º del artículo 60 (13); ¿supone el texto de Garrigues un rechazo total de cualquier procedimiento que, como el fraude a la Ley, o la prueba indiciaria de simulación relativa —esto es, representación inexistente que «tapa» la verdadera prohibida—, permitan a la Sociedad impedir que la emisión del voto se haga en forma contraria a la Ley? Y hablo de simulación relativa porque, ¿es real un apoderamiento, sin saber a quién se otorga? ¿Es sólo el poder en blanco? No puedo traer aquí el problema, propio de la Parte General del Derecho Civil, de la delegación a un tercero en la designación del apoderado y, en general, de la delegación en la concreción del poder. Pero en el caso aquí estudiado no creo que sea muy aventurado estimar que el párrafo último del repetido artículo (13). Desde luego que nuestras dudas desaparecen si interpretamos el texto de Garrigues como referido no a las Entidades de Banca, sino a los Bancos en su acepción de banqueros, esto es, de personas individuales que se dedican a ese negocio, y que aunque pocos en el territorio nacional están previstos en los artículos 37 y 38 de la Ley de Ordenación Bancaria. Pero no es de creer que sea ese el sentido.

artículo 60, al exigir apoderamiento por escrito y especial para cada Junta, marque una tendencia, en la que el poder en blanco desentona. Claro que será verdaderamente difícil probar el hecho de que el representado fué ajeno a la designación del representante; pero me atengo en este punto a lo que para un caso similar dice Uria (14); que una cosa es reconocer la dificultad de la prueba y otra renunciar previamente a la posibilidad de la misma y, con ello, a la posibilidad de impugnar la validez del voto emitido por quien no es accionista ni le representa. Y mal parece poder representar a un socio quien no ha sido elegido por él. Es lógico que la Sociedad tenga derecho a exigir que los votos que van a sancionar su gestión sean real emanación de los titulares del capital. Y creo que conviene tener en cuenta aquí el carácter del derecho de voto, que es un derecho de tipo político, un derecho-función que atiende, sí, a un interés particular, pero cuyo serio ejercicio exige en el votante conciencia e intuición de colaborar rectamente en la marcha de la Empresa.

Si añadimos a esto que es un derecho cuyo contenido, a mi modo de ver, radica esencialmente en una potestad decisoria, cuyo ejercicio —a través de un «sí» o un «no»— agota, al menos en tal ocasión, la energía del propio derecho; pero cuya eficacia puede no morir allí, porque la voluntad del emisor acaso trascienda —por medio de la mayoría— a voluntad misma del ente social, y si consideramos, en fin, que es un derecho del tipo de los personalísimos, un derecho inherente a la acción, un derecho, diríamos, «accionalísimo», quizá, nos veamos movidos a pensar que la representación en el ejercicio de este derecho sólo cabe en términos muy limitados. Tan limitados que no permite exceder en mucho de lo que se llama «nunciatura» o emisión de la voluntad a través de portavoz.

Otorgar a la representación una mayor entidad es casi hacerla incurrir en la cesión del voto.

Claro que con esto no pretendemos en modo alguno arbitrar al verdadero accionista facultades impugnatorias, so pretexto de que el voto emitido por un apoderado no responde a sus instrucciones; las relaciones entre ellos son *res inter alios acta*, y como además se basan en la confianza, el poderdante a ella ha de atenerse. Lo que sí querríamos es ver reducido el apoderamiento en el ejercicio del derecho de voto a su adecuado campo y finalidad: ser un instrumento esencialmente ocasional, remedio apropiado de ausencias, enferme-

dades, imposibilidades de hecho. No portillo propicio, a verdaderos «acarreos» de votos que crean supuestas voluntades colectivas, en realidad nacidas del maridaje entre la apatía del socio y el afán intervencionista de Entidades, quizá desinteresadas en la marcha de la Sociedad, o quizá demasiado atentas, porque ese afán califica ya de por sí la injerencia como peligrosa.

“Puede objetarse que estas cautelas responden a peligros inexistentes, porque la realidad demuestra cómo los administradores son los verdaderos pilotos de la empresa y cómo la Junta es un órgano que aprueba sistemáticamente cuanto se le propone. Pero también ocurre que no son pocas las Sociedades cuya nota característica es la vitalidad de la Junta, con el consiguiente peligro de obstrucción (15).

* * *

El tema que a continuación se plantea Garrigues en el curso de su lección puede formularse así: ¿Hay simulación o hay negocio fiduciario en ciertos supuestos fundacionales de Sociedades con fines oblicuos o indirectos?

De los varios ejemplos que cita Garrigues, tales como la constitución de Sociedades que encubre una venta para poder acogerse al reducido tipo tributario de aquélla (16), o el caso de la Sociedad artificialmente montada por un individuo para disimular así su verdadero capital, etc., nos detendremos, por ser el más delicado, en el supuesto de la Sociedad constituida por una persona valiéndose de otra u otras que se prestan a figurar como socios, para conseguir sobre su propio negocio el beneficio de la limitación de responsabilidad, inherente a la Sociedad Anónima y a la Sociedad de R. L.

La cuestión es discutida, y Garrigues, que recoge las tesis contrarias mantenidas por autores italianos (17), se inclina a entender que primero, la fundación es real y auténtica, y segundo, esta fundación no supone, en principio, violación de las normas que exigen pluralidad de socios ni de las relativas a la responsabilidad de fundadores.

“Dice, en efecto, que no hay simulación absoluta, porque en

(15) Es de observar la frecuencia con que hoy en día se producen revocaciones de cargos de Consejero.

(16) Y que, como recordará el lector, tiene su adecuado trato fiscal en el Reglamento del Impuesto de Derechos reales.

(17) Contrario a la validez, Dominado, y favorables, Ascarelli y Greco.

ésta las partes no quieren hacer nada; quieren únicamente que los terceros crean lo contrario; es decir, crean que han hecho aquello que no hacen. De Sociedad simulada podría hablarse cuando ninguno de los socios quisiera aportar algo ni constituir un patrimonio separado, ni, por tanto, transformar la situación jurídica patrimonial de las cuotas conferidas simuladamente». Y concluye que nada de esto acontece en la fundación de Sociedad a través de personas de confianza, porque en ella, al menos en uno de los socios, sí que se da esa voluntad.

Pero, a mi entender, como el contrato de sociedad requiere, por definición, que no sea uno solo quien lo quiera; sino que sean dos, porque la vocación de unirse a otro en sociedad —como en matrimonio— no pasa de ser mera aspiración platónica mientras no sea correspondida por otra vocación recíproca e idéntica; y como además, aunque bastare la intención de uno solo, en este caso ni ese requisito se da, porque esa intención debería ser, creo yo, verdadera voluntad asociativa, ánimo de unirse a otro u otros «para formar sociedad» y «partir entre sí las ganancias», y es evidente que el fundador carece en absoluto de tal voluntad, porque su negocio, y sus ganancias serán tan exclusivamente suyos como antes lo eran, me veo inclinado a pensar que hay simulación absoluta.

Y me siento intimidado al descubrir que esta discrepancia inicial en que —quizá con error por mi parte— he incurrido se convierte en pie forzado, que me impide secundar las restantes apreciaciones que sobre la constitución de esta «One man Company» formulan autores tan ilustres como Garrigues, Greco y Ascarelli.

Así dice a continuación el primero: «No hay tampoco simulación relativa, porque el negocio disimulado, en este caso, tendría que ser un acto unilateral de creación de un ente jurídico o de creación de un patrimonio separado, que sería nulo al no estar admitido por la Ley más que en determinados casos, distintos del que nos ocupa. De este modo, por la vía de la simulación relativa se llegaría a anular toda la actuación de las partes: el negocio simulado, por ser inexistente, y el negocio disimulado, por ser nulo. Mas el artículo 1.284 del Código civil ordena interpretar los contratos en el sentido más adecuado para que produzcan efecto. Y esta norma interpretativa quedaría eliminada si atribuyéramos a los interesados el propósito de dar vida a un negocio nulo.»

Y yo me atrevo a observar que este riesgo es inherente a toda

simulación relativa, porque si el acto encubierto no fuera prohibido y, por ende, nulo, no habría razón para acudir a ella. Y que ciertamente no hay simulación relativa, pero por otra razón muy simple: porque hay simulación absoluta. No se disimula, no se *tapa* un negocio jurídico prohibido o permitido, sino que con fines de engaño —limitación de responsabilidad, donde no debiera haberla—, se monta un aparato jurídico huero —constitución de sociedad— alrededor de algo que no es sino actividad meramente material, administrativa, carente en absoluto de relevancia jurídica: la consistente en dedicar una parte de los bienes de una persona individual a un negocio o empresa.

Y no puedo, en definitiva, convenir con Garrigues cuando afirma que esta fundación de Sociedad es un negocio indirecto u oblicuo, y, además, fiduciario, en el que el fundador sea el fiduciante y los individuos de que se vale para obtener la pluralidad sus fiduciarios, adquirentes de las acciones por un lado y por otro obligados a retrocedérselas (como dice, con hábil expresión, Garrigues). Ni compartir su opinión de que tales individuos —sean fiduciarios, sean testaferreros—, en todo caso haya que considerarlo como verdaderos fundadores.

Porque, a mi parecer, mal se puede ser fundador de lo que no se funda; mejor dicho, se funda «de mentira». Esto es, no creo yo que quede viciada la intervención de estos individuos por el hecho de que la tengan a calidad de fiduciarios o de testaferreros sino que el vicio deriva de la fuerza corrosiva de la nulidad del contrato de sociedad, que era simulado.

Me explicaré: Con tal de que hubiese entre todos estos personajes uno solo —¡tan sólo uno!— que efectivamente contratase con el protagonista de esta historia, que efectivamente aportase unos bienes movido por una intención social seria (y desde luego carece de esta intención quien aporta e inmediatamente recupera), habría sociedad, y los demás, aunque fuesen ficticios, habrían, sí, de ser considerados como fundadores. Si bien con ciertas garantías en cuanto al elemento responsabilidad, las cuales ya adopta prudentemente el artículo 13 de la Ley, como observa Garrigues (18).

(18) Este artículo 13, después de imponer a los fundadores una responsabilidad solidaria frente a la Sociedad y frente a tercero, por razón de una serie de obligaciones en su texto enumeradas, termina diciendo: «La misma responsabilidad alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado los fundadores».

Y fijaré con un ejemplo mi posición, la cual no consiste, ciertamente, en ver simulaciones por todas partes: si hay dos fundadores efectivos y tienen que recurrir a otro para lograr el mínimo de tres, que la Ley de Sociedades Anónimas exige para la fundación simultánea, la fundación lograda de este modo es para mí real y efectiva, y normalmente fiduciaria. Porque se ha investido de la cualidad de socio a una persona para que el pacto social (posible desde que existen dos voluntades) quede plenamente configurado y adaptado a una exigencia legal, meramente cuantitativa, relativa —diríamos con terminología de Palomino— no al «ser», sino al «valer» de la Sociedad Anónima. Y como este «tercer hombre» queda obligado a retroceder las acciones a sus cofundadores el mecanismo fiduciario resalta en toda su nitidez.

Por último, no puedo silenciar uno de los más poderosos argumentos de Garrigues a favor de la Sociedad unipersonal, constituida por medio de fiduciarios: que como la retrocesión de las acciones se hace durante la vida de la Sociedad, ninguna Ley se infringe, porque la reunión de todas las acciones en una sola mano no está comprendida entre las causas de disolución del artículo 150 de la vigente Ley. «Con lo cual se rinde tributo» —dice la Exposición de Motivos— a realidades que no pueden desconocerse.»

Però quizá el ilustre Catedrático y nuevo Académico —órgano el más autorizado de interpretación auténtica de dichas Exposición de Motivos y Ley— apruebe el sentido que yo creo ver en el texto introductor: que las realidades referidas no pueden llegar a ser de tal envergadura como la creación *premeditada* de Sociedades unipersonales, sino que más bien se alude a ciertas coyunturas que pueden sobrevénir (19), pero cuyo carácter excepcional parece sentar la misma Exposición cuando dice que «la naturaleza de la Sociedad exige que ésta sea resultante de varias voluntades», y que «la estructura del organismo social presupone pluralidad de voluntades», y el carácter provisional que se ve en esa concentración de acciones puede inducirse también de la Exposición cuando establece que la misma «no debe producir la inmediata (20) disolución de la Sociedad, por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca,

(19) Ejemplos: Transmisión *mortis causa* a favor de un socio; compra de paquetes por un solo socio, para evitar especulaciones a la baja, etc.

(20) Esta palabra «inmediata» aparece en letra bastardilla en el texto de Introducción al Anteproyecto. Ese texto es, el mismo que, el de la Exposición actual.

restableciéndose la pluralidad de socios». Doctrina que coincide con la de la Resolución de 11 de abril de 1945, digna de ser tomada en cuenta como precedente, y que se limitó a declarar la no disolución *ope juris* en el caso de reunión de acciones y que condicionó la subsistencia de la Sociedad a que no fuese impugnada por los acreedores y a que no se produjese abuso de derecho por parte del titular único.

Conviene recordar, además, que son muchos los Códigos que sancionan la reunificación de acciones con la extensión automática, y que los restantes a lo más que llegan es a permitir la subsistencia hasta un plazo máximo, o mientras esté acreditada la posibilidad de vuelta a la normalidad; y no faltan ordenamientos en que durante la concentración se establece la extensión de la responsabilidad por deudas sociales al patrimonio personal del *meneur* o titular único.

Y no quiero terminar esta larga y deslavazada digresión sin confesar lealmente que creo que el comerciante que constituye artificialmente esa Sociedad tiene un propósito —cual es el de que las responsabilidades derivadas de su empresa queden reducidas al capital que ha invertido en ésta— que responde, en parte, a un cierto espíritu de justicia y que, por tanto, su protección es quizá plausible en Derecho constituyente.

La Empresa individual con responsabilidad limitada ha sido acogida en algún Estado—el pequeño Principado de Liechtenstein (21)— y es objeto de concienzudo estudio por la doctrina actual (22). Es claro que pudiera tener ventajas, pero no falta quien opine que podría ocasionar grandes trastornos en el comercio. Pero como en definitiva este tipo de Empresa no puede ser recibido en un país sino a través de la correspondiente reforma legal, y esa reforma legal, según criterio indiscutible de Trias de Bes (23), habría de descansar sobre una adecuada articulación de la teoría de los patrimonios separados y no sobre la personificación de la Empresa, no parece que —hasta ese momento legislativo, no llegue— sean admisibles, hoy por hoy, tortuosos caminos para obtener limitación de riesgos.

(21) Inspirándose en un proyecto del jurista austriaco Pisch.

(22) Ver, recogida por V. de Tena, una completísima bibliografía sobre esta materia en la página 9 del número 308 de esta Revista.

(23) La limitación de la responsabilidad, aplicada a las Empresas individuales, en *Anales A. M. N.*, tomo IV, págs. 372 y 383.

En materia cambiaria recoge Garrigues algunos posibles supuestos fiduciarios: los endosos plenos con efecto limitado de cobranza.

El endoso de letras con simple fin de cobranza es cuidadosamente estudiado; y sobre las opiniones extremistas de la simulación (Grünhut, Vivante), y la del negocio fiduciario (Regelsberger, Kohler, Ferrara, Messineo y muchos más citados por el autor), o la que entiende que se transmite la propiedad formal de la letra, pero no la propiedad material (teoría de la legitimación, de Thur, Wieland y Cariotta-Ferrara), destaca por su moderación y espíritu de justicia la posición de Garrigues, quien entiende ser perfectamente explicable ese endoso como una comisión, en la que el endosatario actúa en nombre propio y por cuenta ajena, por cuya razón, atento Garrigues a la doctrina de la escuela de Tübinga, según la cual lo decisivo en el ejercicio de un derecho no es «en qué nombre se actúa», sino «en interés de quién se actúa», de modo que si se actúa por cuenta ajena se ejercita un derecho ajeno, concluye que le son oponibles al endosatario las excepciones que el deudor tenga contra el endosante. Este equitativo resultado justifica por sí solo la construcción, porque muchos endosos de apoderamiento no tienen otra finalidad que la reproble de inmunizarse contra dichas excepciones. Esto aparte, la teoría se ajusta perfectamente a nuestros textos legales. (Cita el autor los artículos 463 y 246 del Código de Comercio.)

El endoso de la letra con la finalidad de constituir la en prenda, esto es, el endoso de garantía, es calificado por el conferenciante como verdadero negocio fiduciario.

El talante jurídico de Garrigues, que no se limita a la utilización de meros recursos conceptuales, sino que tiende siempre a obtener, a través de un método primordialmente teleológico, el más adecuado trato de los intereses en juego, se manifiesta en la magistral exposición de la quiebra en relación con el negocio fiduciario.

El problema de la quiebra del fiduciante lo resuelve lógicamente y sencillamente el fiduciario, mientras la obligación condicionante no venza, no tiene por qué aportar a la masa una cosa de la que indudablemente es dueño; pero, eso sí, llegado aquel momento son los propios acreedores quienes, en concepto de subrogados del fiduciante, pueden ejercitar ese derecho de crédito por él reservado a su favor en la cláusula de fiducia. Coincide con este criterio la Sentencia de 10 de marzo de 1944.

Mayor dificultad presenta la quiebra del fiduciario. Estudia la

posición de Ferrara y Cariotta-Ferrara, quienes, por aplicación rigurosa de la idea romanista del negocio fiduciario, niegan derecho al fiduciante a separar la cosa de la masa. Y la contraria, alemana, que niega que la cosa dada en fiducia sea patrimonio accesible a los acreedores del fiduciario, porque económica y materialmente la conservó siempre el fiduciante; pero esta teoría es rechazada por Garrigues, por implicar un desdoblamiento del dominio, en nuestro Derecho inadmisibles.

Pero Garrigues, preocupado siempre por extraer de los textos legales su máxima savia, acude a los preceptos del Código de Comercio que regulan la materia, y a base de una cuidadosa exégesis de los mismos logra resultados que forzosamente habrán de satisfacer al teórico y al práctico: del principio del artículo 908 se deduce, a *sensu* contrario, que los bienes fiduciarios, transmitidos de derecho y «por título legal e irrevocable» al fiduciario, no pueden ser extraídos por el fiduciante; pero le cabe el remedio subalterno de la acción de enriquecimiento «contra unos acreedores que ejecutan bienes con los que no contaban y obtienen un aumento *sine causa*». Mientras que en todas las hipótesis de comisión en nombre propio —de naturaleza, reitera Garrigues, tan trabada con la fiducia— es el propio Código el que concede derecho de separación al comitente. Y otro tanto dictamina directamente el autor respecto a las letras entregadas para ser cobradas, tanto si la comisión de cobro aparece visible en la letra misma como si se ha instrumentado en un endoso pleno, porque como el verdadero fin de ese endoso no fué transmisivo debe aplicársele el número 4 del artículo 909 del Código, por analogía con el supuesto de la Comisión de entrega.

* * *

Estudia por último, bajo el epígrafe de «Fiducia legal», la institución del Trust anglosajón y sus posibilidades de adaptación al Derecho español. Y entiende, que esta adaptación es difícil porque el trust responde a la dualidad normativa, desconocida en el Derecho continental y tan peculiar del Derecho inglés: «el *trustee* está sometido al *common law*, mientras que la propiedad del *cestui que trust* se rige por la *equity*»; y que la referida adaptación sería innecesaria porque el trust nació precisamente para suplir una serie de instituciones con las que contamos en nuestro Derecho, y que

cumplen perfectamente su cometido. Reconoce como un caso de fiducia legal en nuestro Derecho el cargo de Comisario del Sindicato de obligacionistas —regulado en la Ley de Sociedades Anónimas—, ya que este Comisario recibe —en beneficio de la masa de obligacionistas— la garantía prestada por la Sociedad deudora. Es de recordar que ya la Resolución de 21 de julio de 1943 atribuyó a este Comisario el carácter de fiduciario, y consideró conveniente que obtuviese carta de ciudadanía en nuestro Derecho positivo. Por mi parte e independientemente de la observación que después recojo, no me parece dudoso que en el Comisario se den todas las características del titular fiduciario.

Y con la observación sagaz de que la fiducia legal encierra una contradicción en sus propios términos, porque lo característico de la fiducia —en el sentido técnico y restringido que domina su discurso— es la ausencia de regulación y de sanción legal el «acampar en los márgenes de la Ley», y por ello, el Truys objeto de Leyes en numerosos países, es institución de confianza mejor que fiduciaria, termina don Joaquín Garrigues su interesantísima exposición, que tan débilmente he reflejado yo aquí.

Pero consideraré haber realizado una buena labor si esta recensión sirve para satisfacer momentáneamente la curiosidad del lector hasta que conozca por sí mismo esta monografía y pueda entonces captar —en toda su plenitud— un sistema de ideas inapreciables sobre una materia tan actual y tan de siempre, como nos ha demostrado Garrigues, cual es la Fiducia.

CARLOS MARÍA BRÚ PURÓN
Abogado.