



# EL PROBLEMA DE LA INTERPOSICIÓN REAL DE PERSONA: CONTRATO FIDUCIARIO Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA

---

ISABEL J. RABANETE MARTÍNEZ

Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano  
Número 1, Valencia 2020

*Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano* es una colección de monografías asociada a la Revista *Actualidad Jurídica Iberoamericana*.

Todas las monografías publicadas en esta colección han sido valoradas positivamente por evaluadores externos con arreglo al sistema de doble revisión ciega por pares.

Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano.  
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, I-15, 46023, Valencia, España.  
Correo Electrónico: [j.ramon.de-verda@uv.es](mailto:j.ramon.de-verda@uv.es)  
Dirección web: [idibe.org](http://idibe.org)  
© Derechos Reservados de los Autores

ISBN: 978-84-09-20116-7  
ISSN: 2386-9224

# **EL PROBLEMA DE LA INTERPOSICIÓN REAL DE PERSONA: CONTRATO FIDUCIARIO Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA**

**ISABEL J. RABANETE MARTÍNEZ**  
Profesora Asociada. Abogada  
Departamento de Derecho Civil  
Universitat de València

**IDIBE**  
Valencia, 2020



*A la memoria de mi madre*

## **DIRECTORES**

**JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE**  
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA

**GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA**  
Catedrático de Derecho Civil, LUMSA, Palermo.

## **SUBDIRECTORES**

**JUAN ANTONIO TAMAYO CARMONA**  
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

**LUIS DE LAS HERAS VIVES**  
Abogado, Vicepresidente del IDIBE

## **SECRETARÍA DE REDACCIÓN**

**PEDRO CHAPARRO MATAMOROS**  
Profesor ayudante doctor de Derecho Civil, universidad de valencia

**FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO**  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario, UPV

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA**  
Profesor Titular de Derecho Comparado, Universidad Parthenope de Nápoles

**VICENZO BARBA**  
Catedrático de Derecho Privado, Sapienza, Universidad de Roma

**MIRZIA BIANCA**  
Catedrático de Derecho Privado, Sapienza, Universidad de Roma

**SALVADOR CARRIÓN OLMOS**  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia

**ANDREA FEDERICO**  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Salerno

**ALFREDO FERRANTE**  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado

**GIAMPAOLO FREZA**  
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo

**PABLO GIRGADO PERANDONES**  
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona

**AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI**  
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo.

**CRISTIAN LEPIN MUÑOZ**  
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Chile

**FABRICIO MANTILLA ESPINOSA,**  
Profesor de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario

**DR. LORENZO MEZZASOMA**  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia

**MARIEL F. MOLINA DE JUAN**  
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo

**GIOVANNI PERLINGIERI**  
Catedrático de Derecho Privado, Sapienza, Universidad de Roma

**DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ**  
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia

**ADELA SERRA RODRÍGUEZ**  
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia

**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**  
Profesor de Derecho Civil, Universidad del Rosario



# SUMARIO

<b>ABREVIATURAS</b> .....	11
<b>PRÓLOGO</b> .....	13
<b>CAPITULO I</b>	
<b>EL PROBLEMA DE LA INTERPOSICIÓN DE PERSONA</b>	
<b>I. La configuración tradicional de la categoría</b> .....	17
1. Concepto unitario de la interposición de persona .....	17
2. (Sigue) La confusión de la doctrina francesa y el <i>Code Napoléon</i> .....	18
3. (Sigue) La doctrina italiana y el <i>Codice</i> de 1865.....	23
4. (Sigue) La doctrina española y el Código Civil.....	26
<b>II. Una nueva perspectiva</b> .....	32
1. Las primeras aportaciones hacia una nueva teoría de la interposición: la sinonimia representación, poder y mandato como causa de confusión.....	32
2. Interposición ficticia y real como categorías distintas: la teoría de FRANCESCO FERRARA.....	41
<b>CAPITULO II</b>	
<b>INTERPOSICIÓN REAL Y CONTRATO FIDUCIARIO</b>	
<b>I. Premisas acerca del contrato fiduciario</b> .....	51
1. Advertencias previas .....	51
2. Problemática del contrato fiduciario: teorías acerca de su naturaleza jurídica .....	52
3. (Sigue) Dudas acerca de su admisibilidad .....	62
4. (Sigue) El contrato fiduciario como contrato relativamente simulado ...	67
<b>II. Análisis del contrato fiduciario e interposición real</b> .....	68
1. Análisis crítico: indudable admisión del contrato fiduciario .....	69
2. (Sigue) Conclusión de la admisión del contrato fiduciario .....	74

3. Breve referencia histórica de la relación interposición real - contrato fiduciario.....	76
4. Clases de <i>Fiducia</i> e interposición .....	78
5. Efectos de la interposición real en el contrato fiduciario: entre las partes contratantes y frente a terceros.....	80
6. El contrato fiduciario no puede calificarse ni confundirse con la simulación relativa. Una distinción aun válida entre interposición ficticia y real.....	84
7. La distinción en la Jurisprudencia .....	97
8. Interposición real, contrato fiduciario y contrato indirecto .....	102

### CAPITULO III INTERPOSICIÓN REAL Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA

<b>I. Representación indirecta: el problema de su configuración .....</b>	<b>108</b>
1. Diferencias entre representación directa e indirecta. El mandato <i>proprio nomine</i> : paradigma de representación indirecta .....	108
2. El mandato <i>proprio nomine</i> como otra forma de interposición real .....	114
<b>II. Interposición real y representación indirecta .....</b>	<b>115</b>
1. Configuración del mandato <i>proprio nomine</i> en el Código Civil: perspectiva histórica .....	115
2. El mandato <i>proprio nomine</i> : relaciones entre mandante, mandatario y terceros. ....	117
3. ( <i>Sigue</i> ) Transmisión de los bienes del mandante a los terceros: mandato para enajenar .....	117
4. ( <i>Sigue</i> ) Transmisión de los bienes adquiridos por el mandatario al mandante: mandato para adquirir .....	124
5. ( <i>Sigue</i> ) El problema registral .....	129
6. ( <i>Sigue</i> ) Acciones entre mandante, mandatario y tercero: la <i>denegatio actionis</i> entre tercero y <i>dominus</i> .....	132
7. ( <i>Sigue</i> ) El concurso del mandatario .....	137
8. La excepción de “cosas propias del mandante” .....	139
9. La intromisión del <i>pactum fiduciae</i> en el mandato <i>proprio nomine</i> : tendencia a trasladar las hipótesis de interposición en el contrato fiduciario al mandato <i>proprio nomine</i> . Conclusión de la distinción .....	143
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>145</b>

## ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
AAMN.	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC.	Actualidad Civil
ADC.	Anuario de Derecho Civil
AJL.	Actualidad Jurídica Iberoamericana
AP	Audiencia Provincial
Ap.	Apartado
Art.	Artículo
BOE.	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCJC.	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CSC.	Corte Suprema di Cassazione
Dir.Giur.	Diritto e Giurisprudenza
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Ed.	Editorial
EJB.	Enciclopedia Jurídica Básica
Giu. Civ.	Giustizia Civile
Giu. It.	Giurisprudenza Italiana
Giu. Mr.	Giurisprudenza di Merito
JC.	Jurisprudencia Civil
JUR.	Jurisprudencia Aranzadi
LAU.	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil
Nº	Número
NEJ.	Nueva Enciclopedia Jurídica

Cit.	Obra citada
P.	Página
RBD.	Revista Boliviana de Derecho
RCDI.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RGLF.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIN.	Revista Internacional del Notariado
RD.	Real Decreto
RDC.	Revista de Derecho Civil
RDN.	Revista de Derecho Notarial
RDP.	Revista de Derecho Privado
RDBB.	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Riv. Dir. Com.	Rivista del Diritto Commerciale
Riv. Giur.Sar.	Rivista Giuridica Sarda
Riv. Not.	Rivista del Notariato
Riv. TDPCiv.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
RJC.	Revista Jurídica de Cataluña
RJA	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
SAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCSC.	Sentencia de la Corte Suprema di Cassazione
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

## PRÓLOGO

Tengo el enorme placer de presentar una excelente obra sobre un tema extremadamente complejo, escrita por una jurista, Isabel Rabanete Martínez, que ya ha alcanzado la madurez jurídica necesaria para abordar con éxito un tema de tanta dificultad, como es el de la interposición real de persona, con el loable intento de establecer las pautas que permitan diferenciar los negocios jurídicos en los que se utilizan intermediarios para la consecución de un determinado fin.

La sociedad pugna por aquellas formas de contratación tendentes a obtener un cierto beneficio, utilizando para ello distintas formas jurídicas complejas. Y en estos complejos negocios cabe la posibilidad de que se entrometa un interpuesto, bien con el fin de ocultar la verdadera identidad del contratante, o simplemente como medio alternativo para obtener el fin perseguido por las partes. Cuándo estamos ante un supuesto y cuándo ante otro, es el objeto de esta monografía.

Lo que aquí se propone es un intento de reconstrucción dogmática, de cuáles son las diferencias entre el contrato fiduciario y la representación indirecta, dado que en ambos negocios se utiliza un interpuesto real. Se aborda el estudio de esta figura desde los problemas que su aplicación plantea, teniendo como principal objetivo tratar de resolverlos y llegar a una solución; y todo ello, con rigor, sistemática y un correcto y minucioso manejo de las fuentes, entre las que destacan, sin duda, las italianas.

La primera cuestión que se destaca es la consideración durante un tiempo de que la interposición de persona es una figura que puede reducirse a un concepto único, sometiendo a una misma regulación jurídica la interposición ficticia y la real. En este sentido, en el primer capítulo se hace un recorrido de la configuración tradicional de la interposición de persona; y se analiza el origen de la confusión entre interposición ficticia y real.

En el capítulo primero se apuntan las bases que permiten sentar la premisa de que la intromisión de un tercero en las relaciones contractuales de otro puede revestir distinta forma jurídica, debiéndose imponer una división de las personas interpuestas en dos grandes categorías; personas interpuestas reales y personas interpuestas ficticias. Para abordar el estudio de estas dos categorías, con carácter previo se establecen cuáles son las figuras jurídicas en las que se puede materializar la interposición de persona: simulación, contrato fiduciario y representación indirecta. Sin embargo, no realiza un estudio pormenorizado de la interposición

ficticia en este libro, dado que ya fue hecho en un extenso y excelente artículo, que, con el título “La interposición ficticia de persona como forma de simulación”, publicó en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, pp. 246-331.

El segundo capítulo del trabajo aborda el tratamiento de la interposición real y el contrato fiduciario. No procede el análisis a fondo la figura del contrato fiduciario en esta obra, dado que lo que aquí interesa es el juego de la interposición de persona en el contrato. No obstante, dado que, juicio de la autora, la interposición real tiene cabida tanto en la representación indirecta o mandato *proprio nomine* como en el contrato fiduciario, se hace del todo necesario exponer la función, estructura y características de la figura, así como el porqué de la negación de dicho contrato, haciendo un breve análisis del desorden conceptual que el estudio del contrato fiduciario ha generado en la doctrina.

Por ello, lógicamente, una fundamental exigencia de rigor lógico hace necesario que se comience el estudio de la interposición real de persona en el contrato fiduciario, dejándose claras las premisas de las cuales la autora parte. Y dado que no es posible detenerse en el exhaustivo examen de las teorías acerca de la naturaleza jurídica del contrato, se evidencia que todo este entramado conduce a una única cuestión, la cual es estudiada a lo largo del capítulo: cuál sea la causa del contrato fiduciario, lo que se relaciona con el problema de la existencia o no de una verdadera transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario interpuesto. La búsqueda de la naturaleza de este acto traslativo es lo que ha provocado la desviación del contrato fiduciario como contrato abstracto, y la inclusión de aquél en el ámbito de la simulación relativa, conduciendo a un heterogéneo mundo conceptual, en el cual pretende poner ciertas notas de claridad.

Tras establecer cuál es, a juicio de la autora, la estructura del contrato fiduciario y como funciona, procura en la segunda parte del capítulo demostrar que la pretendida inclusión del mismo en el fenómeno simulatorio, y por tanto la confusión entre interposición ficticia y real, no tiene razón de ser, lo que ya adelantó en su artículo sobre la interposición ficticia. Para demostrarlo refuta, con éxito, las distintas tesis argumentadas en contra de la veracidad del contrato fiduciario e intenta justificar su existencia. A ello se une la exposición de los argumentos que por la jurisprudencia se esgrimen para adoptar una postura favorable a la autonomía del contrato fiduciario, y, por lo tanto, a la clara distinción entre interposición ficticia y real.

El último capítulo se centra en el estudio de la interposición de persona en la representación indirecta o mandato *proprio nomine*, abordando los efectos de las relaciones entre las partes, sí como los problemas registrales y acciones entre mandante, mandatario y tercero.

Pero este estudio no podía prescindir del examen de una de las cuestiones más controvertidas que se plantean con relación a la representación indirecta, esto es, la de su inclusión o no en la teoría de la representación. Es este uno de los aspectos de máxima importancia, pues guarda estrecha relación con las consecuencias y efectos que se pueden derivar de un negocio realizado mediante un mandatario en su propio nombre. Por ello, el capítulo se inicia con el estudio de la llamada "representación indirecta", examinando las opiniones doctrinales acerca de la figura, con el objeto de formar una opinión que merezca ser compartida.

Asimismo, a lo largo del capítulo se constata como el mandato en nombre propio se circunscribe en las relaciones internas de las partes; cuál es la gran diferencia entre mandato *proprio nomine* y simulación relativa subjetiva; y, cuáles son los puntos clave para distinguir la interposición real fiduciaria y el mandato en nombre propio, en el que el mandatario siempre es un interpuesto real.

Entiende la autora que, para establecer como se desarrollan las relaciones entre el mandante, el mandatario y los terceros, habrá que atender a los distintos supuestos que pueden darse en relación con este tipo contractual, esto es, el mandato para enajenar y el mandato para adquirir.

El tema es abordado inicialmente desde una perspectiva teórica, donde se intenta explicar las diferentes líneas seguidas por doctrina y jurisprudencia en la materia, así como las ventajas e inconvenientes de aceptar una transmisión u adquisición directa entre tercero y mandante, o bien de entender que el mandatario interpuesto es el único titular efectivo de los bienes transmitidos o adquiridos.

Sin embargo, es de agradecer que se haya procurado abordar las interesantes conclusiones con el menor dogmatismo posible, teniéndose en cuenta el tráfico económico, el cual hará necesario en ocasiones apartarse del rigorismo jurídico, al objeto de no caer en soluciones injustas y en contradicciones. Esto es, las conclusiones que se alcanzan traen su causa en la simple exigencia de moverse con parámetros que tengan muy en cuenta la práctica. Se intenta obviar teorías puramente dogmáticas, que supondrían prácticamente la negación del mandato en nombre propio y la aceptación de que los mismos efectos podrían conseguirse mediante un contrato fiduciario o mediante una simulación subjetiva.

Por ello, y aunque nuestra doctrina no se ha pronunciado acerca de la interposición real como figura inherente al mandato *proprio nomine*, la autora sienta las premisas necesarias para diferenciarla de la interposición ficticia, así como de la interposición real que se da en el contrato fiduciario.

Como punto final, se ve cómo deberán resolverse los problemas que surgen en materia de acciones; la suerte de las obligaciones y derechos que se contraen con el tercero en un negocio realizado mediante un mandatario en su propio nombre. Para ello, se realiza un exhaustivo análisis del art. 1.717 CC, que regula la figura, e intenta esclarecer si cuando el precepto proclama la *denegatio actionis* entre mandante y terceros, se está refiriendo a cualquier acción, o solo a la acción típica del negocio realizado. Asimismo, se plantea hasta qué punto la *denegatio actionis* queda fuera de juego solo cuando se trata de cosas propias del mandante. Y lo más importante, se procura desmembrar la norma que regula el mandato en nombre propio, e interpretarla, una vez más, conforme a las necesidades prácticas, para no llegar a conclusiones que en el tráfico jurídico común supongan un resultado inicuo.

Dada la extensión de la materia, es claro que existen parcelas de la misma en las que no se profundiza. De hecho, cada día son más frecuentes las normas que establecen en su articulado la prohibición de realizar determinados negocios bajo persona interpuesta. Encontramos referencias a la interposición de persona en el ámbito laboral, en el societario (sobre todo en relación con la compraventa de acciones propias), en la normativa tributaria, en las normas que regulan el derecho de seguros y planes de pensiones, en la legislación sobre el mercado de valores, y en numerosas más. Sin embargo, y a pesar de la importancia que tiene la interposición de persona en estas materias, el objeto de este libro no es abarcar todos los posibles supuestos de interposición, sino establecer las diferencias entre interposición real en el contrato fiduciario y la interposición real en la representación indirecta.

Es por ello, que en esta obra se hace referencia a las situaciones más frecuentes y conocidas, ya que resultaría inviable un examen de todos los supuestos, por ser infinitos los medios de que pueden valerse los individuos para ocultar la realidad, o para conseguir determinados fines por vías indirectas.

Para terminar, diremos que estamos ante una obra importante, bien escrita y perfectamente documentada, cuyas conclusiones están llamadas a tener gran influencia en la doctrina científica.

Valencia 13 de abril de 2020  
José Ramón de Verda y Beamonte  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Valencia

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE LA INTERPOSICIÓN DE PERSONA

#### I. LA CONFIGURACIÓN TRADICIONAL DE LA CATEGORÍA.

##### I. Concepto unitario de interposición de persona.

El concepto de interposición de persona ha sido siempre uno de los términos más oscuros y menos estudiados por la doctrina. Es cierto que intentar ofrecer un concepto único de interposición es, como menos, muy difícil.

La falta de claridad en las definiciones dadas por los juristas y la mezcla de distintas instituciones jurídicas, como son la simulación y el mandato, para intentar entresacar un concepto unitario de interposición, provocaron, durante mucho tiempo, una extensión errónea del término.

Como acertadamente se ha señalado<sup>1</sup>, la causa de todo ello hay que buscarla en una definición equívoca del término *testaferro*, que en su significación primitiva se refería al contratante ficticio, y se confundía con otras figuras jurídicas, y especialmente con la representación indirecta, por la cual el mandatario actúa *nomine proprio*. Pero también ha sido causa de gran confusión pensar en la interposición de persona como una vía utilizada tendencialmente con fines fraudulentos; de modo que el intermediario siempre sería un contratante ficticio, que se interpone entre dos contratantes reales, dejando a un lado la idea de que no siempre es así, sino que es posible que se dé una interposición lícita como medio indirecto para conseguir un propósito determinado y lícito.

En la doctrina clásica encontramos pocos trabajos que se refieran o dediquen a la interposición de persona. Los autores que la trataron nos dejaron concepciones bastante alejadas a las que hoy día pueden tenerse en cuenta. Por ello, ahora nos ocuparemos, tanto del significado que los clásicos adjudicaron a la interposición de persona, como de intentar esclarecer cuáles fueron los errores que dieron lugar a propugnar una concepción unitaria de la categoría.

---

<sup>1</sup> FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1909, p. 215.

## 2. (Sigue) La confusión de la doctrina francesa y el *Code Napoléon*.

La doctrina ha considerado durante tiempo que la interposición de persona era una figura que podía reducirse a un concepto único, sometiendo a una misma regulación jurídica la interposición real y la ficticia. Ello dio lugar a numerosos equívocos e incoherencias, que terminaron por identificar figuras jurídicas distintas, aplicándoles un sistema inapropiado de reglas de derecho, y confundiendo la verdadera naturaleza de la interposición de persona.

Se debió, sobre todo, a los estudios de la doctrina francesa de finales del siglo XIX<sup>2</sup>, que confundieron el llamado *prête-nom* (interpuesto ficticio) con el mandatario (interpuesto real). Así, atribuyeron el término *testaferro*, cuyo significado es el de contratante ficticio y aparente, a todos los supuestos de interposición, sin distinguirlo del interpuesto que actúa *proprio nomine*, como es el mandatario en nombre propio o el fiduciario. De este modo, se confundió el testaferro con el mandatario *proprio nomine*, identificándolos, y afirmando que es este un interpuesto ficticio que actúa para que el mandato permanezca oculto, dando así lugar a una forma de simulación.

De hecho, la doctrina francesa suponía que todo acto simulado contiene en realidad un mandato. Se partía de la premisa de que todo *dominus* que quería llevar a cabo un acto secreto, se servía de un testaferro que mediante un mandato prestaba su nombre, como mero hombre de paja; así se estipulaban contratos de compraventa, donación u otros, en los cuales el verdadero propietario seguía siendo el *dominus*.

Olvidaban, sin embargo, que el mandatario que actúa en nombre propio no es un interpuesto ficticio o aparente, sino un interpuesto real que adquiere efectivamente el derecho. El interpuesto real o mandatario *proprio nomine* enajena o adquiere verdaderamente, con el fin de conseguir un beneficio para el mandante, o siguiendo un propósito determinado; mientras que el testaferro o interpuesto ficticio es un mero *prête-nom*, que solo interviene para hacerse ver, con el único fin de engañar o defraudar, pero que nunca llega a ser titular del derecho, sino que es el *dominus* el que siempre tuvo la titularidad jurídica del derecho en cuestión, del que solo se ha despojado en apariencia<sup>3</sup>.

No obstante, esta última posibilidad no fue ni siquiera puesta en duda por la doctrina francesa, que cegada por la influencia de la simulación, veía en todos los

2 Vid. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P.: *Du prête-nom*, Tesis, Caen 1898, pp. 6 y ss.; COSTE, A.: *De la convention de prête-nom*, Paris 1891, pp. 6 y ss.; GLASSON, P.: *Théorie de la simulation*, Thèse, Paris, 1897, pp. 58 y ss.; TROP LONG, M.: *Du mandat*, Bruxelles, 1847, pp. 50 y ss.

3 Vid. al respecto, mi estudio sobre “La interposición ficticia de persona como forma de simulación”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 12, marzo 2020, pp. 246 y ss.

supuestos de interposición un testafarro, cuya denominación era aplicada por igual a relaciones distintas.

Ello determinó que el término testafarro se utilizase y aplicase, no solo a los supuestos de simulación con interposición de persona, sino también al mandatario, trasladándose en ocasiones a los casos de mandato *proprio nomine* los principios de la simulación; y otras, aplicando las normas jurídicas del mandato a los supuestos de simulación.

Ante la confusión que planteaban estas teorías retóricas, y el error que suponía el intercambio de principios de instituciones diversas, se intentó resolver el problema diferenciando varios tipos de persona interpuesta, pero siempre mezclando la verdadera figura del testafarro como sujeto disimulado del contrato, con el mandatario *proprio nomine*; en algunos casos, absorbiendo en la figura del mandatario la del contratante simulado<sup>4</sup>; en otros, al contrario, incluyendo el mandato en los principios de la simulación, afirmándose que en realidad el *prête-nom* no es más que un mandatario *sui generis*<sup>5</sup>.

Siempre en atención a la figura del testafarro, se diferenciaron varios tipos o formas distintas de constituir el llamado *prête-nom*<sup>6</sup>. Se habló de la constitución del testafarro como mandatario *proprio nomine*, estipulando un simple mandato entre las partes sin ninguna convención accesorias, pero destinada a disimular dicho mandato. Sería así cuando el mandatario, o bien había recibido la orden de no advertir a los terceros que es mandatario, o bien porque él mismo decidía no declarar su verdadera condición de mandatario<sup>7</sup>. Se incluye en este supuesto al comisionista como *prête-nom* que actúa en materia mercantil<sup>8</sup>. Por tanto, se dice que en este caso nos encontraríamos ante una verdadera simulación relativa, en el sentido de que el acto solo resultaría simulado respecto de aquél que se denomina adquirente, cuando en realidad es mandatario; lo contrario de lo que sucede respecto al tercero, para el cual el acto es verdadero, por cuanto no existe de su parte simulación alguna.

4 Cfr. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P.: *Du prête-nom*, cit., pp. 6 y ss. Definía testafarro como un mandatario o gestor de negocios que no representa al *dominus*, pero toma en el contrato la función de una parte. De modo que el testafarro sería un *remplaçant*, es decir, aquél que sustituye al propietario en un acto que le afecta, y en el cual interviene en nombre propio.

5 Cfr. COSTE, A.: *De la convention de prête-nom*, cit., pp. 6 y 7; GLASSON, P.: *Théorie de la simulation*, cit., pp. 58 a 60; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P.: *Du prête-nom*, cit., pp. 6 y ss.

6 Cfr. COSTE, A.: *De la convention de prête-nom*, cit., pp. 3 y ss.; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P.: *Du prête-nom*, cit., pp. 5 y ss.; TROPONG, M.: *Du mandat*, cit., pp. 50 y ss.; GLASSON, P.: *Théorie de la simulation*, cit., pp. 47 y ss.

7 COSTE, A.: *De la convention de prête-nom*, cit., p. 11.

8 COSTE, A.: *De la convention de prête-nom*, cit., pp. 13-16, afirma que el comisionista es un *prête-nom* que se rige por las normas del Código de Comercio, y, que no debe confundirse con el mandatario que actúa en nombre propio, pues si bien ambos son testafarros, el uno lo es en materia civil y regulado por el Código Civil y el otro lo es en materia mercantil, cuyas reglas respecto de las relaciones con terceros son distintas. Así, nos dice el autor, que no se deberán aplicar las normas civiles a la comisión, ni tampoco las reglas relativas a las relaciones entre el mantante y el mandatario.

Asimismo, se cree testafarro al titular aparente de un derecho cuya cesión real, aunque haya sido consentida, se estima no realizada respecto a terceros por defecto de una forma de publicidad. La idea central de este supuesto es la de creer que se trata de un testafarro (interpuesto ficticio) que hace las veces de mandatario, de modo que el titular aparente sería un mero mandatario que con fines de engaño no da publicidad al derecho adquirido<sup>9</sup>. Pero, en realidad, de lo que se trataría en este caso es de un mero titular aparente, pues no se ha pretendido simular la enajenación, sino que se ha querido efectivamente<sup>10</sup>.

Pero también se entiende por *prête-nom* el que por efecto de una venta, cesión u otro acto simulado aparece investido de todos los derechos de propietario, o, más generalmente, de *maître de l'affaire*; en este caso sería testafarro aquél que recibe en virtud de un acto fingido, dado que en este acto se contiene en realidad un mandato<sup>11</sup>. La diferencia con el supuesto anterior sería que si bien este es una cesión de simulación absoluta, en aquél de lo que se trataría es de una verdadera enajenación, pero que no ha sido divulgada, no ha cumplido las condiciones necesarias para su publicidad<sup>12</sup>.

Con base en este supuesto, se intentó diferenciar el mandatario que actúa en nombre propio y el testafarro, afirmando que este ostenta una titularidad aparente, al que se le confieren, respecto de terceros, todos los derechos del propietario. Así, el testafarro, frente a terceros, es el *maître* de la cosa; sin embargo, entre las partes (el titular verdadero y el aparente) es un simple mandatario, debido a *les contre-lettre*<sup>13</sup>. Sin embargo esta posición es más compleja de lo que parece. Lo cierto es que hay una clara diferencia entre el interpuesto ficticio y el real, pues el ficticio que ejerce a sabiendas un derecho que no tiene, que actúa como un mero hombre de paja, realiza un abuso de su poder; mientras que el interpuesto real, el mandatario *proprio nomine*, no haría más que ejercitar lícitamente su derecho.

9 Cfr. LEREBOURS-PIGEONNIERE, P.: *Du prête-nom*, cit., pp. 58-59.

10 FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 222. Advierte el autor que este no puede ser un testafarro, porque no es titular simulado, porque en realidad se ha desposeído de sus derechos y si continúa figurando como investido de los mismos, esto es una consecuencia refleja de otras normas que imponen la publicidad para garantía de los terceros, y no el resultado de su voluntad, para constituirse en esa situación para fines de engaño, lo cual excluye toda idea de simulación.

11 Cfr. COSTE, A.: *De la convention de prête-nom*, cit., pp. 16-25. Incluye en este supuesto al fiduciario como persona interpuesta afirmando que se trata de un *prête nom* que se utiliza para eludir las disposiciones que prohíben la donación o el dejar en testamento a los incapaces (art. 911 del *Code*). Asimismo parece entenderlo GLASSON, P.: *Théorie de la simulation*, cit., p. 59, al decir que en el supuesto de la simulación en la que interviene el *prête-nom*, lo que se hace es simular un negocio cualquiera, verbigracia: una venta o cesión de sus derechos de propiedad o de *maître de l'affaire* a una persona, quien investida de esos derechos, goza así de un poder extenso al efecto de pasar actos en apariencia para ella misma, cuando en realidad son para aquél que le ha confiado el *poder*.

12 COSTE, A.: *De la convention de prête-nom*, cit., pp. 25-27. Aunque el autor, tras establecer las diferencias, reconoce que, en realidad, los dos últimos supuestos de *prête-nom* tienen los mismos efectos, pues en los dos nos encontramos en presencia de una persona que, a los ojos de los terceros, es titular de un derecho que en realidad no le pertenece, y que no hace más que actuar en nombre propio, pero por cuenta de otro, por lo que estamos –dice- ante un mandatario.

13 Cfr. TROPLONG, M.: *Du mandat*, cit., pp. 50 y ss.

Partiendo de una premisa parecida, pero cayendo en el tremendo error de creer que todo mandato implica una representación con poder, algún autor ha afirmado que la diferencia entre el mandato y el testafarro es que aquél implica representación directa, mientras que el empleo de un testafarro la excluye, constituyendo un mandato disimulado, por cuanto se mantiene secreto<sup>14</sup>. De modo que, en realidad, en las relaciones con el contratante, el testafarro es un verdadero mandatario, y por ello no podrá retener para sí los bienes adquiridos o los créditos a exigir, sino que tendrá que rendir cuentas a su mandante; pero respecto de los terceros, es un verdadero testafarro, y como aquéllos ignoran esta cualidad, este resulta acreedor, deudor o propietario<sup>15</sup>. Esta teoría, que ignora la existencia de un mandato sin poder, se apoya en la suposición de que todo aquél que obra en su propio nombre lo hace en calidad de testafarro; y el problema no está en que el testafarro sea mandatario o no, sino en que el tercero conozca o no que el interpuesto es un hombre de paja, un ficticio intermediario<sup>16</sup>.

También ha habido quien ha diferenciado entre el mandato simple y el mandato *proprio nomine*, afirmando que cuando aparece la figura del *prête-nom*, no nos encontramos ante un mandato simple cuya característica principal es la representación, sino ante un mandato especial, en el cual la intención del mandante es conferir al mandatario ciertos poderes particulares y con ello permitir que este ejerza el encargo en su propio nombre. Así, se diferencia la simple simulación del mandato, llamado especial, y se asimila este a la comisión mercantil, en la que no se conoce el nombre del mandante<sup>17</sup>. Incluso la jurisprudencia francesa llegó a afirmar que el *prête-nom* es considerado como un simple mandatario<sup>18</sup>, precisando posteriormente que, sin embargo, aunque el testafarro es un mandatario, no es un mandatario simple, pues no se debe confundir el mandato propiamente

14 Cfr. PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil*. T. II, Paris, 1926, n° 2265-2272. En sentido análogo se pronuncia GUILLOUARD, L.: *Traité des contrats aléat et du mandat*, Paris, 1887, p. 335, al afirmar que el testafarro, a diferencia del mandatario normal, obra en su propio nombre, de lo cual resulta que el vínculo contractual se establece directamente entre él y los terceros; el testafarro es titular aparente del negocio, pero el mandante, desde el momento en que se le ha dado este carácter, se ha desposeído frente a los terceros de la posibilidad de desconocer los actos del testafarro.

15 Al respecto, PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil*. T. II, cit., n° 2268-2272, cuando explica las relaciones de este contrato entre partes y terceros, afirma que cuando una persona ha servido de *prête-nom* a otras, debe ser tratada en sus relaciones mutuas como un mandatario, y en el fondo - añade - no es otra cosa; por lo que hace pensar que este autor en su conclusión final viene a admitir que el *prête-nom* es un mandatario.

16 Vid. RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: "La interposición ficticia de persona como forma de simulación", cit., pp. 275 y ss.

17 Vid. GLASSON, P.: *Théorie de la simulation*, cit., pp. 58 y ss. De hecho expresa el autor que en la interposición de persona no hay solamente una simple simulación, sino también el empleo de un mandato especial semejante a la comisión del derecho mercantil y en el que el mandatario no da a conocer el nombre del mandante (p. 63). En el mismo sentido, DESBLEUMORTIERS, J.: *La simulation par l'emploi d'un tiers*, Tesis, Paris, 1916, n° 46.

18 Cour de Cassation 9 febrero 1848, *Dalloz*, S. 48, I, 481.

dicho con el mandato *sui generis*, cuyo mandatario es conocido también bajo la denominación de *prête-nom*<sup>19</sup>.

Pero si bien en esta última teoría se intenta separar y diferenciar entre el mandato con poder y el mandato *proprio nomine*, se ignora una vez más la diferencia entre mandatario que actúa en nombre propio y testafiero, pues se identifica a este con aquél, afirmando que se trata de un mandatario especial, y aplicando los principios legales del mandato a la simulación. Y, además, se parte de la idea de que el mandato simple es el mandato con poder, cuando en realidad, el mandato simple, propio del Derecho romano, es el *proprio nomine*.

No obstante todo este entramado de confusiones<sup>20</sup>, algún sector doctrinal intentó, desde teorías distintas, diferenciar el llamado *prête-nom* de la simulación por interposición de persona, marcando la nota diferencial entre uno u otro según si los terceros conocían o no la existencia de la persona interpuesta; es decir, según se llevase a cabo un acto simulado o un acto disimulado. Así, hubo quien afirmó que la diferencia estriba en que la interposición de persona solo se da en los casos de simulación, mientras que la hipótesis del *prête-nom* es simplemente la constitución de un mandato disimulado, pero no de una simulación<sup>21</sup>. El argumento a favor de esta distinción sería que la simulación tiene un carácter convencional, de forma que esta es obra de dos partes que se ponen de acuerdo para simular un determinado acto; mientras que en la hipótesis del *prête-nom* una de las partes ignora la verdad, de modo que no hay simulación, sino una simple disimulación unilateral<sup>22</sup>.

También ha habido quien ha dicho que la distinción no se halla en el conocimiento o no de los terceros del acto simulatorio, sino en el carácter oneroso o gratuito de dicho acto jurídico, de modo que si el acto es oneroso estaremos en presencia de un *prête-nom*, mientras que si es gratuito se hablará de interposición de persona<sup>23</sup>. Sin embargo, estas teorías han sido criticadas por la propia doctrina francesa,

19 Cour de Cassation 25 enero 1864, *Dalloz*, S. 64, I, 105.

20 Que según algún autor son justificadas. Así, CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, pp. 51-52, trata de demostrar que lo que la doctrina francesa hizo realmente fue adecuarse a los problemas prácticos, intentando buscar soluciones a las reales exigencias prácticas que comportaba el fenómeno, como era el intentar salvar la eficacia de los actos realizados en atención a los terceros de buena fe.

Pero, como acertadamente ha apuntado FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 219, la opinión francesa, que tal vez nació del deseo de salvar la eficacia de los actos que los terceros de buena fe celebran con el testafiero, olvidaba que para proteger tales intereses no se necesita construir la figura del testafiero como la un mandatario del dominus, pues aquella finalidad tutelar se logra aplicando el principio, más enérgico, de que las contradecларaciones privadas no pueden oponerse en absoluto a los terceros.

21 Cfr. MARTY, G ET RAYNAUD, P.: *Traité de Droit civil*, T. II, Paris, 1962, n° 273; MAZEAUD, H.: *Cours de Droit Civil*, 1956, p. 484; BREDIN, J.D.: "Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1956, pp. 268-269.

22 Vid. BREDIN, J.D.: "Remarques sur la conception", cit., pp. 268.

23 Cfr. DESBLEUMORTIERS, J.: *La simulation*, cit., n°. 39.

afirmando que la distinción entre la interposición de persona y la teoría del *prête-nom* es injustificada<sup>24</sup>.

Posiciones diversas se encuentran en los comentarios al art. 911 del Código Civil francés, en el que se establece la nulidad de las donaciones y disposiciones testamentarias hechas a favor de incapaces, aun por medio de persona interpuesta.

Algunos autores se limitan a comentar el precepto, declarando nula la donación o la disposición testamentaria hecha por persona interpuesta, pero directamente al incapaz de recibir. Dejan claro que la simulación, en principio, no se presume, ya que el que demande la nulidad estableciendo que el beneficiario no es más que un instrumento que sirve para hacer llegar la liberalidad a un incapaz, debe probarlo; admitiéndose en este caso todos los medios probatorios posibles. Pero en ciertos casos, limitadamente determinados (las personas que el mismo precepto dice que se entienden personas interpuestas), la simulación se presume (se trata de una presunción invencible, pues no se admite prueba en contrario), y el beneficiario aparente se reputa un *prête-nom*<sup>25</sup>.

Los términos utilizados por los comentaristas al *Code* para definir o denominar al interpuesto son dispares; unos se refieren a la persona interpuesta como *prête-nom*<sup>26</sup>; algún autor lo llama “intermediario”<sup>27</sup>; y otros, simplemente, “persona interpuesta”<sup>28</sup>. Entre ellos, encontramos juristas que se refieren en estos casos al interpuesto como un fideicomisario, advirtiendo que en realidad la interposición de persona no es otra cosa que un fideicomiso<sup>29</sup>.

### 3. (Sigue) La doctrina italiana y el *Codice* de 1865.

La doctrina italiana entendió durante mucho tiempo, siguiendo ciegamente las enseñanzas de los juristas franceses, que solo podía aplicarse la interposición de

24 Cfr. PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité pratique de Droit civil français*. T. VI, Paris, 1926, p. 428, nota 2; COLIN, A. Y CAPITANT, H.: *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, T. II, 2ª Edición, Paris, 1921, nº 801; DAGOT, M.: *La simulation en Droit Privé*, Paris, 1967, pp. 109-110.

25 Cfr. MOURLON, F.: *Code Napoléon*, 7ª Edición, Paris, 1866, pp. 274-275; BAUDRY-LACANTINERIE, G. ET COLIN, M.: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, T. I, 3ª Edición, Paris, 1905, pp. 260-293; MARCADE, V.: *Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. III, 7ª Edición, Paris, 1873, pp. 430-432; HUC, T.: “Donations et testaments (Artículos 893 a 1.100)”, en *Commentaire Théorique et pratique du Code Civil*, T. VI, Paris, 1894, pp. 165-179; TOULLIER, C.B.M.: *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*, T. V, 5ª Edición, Bruxelles, 1830, pp. 86-92; DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, T. XVIII, Vol. I, 2ª Edición, Paris, 1876, pp. 629-643.

26 Cfr. MOURLON, F.: *Code Napoléon*, cit., p. 275; BAUDRY-LACANTINERIE, G. ET COLIN, M.: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, cit., pp. 260 y ss.

27 Vid. MARCADE, V.: *Explication théorique et pratique du Code Civil*, cit., p. 431.

28 Cfr. HUC, T.: “Donations et testaments”, cit., pp. 167-177; TOULLIER, C.B.M.: *Le Droit Civil Français*, cit., pp. 86-92; DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, cit., pp. 629-643.

29 Cfr. DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, cit., p. 635; HUC, T.: “Donations et testaments”, cit., nº 123, p. 167; BAUDRY-LACANTINERIE, G. ET COLIN, M.: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, cit., pp. 264-265.

persona desde una concepción unitaria, y cuyo único fin era ser utilizada como mecanismo para defraudar la ley.

En general, aunque luego veremos excepciones, se repiten las teorías francesas. Hablan del testamento como mandatario *proprio nomine*, llegando a la conclusión de que el testamento es un mandatario respecto al contratante, y un titular respecto a los terceros. Cuando se hace referencia a la simulación, algunos autores ni siquiera mencionan la interposición, pareciendo incluso que la ignoran<sup>30</sup>; y los que la mencionan, en ningún momento se plantean la posible distinción entre interposición ficticia y real<sup>31</sup>. Tampoco se refieren a esta distinción aquéllos que, limitándose a seguir las huellas de las teorías francesas, se ocupan de las donaciones y disposiciones testamentarias hechas a incapaces, o del negocio fiduciario en general<sup>32</sup>.

STERIO fue el primer jurista italiano que dedicó una monografía a la interposición de persona. Del estudio de su obra percibimos que para el autor la interposición de persona no es más que una maniobra para defraudar la ley. Define la interposición del siguiente modo: la persona interpuesta —dice—, podría definirse como la persona secretamente encargada de hacer llegar a otras la utilidad de una disposición que aparentemente le beneficia, y que proviene de quien sería incapaz de recibir aquella otra en cuyo interés se sostiene o estipula<sup>33</sup>.

De modo que, si descomponemos la definición en varios elementos, podemos observar que para que se dé la hipótesis de la persona interpuesta de la que parte el autor se requiere: en primer lugar, tres personas, al menos de las cuales dos, aparentemente, concurren para formar un vínculo que en realidad atiende solo a una de ellas, y la otra que no parece para nada interesada, pues la persona interpuesta es aquella que sirve de medio entre estos dos sujetos; en segundo

30 Cfr. MIRABELLI, G.: *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile Italiano*, T. I, Torino, 1889, pp. 441 y ss., aunque este autor diferencia entre simulación absoluta y simulación relativa.

31 Cfr. SIMONCELLI, V.: *Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, 3ª Edición (aumentada por Filippo E. Vasalli), Roma, 1921, pp. 311-312; MELUCCI, P.: *Istituzioni di Diritto Civile*, Napoli, 1905, pp. 328 y ss.; RICCI, F.: *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, T. VI, Milano, 1886, pp. 58 y ss.; CAGNETTA: Voz "Simulazione", *Digesto Italiano*, T. XXI, Torino, 1895-1902, p. 424; FELICI, G.: Voz "Frode e simulazione", *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, T. III, Milano, 1923, p. 227; BORSARI, L.: *Commentario del Codice Civile Italiano*, T. III, Torino, 1874, pp. 487 y ss.

32 PERNA, F.: "Delle disposizioni fatte a pro di corporazioni religiose sopresse per interposta persona", *Diritto e Giurisprudenza*, 1911, p. 16; TARANTO, G.: "Della nullità dei testamenti tendenti a beneficiare per interposta persona enti ecclesiastici esistenti in fatto", *Filangieri*, 1907, p. 641; BALLERINI, E.: "Delle disposizioni fiduciarie nei testamenti", *Diritto e Giurisprudenza*, 1889, p. 314; CIMBALI, E.: "La dottrina delle fiducie nel codice civile italiano", *Filangieri*, 1883, p. 416; SALVIOLI, G.: "Della fiducia testamentaria secondo il codice civile italiano", *Legge*, T. I, 1889, p. 104; SCIALOJA, V.: "Brevi osservazioni sulle disposizioni fiduciarie nel diritto civile italiano", *Foro Italiano*, T. I, 1898, pp. 1107-1110; LOMONACO, G.: "La interposizione di persona in tema di disposizioni fiduciarie", *Diritto e Giurisprudenza*, 1899, p. 217; GUERRITORE: "Brevi osservazioni rispetto ai lasciti per interposte persone in favore delle sopresse corporazioni religiose", *Corte*, 1909, p. 129; GABBA, C. F.: "La validità delle donazioni e dei lasciti atti per interposta persona a comunità o associazioni religiose esistenti in fatto, nello stato attuale della legislazione italiana", *Foro Italiano*, T. I, 1902, p. 1386-1396; ID.: "Delle disposizioni fiduciarie e la prova della fiducia nel diritto civile italiano", *Foro Italiano*, T. I, 1893, pp. 796 y ss.

33 STERIO, M.: *Delle persone interposte*, Torino, 1895, p. 7.

lugar, una relación jurídica en sí misma lícita, pero prohibida entre las personas verdaderamente interesadas; y en tercer lugar, la estipulación o la disposición debe tener en sí misma, al menos en potencia, un contenido de utilidad para aquellos a los que realmente se refiere<sup>34</sup>.

Así pues, la disciplina jurídica que el jurista aplica a la interposición de persona, parte de la exigencia de tres requisitos fundamentales: primero, parece afirmar que la interposición de persona solo puede admitirse en las transmisiones de derechos, requisito que - como acertadamente se ha señalado<sup>35</sup> -, no corresponde a la realidad de las cosas, en cuanto que la interposición es una figura jurídica de carácter general, posible en cualquier acto jurídico, y no solo en las transmisiones, sino también en las adquisiciones, obligaciones, etc.; además, entiende que la disposición ha de tener un contenido ventajoso, idea que parece no ser muy cierta, en cuanto la interposición también puede darse en los contratos onerosos; y por último, que la persona favorecida por dicha transmisión ha de ser legalmente incapaz de recibir.

De lo anterior se deduce que no hay duda alguna de que el autor engloba la figura de la interposición de persona en un solo supuesto: el de la transmisión de derechos a un incapaz de recibir, construyendo, además, una tesis unitaria de la interposición<sup>36</sup>.

En definitiva, lo que pretende demostrar es que la interposición no es más que un fraude de ley, que se realiza mediante la intervención de una persona en el cumplimiento de un acto en sí lícito, pero cuya finalidad la ley prohíbe. De modo que, según el autor, lo que el legislador quiere evitar con la prohibición de la figura de la interposición son los fraudes legales<sup>37</sup>. Sin embargo, esto no es del todo cierto; la interposición no es necesariamente fraudulenta, sino que, como veremos más adelante, es posible la admisión de una interposición lícita como medio indirecto para conseguir un propósito determinado no prohibido por la ley. El hecho de que se recurra a la intervención de un tercero para realizar un acto jurídico no siempre debe dar lugar a un acto ilícito o fraudulento.

---

34 ID., cit., pp. 7 y ss.

35 FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 233-234.

36 En el mismo sentido se pronuncia, NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, Padova, 1990, p. 23, afirmando que el defecto fundamental de esta tesis es que se limita a individualizar las normas que prohíben la interposición y a comentarlas. Asimismo, FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 234, que critica severamente la opinión de STERIO, dice que es esta una construcción inaceptable, pues ha llevado al autor a construir una concepción estrecha y unilateral.

37 STERIO, M.: *Delle persone interposte*, cit., pp. 9-10. Al referirse a la donación a favor de incapaz, dice que cuando se trata de actos a favor de incapaces, es precisamente la cualidad de la persona interpuesta la que justifica la acción de nulidad, y para obtener este fin se enmascaran las personas interpuestas, detrás de las cuales se esconden, con el fin de eludir la ley.

Desde luego, al igual que sus predecesores y contemporáneos franceses, no advierte el autor la distinción entre interposición real e interposición ficticia. Con intención laudable intenta construir un nuevo concepto de interposición, pero incurre, una vez más, en el error de someter a la misma regulación jurídica un conjunto de tipos distintos de interposición. Todo ello, siempre bajo la sospecha defraudatoria, de la que se sirve para negar la licitud de la figura de la interposición de persona; lo que le lleva a descartar la posibilidad de un estudio donde se analicen las relaciones internas entre el interponente y el interpuesto, y el interpuesto y el tercero, problema que no se plantea.

Evidentemente, hacer aquí un elenco de las teorías defendidas por la doctrina italiana más antigua parece, como poco, innecesario; en cuanto se limitaron, sin intención alguna de construir una nueva teoría de la interposición, a recoger y acumular los estudios de la doctrina francesa; lo que parecía menos arriesgado, sin llegar a proponer vías de solución para problemas no resueltos, ni buscar la coherencia necesaria para distinguir supuestos que, por su naturaleza, son distintos.

#### 4. (Sigue) La doctrina española y el Código Civil.

En la doctrina española son escasos los estudios doctrinales acerca de la interposición de persona. Ninguna monografía al respecto y pocas menciones a la interposición en los comentarios al Código Civil y en los trabajos que estudian el negocio fiduciario o la simulación<sup>38</sup>. Algunos comentaristas al Código se limitan a hacer un rápido análisis de los preceptos que la nombran, en ocasiones incluso ni siquiera haciendo eco a dicho término. Por ello, es difícil saber si la doctrina clásica española propugnaba también una teoría unitaria de la interposición de persona, contribuyendo así a la confusión entre testafierro, como interpuesto ficticio, y mandatario, como interpuesto real.

No obstante, si atendemos a los estudios que del mandato se hicieron, no cabe duda que la doctrina española no fue ajena a la confusión entre mandato y poder; confusión que originó la errónea aplicación de la interposición de persona y la asimilación del mandato a la representación con poder o representación directa.

38 Aunque, como veremos, en la doctrina más reciente, sí encontramos algunas menciones en estudios relativos a la sociedad anónima. Vid. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: "La utilización de persona interpuesta de los negocios de una sociedad anónima con sus propias acciones", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. I, Valencia, 1995, pp. 871 y ss.; BLANCO CAMPAÑA, J.: "La adquisición de la sociedad de sus propias acciones", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 2, 1981, pp. 221 y ss.; GARCÍA LUENGO, R. B.: "Sociedad dominante, persona interpuesta y sanciones en el régimen jurídico de los negocios sobre las acciones propias", *Derecho de Sociedades anónimas II, Capital y Acciones*, Vol. II, Madrid, 1994, pp. 1495 y ss.; GARCÍA VILLAVEDE, R.: "Adquisición y aceptación en garantía por la sociedad de las acciones propias", *Derecho de Sociedades anónimas II, Capital y Acciones*, Vol. II, Madrid, 1994, pp. 1333 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L. A.: *La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*, Valladolid, 1985.

En la doctrina anterior a la Codificación se capta la influencia de la doctrina francesa, en cuanto se define el mandato como contrato representativo con poder<sup>39</sup>. Se afirma que el mandato es un contrato consensual por el que uno autoriza a otro a hacer en su nombre alguna cosa y este acepta el encargo<sup>40</sup>; dándole, en ocasiones, el carácter de contrato intermedio por el que uno da a otro un poder<sup>41</sup>.

Pero, aun después de la promulgación del Código Civil -que separándose del modelo francés reguló el mandato *proprio nomine* en el art. 1.717 CC, encontramos resquicios de la confusión<sup>42</sup>, sobre todo debido a las enseñanzas de SÁNCHEZ ROMÁN<sup>43</sup>, para quien el poder constituye el fondo esencial del mandato. Así, definió el mandato como "el contrato por el que uno da a otro, que lo acepta, poder o facultad para hacer alguna cosa o contraer alguna obligación en su nombre"<sup>44</sup>, advirtiendo que es un contrato siempre en nombre del mandante y siempre con un poder representativo.

Ya GARCÍA GOYENA, en los trabajos anteriores al Proyecto de 1851, comenzaba diciendo que "tampoco el mandato debe confundirse con la procuración", pero seguidamente afirmaba que "aunque viene a ser lo mismo; y solo se diferencia, ya en que esta supone un poder por escrito cuando aquél puede ser únicamente verbal, ya en que la palabra mandato es más general, y comprende todo poder dado a otro, de cualquiera clase que sea"<sup>45</sup>.

Asimismo, en el Proyecto de 1851, donde no se encuentra antecedente del art. 1.717 CC, referente al mandato *proprio nomine*, advierte en el comentario que

39 Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, M.: *Instituciones de Derecho Civil*, Valladolid, 1840, pp. 280 y ss.; FERNÁNDEZ ELÍAS, C.: *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho Civil Español*, Madrid, 1873, pp. 623 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA, P. Y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, T. II, Madrid, 1861, p. 319; SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, J.: *El Derecho Civil Español*, Madrid, 1871, p. 416.

40 Vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, M.: *Instituciones de Derecho Civil*, cit., p. 281.

41 Cfr. FERNÁNDEZ ELÍAS, C.: *Novísimo tratado histórico*, cit., pp. 623 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA, P. Y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos de Derecho Civil*, cit., p. 319.

42 Cfr. VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, T. III, 2ª Edición, Valladolid, 1920, pp. 460 y ss.; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *Derecho Foral Español*, T. III, Madrid, 1912, p. 147; BORRELL I SOLER, A. M<sup>a</sup>: "Distinció essencial entre l'arrendament de serveis i el mandat", *Revista Jurídica de Catalunya*, T. XXXV, 1929, pp. 108 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, Madrid, 1891, p. 478.

43 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, cit., p. 478. A su juicio el mandato es un contrato consensual, unilateral o bilateral, por el cual una persona (mandante) confiere su representación (entendida siempre como representación con poder) a otra, que la acepta (mandatario), para uno o varios asuntos, sin retribución o con ella.

44 FALCÓN, M.: *Código Civil Español*, T. IV, Madrid, 1889, pp. 336-337. Vid. también VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, cit., pp. 460-461, que definió el mandato como como un convenio por el cual una persona confiere a otra poder de representación, a fin de que esta realice en nombre de aquélla uno o varios negocios jurídicos. Además, advierte el autor con gran ímpetu que el contrato de mandato es uno de los contratos que en el derecho moderno más se ha separado de la tradición romana, pues ahora se exige la representación (entendida como poder) como requisito fundamental del mismo.

45 GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código Civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, T. III, Madrid, 1842, p. 226.

hace al art. 1.610 CC<sup>46</sup> que: “nuestro artículo encierra con claridad y concisión lo que hay de bueno en estos; las instrucciones del mandante están en primer lugar, porque el mandatario obra en su nombre y por poder suyo: en segundo lugar, la naturaleza del negocio combinada con la diligencia de un buen padre de familia”<sup>47</sup>.

Sin embargo, y a pesar de las marcadas confusiones entre mandato y poder, hubo quien intentó diferenciar entre representación con poder y testafarro, afirmando que este actúa en nombre propio, mientras que en la representación se opera en nombre de otro<sup>48</sup>. Pero aun así, la confusión entre interpuesto ficticio y real seguía latente, en cuanto no se tenía en cuenta un mandatario sin poder que también actúa en nombre propio, y en cuanto se admitía que el mandatario podía aparecer como testafarro<sup>49</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, las sentencias inmediatamente posteriores a la publicación del Código Civil fijaron la naturaleza jurídica del mandato basándola en el poder<sup>50</sup>. Se dijo que en el mandato lo esencial es la representación conferida, entendida como poder, y sin ella no existe mandato<sup>51</sup>; que el mandatario siempre asume en los actos que realiza la personalidad del mandante, pudiendo, en su virtud, ser demandado en la representación de este<sup>52</sup>; y que la característica especial del mandato es la representación (entendida como poder conferido), y extensión de la personalidad del mandante<sup>53</sup>.

Como veremos, este criterio fue rectificándose posteriormente; ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1935<sup>54</sup>, observaba la neta distinción entre mandato y poder, diferenciando entre representación directa e indirecta, y, sobre todo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1941, que

46 Decía el precepto que “en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario á las instrucciones del mandante. A falta de ellas hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia”.

47 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias del Código Civil Español*, T. III, Madrid, 1852, artículo 1.610.

48 TRAVIESAS, M. M.: “La representación y otras instituciones”, *Revista de Derecho Privado*, 1923, p. 46.

49 ID., cit., p. 46. Se advierte, además, la confusión entre interpuesto ficticio y real cuando, siguiendo las huellas de la doctrina francesa, se asimila el *prête-nom* (testafarro) al mandatario con poder y e incluso al fiduciario. Así, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: “El fiduciario”, en “El titular”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, pp. 289-290, hace un breve estudio del *trust* y lo asimila al mandatario que actúa en su propio nombre y al fiduciario, incluyendo a ambos en la definición del *prête-nom* que el mismo autor traduce por testafarro.

50 SSTS 27 octubre de 1899 (JC 1899, 50); 20 marzo 1902 (JC 1902, 83); 25 abril 1902 (JC 1902, 195); 10 mayo 1902 (JC 1902, 138); 1 julio 1924 (JC 1924, 69); 2 febrero 1925 (JC 1925, 62); 1 junio 1927 (JC 1927, 83).

51 STS 27 octubre 1899 (JC 1899, 50). Vid. también STS 2 febrero 1925 (JC 1925, 62).

52 STS 25 abril 1902 (JC 1902, 195).

53 STS 1 julio 1924 (JC 1924, 69).

54 STS 16 febrero 1935 (JC 1935, 106).

se ocupó de distinguir el mandato *proprio nomine* de la simulación por persona interpuesta<sup>55</sup>.

Respecto a los supuestos normativos en los que se establecen prohibiciones legales de comprar por medio de persona interpuesta (art. 1.459 CC), o de realizar donaciones o disposiciones testamentarias a favor de incapaces aún valiéndose de un capaz que actúa como interpuesto (arts. 628 y 755 CC respectivamente), poco podemos decir. La doctrina anterior al Código ni siquiera nombra la interposición cuando a estos preceptos se refiere, y si lo hace se queda en un simple enunciado<sup>56</sup>. Y la jurisprudencia, como mucho, advierte la prohibición de donar por interpuesta persona, con arreglo a las Constituciones de Cataluña<sup>57</sup>, pero limitándose a utilizar dicho término para señalar la existencia o no de interposición, sin especificar qué debamos entender por tal<sup>58</sup>.

Los comentaristas al Código no se plantean la figura jurídica del interpuesto, sino que se limitan a comentar el precepto incluyendo todo aquello relativo al mismo, pero exceptuando la interposición de persona, si bien en ocasiones la nombran<sup>59</sup>. Y la jurisprudencia más antigua, cuando se encuentra con un supuesto

---

55 STS 1 febrero 1941 (RJA 1941, 133).

56 Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero o librería de jueces*, cit., se limita a comentar las donaciones enunciando simplemente la interposición de persona, y a explicar quienes son los considerados inhábiles para recibir donaciones; y lo mismo hace con las disposiciones testamentarias y con la compraventa. Respecto a la prohibición de donar a incapaces advierte que queda “prohibida la donación directa entre los cónyuges, lo está también la indirecta y simulada, bien se haga por personas interpuestas, bien simulando otro contrato ó negocio; y lo mismo debe decirse de la transacción, probándose que se hizo sobre cosa no dudosa y con ánimo de donar” (T. III, cit., p. 196). En el comentario al Proyecto de 1851, si bien se refiere a la persona interpuesta, nada dice al respecto, sino que queda en un simple enunciado (*ID. Concordancias del Código Civil Español*, cit.).

57 Las Constituciones de Cataluña podríamos considerarlas un precedente de las disposiciones posteriores en materia de donaciones o disposiciones testamentarias a favor de incapaces.

La Ley 2ª, Título IV, Libro V de las Constituciones de Cataluña, establecía que “es nula toda donación hecha por el menor de 20 años a favor de tutor o curador, directamente o por interpuesta persona, a menos que se haya hecho y firmado con voluntad y consentimiento de tres parientes mas inmediatos de parte de padre y madre, si pudiesen ser habidos; en otra manera, de tres parientes de parte de padre tan solamente, o de parte de madre, del modo que puedan ser encontrados, y en falta de los susodichos, de tres amigos mas allegados, debiendo intervenir, además de esto, el decreto del Juez y el juramento del menor, afirmando ser aquéllas personas las mas próximas o amigas.

Posteriormente, ello quedaría reflejado en el art. 616 del Proyecto de 1851, el cual establecía que “será nula la disposición hecha en favor de un incapaz, bien se la disfraza bajo la forma de un contrato oneroso o usando el nombre de una persona interpuesta. Se reputan personas interpuestas el padre, madre, hijos y descendientes, y el cónyuge del incapaz”. En términos parecidos se proclamaba el art. 625 del Anteproyecto de 1882-1888 al establecer que “las donaciones hechas a personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan hecho simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta. Se consideran personas interpuestas los ascendientes, descendientes o consortes de los inhábiles”.

58 STS 10 octubre 1857 (JC 1857, 16).

59 Así, VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, cit., ni siquiera comenta el art. 628 CC, pues al tratar las donaciones (T. III, pp. 382-413) no hace referencia al mismo. CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1930, ni tan siquiera comenta los arts. 628 y 755. Y, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV (revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILELLA), 14ª Edición, Madrid, 1988, pp. 233 y ss., en cuanto a la capacidad para aceptar las donaciones, se salta el art. 628, por lo que la referencia a la interposición de persona es nula. Asimismo, DE BUEN, D.: *Derecho Civil Español Común*, T. II, 2ª Edición, Madrid, 1931, pp. 269 y ss., que se limita a parafrasear el art. 755 CC sin más; DÍAZ GUIJARRO, E. Y MARTÍNEZ RUIZ, A.: *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*,

de simulación de disposición testamentaria, se limita a resolver atendiendo a la capacidad o incapacidad del beneficiario<sup>60</sup>; o concluye afirmando o negando la consideración de heredero del beneficiario de la disposición testamentaria<sup>61</sup>; o simplemente refiriéndose a la validez o no del testamento<sup>62</sup>, pero sin hacer mención alguna ni a la interposición ni a la simulación. Como mucho se refiere a la interposición para señalar quiénes no pueden ser consideradas personas interpuestas<sup>63</sup>.

Con relación a la prohibición de comprar por persona interpuesta establecida en el art. 1.459 CC, las cosas no cambian mucho; encontramos algunas sentencias que hacen referencia a la interposición de soslayo<sup>64</sup>, señalando, en algún caso, si el comprador puede calificarse o no de persona intermedia, pero sin entrar en el fondo del asunto<sup>65</sup>. El problema es que en la mayoría de las sentencias se equipara la prohibición de interposición con una incapacidad relativa a las personas que el precepto enuncia.

Sin embargo, algún autor nombra la interposición de persona admitiendo que esta se utiliza en la simulación de donación a persona inhábil para fingir la persona del donatario<sup>66</sup>; lo que hace pensar que, si bien no se distinguía entre la real y la ficticia, se reconocía que el interpuesto, en este caso, era un mero donatario nominal. También se hace referencia a la interposición de persona como instrumento que sirve para disfrazar una herencia o legado en beneficio de un incapaz, de modo que se instituye a la persona capaz (interpuesto) haciendo un fideicomiso tácito o por el mero encargo verbal de que el instituido entregue la herencia o el legado al incapaz que desee favorecer<sup>67</sup>.

---

T. IV, Madrid, 1906, pp. 70-74, respecto al art. 628 CC y T. V, Madrid, 1908, pp. 59-62, acerca del art. 755 CC, limitándose el autor a señalar la interposición de persona.

60 SSTS 28 octubre e 1897 (JC 1897, 124); 29 mayo 1899 (JC 1899, 66).

61 STS 6 junio 1899 (JC 1899, 76).

62 STS 1 abril 1897 (JC 1897, 140).

63 Así, la ya citada STS 11 marzo de 1911 (JC 1911, 106).

64 Vid. SSTS de 23 septiembre 1895 (JC 1895, 153); 10 junio 1912 (JC 1912, 72) 8 junio 1917 (JC 1917, 99); 17 junio 1920 (JC 1920, 103).

65 En este sentido la STS 17 enero 1922 (JC 1922, 18) la cual se limita a decir que no se ha acreditado el carácter de personas intermedias de los compradores. Asimismo, la STS 22 junio 1948 (RJA 1948, 1107). Así también la RDGRN de 13 noviembre 1895 advierte que: "la frase *ni por persona alguna intermedia* no tiene, ni puede tener, la virtud de convertir en indefinida y absoluta una incapacidad relativa y temporal, ni tiene más objeto que evitar que en las subastas hiciera un extraño postura, se rematase la finca a su favor y luego cediese un derecho al mandatario encargado de la enajenación". En el mismo sentido y tomando como referencia esta última, la RDGRN 22 agosto 1907 (JC 1907, 47).

66 Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, cit., p. 704.

67 Vid. MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>º</sup>: *Comentarios al Código Civil Español*, T. V, Madrid, 1911, p. 48. En el comentario al art. 628 CC se remite a lo dicho en el art. 755 CC referente a la interposición de persona, señalando solamente que con el precepto "la ley quiere evitar que se disfraze la intención de las partes, y para donar a una persona inhábil o incapaz se simule un contrato oneroso o se haga una donación a un tercero, donatario nominal, que después entregue los bienes al incapaz, burlando los preceptos legales" (*Comentarios al Código Civil Español*, T. V, Madrid, 1910, pp. 101-103). Si bien el autor no distingue entre

Pero en ningún caso se indica la existencia de distintos tipos de interposición; no se habla ni de ficticia ni de real, ni siquiera se plantea, lo que hace pensar en una teoría unitaria de la figura. Y de hecho, parece ser esta la premisa clave de nuestros comentaristas, debido, sobre todo, a la confusión entre simulación y fiducia que algún autor ha dejado entrever:

Con relación a la donación por persona interpuesta, se dice que nos encontramos ante un difícil caso de simulación en el cual interviene un medianero o interpuesto; para decir más tarde que “al fiduciario, como por razón de analogía cabría calificarlo” se le encomienda, aun dentro de la licitud de la simulación, encaminar los bienes hacia el lugar que en un principio se les asignó; advirtiendo que la simulación y la interposición se cruzan y entremezclan; y concluyendo que no será necesario que medie acuerdo entre interpósito y donante, en cuanto que el intermediario, como fiduciario que es, desconoce la simulación, de la que inconscientemente se le convierte en elemento activo<sup>68</sup>.

La desorientación que se intuye del discurso del autor parte de una incorrección previa: la intromisión del contrato fiduciario en el fenómeno simulatorio, y la concepción unitaria de la interposición, al definir a la persona interpuesta como aquélla que “recibe el encargo de transmitir la herencia al incapaz”<sup>69</sup>. El interpuesto, por lo que se deduce, es siempre un fiduciario; sin embargo, la donación hecha por medio de persona interpuesta pertenece al ámbito de la simulación. En conclusión, parece que la calificación que a este supuesto se le da, es la de una suerte de contrato simulado, al que se adhiere un fiduciario, calificado, a su vez, de contratante aparente.

Como tendremos ocasión de comprobar, el fiduciario no es un contratante aparente, sino un interpuesto real, que poco tiene que ver con el llamado interpuesto ficticio, no solo en cuanto a la naturaleza de la figura, sino en cuanto a los efectos, a los derechos y obligaciones que efectivamente adquiere el interpuesto real, y que en ningún momento entran en la esfera del contratante aparente.

Con unos u otros matices añadidos, si se comparan los primeros estudios de la simulación, a los que haremos referencia oportunamente, si bien llegan a distinguirse dos tipos de simulación -absoluta y relativa-, no se nombra la interposición de persona, ni siquiera al efecto de considerarla parte del fenómeno

---

la interposición real y la ficticia, al hablar de “donatario nominal”, parece aceptar el hecho que dicho interpuesto es un mero contratante ficticio, que se limita a prestar su nombre.

68 Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q.: “De los diferentes modos de adquirir la propiedad - Ocupación - Donación”, en *Código Civil*, comentado (concordado y puesto al día por ORTEGA LORCA, F.) T. XI, Vol. II, 5ª Edición, Madrid, 1943, pp. 704-706.

69 MUCIUS SCAEVOLA, Q.: “De la Herencia”, en *Código Civil* (comentado, concordado y puesto al día por ORTEGA LORCA, F.), T. XIII, 5ª Edición, Madrid, 1944, p. 369. Lo mismo decía de la donación, al señalar que el fiduciario en la donación tiene el encargo de transmitir los bienes al verdadero donatario.

simulatorio<sup>70</sup>. Y lo mismo podemos decir de los escasos estudios dedicados al contrato fiduciario y al mandato, que pasan por alto el simple hecho de nombrar una posible interposición de persona<sup>71</sup>.

De hecho, y como veremos en los posteriores capítulos, ni siquiera algunas de las obras más actuales que tratan estas instituciones han tenido en cuenta que la interposición de persona es premisa fundamental de un estudio de tal envergadura<sup>72</sup>.

## II. UNA NUEVA PERSPECTIVA

### I. Las primeras aportaciones hacia una nueva teoría de la interposición: la sinonimia representación, poder y mandato como causa de confusión.

La confusión, sobre todo de la doctrina francesa, que llevó a creer que todo aquél que actúa en nombre propio es un testaferro, un contratante ficticio que la mayoría de las veces actúa por medio de un mandato, involucrando las normas de la simulación en las del mandato y viceversa, parte de una única premisa: la creencia casi generalizada de que mandato y *procuratio* son sinónimos. Esta interpretación doctrinal descansa en el tratamiento unitario de dos relaciones diversas y que, sin embargo, pueden no coexistir la una junto a la otra: la relación entre poder de representación y mandato.

Es esta una construcción moderna, que fue consagrada legislativamente en el *Code Napoléon*, el cual en su art. 1.984 dice que "le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom."<sup>73</sup>. Y digo moderna, porque si bien la ciencia actual distingue cuidadosamente el mandato del poder, perfectamente diferenciados en sus caracteres racionales, también lo hacía el más antiguo de los derechos.

70 Cfr. PRESA, T.: "La simulación", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. II, 1930, pp. 36 y ss.

71 Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: "El fiduciario", cit., pp. 287 y ss.; LACAL FUENTES, P.: "El tema del negocio fiduciario", *Revista de Derecho Privado*, 1950, pp. 777 y ss.; JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959 (aunque debemos advertir que el autor hace una breve referencia a la interposición de persona cuando estudia la institución del *Trust* en sus orígenes).

72 Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: Voz "Negocio fiduciario", *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. III, Madrid, 1995, pp. 4407 y ss.; FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997. Esta autora pasa por alto las Sentencias del Tribunal Supremo que resuelven claros supuestos de interposición de persona.

73 Y lo mismo sucedió en las codificaciones anteriores. Así, el Código de Prusia de 1794, bajo el título "De los mandatos de apoderamiento", regulaba la relación jurídica del mandato y del poder y define el mandato o poder como el contrato que faculta a otro para ejecutar un negocio por cuenta y en nombre del mandante. Se establece que la declaración de voluntad, mediante la cual uno otorga a otro el derecho de ejecutar un negocio por él y en lugar suyo, recibe el nombre de mandato o poder, clasificándose los efectos del contrato de mandato en derechos entre poderdante y apoderado y derechos entre poderdante y terceros.

En efecto, el Derecho romano no admitió la representación con poder (denominada representación directa), aunque ello no quiere decir que desconociera los problemas prácticos que del fenómeno de la representación se derivaban<sup>74</sup>, de manera que planteó algunos casos excepcionales en los cuales sí se admitía la representación directa; así, la adquisición y transmisión de la posesión de los *fili* y de los *servii*, de forma que estos podían realizar negocios jurídicos adquisitivos, con efectos directos para el *pater familias*, en cuyo caso los bienes y derechos adquiridos ingresaban inmediatamente en el patrimonio de este último; la adquisición de la *bonorum possessio* sucesoria; los actos realizados por el gerente o *institor* de un establecimiento mercantil; el naviero o *exercitor*; y el *procurator omnium bonorum* o intendente general de casas nobles<sup>75</sup>.

Por tanto, de las fuentes se extrae la conclusión de que en el Derecho romano clásico, excepto los casos excepcionales antes aludidos en que existe la representación con poder, el mandato era una especie de encargo de gestión de negocios ajenos, totalmente desligado de la idea del poder. El mandato era utilizado para efectuar operaciones puramente materiales, por tanto sin *procuratio*, pues esta requería la conclusión de negocios jurídicos<sup>76</sup>.

Sin embargo, y a pesar de las puras líneas del Derecho romano, en el Derecho intermedio se fue admitiendo gradualmente la figura de la representación directa, lo que provocó una confusión en la que se amalgamaron las ideas de poder y

74 Cfr. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, Reimpresión, Madrid, 1992, pp. 25-28. Vid. también, entre otros, VISINTINI, G.: "Della rappresentanza", en *Commentario del Codice Civile* (dirigido por F. GALGANO), Bologna-Roma, 1993, pp. 220 y ss.; RAVÀ, T.: *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, Milano, 1953, pp. 10 y ss.; PUGLIATTI, S.: "Sulla rappresentanza indiretta", *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, pp. 395 y ss.; ID., "Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta", *Studi sulla rappresentanza*, cit., p. 453 y ss.; BARRERA GRAF, J.: *La representación voluntaria en el derecho privado. Representación de sociedades*, Mexico, 1967, pp. 12-13; LEÓN ARCE, A.: "La representación", en *Negocio jurídico y representación*, Madrid, 1989, p. 230; GRESPO ALLUE, F.: *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, p. 49; BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998, p. 249.

75 Vid. al respecto ARANGIO-RUIZ, V.: *Il mandato nel diritto romano*, Napoli, 1965, pp. 3-43; JÖRS, P.- KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano* (traducción de L. PRIETO CASTRO), Barcelona, 1937, pp. 380 y 381; SOHM, R.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 17ª Edición, Madrid, 1928, pp. 22 y ss.; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 23 y ss.; ROCA SASTRE, R. M<sup>o</sup>: "La representación voluntaria", *Estudios de Derecho privado*, T. I, Madrid, 1948, pp. 112 y ss.; NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 609 y ss.; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, Barcelona, 1964, pp. 217-220. Para una visión rápida y minuciosa del mandato en el Derecho romano, vid. PÉREZ MARTÍN, A.: "Mandato y representación en el derecho histórico", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1994, pp. 207-220.

76 Explica DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 26, cómo en el Derecho romano, el acto o el negocio jurídico del gestor no produce sus efectos de manera directa en el patrimonio o en la esfera del representado. El tercero que contrata con el gestor adquiere derechos y contrae obligaciones con dicho gestor que con él contrata y, paralelamente, este frente a aquél. La regla es, por tanto, "que los efectos de un acto o de un negocio jurídico solo se producen entre las personas que celebran dicho negocio o que realizan dicho acto. No hay nunca un efecto jurídico directo entre el *dominus negotii* y el tercero con el cual el gestor ha contratado, sino únicamente un efecto entre el gestor y el tercero. El *dominus negotii*, a su vez, tiene una acción contra el gestor, enderezada a obtener que este le atribuya o le transfiera los resultados obtenidos con el negocio. Esta es una acción de naturaleza personal, lo que quiere decir que se dirige solo contra el gestor y no contra el tercero con el que el gestor ha celebrado el negocio y, además, que convierte al *dominus* en un acreedor del gestor".

mandato. Ello provocó que a fines del siglo XVIII se consagrara el principio según el cual el mandato es esencialmente un negocio representativo por el cual una persona actúa en nombre de otra, haciendo coincidir plenamente el poder y el mandato.

Por ello, es verosímil la clave de la confusión entre el mandato y la *procuratio*, que tanto tiempo imperó en la doctrina y encontró eco en la legislación positiva, sobre todo, como ya hemos visto, en el *Code Napoléon* que regula el mandato y la representación voluntaria como conceptos idénticos. De hecho, comentando el art. 1.984 del *Code*, AUBRY ET RAU dan la definición siguiente de mandato: el mandato es un contrato por el cual una de las partes da a la otra el poder, que esta acepta, de representarla, al efecto de hacer en su nombre y por su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza<sup>77</sup>. Lo cierto es que la definición del art. 1.984, que se aplica más bien al apoderamiento, es decir al acto instrumental por el cual el poder es conferido, que al contrato mismo de mandato, no indica los caracteres propios y distintivos de este contrato. Es por no haber captado netamente estos caracteres, que la mayoría de los autores han confundido con el mandato convenios de una naturaleza totalmente diferente.

Aun así, no son estos términos sinónimos. La distinción mandato y representación directa se basa en la neta diferencia entre mandato y poder, conceptos totalmente distintos, relaciones diversas en su esencia, cuyo contenido y eficacia son también distintos<sup>78</sup>. El mandato es un contrato por el cual una

77 AUBRY, C. ET RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*, 4ª Edición, Paris, 1871, pp. 634 y ss.

78 El primero que reconstruyó el concepto de mandato y que apuntó la distinción entre este y la *procuratio* fue VON JHERING, R.: "Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte", *Jhering's Jahrbücher*, T. II, 1858, pp. 131 y ss., afirmando que la coexistencia del mandato con la representación es algo puramente causal, habiendo mandatarios que no son representantes, y, al contrario, representantes que no tienen mandato alguno. Pero, como es bien sabido, fue LABAND, en su artículo "La representación en la conclusión de negocios jurídicos según el Código General de Comercio alemán" ("Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinem Deutschen Handelsgesetzbuch", *Goldschmidt's Zeitschr. F. Handelsr.*, T. X, 1866, pp. 183 y ss.), a quien se le atribuye el mérito de haber realizado la distinción conceptual entre mandato y poder. Mandato y poder -afirma Laband- pueden coexistir, pero ello será una cosa accidental, no necesaria. Porque por una parte, pueden otorgarse mandatos que no faculten para una representación directa, como sucedía en Derecho romano, donde en la mayor parte de los negocios no era posible otra cosa, y como sucede hoy también, no solo en los casos típicos del comisionista o agente, sino también en otros muchos y frecuentes casos. Por otra parte hay también poderes que son independientes de la existencia de un mandato anejo. En el mandato -añade- que yo confiero a otra persona para que celebre un negocio jurídico por mi cuenta, existe con frecuencia el poder para que lo celebre en mi nombre. Acaso sea posible, incluso, afirmar que se presume que todo mandatario, si lo contrario no está prescrito expresamente por la ley o exigido por la naturaleza de la relación, está autorizado para actuar como representante del mandante. Sin embargo, es menester conservar la clara idea de que mandato y poder solo coinciden de manera ocasional, pero no necesariamente y que de ninguna manera puede decirse que constituyan el lado externo y el interno de una misma relación, porque en realidad son dos relaciones distintas. Por lo pronto, es claro que puede existir un mandato sin poder, es decir, un cargo que el mandatario deba ejecutar de manera que contrate él con el tercero en su propio nombre. Cabe, además, un mandato conferido con una orden expresa al mandatario de ocultar el nombre del mandante. Podría deducirse de ello que el poder es simplemente una cualificación del mandato, de tal modo que entre los mandatos hay que subdistinguir, como un subtítulo especial, el mandato con facultades representativas. Esta idea no sería exacta. Hay también poderes sin mandato. El poder otorga la posibilidad de obligar por medio de los contratos concluidos en nombre ajeno, lo mismo si el *dominus* ha ordenado la conclusión de dicho negocio que si no lo ha hecho así. El mandato es, para la facultad de

persona se encarga de atender a un negocio de otro, hace nacer obligaciones sobre el mandatario; pero no es necesario que dé base al poder de hacer alguna cosa en nombre del mandante<sup>79</sup>.

Son muchas las diferencias que podemos apuntar. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es importante decir que mientras el mandato es un acto jurídico bilateral, el poder es un acto jurídico unilateral<sup>80</sup>. De hecho, nada se opone

---

representación, irrelevante. Lo decisivo es el poder, que se confiere en forma distinta y se revoca en forma distinta también. De todo ello resulta que hay mandatos sin poder, poderes sin mandato y, por último, que el poder y el mandato pueden ocasionalmente coincidir. Por ende, una aguda separación de estos dos conceptos es una necesidad jurídica.

Ya WINDSCHEID, B.: *Diritto delle pandette*, T. I. (traducción italiana de CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENSA), Torino, 1930, § 74, pp. 228 y ss., de quien LABAND se sirvió para realizar su estudio, caracterizó la esencia del mandato; afirmaba que el mandato significa que uno debe hacer alguna cosa por otro, mientras que el poder de representación significa que uno tiene la potestad jurídica de hacer alguna cosa por otro. El mandato -añade- produce una relación obligatoria entre el mandante y el mandatario, mientras que el poder da al investido por el mismo, una cierta posición jurídica, contemplada, sobre todo, desde el lado externo. Ciertamente es que en un mandato para llevar a cabo un negocio jurídico puede encerrarse también un poder de representación; pero no es necesario que eso sea así; el mandato puede darse también cuando el mandatario actúa en nombre propio. Igualmente puede darse un poder de representación sin mandato. Señala el autor que la representación es una declaración de voluntad que se realiza o emite por medio de otro. Solo hay verdadera representación cuando el acto se realiza en nombre de otro y cuando, una vez declarada la voluntad del representante, junto con la manifestación expresa o tácita de que actúa en nombre de otro, esta declaración de voluntad del representante, supuesto que no se haya excedido de los límites del poder de representación, no produce para él ningún efecto y para aquél por quien actúa, produce el mismo efecto que si este hubiese actuado por sí mismo.

Para el estudio de la distinción Vid., entre otros, HUPKA, J.: *La representación voluntaria en los negocios jurídicos* (traducido por L. Sancho Seral), Madrid, 1930, quien hace un profundo análisis de la doctrina alemana al respecto, y cuya obra fue, sin duda, contributo importante a la divulgación de la distinción entre mandato y poder; BUCHKA, H.: *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock, 1852; SÁNCHEZ URTE, E. A.: *Mandato y Representación*, Buenos Aires, 1986; ARANGIO-RUIZ, V.: *Il mandato nel diritto romano*, cit., p. 35; CLARISSE: *De la representation. Sans rôle dans la creation des obligations*, Paris, 1949; DE NOVA: *Il tipo contrattuale*. Padova, 1974, pp. 193 y ss.; GRAZIADEI, M.: Voz "Mandato", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. XI, 1993, pp. 154 y ss.; CALVO, R.: *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, pp. 47 y ss.; BATTISTA, M.: "Del contrato di società e del mandato", *Il Diritto Civile Italiano secondo la Dottrina e la Giurisprudenza*, Napoli-Torino, 1925, pp. 412 y ss.; PROVERA, G.: Voz "Mandato (storia)", *Enciclopedia del Diritto*, T. XXV, 1975, pp. 310 y ss.; DOMINEDO, F.M.: Voz "Mandato (Diritto civile)", *Novissimo Digesto Italiano*, T. X, 1962, pp. 111 y ss.; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 217 y ss.; PÉREZ MARTÍN, A.: "Mandato y representación en el derecho histórico", cit., pp. 205 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Sustituto, subapoderado y auxiliar: una interpretación de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil", *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre, 1993, pp. 70 y ss.; GRESPO ALLUE, F.: *La revocación del mandato*, cit., pp. 62 y ss., en especial 87 y ss.

79 LENEL, O.: "Mandato y poder" (traducción de W. ROCES), *Revista de Derecho Privado*, 1924, p. 370.

80 Cfr. NUÑEZ LAGOS, R.: "Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista", *Cuestiones de Derecho privado de nuestra postguerra*, 1942, pp. 236 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, p. 347; GARCÍA VALDECASAS, G.: "La esencia del mandato", *Revista de Derecho Privado*, 1944, p. 771; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>: "La representación voluntaria", cit., p. 122; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 37 y 133 y ss.; SÁNCHEZ URTE, E. A.: *Mandato y Representación*, cit., pp. 59 y ss.; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 216 a 220; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, 2<sup>a</sup> edición, Barcelona 1982, pp. 397 y ss.; PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B.: *Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética*, México, 1989, p. 17; MONTES PENADES, V.L.: "La representación", en *Derecho Civil, Parte General*, Valencia, 1998, p. 577, aunque este autor utiliza el término "negocio" jurídico unilateral; LENEL, O.: "Mandato y poder", cit., p. 371; GALGANO, F.: *Diritto Privato*, Padova, 1999, p. 319; ID., *El negocio jurídico* (traducido por PRATS ALBENTOSA, L. y BLASCO GASCO, F), Valencia, 1992, p. 381; MARTINI, R.: Voz "Mandato" (Mandato nel diritto romano), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. XI, 1993, p. 200, aunque este autor prefiere hablar de una bilateralidad imperfecta.

En este sentido, la STS I febrero 1941 (RJA 1941, 133) dijo que así como el mandato es fruto necesario de un acuerdo de voluntades, el poder de representación nace por obra de una declaración unilateral de voluntad. Vid. también SSTs de 2 febrero 1925 (JC 1925, 62); 8 octubre 1927 (JC 1927, 39); 17 octubre 1932 (JC 1932, 93); 1 diciembre 1944 (JC 1944, 66); 26 febrero 1963 (RJA 1963, 1298); 25 octubre 1975

a que el mandato permanezca secreto, en cuanto este solo requiere el acuerdo de mandante y mandatario; sin embargo, el poder exige el concurso de tres personas, representado, representante y el tercero, ante quien el segundo representa al primero. En efecto, el mandato nace de un contrato, por un acuerdo simultáneo o *ex post facto* entre mandatario y mandante. El poder nace de una concesión de la ley (representación legal), de una decisión judicial o de una declaración unilateral de voluntad del *dominus*<sup>81</sup>.

Se diferencian también en cuanto al objeto, mientras que el mandato tiene por objeto un encargo concreto, el poder faculta a realizar una serie de actos, tantos como sea posible perfeccionar durante la vigencia del poder concedido<sup>82</sup>. La representación directa es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos, incluso los no negociales; y significa el actuar en nombre de otro, y para ello se otorga el poder. El objeto de mandato puede ser un acto jurídico, pero también puede consistir en un acto cualquiera puramente material, que nada tenga que ver con una actuación en nombre del mandante, aunque sí en su interés<sup>83</sup>.

En cuanto a sus efectos, el mandato origina en el mandatario la obligación de ejecutar su encargo y de indemnizar daños y perjuicios en el caso de incumplimiento; en el mandante, la de reembolsar gastos e indemnizar daños. En cambio, el efecto general del poder no es producir relaciones jurídicas entre representante y tercero, ni tampoco obligaciones en cabeza del representante, sino el efecto de que los actos realizados por este pertenezcan al *dominus*; crea directa e inmediatamente relaciones jurídicas entre el *dominus* y el tercero. En el mandato, la declaración de voluntad del mandante va dirigida siempre al mandatario. El poder, en rigor,

---

(RJA 1975, 3774). Más recientemente, la STS 1 marzo 1988 (RJA 1988, 1541) señaló que el mandato es bilateral y consensual, mientras que el poder es unilateral.

81 Cfr. ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>.: "La representación voluntaria", cit., p. 122; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 217.

82 Cfr. LENEL, O.: "Mandato y poder", cit., pp. 370; NUÑEZ LAGOS, R.: "Situación jurídica de los actos", cit.; TRAVIESAS, M. M.: "La representación y otras instituciones", cit., pp. 34 y ss.; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>.: "La representación voluntaria", cit., pp. 121 y ss.; GARCÍA VALDECASAS, G.: "La esencia del mandato", cit., pp. 771 y ss.; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 39; SÁNCHEZ URITE, E. A.: *Mandato y Representación*, cit., pp. 136 y ss.; COLIN, A. Y CAPITANT, H.: *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, cit., p. 707.

83 LENEL, O.: "Mandato y poder", cit., p. 370.

va dirigido a los terceros<sup>84</sup>. Así es, los efectos jurídicos del poder se manifiestan directamente en las relaciones del representado con los terceros<sup>85</sup>.

Y no olvidemos también las diferencias en la capacidad: necesidad de capacidad para contratar en el mandato, mientras que el apoderado puede tener simplemente una capacidad restringida o volitiva, o de querer y entender, o sea, capacidad para realizar actos lícitos.

Esto lleva a la conclusión de que mandato y poder no siempre coinciden, que ambos son conceptos distintos, sin perjuicio de reconocer que muchas veces se complementan<sup>86</sup>. De hecho pueden darse mandatos en nombre del mandante (con representación estricta o directa) y mandatos en nombre propio (representación

84 Cfr. LENEL, O.: "Mandato y poder", cit., pp. 369 y ss.; GARCÍA VALDECASAS, G.: "La esencia del mandato", cit., pp. 771 y ss.; ROCA SASTRE, R. M.: "La representación voluntaria", cit., p. 122; SÁNCHEZ URITE, E. A.: *Mandato y Representación*, cit., pp. 136 y ss.; TRAVIESAS, M. M.: "La representación y otras instituciones", cit., pp. 33-50.

Al respecto, afirma GARCÍA VALDECASAS, que la representación, en sentido técnico (se refiere el autor a la representación con poder), tiene la virtud de que los efectos del negocio jurídico realizado por una persona (representante) en nombre de otra (representado), se atribuyan directamente a esta última, como si ella misma lo hubiese realizado. El representante obra en sustitución del representado, pero no se limita a ser simplemente un sustituto. Lo característico de la representación es la directa atribución al representado de los efectos del negocio jurídico celebrado por el representante. La representación despliega su eficacia en las relaciones del representado con los terceros. Los destinatarios de la declaración de apoderamiento son los terceros y no el mismo apoderado, que puede ignorar la existencia del poder. En contraste con la representación, la sustitución contenida en el mandato puede tener lugar, no solo respecto de negocios jurídicos, sino también respecto de actos no jurídicos, con tal de que en ellos quepa la sustitución. Pero, sobre todo, y este es el rasgo que mejor distingue a la sustitución de la representación en sentido técnico, la sustitución no tiene trascendencia jurídica frente a terceros, sino solamente entre las partes (mandante y mandatario). Solo en los derechos y obligaciones de mandante y mandatario se refleja el principio de sustitución. Respecto de los terceros, en cambio, no se producen consecuencias jurídicas de ninguna especie. Para que exista mandato es necesario que una y otra parte, el que ha de ser sustituido y el que se propone sustituir, se pongan de acuerdo sobre la sustitución, pero no tienen que contar para nada con terceras personas.

Asimismo, TRAVIESAS, refiriéndose al interpuesto ficticio, entiende que el testamento interviene en un negocio jurídico en interés de otra persona oculta; así que el testamento no opera en nombre de otro. Los efectos del negocio que concluye afectan a su persona, en relación con los terceros, no a la persona oculta, en cuyo interés interviene. El testamento, obra en nombre propio, sin perjuicio de las relaciones jurídicas que median entre él y la persona oculta, en cuyo interés interviene. Si pues el testamento opera en nombre propio queda excluida la representación, en la cual necesariamente ha de operarse en nombre ajeno ("La representación y otras instituciones", cit., p. 46). Como veremos este autor entiende que siempre que se actúa en nombre propio se está fuera del ámbito de la representación, y no distingue entre representación directa e indirecta (a esta distinción haremos referencia en el Cap. III).

85 La STS 22 mayo 1942 (RJA 1942, 634), advierte en su primer Considerando que: "con general aceptación, el Derecho científico, distingue actualmente los conceptos jurídicos de mandato y representación, y hace observar que las diferencias esenciales entre ambos ni siquiera se borran por completo en el mandato representativo; porque el mandato afecta a la relación material de carácter interno entre mandante y mandatario y el apoderamiento, concepto formal, trasciende a lo externo y tiene como efecto ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro del poder que se le haya conferido; y aunque de ordinario los poderes van ligados a una relación jurídica de mandato, no es esencial esta coincidencia ni son idénticos los principios y normas que han de ajustarse el poder y la relación jurídica obligatoria que origine el otorgamiento".

Asimismo, la STS 8 octubre 1927 (JC 1927, 39) decía que "si bien la representación es un requisito muy estimable en el contrato de mandato, no es indispensable en los efectos contra tercero, como lo pregona el artículo 1.717, que permite al mandatario obrar en nombre propio, en cuyo caso es este el obligado directamente en favor de la persona con quien contrató". En el mismo sentido, la STS 17 diciembre 1959 (JC 1959, 711).

86 Más adelante haremos referencia a la diferencia estricta entre representación directa y representación indirecta. Veremos como es concebida la figura de la representación indirecta, con el objeto de aclarar su pertenencia o no a la teoría de la representación. Vid. *Infra* Cap. III.

indirecta), al igual que representación sin mandato y representación con mandato<sup>87</sup>. Así, puede darse el mandato en nombre propio, bien sea porque el encargo tenga por objeto la prestación material de servicios, bien porque el mandante haya excluido voluntariamente el poder de representación, imponiendo al mandatario que actúe en nombre propio<sup>88</sup>.

Por tanto, es evidente que el contrato por el cual se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, y el apoderamiento que confiere facultad al apoderado para que concluya actos o negocios jurídicos por su poderdante como si este mismo los hubiera celebrado, son dos figuras de tan esenciales diferencias entre sí, que ni siquiera se borran por entero cuando se funden ambas en la unidad del mandato<sup>89</sup>. Y, aun cuando es frecuente que los poderes vayan ligados a una relación interna, constituida de ordinario por un contrato de mandato, ni es esencial que coincidan, ni son idénticos los principios a que, respectivamente, han de sujetarse el poder y la relación jurídica obligatoria que dé base a su otorgamiento<sup>90</sup>.

No obstante las claras diferencias, entiendo que nuestro Código Civil adopta en esta materia una posición ambigua o indefinida. De hecho, encontramos preceptos en los cuales se ve la clara distinción entre estas figuras; el art. 1.259, que regula y establece el principio de representación<sup>91</sup>; el art. 1.709, que define el mandato haciendo caso omiso a su precedente francés, apareciendo el mandato

87 Afirma NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", cit., p. 609, que "la desintegración dogmática del concepto francés en dos figuras autónomas, la interna de gestión - mandato - y la externa de representación directa -poder-, impone al jurista español tres direcciones de pensamiento e investigación: a) El complejo mandato y poder unidos; aunque instituciones independientes, conexas en su nacimiento e interferidas en sus efectos. b) El simple poder sin mandato, esto es, la representación directa, principalmente voluntaria, que no obedece a un mandato en sus relaciones internas entre el *dominus* y *procurador*. c) El simple mandato sin poder; el mandato puro a estilo romano, exento en absoluto de representación directa, privado de todo actuar en nombre del mandante, reducido el mandatario a obrar exclusivamente en su propio nombre, si bien por cuenta y encargo de su mandante".

Aunque debemos decir que hay quien dice que el poder siempre trae causa en un mandato, de modo que el poder concedido voluntariamente se integra siempre dentro del contenido de un mandato, o de otro contrato de gestión, sin que quepa un negocio autónomo dirifido a conferir tal poder. Así se pronuncia GONZÁLEZ ENRIQUEZ, M.: "La distinción entre poder y mandato en el Código Civil Español, *Revista Internacional del Notariado*, 1960, pp. 112 y ss.

88 Aunque encontramos algunas sentencias más recientes que han llegado a afirmar que cabe el poder de representación en el mandato en nombre propio, lo que evidencia que los conceptos de mandato y poder aun siguen siendo objeto de polémicas y confusiones. Así, la STS 28 febrero 1975 (RJA 1975, 825) ha mantenido que "la determinación de si quien otorga o interviene en un negocio lo hace en nombre propio o como mandatario o como apoderado de un tercero, es una cuestión de hecho reservada al Tribunal de instancia". Y se ha mantenido que el "art. 1.717 no impide la actuación del mandatario con poder (STS 1 marzo de 1988 (RJA 1988, 1541). En el mismo sentido se ha pronunciado la STS 18 diciembre 2000 (RJA 2000, 10448). Vid. también la SAP de Granada de 1 julio 2002 (JUR 2002, 213671).

89 Vid. STS 17 octubre 1932 (JC 1932, 93).

90 Vid. STS 16 febrero 1935 (JC 1935, 106). La jurisprudencia deja ya como sentada la existencia del mandato en nombre propio y la clara diferencia entre mandato y poder. Asimismo, SSTS de 6 marzo 1943 (JC 1943, 8); 1 diciembre 1944 (JC 1944, 66); 27 enero 1945 (JC 1945, 36); 30 abril 1955 (RJA 1955, 1559); 9 octubre 1957 (RJA 1957, 3387); 18 febrero 1958 (RJA 1958, 1027); 26 mayo 1959 (JC 1959, 314); 2 junio 1981 (RJA 1971, 2491); 1 marzo 1988 (RJA 1988, 1541); 22 abril 2005 (TOL 1211525); 3 enero 2006 (TOL 809287).

91 Dice CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, cit., pp. 532-533, que lo cierto es que el Código Civil expone aparte el principio de la representación en el art. 1.259; el art. 1.709, en efecto,

como simple contrato generador de obligaciones, y no como negocio atributivo de facultades jurídicas<sup>92</sup>, o sea, del poder; el art. 1.717, que admite el mandato *proprio nomine*, es decir, la llamada representación indirecta<sup>93</sup>; el art. 1.738, que admite la subsistencia de la representación frente a terceros de buena fe, a pesar de haberse extinguido el mandato; y los arts. 1.692 y 1.697, que regulando el contrato de sociedad, admiten la posibilidad de otras fuentes de representación distintas del mandato.

A pesar de ello, encontramos algunos preceptos en los cuales podemos ver claramente la confusión que aún reinaba cuando se promulgó el Código Civil. De hecho, el art. 1.725<sup>94</sup> es un claro ejemplo, en el que manifiestamente se confunden los conceptos de mandatario y mandato con el de representante y poder de representación<sup>95</sup>. Asimismo, el art. 1.734<sup>96</sup>, que habla de la revocación del mandato, cuando en realidad se está refiriendo a la revocación del poder, dado que respecto a los terceros lo que importa es el poder, en tanto que el mandato es una relación entre mandatario y mandante. De modo que el precepto solo atiende al mandato cuando su revocación implique al mismo tiempo la revocación del poder<sup>97</sup>.

---

define el contrato de mandato, sin incluir el deber de obrar el mandatario en nombre y representación del mandante, y el 1.717 admite explícitamente la hipótesis de que el mandatario obre en su propio nombre.

- 92 Hace referencia a este precepto, como punto distintivo la STS 18 diciembre 1948 (JC 1948, 284) al afirmar que “el mandato no implica necesariamente un poder de representación, como bien se infiere del texto del artículo 1.709 del Código Civil”. Y, ya lo advirtió, la STS 8 julio 1915 (JC 1915, 164).
- 93 Ya la STS 1 febrero 1941 (RJA 1941, 133), advirtió que “no es recusable en derecho español la posibilidad de actuar por persona interpuesta, a uno de cuyos aspectos se refiere indudablemente el mencionado artículo 1.717 de nuestro Código, en el que manifiestamente se alude al denominado mandato en nombre propio”. Y la STS 10 octubre 1946 (RJA 1946, 938) aclaraba que “no se puede desconocer que el artículo 1.717 consagra el mandato simple o representación indirecta”. Así también, entre otras las SSTs de 10 julio 1946 (RJA 1946, 938); 4 mayo 1950 (RJA 1950, 732); 17 diciembre 1959 (RJA., 1960, 1209); 13 abril 1994 (RJA 1994, 2797); 4 julio 2000 (RJA 2000, 667). Vid. también las SSAP de Asturias, de 5 febrero 1998 (AC 1998, 3513); , Granada de 10 mayo 2000 (JUR 2000, 222156); de Granada 13 junio 2000 (JUR 2000, 225677); de Las Palmas de 23 junio 2004 (JUR 2004, 24109), así como la STS de Navarra de 27 diciembre 1991 (RJA 1991, 2583).
- 94 Dice el precepto que “el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”.
- 95 Así también lo advierte DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El mandato”, en *Derecho Civil II Obligaciones y Contratos* (coordinado por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 420, cuando al referirse al mandato representativo, indican que a él se refiere el art. 1.725 CC. “con notoria impropiedad, hablando del mandatario que obra en concepto de tal”.
- 96 Establece la norma que “cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a estas si no se les ha hecho saber”.
- 97 La incongruencia de nuestro Código Civil es también plasmada por la jurisprudencia. Así, la STS 1 febrero 1941 (RJA 1941, 133) dijo que “por lo que al mandato se refiere, no le es connatural el principio de representación como, salvo alguna confusión engendrada en los artículos 1.734 y 1.735 del Código Civil, resulta del artículo 1.717, y de lo que preceptúa, con singular aplicación a la representación misma, el artículo 1.259”. En sentido análogo, la STS 1 marzo 1988 (RJA 1988, 1541) advierte que “resulta evidente que la situación representativa puede implicar el mandato, pues que si efectivamente la doctrina moderna excluye del concepto de mandato a la representación como elemento necesariamente esencial y consustancial al mismo, por entender que, por su naturaleza, cae fuera del contenido primeramente obligacional que constituye la materia propia y exclusiva de todo contrato, cual se deduce del contenido del artículo 1.717 del Código Civil”. Así también la STS 2 junio 1981 (RJA 1981, 2491).

Debemos decir que la antigua confusión entre mandato y poder es hoy un tema superado, y que mandato, apoderamiento y simulación son figuras completamente distintas que no pueden ser puestas sobre un mismo plano, ni ser objeto de una misma regulación jurídica. Por ello hay que dejar bien sentado que puede existir un mandato en nombre propio que, evidentemente, nada tiene que ver con la simulación. Esto, que ha llevado a creer que el acto simulado por persona interpuesta contiene un mandato y se resuelve siempre en él, es una mera suposición, que ha conducido a la elaboración de construcciones jurídicas complejas y equívocas que en la actualidad deben ser descartadas.

Prueba de ello es la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1941, que empezó rompiendo los esquemas anteriores y propugnando la notable diferencia entre mandato y simulación<sup>98</sup>. Advertía la equivocación de la sentencia de instancia al construir su tesis “sobre la base del personaje denominado testafierro, rindiendo tributo a una equivocada dirección conducente a la conclusión errónea de que son susceptibles de identificarse hasta la confusión una figura jurídica perfectamente normal -la del mandato no representativo o interposición de persona- con otra, la del testafierro, que no es en suma sino una de las formas en que puede cristalizar la simulación”. Importante y precisa es la distinción que hace al respecto; “no cabe confundir la simple ocultación a los terceros del nombre del mandante, que puede ser obra de una legítima conveniencia o de un interés digno de protección, con la situación que se crea cuando esa ocultación -simulación relativa en este supuesto- es procedente de un acuerdo previo entre el mandante, el mandatario y la persona interpuesta y obra de una relación que, con muy diversos fines, no siempre lícitos, se establece subrepticamente entre esas tres personas; distinción, la expuesta, que si, examinada a primera vista, pudiera parecer desprovista de valor práctico, tiene sin embargo una positiva importancia, porque así como en el mandato en nombre propio el mandante no puede accionar contra el tercero, por la sola virtud del mandato, la simulación por persona interpuesta es fuente de acciones para las tres partes contratantes y puede eventualmente autorizar el ejercicio de las directamente ejercitadas entre el mandante y el tercero conocedor de la simulación, siquiera precisa estar a las consecuencias del *fraudem legis* y al pronunciamiento de la nulidad de la convención, cuando persiga un fin lícito cuyas consecuencias hayan pretendido esquivarse por obra de la simulación”.

Superado pues, queda el enorme equívoco que produjo la doctrina francesa al estimar que el mandato ha de conllevar necesariamente el otorgamiento de un poder de representación, y al creer, por tanto, que cuando se actúa en nombre

---

98 Aunque hay que decir que esta sentencia no distingue entre representación directa e indirecta, dado que denomina mandato no representativo al mandato en nombre propio, lo que, como explicaré, no entiendo que sea lo acertado.

propio siempre estamos ante un contrato simulado, confundiendo el testafierro (contratante ficticio) con el mandatario en nombre propio (interpuesto real).

## 2. Interposición ficticia y real como categorías distintas: la teoría de FRANCESCO FERRARA.

La elaboración científica de la figura de la interposición de persona es relativamente reciente, en cuanto fue FERRARA a inicios del siglo XX el que propugnó, por primera vez, una clara distinción entre interposición real e interposición ficticia, perfilando los límites de una y otra<sup>99</sup>.

El estudio y análisis de esta categoría tuvo su origen en la confusión que hasta entonces había reinado entre mandato y simulación, sobre todo por parte de la doctrina francesa. Como ya hemos podido observar, los trabajos hasta entonces realizados acerca de la simulación analizaban la figura bajo la influencia recíproca del mandato, concluyendo generalmente que el testafierro, contratante ficticio en la simulación, era un verdadero mandatario. Así, ante la identificación de ambas figuras, que supuso un intercambio de principios entre las reglas de la simulación y las normas del mandato aplicando a este la regulación jurídica de aquella y viceversa, condujo al autor a delimitar las líneas divisorias de uno y otro contrato.

El jurista comienza su estudio aclarando que ambas instituciones son distintas, y que puede existir un mandato *proprio nomine* que nada tiene que ver con la simulación. Al respecto, afirma el autor, que los supuestos en los cuales alguien enajena fingidamente a favor de otra persona para desposeerse en apariencia de los derechos que le corresponden, han llevado a creer que el mero hecho de proceder así, constituye al testafierro en mandatario suyo; y, puede afirmarse con seguridad que dicho mandato no se encuentra en ninguna parte. El enajenante fingido -añade-, al mostrar a un tercero en posesión de sus propios derechos, solo trata de engañar a los demás para un fin fraudulento, y no en modo alguno de construir en beneficio del adquirente nominal, una situación jurídica verdadera y efectiva. Analizando la intención de las partes, se ve que el *dominus* quiere seguir, no solo en la titularidad jurídica de los derechos de que se ha despojado en apariencia, sino también en el ejercicio de los derechos mismos. El testafierro solo debe servirle de defensa en caso necesario; es un mero hombre de paja que se expone a la vista del público. Pero detrás de él, en secreto, el *dominus* debe conservar el goce íntegro de sus derechos lo mismo que antes, puesto que la simulación absoluta excluye totalmente una voluntad seria de alterar en lo más mínimo la situación jurídica anterior<sup>100</sup>.

99 Vid. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 215 y ss.

100 FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 218 y 219.

La doctrina francesa, para regular las relaciones entre el tercero y el testafarro, se ha inspirado preferentemente en los principios de la simulación, principios inaplicables al mandatario que actúa en nombre propio. Al testafarro se le denomina propietario aparente, fingido, visible, en oposición al propietario verdadero, que habría de ser el mandante; concepto que, según el autor, es inaceptable para el mandatario que actúa en nombre propio, el cual, jurídicamente, es el único titular de los derechos adquiridos y el solo deudor de las obligaciones por él asumidas. Además, advierte FERRARA, que si bien es cierto que tanto el contratante simulado como el mandatario, en sus relaciones con los terceros, aparecen investidos de los derechos y obligaciones derivados del contrato, son muy distintos la justificación, el alcance y las condiciones de esta posición<sup>101</sup>. Mientras que en la simulación dicho resultado se produce, excepcionalmente, a causa de la imposibilidad de oponer a terceros las contradecaraciones de los que simulan, en el mandato el mismo resultado se deriva normal y necesariamente del obrar en nombre propio. Y, así y como para el adquirente simulado puede alegarse la contraposición entre sus dos cualidades diversas frente a los terceros y frente al otro contratante, esta contraposición carece de valor en el caso del mandato, pues el mandatario en nombre propio es frente a todos, incluso frente al mandante, titular efectivo de los derechos estipulados<sup>102</sup>.

Concluye explicando que el mandato se circunscribe en las relaciones internas de las partes y en ellas se agota, por lo cual el mandatario, que carece de poder de representación para cumplir su encargo, debe obrar en nombre propio. El mandatario, frente a la contraparte, es el titular verdadero y efectivo de los derechos resultantes del contrato. Es al mismo tiempo titular y mandatario, y coincide en él esa doble cualidad, porque la una no es incompatible con la otra, a no ser que el mandato sea necesariamente representativo. No se trata, pues, de una relación bifronte, con dos lados, sino de una doble relación que coexiste en la misma persona. El hecho de que la relación oculte el mandato, de que se oculte la verdad, no constituye por sí sola una simulación; el mandatario por el hecho de que cuando contrata no comunique el mandato al tercero, no incurre en simulación, sino que obra simplemente en su propio nombre<sup>103</sup>.

FERRARA tuvo muy en cuenta las enseñanzas de la doctrina alemana, cuyo esfuerzo por demostrar la diferencia entre apoderamiento y mandato condujo a una paralela distinción entre mandato en nombre propio y simulación, hasta entonces confundidos, y marcaron las pautas que contribuyeron a crear un nuevo concepto de simulación, y con él la rotura de la teoría unitaria de la interposición.

---

101 ID., cit., pp. 222-223.

102 ID., cit., p. 223.

103 ID., cit., pp. 216-230.

De hecho, ya IHERING, al estudiar el acto simulado y las diferencias entre actos aparentes, mandato y poder, y fiducia, hace referencia a la persona interpuesta en el supuesto del mandatario *proprio nomine* y en los actos simulados. La colaboración o participación jurídica en el negocio de otro, afirma el autor, puede ser de tres maneras; cabe, en primer lugar, una participación conjunta con la intervención del interesado o parte del negocio en sentido estricto; cabe, en segundo término, una actuación en lugar del principal, es decir, sustituyéndole, pero sin concluir el negocio en su nombre; y, el tercer supuesto sería el de colaboración jurídica en el negocio ajeno, y se trataría de la verdadera y propia representación, que se da cuando se concluye un negocio jurídico en lugar del principal y en su nombre<sup>104</sup>. En el segundo caso, el autor llama a esta figura *Ersatzmann*, traduciendo al alemán la expresión latina *persona interposita*, siendo esta la llamada más tarde representación indirecta.

No obstante fue SAVIGNY quien, por primera vez, dio un concepto distinto de simulación, introduciendo una teoría tripartita de la misma, y diferenciando entre simulación absoluta, simulación relativa e interposición de persona<sup>105</sup>; y fue quien advirtió que la persona interpuesta se utiliza no solo en los casos en los que se quiere llevar a cabo una donación, una disposición testamentaria o una venta prohibida por la ley, sino también en aquellos supuestos en los que el interponente es un mandatario que actúa en su propio nombre<sup>106</sup>.

El estudio y análisis de la figura de la simulación como distinta del mandato, junto a la ilustración de la doctrina alemana, hicieron que FERRARA construyera una nueva teoría de la interposición de persona, desplazando la antigua concepción unitaria. Advierte el autor que la simulación puede presentar distintas formas: o se simula la existencia del negocio, o su naturaleza, o las personas de los contratantes. En el primer supuesto se trata de una simulación absoluta; el segundo indica la presencia de una simulación relativa; y en el tercero, las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza, engañando acerca de la persona del verdadero contratante. En el negocio figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testaferro, que sería un interpuesto ficticio<sup>107</sup>. Llama testaferro al interpuesto ficticio y advierte que el mandatario en nombre propio, nada tiene que ver con la simulación, puesto que no es un interpuesto ficticio, sino un interpuesto real.

---

104 VON IHERING, R.: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, (traducción DE MEULENAERE, O.), T. IV, 12ª Edición, Paris, 1880, pp. 264 y ss.

105 VON SAVIGNY, F.K.: *Sistema del Diritto Romano Attuale* (traducción de V. SCIALOJA), T. IV, Torino, 1891, § 113, pp. 262 y ss.

106 ID. cit., pp. 587 y ss.

107 FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 41-42.

Así, se parte de la premisa siguiente: que la intromisión de un tercero en las relaciones contractuales de otro puede revestir distinta forma jurídica, imponiéndose una división de las personas interpuestas en dos grandes categorías; personas interpuestas reales y personas interpuestas simuladas.

El intermediario puede intervenir en el contrato de dos formas: como contratante efectivo, entablando la relación jurídica en su propio nombre; en este caso, existe un intermediario que es real, un fraccionamiento que pasa a través de la persona interpuesta. O también puede intervenir como contratante ficticio, por mera apariencia, cuando en realidad la relación se establece entre el tercero y el interesado, que no aparece en el contrato; aquí el intermediario no es real, sino que se trata de una apariencia de intromisión en la relación entablada que, en realidad, existe entre los dos titulares<sup>108</sup>.

En la interposición real, el interpuesto actúa como un verdadero contratante y es él el que se obliga con el tercero. Si bien el último efecto del negocio jurídico se produce entre los verdaderos interesados, deben pasar necesariamente y de forma transitoria los derechos al interpuesto. Durante esta etapa transitoria, el interpuesto se convierte en verdadero propietario y deudor, pues aunque no pueda afirmarse que económicamente su patrimonio quede disminuido o aumentado, jurídicamente sí es así<sup>109</sup>.

La interposición real puede darse en dos supuestos; cuando el interpuesto realiza un acto de los que no suponen una cualidad especial en el agente, como hacer una adquisición o contraer una deuda, si bien en el interés de otro; o realizar un acto de los que requieren por parte del agente una posición preestablecida o un derecho anterior, como hacer una enajenación o perdonar una deuda, lo cual supone en el agente la cualidad de propietario o de acreedor; de modo que la persona interpuesta debe ser previamente investida del derecho de que tiene que disponer. En el primer caso, la interposición existe desde el primer momento, el negocio se inicia por la persona interpuesta; se trataría de un mandatario en nombre propio. En el segundo supuesto, la interposición existe en el momento de ejecutar la disposición y a ella ha precedido la investidura del derecho al enajenante, de modo que la iniciativa parte del contratante, que coloca a la persona interpuesta en la posibilidad de realizar el acto para el cual necesita su intervención; aquí estaríamos ante un fiduciario<sup>110</sup>.

Aunque estas concepciones están muy próximas entre sí, y ambas conducen al mismo resultado, son asimismo distintas, en cuanto encontramos elementos

---

108 ID., cit., pp. 230-231.

109 Ello, según FERRARA, es lo que ha llevado a parte de la doctrina francesa a creer que se trataba de un titular aparente.

110 FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 231-233.

que no son comunes. De hecho, en el contrato fiduciario, el interpuesto no solo no puede usar los derechos o bienes transmitidos en su propio interés, sino que además los ha recibido para un destino determinado. Por ejemplo, en el supuesto de una venta, aquí la persona interpósita real tiene la obligación de transferir el objeto al destinatario definitivo; este último adquiere, no del antiguo propietario, sino del intermediario, que es momentáneamente el dueño actual del bien, y no podrá el interpuesto transmitir a otro o utilizar el bien para un fin distinto del estipulado. Pero, en el contrato fiduciario encontramos un elemento de confianza, que va unido a la relación fiduciaria, pues el contratante otorga un poder ilimitado a la persona interpuesta, aunque con la confianza suficiente de que esta no usará del mismo en su provecho<sup>111</sup>.

Estos elementos faltan en el mandato en nombre propio. En este caso no hay relación alguna de fiducia, por cuanto el contratante no confiere a la persona interpuesta ningún derecho para adquirir u obligarse, faltando asimismo la transmisión patrimonial que habría de servir de sustento a la actuación fiduciaria. Y, además, el mandatario *nomine proprio* no adquiere la propiedad con la obligación de no usarla en su interés<sup>112</sup>.

Aun así, en ambas instituciones la persona interpuesta está obligada a transmitir, y solo es necesario el acuerdo de dos personas, el interponente y el interpuesto (aunque sea necesaria la existencia de tres), no siendo necesario que el tercero conozca la cualidad de persona interpuesta de quien se encuentra frente a él. De modo que los efectos también son los mismos; la persona interpuesta queda investida jurídicamente de la relación que establece en su propio nombre y, por tanto, se convierte en propietario y acreedor y tiene el pleno ejercicio de tales derechos, siendo válidas las enajenaciones o adquisiciones hechas a terceros. La persona interpuesta se hace responsable personalmente de todas las obligaciones que derivan del contrato con el tercero, y debe estar a ellas con todo su patrimonio, aun cuando aquél en cuyo interés intervino no cumpla los compromisos adquiridos.

Desde otro punto de vista, hay que decir que entre el interesado y la persona interpuesta no hay más que un vínculo obligatorio, en virtud del cual la persona interpuesta queda comprometida a obrar en interés del otro, quedando el mandante o el *dator fiduciae* obligado a indemnizar al intermediario por las obligaciones contraídas, así como a reembolsarle los gastos y pérdidas sufridas. El incumplimiento de dichas obligaciones dará derecho a pedir el resarcimiento por los daños y perjuicios causados. Sin embargo, los efectos cesan cuando la interposición se emplea en *fraudem legis*; en este caso será necesario declarar

---

111 Afirma Ferrara que, el contratante que otorga el poder a la persona interpuesta lo hace con la inteligencia secreta de que no usará del mismo en beneficio propio, sino que lo transmitirá a otros; con lo cual, de verdadero propietario o acreedor se reduce a mero conducto transmisor (ID., cit., p. 233).

112 ID., cit., p. 233.

nula la relación existente entre interpuesto e interponente, de modo que el contrato tendrá el mismo efecto que si se hubiera entablado directamente entre el interponente y el tercero. Es este el caso de la donación o disposición testamentaria a favor de incapaz, en la cual, al declararse nula la relación existente entre el interpuesto y el interponente, se entenderá que se ha donado o dejado en testamento a un incapaz de recibir, cuya sanción establecida por la ley es la de nulidad<sup>113</sup>.

Por lo tanto, dos tipos de interposición. En ambas interposiciones existe una finalidad de ocultarla, pero varía el modo de lograrlo. En la interposición ficticia, el *dominus* no se sirve de la cooperación efectiva de un intermediario que adquiere derechos contractuales para transferirlos, sino que se vale tan solo de su cooperación nominal. El contrato figura como celebrado por otro, pero esto es pura apariencia, dado que es el *dominus* el que lo celebra en realidad. La persona interpuesta no interviene en el contrato, sino que finge intervenir; no es una parte, sino un mero disfraz del contratante. Los derechos y obligaciones nacen directamente para el patrimonio del *dominus*. El interpuesto es simplemente un *prestanome* o testaferro, en cuanto lo único que hace es prestar su nombre. La interposición ficticia de persona por medio de testaferro puede dar lugar a una simulación absoluta o a un contrato simulado relativamente. En este último caso, la simulación solo tiene por objeto que figure una persona distinta del verdadero contratante, pero las partes quieren realmente el negocio estipulado, pero se valen de contratantes ficticios para sustraerse al conocimiento de los terceros o de la ley<sup>114</sup>.

Requisito imprescindible de la interposición ficticia es el acuerdo entre tres personas, no basta el acuerdo entre interpuesto e interponente, como en la real, sino que es necesario que tome parte en el acuerdo el tercer contratante, ya que este deberá entablar la relación con una persona distinta de la que figura en el contrato. De ello se deduce que, visto que la persona interpuesta no es un contratante, no adquiere derecho alguno por consecuencia de la relación contractual, ni tampoco queda obligada; y si aparece como deudora, su responsabilidad es ficticia y puede rechazar las acciones que el contratante quiera ejercitar contra ella.

En cambio, la relación se entabla directamente entre el contratante visible y el contratante oculto, para cuyo patrimonio vienen a producirse todos los efectos del contrato, mientras la persona interpuesta permanece extraña al vínculo. Entre el contratante secreto y la persona interpuesta solo se da una relación secundaria, en virtud de la cual la persona interpuesta se obliga a cooperar en el engaño,

---

113 ID., cit., pp. 234 y ss.

114 ID., cit., pp. 236-237.

prestando su nombre. A su vez, el interponente consiente esta intromisión y, en ocasiones, se obliga a recompensarla<sup>115</sup>.

No obstante, el afortunado paso que dio FERRARA, la distinción entre interposición ficticia y real, no fue inmediatamente acogida por la doctrina, como tampoco podemos decir que hoy sea doctrina unánime. El estudio de la doctrina posterior a FERRARA revela las distintas posiciones que se mantuvieron; algunos autores ni siquiera se detuvieron en el análisis del jurista, manteniendo la concepción unitaria recogida de la doctrina francesa<sup>116</sup>; otros, si bien diferenciaron la simulación absoluta de la relativa, no hicieron referencia alguna a la interposición de persona<sup>117</sup>; y hubo quienes, si bien tuvieron en cuenta la obra de FERRARA, se limitaron a indicar la existencia de la simulación relativa admitiendo la interposición de persona, pero sin diferenciar la ficticia de la real<sup>118</sup>. Los menos, sin embargo, tuvieron en cuenta esta nueva concepción y la aplicaron a sus teorías<sup>119</sup>, aun cuando algunos no comprendieron bien dicha distinción y siguieron confundiendo entre interposición ficticia y real<sup>120</sup>; y otros dijeron que la interposición real, sustancialmente, no es otra cosa que una simulación relativa, incluyendo los contratos fiduciarios en el ámbito de la simulación y admitiendo como verdadera interposición la ficticia<sup>121</sup>.

---

115 ID., cit., pp. 238 y ss.

116 Vid. *Supra* § 3.

117 Cfr. COVIELLO, N.: *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 3ª Edición, Milano, 1924, pp. 372-378; SEGRÈ, G.: "In materia di simulazione", *Scritti Giuridici*, T. I, Roma, 1930, pp. 422 y ss.; PRESA, T.: "La simulación", cit., pp. 36-43; DUSI, B.: *Istituzioni di Diritto Civile*, T. I, 2ª Edición (puesta al día por M. SARFATTI), Torino, 1930, pp. 139 y ss.

118 Cfr. PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, T. II, Vol. I, Firenze, 1914, pp. 384 y ss.; DE RUGGIERO, R.: *Istituzioni di Diritto Civile*, T. I, 6ª Edición, Messina, s/f., pp. 239 y 240; PUGLIATTI, S.: *Istituzioni di Diritto Civile*, T. III, 2ª Edición, Milano, 1935, pp. 131 y ss.; ASCOLI, A.: *Istituzioni di Diritto Civile*, Napoli, s/f, p. 137; BARASSI, L.: *Istituzioni di Diritto Civile*, 4ª Edición, Milano, 1955, p. 151, aunque parece que este autor termina confundiendo ambas interposiciones, al citar el negocio fiduciario como un supuesto de interposición de persona que equipara al llamado *prestanome* (testaferro).

119 Cfr. SACERDOTI, V.: "Dell'efficacia degli atti simulati di fronte ai terzi", *Il Foro Italiano*, I, 1905, pp. 1430-1434; PESTALOZZA, F.: *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano, 1919, pp. 5-8 y 90 y ss.; también, Voz "Simulazione", *Enciclopedia Giuridica Italiana*, T. XV, Milano, 1925, p. 745; GIOVENE, A.: *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, 2ª Edición, Torino, 1917, pp. 40-48.

120 Fue el caso de STOLFI, F.; Voz "Interposizione di persona", *Dizionario pratico del diritto privato*, T. III, Milano, 1923, pp. 775 y ss., que, si bien diferenciò entre los dos tipos de interposición siguiendo la tesis de FERRARA terminó confundiendo los requisitos de la real con la ficticia, afirmando que en la interposición real se necesita el acuerdo de tres personas: interponente, interpuesto y tercero; mientras que la ficticia solo necesita el consenso y acuerdo de dos, el interponente y el tercero (p. 776).

121 Cfr. SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, 7ª Edición, Napoli, 1962, pp. 150 y ss.; BUTERA, A.: *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis*, Torino, 1936, pp. 64 y ss., que empezó afirmando la distinción entre la interposición ficticia y la real, y terminó señalando que la interposición real impropriamente entra en el ámbito de la simulación, de modo que la verdadera interposición es la real (pp. 71-72). Aún así, la confusión del autor no termina aquí, sino que más tarde dirá que el *prestanome* o persona interpuesta real (con lo que utiliza ambos términos como sinónimos), es un verdadero mandatario (p. 85); y que la simulación en forma de interposición de persona se entrelaza con la figura del mandato *proprio nomine*, en cuanto el mandatario es el *prestanome* del representado (p. 87). Por lo que el autor, no solo confundió ambas interposiciones, sino que terminó por retroceder a la antigua teoría unitaria de la doctrina francesa, al confundir mandatario en nombre propio con testaferro.

No obstante todo el entramado de confusiones y alusiones negativas a la distinción entre interposición ficticia y real, y a pesar del retraso de la doctrina en aplicar la teoría construida por FERRARA, la jurisprudencia italiana se encargó de aceptar rápidamente las enseñanzas del autor. Ya pocos años después de su obra, empezaron a verse pronunciamientos que atendían primordialmente a la distinción entre persona interpuesta ficticia y real<sup>122</sup>.

En la doctrina más reciente, si bien la distinción interposición ficticia y real parece haber sido acogida, aún quedan resquicios de la referida confusión. De hecho, como veremos posteriormente<sup>123</sup>, se cataloga la real como la interposición que se da en el mandato *proprio nomine*, sin hacer referencia a la interposición en el contrato fiduciario<sup>124</sup>; o se rechaza la distinción<sup>125</sup>, tentando, en ocasiones, de reconstruir una teoría unitaria de la interposición de persona. Evidentemente, esta posición ha llevado a algunos a negar que la interposición ficticia pertenezca al terreno de la simulación, reconduciéndola a una interposición que solo opera en el ámbito de la representación indirecta.

Otra hipótesis se crea para negar la distinción, pero admitiendo la interposición como simulación relativa a la identidad de uno de los sujetos del contrato, lo que, en algunos supuestos, va ligado a la negación del contrato fiduciario y la concepción de este como contrato simulado. Así, algunos autores, a pesar de admitir la interposición ficticia como simulación relativa subjetiva, no solo pasan por alto la real en el mandato *proprio nomine*, sino que terminan por afirmar que si bien las dos clases de interposición tienen naturaleza distinta, no existe entre ellas un divorcio tal que haga necesario una regulación jurídica completamente diferente<sup>126</sup>,

122 Para una mayor información acerca de la jurisprudencia de la primera mitad del siglo XX, véase la excelente obra de NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 46-47, en la que explica el desarrollo de la jurisprudencia italiana tras la nueva concepción de FERRARA. A la jurisprudencia más reciente, haremos referencia a lo largo de esta investigación.

123 Vid. *Infra* Cap. II.

124 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Invalidez de la declaración de voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pp. 1031-1032. De hecho, este autor, si bien en sus primeros trabajos reconoce y admite la diferencia entre interposición ficticia y real, y la autonomía del contrato fiduciario, recientemente ("El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente", *Actualidad Civil*, 1993, pp. 663 y ss.), sin hacer referencia a la interposición real, ha negado la existencia autónoma del negocio fiduciario, advirtiendo que este "no es ni más ni menos que un negocio simulado... un vulgar negocio falso". Ello induce a pensar que, en realidad, nunca vió una interposición real en el contrato fiduciario. A esto nos referiremos oportunamente.

125 Cfr. AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957, pp. 166 y ss.; ROMANO, S.: "Contributo esegetico allo studio della simulazione (L'articolo 1414 C.c.)", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1954, pp. 57 y ss.; PUGLIATTI, S.: "La simulazione dei negozi unilaterali", *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, T. III, Bologna, 1953, p. 421; ID., "Fiducia y rappresentanza indiretta", *Diritto Civile, Saggi*, Milano 1951, pp. 201 y ss.; CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., pp. 150 y ss.; MORELLO, U.: "Rappresentanza e interposizione fiduciaria", *Rappresentanza e gestione* (a cura di GIOVANNA VISINTINI), Padova, 1992, pp. 34-35; VERDERA Y TUJELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", *Anuario de Derecho Civil*, 1950, p. 26.

126 Así, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Reimpresión, Madrid, 1991, pp. 341-343, si bien admite la interposición como forma de simulación, advierte que la distinción entre interposición ficticia y real adolece del prejuicio doctrinal, y se plantea el problema de la interposición real en la representación indirecta, afirmando que "resulta contra el buen sentido que, cuando D encarga una venta a I, para que

y ello, evidentemente, les lleva a incluir el contrato fiduciario en el campo de la simulación<sup>127</sup>, aunque otros se limiten a admitir la ficticia como simulación relativa y nieguen la existencia de interposición en el mandato en nombre propio<sup>128</sup>.

Aunque hasta cierto punto algo ha sido anticipado, no es este el momento de hacer referencia exhaustiva a las distintas teorías que han negado la distinción entre interposición ficticia y real, dado que ello implica la confusión entre las distintas figuras objeto de estudio. De hecho, aquí solo se ha tratado de dar algunas directrices, con reserva de las críticas pertinentes, que serán puestas a la luz a lo largo de la obra; y se hará especial atención a nuestra jurisprudencia, la cual no solo confunde la interposición ficticia con la real, llamando testafarro al fiduciario, sino que, en ocasiones, aplica los principios de la simulación al contrato fiduciario, y en otras, anclada en las antiguas concepciones francesas, califica al mandatario *nomine proprio* de interpuesto ficticio y de titular aparente.

---

este pueda hacerla en nombre propio, haya de transmitirse primero la propiedad de la cosa por D a I, de modo que este, ya como dueño (sin causa que justifique esta transmisión), la pueda vender a T". Es importante señalar que el autor incluye el contrato fiduciario en el ámbito de la simulación, por lo que, a fin de no ser redundante, no es aquí oportuno exponer las causas que le llevaron a negar la distinción entre interposición real y ficticia, a lo que se hará referencia más adelante.

CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, Buenos aires, 1944, pp. 128-131, siguiendo a SANTORO PASARELLI, si bien recoge la teoría de FERRARA y comienza en su estudio a aplicarla, después advierte que la distinción interposición ficticia y real no es admisible. Pero cae el autor en un tremendo error, y confunde constantemente los dos tipos de interposición; porque si bien, primero dice que no cabe distinción alguna, después explica qué sea la interposición real y la diferencia de la ficticia, señalando que la real entra en el campo de los negocios fiduciarios (los que a su vez pertenecen al terreno amplísimo de la simulación), sin tener en cuenta para nada la interposición real en la representación indirecta. Y, siguiendo la lectura de la obra, observamos que admite que la verdadera simulación relativa subjetiva es la interposición ficticia de persona, cuyo sujeto es conocido comunmente con el nombre de testafarro.

En términos análogos, se pronuncia PELLICANÒ, A.: *Il problema della simulazione nei contratti*, Padova, 1988, pp. 63 y ss. Difícil es saber a qué conclusión llega el autor; primero parece admitir la interposición ficticia como simulación relativa subjetiva, aunque advierte que el esquema de la interposición no sea "muy feliz". Seguidamente señala que la diferencia entre simulación pura y simple, y simulación por interposición ficticia no existe; sin embargo, reconoce que lo que sucede es que se utilizan dos procedimientos distintos para llegar a un mismo resultado (p. 67). Más tarde, y en relación al contrato fiduciario, advierte que el interponente sería el *prestanome*, señalando que la distinción que la doctrina hace entre simulación e interposición real, referida esta al negocio fiduciario, no encuentra suficientes aplicaciones normativas o lógicas sobre las cuales fundarse (pp. 72-73), para terminar diciendo, no solo que la teorización del principio de la interposición real, y, por tanto, del contrato fiduciario es superflua, sino que la diferencia de este con la simulación no tiene razón de ser (pp. 75-76). Por consiguiente, el autor parece que termina por resolver el contrato fiduciario en la simulación, admitiendo una teoría unitaria de la interposición, al afirmar que, el llamado titular aparente en la simulación, en realidad es un titular real (p. 108); y que la diferencia (refiriéndose a la interposición en la simulación y a la del contrato fiduciario) es solo nominal y atañe exclusivamente al léxico (p. 111). En sentido análogo, MIRABELLI, G.: "Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 C.C. (contributo allo studio dell'interposizione di persona)", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1955, pp. 1057 y ss.

127 Pero estos autores, a diferencia de aquéllos que sí admiten la interposición real en el mandato en nombre propio y la distinguen de la ficticia (aunque en ella incluyan tanto a la simulación subjetiva como al contrato fiduciario), propugnan una teoría unitaria.

128 Así DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato en el Código civil chileno. Teoría jurídica y práctica forense*, Chile, 1957, pp. 89-91, que si bien admite la existencia de la interposición ficticia como forma de simulación, no solo no la distingue de la real, sino que advierte que en el mandato en nombre propio no hay interposición de persona en cuanto -dice- el mandatario contrata realmente, y en la interposición lo que hay es una contratación aparente. Este autor no menciona el contrato fiduciario, lo que hace pensar que se inclina por una teoría unitaria.

Vistas pues las premisas claves, advierto que del extraordinario legado de FERRARA a la teoría de la interposición de persona, nos quedamos con su principal aportación<sup>129</sup>, que consiste en quebrar el fundamento de la clásica equiparación entre testaferra y mandatario; equiparación que constituyó la confusión de dos instituciones bien distintas, la simulación y el mandato. Me propongo hacer aquí hincapié en la ya aceptada distinción entre interposición ficticia y real, aplicada a las distintas categorías, esto es, la simulación, el contrato fiduciario y el mandato *proprio nomine*.

---

129 Ya que nos desviamos en parte de la teoría de FERRARA, pues este autor parte de la teoría de la vía oblicua, afirmando que el mandatario es titular frente al mandante; la cual, como veremos, no es la vía de transmisión que entendemos más ajustada. Vid. *Infra* Cap. III.

## CAPÍTULO II

# INTERPOSICIÓN REAL Y CONTRATO FIDUCIARIO

### I. PREMISAS ACERCA DEL CONTRATO FIDUCIARIO

#### I. Advertencias previas.

Se ha dicho que en la práctica se acude a los contratos fiduciarios, bien para suplir una deficiencia del derecho positivo que no ofrece la forma correspondiente a una cierta finalidad económica, o la ofrece tan solo ligada a dificultades o inconvenientes; o bien para obtener algunas ventajas especiales que resultan de la vía indirecta. El negocio fiduciario sirve para hacer posible la realización de fines que el orden jurídico no satisface, para templar ciertas durezas que no se compadecen con las exigencias de los tiempos, para facilitar y acelerar el movimiento de la actividad comercial. Aparece, pues, como un medio de completar el derecho deficiente, de corregir el derecho inadecuado, de producir la evolución de nuevas formas jurídicas. Para conseguir sus fines, los particulares no pueden crear por su propio arbitrio tipos especiales de negocios, sino que se ven obligados a servirse de los medios jurídicos existentes: el procedimiento a que acuden es el de usar juntas varias formas jurídicas, contradictorias a menudo, combinadas y entrelazadas en forma tal que por ellas puede llegarse a resultados nuevos. El producto de esta combinación es, precisamente, el negocio fiduciario<sup>130</sup>.

Desde luego si una cosa es cierta es que el contrato fiduciario es un fenómeno jurídico bastante complejo. Abordar a fondo la figura es del todo inapropiado en esta investigación, dado que lo que nos interesa es el juego de la interposición real de persona en el contrato. No pretendo hacer aquí un detallado elenco de las distintas teorías acerca de la naturaleza del contrato fiduciario, ni tampoco de aquéllas que niegan su existencia. Ni siquiera me voy a detener más de lo necesario en exponer la última tendencia de doctrina y jurisprudencia de incluir el contrato fiduciario en la categoría de los simulados relativamente. Y dejaré a salvo todo lo relativo a las sustituciones fiduciarias, que aquí no hace al caso y que tampoco aporta nada al problema que nos ocupa.

---

130 Vid. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 56.

No obstante, dado que a mi juicio la interposición real puede darse tanto en el mandato *proprio nomine* como en el contrato fiduciario -con sus claras diferencias-, se hace del todo necesario exponer brevemente la función, estructura y características de la figura, así como el porqué de la negación de dicho contrato, haciendo un breve análisis del desorden conceptual que el estudio del contrato fiduciario ha generado en la doctrina. Así, y a pesar de que pueda ser recriminado mi trabajo, no voy a estar de acuerdo con las opiniones que, negando la autonomía del contrato fiduciario, lo incluyen en la categoría de los contratos relativamente simulados; y mostraré la total solidaridad que comparto con aquéllos que defienden su autonomía y existencia.

Y confieso que, en un principio, me dejé arrastrar por la contagiosa enfermedad de seguir las modas legales, principalmente aquéllas que se construyen por la aparición de un importante pronunciamiento de nuestro más alto Tribunal o por las palabras de uno de los más eminentes juristas de todos los tiempos<sup>131</sup>. Pero, tras una larga investigación, he llegado a la conclusión de que no podemos, porque somos juristas, dejarnos impeler por unas consideraciones que, si bien son reflejo del magisterio de un insigne jurisconsulto, no deben ser, por ello, consideradas dogma irrefutable del Derecho. Como se ha repetido muchas veces, la ciencia del derecho, si no quiere perder el sentido de la realidad, es preciso que incorpore en su patrimonio ese tesoro vivo que representan las soluciones jurisprudenciales en general, y no adherirse solo a aquellos pronunciamientos que pretenden aportar aquellas exigencias de originalidad que hacen falta al Derecho, pero de las cuales podemos prescindir cuando no es necesario que sean aceptadas; o bien, cuando con ello se consiga tirar por tierra la existencia de un negocio reconocido en nuestro Derecho desde antaño. Y si bien es cierto que en la disciplina del contrato fiduciario el jurista goza de una libertad mas bien amplia, en cuanto no se haya regulado en nuestras normas legales<sup>132</sup>, no menos cierto es que esta libertad no es ilimitada, dado que la investigación del instituto está ligada a una determinada tradición que estrecha el campo de la indagación, y a la cual debemos una incuestionable deferencia.

## 2. Problemática del contrato fiduciario: teorías acerca de su naturaleza jurídica.

Con la terminología “negocio fiduciario” (*fiduciarische Geschäfte*) se ha definido el negocio seriamente querido, cuya característica fundamental consiste en la desproporción entre el fin práctico perseguido por las partes y el medio jurídico

131 Me refiero al Profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, que en una conferencia pronunciada en 1966 (“El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto”, *Revista de Derecho Notarial*, 1966), introdujo unas ideas que hicieron cambiar en la doctrina española la hasta entonces concepción del contrato fiduciario.

132 Quizá por ello se llegó a decir que la fiducia es una “construcción jurídica” y no un “instituto jurídico” (MESSINA, G.: *Negozi fiduciari*, Milano, 1910, p. 2). Sin embargo, esta teoría es acertadamente refutada por FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 223.

empleado para lograrlo<sup>133</sup>. La esencia del negocio fiduciario -se dice- está en que es este un negocio que va más allá del fin de las partes, que supera la intención práctica, que presta más consecuencias jurídicas que las que serían necesarias para obtener aquel fin; se usa un medio más fuerte para obtener un resultado más débil, se emplea una forma jurídica más importante para obtener un efecto menor. El negocio fiduciario provoca un efecto jurídico más amplio para conseguir un fin económico más restringido<sup>134</sup>. Las partes eligen para su fin práctico o económico un negocio cuyos efectos jurídicos exceden de aquel fin<sup>135</sup>; produciéndose, de este modo, un exceso de la atribución patrimonial respecto de la intención económica.

Así, por ejemplo, en el caso de que el medio jurídico elegido fuese la enajenación, habría una incongruencia con el fin económico o práctico perseguido por las partes -garantía o administración-; discordancia que implica el peligro para el fiduciante y la posibilidad de abuso para el fiduciario. Este sería el segundo dato que caracteriza el contrato fiduciario, es decir, la posibilidad de abuso que tiene el fiduciario, dado que el poder que se le confiere es mucho más amplio que los deberes que se le imponen; aclarándose que la potestad de abuso no es más que la consecuencia de la fórmula general de la divergencia entre el fin y el medio<sup>136</sup>. Por lo que es habitual decir que el negocio fiduciario consiste en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que, sin embargo, no exige esa transmisión<sup>137</sup>.

Esta ha sido la doctrina seguida por la mayoría de los tratadistas<sup>138</sup>, bien utilizando el término “desproporción”, bien haciendo referencia al de “exceso”;

133 Vid. REGELBERGER, F.: “Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession”, *Archiv. Für die civilistische Praxis*, T. LXIII, 1880, p. 173; ID., *Pandekten*, T. I, Leipzig, 1893, p. 518.

134 FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 57.

135 REGELBERGER, F.: *Pandekten*, cit., p. 518.

136 Vid. MESSINEO, F.: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, T. I, Milano, 1957, p. 578, para quien el exceso del medio técnico respecto al fin práctico se presta al abuso de la fiducia por parte del fiduciario.

137 Cfr. ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil (parte general)* (traducción y notas de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.), T. I, Vol. II, 3ª Edición, Barcelona, 1981, § 148, p. 112; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil* (Registros), Apéndice a la 3ª Ed., T. I, 1945, p. 155; JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., p. 12. En el mismo sentido, la STS 10 marzo de 1944 (JC 1844, 12), señalaba, citando a ENNECCERUS que el contrato fiduciario es definido como “la transmisión de un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión; el efecto jurídico querido excede del fin económico propuesto...; las partes podrían haber obtenido el mismo resultado sin necesidad de acudir a la fórmula jurídica utilizada”. Se trata de “una transmisión que aquella finalidad, por sí misma, no requiere; pero que, al amparo del principio de la libertad de pactos, es perfectamente admisible”.

138 Cfr. ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil*, cit., § 148, p. 112; FERRARA, F.: “I negozi fiduciari”, en *Studi in onore di V. Scialoja*, T. II, Milano, 1905, p. 747; ID., *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 57 y ss.; AMBROSINI, A.: *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria*, Roma, 1917, pp. 190 y ss.; BARASSI, L.: *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., pp. 203 y ss.; COVIELLO, N.: *Manuale di Diritto Civile Italiano*, cit., pp. 108 y ss.; DUSI, B.: *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., pp. 43 y ss.; FRASCESCHELLI, R.: *Il Trust nel diritto inglese*, Padua, 1935, p. 17; NITTI, R.: Voz “Negozio fiduciario”, *Novissimo Digesto Italiano*, T. XI, 1957, p. 204; MANCINI, T.: “In tema di negozio fiduciario”, *Foro Italiano*, I, 1960, pp. 1840-1841; CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 25; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: “El fiduciario”, en “El titular”, cit., pp. 285-365; GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, 2ª Reedicción, Madrid, 1981, pp. 15-16; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. II (revisada y puesta al día por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS), 14ª Edición, Madrid, 1987, p. 725; HERNÁNDEZ GIL, A.: “Notas a las SSTs de 10 de marzo de 1944 y 25 de

llegando incluso a decir que la necesaria desproporción entre el fin y el medio es “el alma de los negocios fiduciarios”<sup>139</sup>. Sin embargo, esta teoría ha sido rechazada por algunos autores y matizada por otros: se ha dicho que si bien tal desproporción existe indudablemente en los negocios fiduciarios, no es este el centro del concepto de negocio fiduciario, sino que su centro es la base de la “confianza” en que se apoya todo el negocio, de modo que no se debe considerar como esencial únicamente la incongruencia entre medio y fin<sup>140</sup>; otros explican la inexactitud de la teoría<sup>141</sup>, indicando que no es necesario que exista desproporción entre medio

---

mayo de 1944, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, pp. 694 y ss.; ID., *Obras Completas*, T. III, Derecho de Obligaciones, Madrid 1988, p. 597; VERDERA Y TUELLS, E.: “Algunos aspectos de la simulación”, cit., p. 17; SAPENA TOMÁS, J.: “Actualidad de la fiducia cum creditore”, *Revista de Derecho Notarial*, T. XVII-XVIII, 1957, p. 165; PÉREZ GONZÁLEZ, B., Y ALGUER, J.: Notas al Tratado de Derecho Civil de L. ENNECERUS (puestas al día por M<sup>a</sup> DEL CARMEN GETE ALONSO), T. I, Vol. II, 3<sup>a</sup> Edición, Barcelona, 1981, § 148, p. 124; CÁMARA LAPUENTE, S.: *La fiducia sucesoria secreta*, Navarra, 1996, p. 537; GÓMEZ GALLIGO, F. J.: “Titularidades fiduciarias”, *Actualidad Civil*, n<sup>o</sup> 33, septiembre 1992, p. 536; PUIG BRUTAU, J.: Voz “Negocio jurídico”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XVII, Barcelona, 1982, p. 260; PANTALEÓN PRIETO, F.: Voz “Negocio fiduciario”, cit., p. 4407; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 72 y ss.

139 VID. AMBROSINI, A.: *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria*, cit., p. 190; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>: *Derecho Hipotecario*, T. II, Barcelona, 1948, p. 205 y T. IV, p. 10. En términos análogos CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 25, para quien la esencia de los negocios fiduciarios está en la contraposición entre medio y fin; pero advierte que a esta contraposición entre medio y fin, corresponde exactamente una contraposición entre el lado real y el obligatorio del negocio. Teoría seguida también por SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., p. 242, siguiendo a ROCA SASTRE, aunque acoge la teoría de la dualidad contractual, a la que haré referencia posteriormente.

140 Así, NAVARRO MARTORELL, M.: “Notas sobre el concepto y estructura de los negocios fiduciarios”, *Revista de Derecho Privado*, 1950, pp. 226 y ss., si bien debemos tener en cuenta que el autor entiende que entre medio y fin existe una desproporción, aunque piense que no es esta la única nota característica de los contratos fiduciarios.

Ya la STS 28 enero 1946 (RJA 1946, 111), citando las anteriores de 22 noviembre 1935, 7 enero, 10 marzo, 25 mayo y 30 octubre 1944, reafirmó, refiriéndose al contrato fiduciario, que “no basta la incongruencia entre la estructura jurídica y la finalidad económica de un negocio para determinar su ineficacia”. Orientación que, según BONET RAMON, F.: “Comentario a la STS de 28 de enero de 1946”, *Revista de Derecho Privado*, 1946, p. 197, es digna de aplauso y acabado modelo de técnica jurídica. Aunque es importante señalar que tanto las sentencias enunciadas como el autor parten de la teoría del doble efecto, por lo que no basta tal incongruencia, sino que también será necesaria la existencia de un contrato real y otro obligatorio para que se dé el contrato fiduciario. BONET habla de “contraste” entre los efectos del negocio traslativo y el fin práctico de las partes, consecuencia de ambos negocios -real y obligatorio- (BONET RAMON, F.: “Comentario a la STS de 25 de mayo de 1944”, en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 860-861).

141 Así, HERNÁNDEZ GIL, A.: “Nota a la STS de 10 de marzo de 1944”, cit., pp. 694-695, si bien afirma que “en el contrato fiduciario se produce una inadecuación entre la fórmula jurídica elegida por las partes y el contenido práctico o real de que se las nutre”, termina explicando que la disociación entre la fórmula utilizada y los fines económicos propuestos no es exacta desde el momento en que “no solo se utiliza la forma jurídica correspondiendo a los efectos jurídicos (contrato real positivo), sino que además los que se denominan fines económicos son también objeto de configuración jurídica (contrato obligatorio negativo). Por consiguiente, no es solo que el continente jurídico exceda al contenido económico, sino más bien que este es objeto de una doble configuración jurídica: aquella con respecto de la cual se da la inadecuación y aquella otra que, rectificando a la primera, expresa la verdadera adecuación”.

Aguda fue la precisión de PUGLIATTI, S.: “Fiducia y rappresentanza indiretta”, cit., pp. 250 y ss., para quien el término “incongruencia” no es aceptable. Después de decir que sería más idóneo utilizar el término “excedencia” (del medio respecto al fin) para expresar la idea en base a la cual el medio resulta más extenso que el fin, afirma que, aun así, es poco comprensible el saber en qué consista el exceso del medio respecto al fin (p. 251). Concluye el autor señalando que el medio jurídico elegido produce todos sus efectos; solo que los efectos normales vienen reducidos, para que con base en los mismos puedan, en vía de compensación, producirse otros efectos, en conformidad al resultado que las partes quieren conseguir. En resumen -añade-, los efectos normales del medio (o negocio) jurídico se diluyen, de modo que el medio mismo no solo consigue el resultado normal, sino que a través de este, degradado a su vez a medio, consigue un resultado ulterior (p. 254). El autor termina acogiendo la tesis de GRASSETTI según la cual la pretendida homogeneidad debe entenderse en modo diverso al comúnmente perfilado, de modo

y fin para hallarnos ante un contrato fiduciario<sup>142</sup>. Y hay quien ha sido aún más tajante, negado que entre medio y fin haya una clara desproporción, y poniendo en duda que dicha incongruencia se mantenga en los casos de fiducia *cum amico*<sup>143</sup>; aunque sí pueda hablarse de la posibilidad de abuso por parte del fiduciario, único criterio válido para caracterizar el fenómeno fiduciario<sup>144</sup>.

---

que sea caracterizado de la circunstancia que a través del negocio resultante de la declaración las partes miran a la obtención de un fin práctico que no es aquel típico del negocio mismo.

142 Advierte LACAL FUENTES, P.: "El tema del negocio fiduciario", cit., p. 781, que en los contratos fiduciarios "es indiferente para su existencia que el medio jurídico empleado traspare o corresponda a la intención económica de las partes". En opinión del autor es admisible la existencia de una perfecta congruencia entre el fin perseguido y el medio utilizado. Para hablar de negocio fiduciario, dice el autor, "es suficiente la existencia de una *causa fiduciae*, o lo que es lo mismo, que se realice por motivos de confianza y sin consideración a las defensas legales" (p. 787).

143 Fue esta la objeción de GRASSETTI, el cual indicó que los casos de fiducia *cum amico* son los más frecuentes e importantes en la actualidad y que estos hacen caer el simple concepto tradicional por su insuficiencia técnica. Para GRASSETTI, esta divergencia entre los medios que se emplean y el fin que se persigue, solo se manifiesta en el caso del endoso pleno de un título de crédito con fines de mera cobranza, porque en tal caso se atribuye al endosatario un poder jurídico más amplio del que se necesitaba para conseguir el objeto propuesto; pero tal divergencia no existe en otros casos. Afirma el autor que no se da desproporción entre fin y medio, porque la atribución patrimonial es indispensable para la consecución del fin práctico contemplado por las partes; existe, sin embargo, incongruencia entre la atribución y el fin en el sentido de que es característica del poder del fiduciario una potestad de abuso, derivada de la estructura típica de los derechos reales, que no permite una distinción neta entre titularidad formal y típica y titularidad económica o beneficiaria, por lo que quien recibe la titularidad del derecho también recibe, necesariamente, el poder de disponer en vía real *erga omnes*, incluso más allá y en contra del fin. (GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico", *Rivista di Diritto commerciale*, T. I, 1936, pp. 348-355).

Asimismo, aunque posteriormente rectificará su posición, JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 95-95, siguiendo los pasos de GRASSETTI en este sentido, afirma que "no existe desproporción entre medio y fin en el sentido comúnmente afirmado por la doctrina, porque la transmisión de propiedad es indispensable para el logro del fin práctico perseguido por las partes. Al fiduciario -añade- no se le confiere una posición jurídica más fuerte de lo que sería suficiente, sino que, por el contrario, la titularidad plena es necesaria para realizar el intento económico-jurídico propio del negocio fiduciario, de suerte que cuando falte la adquisición de la propiedad por parte del fiduciario no sería posible conseguir de otro modo la finalidad propuesta. La falta de adecuación no consiste en que el medio es pleno y el fin limitado o restringido... sino en que el primero es definitivo y el segundo temporal o transitorio".

Al respecto, dice BOLOGNA, I.: "Considerazioni sui negozi fiduciari", *Rivista di Diritto Civile*, 1955, p. 627, que si bien es cierto que en el negocio fiduciario el intento práctico de las partes es diverso al intento típico contenido en el negocio traslativo adoptado, se encuentra en esta teoría un específico error; la identificación entre la diversidad de los intentos (práctico y típico) con la no homogeneidad entre el medio adoptado y el fin perseguido. Y -señala- en tal identificación la genérica exactitud se transforma en específico error, pues se puede hablar de desproporción y de no homogeneidad entre el medio y el fin cuando se pueda indicar un medio proporcionado al fin, pero cuando esto no sea posible por la atipicidad del fin, el medio adoptado debe ser tenido como proporcionado, siendo posible solo así el logro del intento fiduciario. Para LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, Reimpresión, Milano, 1971, pp. 64 y ss. y 88 y ss., la fórmula de la divergencia entre medio y fin no es idónea, a parte de su imprecisión terminológica, para individualizarlo como elemento caracterizador de la fiducia (p. 103). Señala que es evidente que si a los sujetos del contrato no les es indiferente el modo que han elegido para la satisfacción de su interés, es decir, si el intento práctico que prefiguran conlleva también la realización de los efectos reales del negocio traslativo, si, en resumen, para las partes es necesario también el medio para realizar el fin, hablar entonces de una divergencia entre ellos parece como menos artificioso (pp. 95-96).

144 Así, GRASSETTI, C.: "Il negozio fiduciario nel diritto privato", *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, pp. 5 y ss.; ID., "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità", cit., pp. 355-364.

No coincide con esta opinión BOLOGNA, I.: "Considerazioni sui negozi fiduciari", cit., pp. 626-627, para quien debe abandonarse la noción de poder de abuso como característica propia del negocio fiduciario. Explica que si se coloca la noción de abuso en relación con los poderes del fiduciario, el abuso mismo es imposible, dado que el uso de la propia cosa forma parte de los poderes del propietario. Al respecto, señala LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, cit., p. 101, que la aparente contradicción que hay entre los dos términos, de poder y de abuso, no significa más que un diverso modo de prospectar la recordada descompensación entre medio y fin (con la que el autor no se muestra conforme).

Se aclara, además, que la teoría del exceso de la causa no es idónea para ofrecer una plena justificación del contrato fiduciario, en cuanto la transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario, por lo general, no es un exceso respecto del fin perseguido por las partes, puesto que tal fin solo puede realizarse concretamente invistiendo al fiduciario de la propiedad formal del bien perteneciente al fiduciante<sup>145</sup>. De modo que sería más correcto calificar al contrato fiduciario como el contrato a través del cual se persigue un fin distinto de la causa del contrato elegido, teniendo el *pactum fiduciae* la función de adaptar al contrato elegido para la realización del fin perseguido<sup>146</sup>.

---

145 Vid. GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, T. I, Vol. II, 2ª Edición, Padova, 1993, pp. 413-414. Piénsese en la hipótesis -advierte el autor-, que estadísticamente es la más frecuente, de la atribución fiduciaria de bienes: en este caso, si bien es cierto que el fiduciario recibe el encargo de actuar, sustancialmente, como mandatario del fiduciante, puesto que se ha obligado a ejecutar sus instrucciones, en orden al goce o a la disposición del bien, también es cierto que la intención perseguida por el fiduciante, y acordada con el fiduciario, es no aparecer frente a terceros, como propietario del bien. El mandato -añade- para administrar es un *minus* respecto del fin perseguido por las partes; el cual no puede realizarse cabalmente si no se transfiere la propiedad por el fiduciante al fiduciario.

146 GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 414. Análoga precisión había hecho TAMBURRINO, G.: "Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. I, 1946, pp. 185 y ss., quien, aceptando en parte la teoría de GRASSETTI, afirma que si bien es cierto que en los casos de fiducia *cum creditore* es posible encontrar una desproporción o discordancia entre medio y fin, no es menos cierto que en algunas hipótesis de fiducia *cum amico* falta dicha desproporción. Por ello, advierte el autor, sería mejor hablar de distinción y no de homogeneidad o desproporción entre fin y medio; se trata de una distinción cualitativa. Es como decir que las partes quieren un fin diverso de aquellos que son los fines del negocio del cual se sirven (p. 187).

Y afirma CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. II, cit., p. 87, tras decir que el negocio fiduciario "tiene como característica la divergencia entre el fin económico que se persigue y el medio jurídico que se utiliza", que de este modo "las partes se proponen obtener un efecto distinto más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego".

Lo cierto es que el contrato fiduciario se caracteriza por su naturaleza compleja. La doctrina mayoritaria<sup>147</sup>, y la generalidad de la jurisprudencia<sup>148</sup>, defienden la

147 Cfr. FERRARA, F.: "I negozi fiduciari", cit., pp. 746 y ss.; ID., *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 57 y ss.; CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 25 y ss.; GRECO, P.: "La società di comodo e il negozio indiretto", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, p. 779; GORLA, G.: *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, pp. 3 y ss.; BERTINI, A.: *I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento*, Milano, 1940, pp. 5 y ss.; NITTI, R.: Voz "Negozio fiduciario", cit., p. 203; SCOGNAMIGLIO, R.: Voz "Collegamento negoziale", *Enciclopedia del Diritto*, T. VII, Milano, 1960, p. 379; GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, cit., pp. 414 y ss.; ID., "Il negozio giuridico", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), Milano, 1988, pp. 427 y ss.; ID., "Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto", en *Commentario del Codice Civile*, (dirigido por FRANCESCO GALGANO), Bologna-Roma, 1998, pp. 37 y ss.; GIOVENE, A.: *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, cit., p. 34; FURGIUELE, G.: *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992, p. 138; GOLTZ.: *Des fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsels Rechts*, Marburg-Elevart, 1901, p. 12; SCHÖNY: "Treuhandgeschäfte", en *Archiv für Bürgerliches Recht*, 1910, pp. 322 y ss. (cit. por FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 57, y por CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 45); ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil*, cit., § 148, p. 111; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. II, cit., pp. 86 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, A.: "Notas a las SSTS de 10 de marzo de 1944", cit., pp. 695 y ss.; BONET RAMON, F.: "Comentario a la STS de 28 de enero de 1946", cit., pp. 196-197; ID., "Comentario a la STS de 25 de mayo de 1944", cit., pp. 860-861; CLARET y MARTI, P.: *De la fiducia y del trust. Estudios de derecho comparado*, Barcelona, 1946, pp. 13 y ss.; GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, cit., pp. 37 y ss.; SAPENA TOMÁS, J.: "Actualidad de la fiducia cum creditore", cit., p. 165; NAVARRO MARTORELL, M.: "Notas sobre el concepto y estructura de los negocios fiduciarios", cit., pp. 232 y ss.; ID., "Aislamiento de los negocios fiduciarios", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. I, 1950, p. 452; ID., *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, pp. 118 y ss.; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., p. 242; CHECA MARTÍNEZ, M.: *El "trust" angloamericano en el derecho español*, Madrid, 1998, pp. 22 y ss.; RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, 1998, p. 127; BADOSA COLL, F.: "Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho español", en A.A.VV., *Estudios en homenaje al profesor Díez Picazo*, Madrid, 2003, pp. 221 y ss., aunque este autor dice que podemos hablar también de un doble negocio; GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa y garantía fiduciaria*, Valencia, 2012, pp. 183 y ss., quien concibe el negocio fiduciario como un negocio en que concurren dos planos: uno real y otro obligacional, sea a través de un negocio dobe o bien a través de un negocio complejo. En este sentido, y aunque dice no estar de acuerdo con la teoría del doble efecto, se pronuncia MARTÍN LEÓN, A.: *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad*, Navarra, 2012, p. 48; ID.: "Negocios Fiduciarios y usucapión", *Anuario de Derecho Civil*, T. LXVI, fasc. III, 2013, pp. 1163 y ss. Este autor, aunque termina por entender que el contrato fiduciario no más que un contrato simulado relativamente, sigue la teoría que sienta la citada STS 14 marzo de 1964 que es la del doble efecto, al indicar que "A nuestro juicio, lo más correcto es concebir el negocio fiduciario a la manera de la STS 14 marzo 1964, es decir, como un negocio complejo que es resultado de la combinación de una dualidad de convenciones, una de carácter transmisivo (contrato traslativo, v. gr. venta), y otra de carácter complementario, modificativa de la primera (pacto fiduciario o complementario)".

148 En España, la teoría del doble efecto se introdujo por la STS 25 mayo 1944 (RJA 1944, 800), aunque encontramos claros precedentes en las SSTS de 23 mayo d 1935 (RJA 1935, 1123), 7 enero 1944 (RJA 1944, 109) y 10 marzo 1944 (JC 1944, 12). La citada sentencia expuso con gran claridad la doctrina de la dualidad contractual, señalando que el negocio fiduciario "reviste una forma compleja y está integrado por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el fin jurídico utilizado para conseguirlo". Así también la STS 28 enero 1946 (JC 1946, 25), que, refiriéndose al contrato fiduciario (fiducia cum creditore) y distinguiéndolo del simulado, dice que este se compone de dos contratos diferentes: "uno de transferencia y otro de garantía (contrato obligatorio negativo, según la doctrina más autorizada)". De máxima importancia y gran precisión es la STS 18 febrero 1965 (RJA 1965, 882) que señala que "el negocio fiduciario se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos independientes, uno real, de transmisión plena del dominio, con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz erga omnes, y otro obligacional, válido para inter partes, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea, restitución de la misma cosa o abono de su valor económico".

En esta línea se mueven las SSTS de 23 febrero 1951 (RJA 1951, 267); 3 mayo 1955 (RJA 1955, 1561); 31 octubre 1955 (RJA 1955, 3096); 28 diciembre 1955 (RJA 1956/240); 10 julio 1957 (RJA 1957, 2225); 14 marzo 1964 (RJA 1964, 1422); 11 junio 1964 (RJA 1964, 3533); 20 enero 1966 (RJA 1966, 8); 3 mayo 1976 (JC 1976, 117); 4 diciembre 1976 (JC 1976, 368); 30 abril 1977 (RJA 1977, 1699); 23 mayo 1980 (RJA 1980, 1958); 27 junio 1980 (RJA 1980, 2414); 9 diciembre 1981 (RJA 1981, 5153); 28 octubre 1988 (RJA 1988, 7746); 19 junio 1997 (RJA 1997, 5418); 16 noviembre 1999 (RJA 1999, 8612); 5 marzo 2001 (RJA 2001, 3972); 16 julio 2001 (RJA 2001, 5226); 1 febrero 2002 (RJA 2002, 1586); 7 junio 2002 (RJA 2002, 4875); 17 septiembre 2002 (RJA 2002, 8558); 28 noviembre 2002 (RJA 2002, 10283); 26 julio 2004 (LA

teoría según la cual el contrato fiduciario está formado por dos contratos distintos; un negocio real positivo, que opera la transferencia de la propiedad o del crédito, y que se realiza de modo perfecto e irrevocable; y otro obligatorio<sup>149</sup>, que da origen a la obligación del fiduciario de usar tan solo en una cierta forma el derecho adquirido para restituirlo después al fiduciante o a un tercero<sup>150</sup>.

LEY 31/2005). Algunas de estas sentencias declaran la inexistencia del contrato fiduciario del supuesto en litigio, sin embargo señalan el concepto de contrato fiduciario en atención a la dualidad de contratos. La SAP de Baleares 12 julio 2011 (ROJ SAP IB 1606/2011), sigue a ojos vendados la teoría del doble efecto, y hace un resumen de la jurisprudencia del TS hasta esa fecha, indicando que “Siguiendo la teoría del doble efecto el fiduciario ostenta la titularidad dominical del la cosa frente a todos, incluyendo al mismo fiduciante. Si incumple el pacto de fiducia responderá de daños y perjuicios el fiduciario frente a aquél, pero este no podrá reivindicar la cosa que se halle en su patrimonio o en el de un tercer adquirente. Y en el supuesto de la quiebra del fiduciario, el bien transmitido ingresa en la masa de la misma, no pudiendo el fiduciante pedir su separación alegando que él es el verdadero dueño”. Le sigue en su criterio la La SAP de Baleares 15 noviembre 2011 (EDJ 2001/292022), al indicar que, aunque hay una tendencia de algunos tribunales y doctrina de abandonar la teoría del doble, lo hacen prescindiendo de la sustantividad de la causa *fiduciae* como comprendida en el art. 1274 CC. Sin embargo, esta sentencia entiende que la titularidad formal derivada del negocio fiduciario habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada y la validez de lo acordado entre las partes. Vid. también las SSAP de Baleares 1 julio 2010 ((ROJ SAP IB 1420/2010); Baleares 22 febrero 2011 (ROJ SAP IB 269/2011), Valencia 24 marzo 2011 (LA LEY 137656/2011); Valencia 30 junio 2011 (LA LEY 211384/2011); Madrid 29 marzo 2012 (LA LEY 56059/2012); Málaga 29 marzo 2012 (LA LEY 138486/2012); Madrid 29 marzo 2012 (LA LEY 56059/2012); Alicante 30 diciembre 2013 (LA LEY 245829/2013); Madrid 17 junio 2014 (LA LEY 129221/2014); Barcelona 25 junio 2014 (ROJ SAP B 7266/2014); Tarragona 15 enero 2020 (TOL7.737.096); Barcelona 28 enero 2020 (TOL7.763.138) que al diferenciar entre contrato fiduciario y simulado indica que “Nuestro Tribunal Supremo ha venido declarando sobre el particular que el negocio fiduciario se integra por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para lograrlo, pues aunque se transfiere la plena titularidad de una cosa o derecho el adquirente se obliga a volver a transmitirlo al enajenante o un tercero, una vez conseguido el fin económico realizando una combinación de figuras jurídicas que, salvo prueba de fraude, no obsta a su validez, pues el art. 1.276 del Código Civil establece el principio de nulidad contractual en los que se expresa causa falsa salvo la existencia de otra verdadera y lícita, y que se presume (art. 1.277) si no se prueba lo contrario”.

En la jurisprudencia italiana la dualidad de contratos ha sido aceptada casi unánimemente. Entre otras, pueden verse las SSCSC de 30 agosto 1947, n.º 1554 (Giur. Compl. Cass., 1947, III, p. 409); 16 noviembre 1950, n.º 2602 (Mass. Giust. It., 1950, cc. 629 y 230); 14 abril 1951, n.º 913 (Giur. Compl. Cass., 1951, II, p. 241), con nota de CARIOTA-FERRARA, L.: “Negozio fiduciario e negozio indiretto”, cit.; 13 octubre 1951, n.º 2633 (Mass. Giust. It., 1951, c. 736); 12 enero 1952, n.º 59 (Mass. Giust. It., 1952, cc. 16 y 17); 29 febrero 1952, n.º 580 (Mass. Giust. It., 1952, cc. 162 y 163); 11 agosto 1952, n.º 2646 (Mass. Giust. It., 1952, cc. 707 y 708); 30 diciembre 1954, n.º 4638 (Mass. Giust. It., 1954, c. 1046); 29 octubre 1956, n.º 4016 (Mass. Giust. It., 1956, cc. 839 y 840); 18 abril 1957, n.º 1331 (Giust. Civ., 1957, I, p. 1961); 7 noviembre 1959, n.º 3314 (Mass. Giust. It., 1959, c. 690); 10 febrero 1961, n.º 288 (Mass. Giust. It., 1961, c. 71); 1 abril 1965, n.º 563 (Dir. Fall. 1965, II, p. 221); 24 enero 1967, n.º 215 (Giust. It., 1967, I, c. 158); 30 enero 1968, n.º 296 (Giust. Civ., 1968, I, p. 609); 19 febrero 1971, n.º 435 (Mass. Giust. It., 1971, cc. 178 y 179, y en Foro It. Mass., 1971); 29 mayo 1993, n.º 6024 (Cor. Giur., n.º 7, 1993, p. 855 y en Giust. Civ., 1994, T. II, p. 5).

149 Calificado por algunos autores como contrato negativo, basándose en el hecho de que este contrato delimita las facultades otorgadas por el contrato real. Así, CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 28; GIOVENE, A.: *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, cit., p. 34; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 57, quien advierte que es un contrato obligatorio negativo en cuanto representa un constreñimiento a no abusar de la eficacia del negocio real.

150 Esta es la llamada “fiducia de tipo romano”, en contraposición a la “fiducia de tipo germánico”, aquella que tiene como principal consideración la discordancia entre medio y fin y que recurre a una condición resolutoria. De hecho, estos dos iniciales tipos de fiducia son los que dieron lugar y sirvieron de base a las diversas construcciones que del contrato fiduciario se han elaborado (téngase presente que el contrato fiduciario no agota los negocios de Fiducia). En ambas se confiere un poder jurídico al fiduciario que excede o es distinto al fin práctico perseguido. La diferencia entre ambas atañe a la esencia y los límites del poder jurídico otorgado al fiduciario. En la fiducia de tipo romano el fiduciario es investido de un poder jurídico desde el punto de vista real ilimitado; el fin para el cual el derecho le ha sido transmitido opera solo por la vía de la relación obligatoria, con base en la cual el fiduciario debe hacer el uso del derecho como se ha establecido. En la fiducia germánica, no nos encontramos ante la transmisión de un derecho absoluto o incondicionado, sino que la limitación del poder del fiduciario, que en la fiducia romana atiende solo al aspecto obligatorio de la compleja relación instaurada entre los sujetos, inviste toda la relación

Se han utilizado numerosas formas para definir esta duplicidad contractual; se ha dicho que los dos contratos, aunque autónomos, se encuentran en una relación de subordinación, de forma que el negocio obligatorio se califica de accesorio respecto al real que sería el negocio principal<sup>151</sup>. También se ha afirmado, a mi juicio con más acierto, que son contratos independientes y autónomos, aun cuando el obligatorio represente un constreñimiento a no abusar de la eficacia del real, en tanto en cuanto se trata de negocios de índole y efectos diferentes, pero colocados en oposición recíproca<sup>152</sup>. Hay que poner de manifiesto, aunque a ello haré referencia más adelante, que esta no es más que la llamada “conexión contractual”, que caracteriza el contrato fiduciario, según la cual este se haya formado por dos contratos distintos, pero que presentan entre sí un nexo jurídico, lo que los convierte en contratos conexos o coligados<sup>153</sup>.

No obstante, no podemos ocultar que esta teoría ha sido criticada por algunos autores que entienden el contrato fiduciario como un contrato unitario, con una

---

(JAEGER, P. G.: *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p. 27). Por lo que en la llamada fiducia germánica, la determinación del fin ejercitaría su influencia directamente en la esfera del poder jurídico del fiduciario; así, el derecho se adquiriría por el fiduciario “condicionado resolutivamente”, convirtiéndose en ineficaz cualquier uso contrario al fin destinado, puesto que un abuso por parte del fiduciario provocaría el retorno del bien al fiduciante (CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 10). En la fiducia romana el fiduciante solo puede exigir una indemnización de daños y perjuicios si el fiduciario abusa de su poder, mientras que en la germánica, es posible el retorno del bien al fiduciante en caso de abuso, de una forma, podría decirse, automática.

Sin embargo, se ha dicho que la distancia que separaba la fiducia romana y la germánica, desde el punto de vista práctico, han terminado por ser cada vez menor, y que la adopción de una o de otra dependería del contenido de la categoría, o de la inserción o no del elemento accidental de la condición; dependería en último análisis de la voluntad de las partes, lo que terminaría suponiendo la admisibilidad de una propiedad resoluble y temporánea, que no puede ser reconocida (PUGLIATTI, S.: “Fiducia y rappresentanza indiretta”, cit., pp. 246-249); de modo que dicha fiducia no puede ser admitida como fiducia en sentido técnico, sino que debería relegarse a un amplio esquema de fiducia que, por ser demasiado genérico, corre el riesgo de ser inservible para cualquier generalización dogmática (MESSINA, G.: *Negozi fiduciari*, cit., pp. 4-20). Así también NITTI, R.: Voz “Negozio fiduciario”, cit., p. 203. En sentido análogo concluyen PUGLIATTI, S.: “Fiducia y rappresentanza indiretta”, cit., pp. 249-250, señalando que la fiducia romana sería la única que podría ser utilizada en el derecho positivo italiano, y CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 225, aunque como luego veremos, estos dos autores terminan por negar la admisión del contrato fiduciario en los sistemas que no admiten la abstracción de la causa.

Debe advertirse aquí que algún autor ha señalado que es dudosa la fundamentación de la teoría del doble efecto en la misma fiducia romana. Vid. al respecto, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 390-391.

- 151 Cfr. CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 28. Este autor parte de la premisa de que ambos negocios son autónomos, pero que no obstante se influyen de una manera inmediata y refleja. Una recíproca influencia en la que predomina el negocio real positivo, que se ve limitado por el obligatorio negativo, de forma que en lugar de lograrse un resultado jurídico y económico, solo se realiza el resultado jurídico y no el económico.
- 152 Así, y siguiendo a GOLTZ (*Des fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsels Rechts*, ob.cit. p. 12), se pronuncia FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 57. Así también SCHÖNY: “Treuhandgeschäfte”, cit., p. 298, que considera al real y al obligatorio como negocios verdaderamente autónomos, aunque en el fondo -advierte- exista un lazo de unión, consistente en perder la autonomía al ser considerados desde el punto de vista de partes constitutivas del negocio fiduciario complejo. Se adhiere a esta posición CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. II, cit., p. 726.
- 153 Cfr. NAVARRO MARTORELL, M.: “Notas sobre el concepto y estructura de los negocios fiduciarios”, cit., p. 238; ID., *La propiedad fiduciaria*, cit., pp. 93 y ss.; GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, cit., pp. 414 y ss.; ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil*, cit., § 148, p. III; SCHIZZEROTTO, G.: *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 298; SCOGNAMIGLIO, R.: Voz “Collegamento negoziale”, cit., p. 379; GASPERONI, N.: “Collegamento e connessione di negozi”, *Rivista di Diritto Commerciale*, T. I, 1955, p. 357.

causa propia, la *causa fiduciae*, considerando esta figura jurídica como un contrato real-obligatorio único<sup>154</sup>. La transmisión de la propiedad se basaría, por tanto, no en una causa típica, sino en la de conseguir un determinado fin jurídico, un fin atípico<sup>155</sup>. Se dice que la *causa fiduciae* informa el contenido del contrato fiduciario; y que los efectos reales y los efectos obligatorios tienen el mismo fundamento causal, siendo la *fides* el puente que une el lado real con el lado obligatorio, armonizándolos en lo posible dentro de la superior unidad del negocio<sup>156</sup>. Así, aseguran algunos que la *causa fiduciae* es atípica, en el sentido de que no responde a ningún tipo de negocio contemplado especialmente por el ordenamiento jurídico; lo que significa que tiene índole propia y exige por sí misma el traspaso de la propiedad<sup>157</sup>. Si la causa -se dice- es el índice de identificación del negocio, solo configurando una *causa fiduciae* es posible construir el negocio fiduciario como categoría jurídica autónoma<sup>158</sup>; siendo este una categoría jurídica tipificada socialmente por la *causa fiduciae* e independiente de las causas tipificadas legislativamente<sup>159</sup>.

- 154 Propugnada en Italia por GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità", cit., pp. 345 y ss., para quien en el negocio fiduciario el efecto del derecho real tiene como causa justificativa el efecto obligacional del mismo negocio. Entiende el negocio fiduciario como una manifestación de voluntad, en la que se atribuye a otros la titularidad del derecho en nombre propio pero en el interés del transmitente o de un tercero (p. 365), y como un negocio en el cual es característica la *causa fiduciae* atípica. Y es atípica -dice- en el sentido que a través del elemento de hecho de cada negocio fiduciario, las partes persiguen un fin que no es previsto en vía específica por el legislador. En la *causa fiduciae* -añade-, se realiza excepcionalmente lo inverso a lo que afirma un conocido principio, que representa la norma (p. 378). La siguieron con matices, DE MARTINI, A.: "Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia", *Giurisprudenza Italiana*, 1946, I, 2, pp. 323 y ss.; ID., "Ancora in tema di negozio fiduciario e di negozio indiretto", *Giurisprudenza della Cassazione Civile*, 1947, pp. 415 y ss.; ID., "Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. II, 1946, pp. 705 y ss.; BOLOGNA, I.: "Considerazioni sui negozi fiduciari", cit., pp. 632 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 215 y ss.; JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 137 y ss.; ID., "Dictámenes sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 624 y ss. (aunque como veremos, estos dos últimos autores cambiarán su postura); LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, T. II (edición revisada y puesta al día por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ), Barcelona, 1999, p. 455; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. U.: "Comentario al artículo 1. 276 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA), T. XVII, Vol. I B, Madrid, 1993, pp. 601-602, aunque debo advertir que este autor dice seguir a DE CASTRO afirmando que también este jurista defiende la teoría unitaria, afirmación que, como veremos, no es exacta.
- 155 Atípico en cuanto, dice GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità", cit., p. 364, no está previsto específicamente por el ordenamiento jurídico, y en este sentido, pero sólo en él -advierte el autor-, es exacto decir que las partes persiguen un fin fuera de la ley. Lo critica TAMBURRINO, G.: "Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario", cit., p. 189, que señala que no puede hablarse de tipicidad o atipicidad en el fin perseguido por las partes, pues en el negocio fiduciario las partes pueden perseguir un fin típico.
- 156 En este sentido, afirma GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità", cit., p. 364, que el negocio fiduciario implica *affidamento* del transmitente al adquirente. Le segunda JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., p. 138.
- 157 Cfr. GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità", cit., pp. 348 y ss.; BOLOGNA, I.: "Considerazioni sui negozi fiduciari", cit., p. 632; JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 138 y ss. y 194-195. Para este autor se trata de una causa vecina a la *causa credendi*, consistente en el juego de una prestación frente a la promesa obligacional del fiduciario de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa recibida, causa que es hábil para transmitir el dominio (p. 99, nota 143).
- 158 DE MARTINI, A.: "Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia", cit., p. 323.
- 159 ID., p. 326; ID., "Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato", cit., p. 707. En este último trabajo el autor habla del negocio fiduciario como negocio *sui generis*, tipificado socialmente por la *causa fiduciae*.

Nuestra jurisprudencia ha elaborado una teoría unitaria del contrato fiduciario, afirmando que se trata de un acto formal mixto e integrado por dos independientes, pero de finalidad unitaria: uno de naturaleza real por el que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional que constriñe la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia, que el primero asegura, se haya saldado, constituyéndose en su conjunto como un contrato causal, conforme al art. 1.274 CC<sup>160</sup>.

Sin embargo, y a pesar de la sugestiva construcción que ofrecen los defensores de la teoría que construye el contrato fiduciario como un contrato unitario, esta ha sido severamente criticada<sup>161</sup>, señalando que una causa destinada a producir efectos limitados, como lo es la *causa fiduciae*, no puede producir efectos ilimitados<sup>162</sup>. Se observa que si existiera una verdadera causa de transmisión, esa causa vendría a determinar la naturaleza, límites y efectos del contrato; que la finalidad de garantía o mandato no puede originar una transmisión plena y definitiva de la propiedad, pues entre la causa y el efecto atribuido habría entonces una disonancia o contradicción inadmisibles. Además, se advierte que la transmisión *fiduciae* sería inadmisibles legislativamente, porque conduciría necesariamente a una "propiedad fiduciaria", es decir, temporánea y formal, introduciendo una nueva

160 Vid. SSTS 8 marzo 1963 (RJA 1963, 1628); 19 mayo 1982 (RJA 1982, 2580); 8 marzo 1988 (RJA 1988, 1607); 7 de marzo 1990 (RJA 1990, 1674); 30 enero 1991 (RJA 1991, 349); 30 enero 1991 (RJA 1991, 349); 6 abril 1992 (RJA 1992, 6286); 5 julio 1996 (RJA 1996, 5576); 30 junio 1998 (RJA., 5294). La citada SAP de Baleares 15 noviembre 2011 (EDJ 2001/292022), afirma que la jurisprudencia ha pasado de la teoría del doble efecto a la teoría de una única causa, la causa *fiduciae* comprendida en el art. 1274 CC, y cita en esta línea las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1992, 2 de junio de 1982, 6 de abril de 1987 y 8 de marzo de 1988.

En el mismo sentido, la Resolución de la DGRN 30 junio 1987 (RJA 1987, 4843) ha afirmado que en el negocio fiduciario "no hay sino un negocio unitario que debe ser valorado globalmente en función de la efectividad práctica perseguida, de modo que en sus determinaciones han de contemplarse como íntimamente vinculadas e integradas entre sí y cuyo alcance ha de ser decidido de conformidad con la causa unitaria".

En la jurisprudencia italiana configuran el contrato fiduciario como un negocio autónomo distinguido por una atípica *causa fiduciae* jurídicamente admisible, las SSCSC de 5 abril 1946, n.º 388 (Giur. Compl. Cass., 1946, I, p. 183) con nota de TAMBURRINO, G.: "Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario"; 19 mayo 1960, n.º 1261 (Giust. Civ., 1960, p. 471); 17 febrero 1961, n.º 339 (Sett. Cass., 1961, p. 335).

161 Cfr. CARRARO, L.: *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, pp. 83 y ss.; LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 278 y ss.; CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 108 y ss.; PUGLIATTI, S.: "Fiducia y rappresentanza indiretta", cit., pp. 267 y ss.; BERTINI, A.: *I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento*, cit., pp. 16 y ss.; NITTI, R.: Voz "Negozio fiduciario", cit., p. 207; GIACOBBE, G.: *La frode alla legge*, Milano, 1968, pp. 72-74; GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, Napoli, 1982., pp. 316-317; TRIMARCHI, V. M.: Voz "Negozio fiduciario", *Enciclopedia del Diritto*, T. XXVIII, Milano, 1978., pp. 41-43; ZACCHEO, M.: *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991, pp. 95 y ss. Peculiar es la propuesta de este último autor, que si bien critica la tesis unitaria del contrato fiduciario, concluye afirmando que es posible hablar de unidad del mismo, pero la unidad de ambos efectos (traslativo y obligatorio) no es originada por el mismo contrato, entendido como fusión entre contrato obligatorio y acto traslativo, sino como una categoría normativa que trasciende el reglamento contractual. No se trata -dice- de un juego de perspectivas que asume como punto de referencia el monolítico contrato traslativo, sino de considerar una diversidad lógica, antes que jurídica, entre los dos diversos aspectos, que, si bien coincidentes desde un punto de vista cronológico, no se confunden, operando en diversos planos; el reglamento negocial que disciplina la relación fiduciaria; el acto traslativo, que queda externo a la estructura del contrato y está privado de causa, en el plano normativo (pp. 144-145).

162 Vid. CARRARO, L.: *Il mandato ad alienare*, cit., p. 84.

figura de derecho real, violando indirectamente el principio del *numerus clausus*<sup>163</sup>. Se niega así la virtualidad traslativa de la misma, por estimar que responde a un fin limitado o restringido (correspondiente al mandato o a la prenda e hipoteca), incapaz, por tanto, de justificar por sí el paso de la propiedad<sup>164</sup>.

### 3. (Sigue) Dudas acerca de su admisibilidad.

Ahora bien, el complejo problema del contrato fiduciario no termina aquí, sino que desde que se dijo que presupuesto esencial del concepto de fiducia era la abstracción de su causa, identificándose el contrato fiduciario con el contrato abstracto<sup>165</sup>, no pocos han sido los autores<sup>166</sup> que han negado la validez del

163 Así, PUGLIATTI, S.: "Fiducia y rappresentanza indiretta", cit., p. 272. Especifica el autor que la aceptación de una propiedad temporal es inadmisibles en nuestro derecho positivo (evidentemente se refiere al italiano) puesto que en él falta aquel genérico reconocimiento de la propiedad fiduciaria, que pueda consentir la creación de verdaderas y propias situaciones fiduciarias, fuera de cualquier previsión normativa (p. 277). Ya CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 30 y ss. había dejado bien claro que el fiduciario es propietario frente a cualquiera, sin excepciones; y que no puede distinguirse la propiedad del fiduciario del correspondiente derecho de otro titular, siendo inexacto hablar de una "propiedad fiduciaria". Entender -añade- por propiedad fiduciaria una propiedad limitada, y, como tal, especial, es igualmente erróneo, no pudiéndose hablar de limitaciones de la propiedad, sino en tanto en cuanto esa sea mermada por derechos análogos, o sea por derechos reales. En el negocio fiduciario solo hay obligaciones personales del fiduciario (pp. 30-31).

Como he anticipado, la negativa ha admitir una posible propiedad temporánea fue expuesta por varios autores. Importante fue la aportación de ALLARA, M.: "La proprietà temporanea", *Il Circolo Giuridico "L. Sampolo"*, 1930, pp. 69 y ss., que definiendo la propiedad temporánea como aquella que resulta acompañada de una limitación de tiempo añadida, predeterminada e inherente al derecho (p. 76), negaba su admisibilidad. En sentido análogo, CARRARO, L.: *Il mandato ad alienare*, cit., p. 84 (nota 37); NITTI, R.: Voz "Negozio fiduciario", cit., p. 203; GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità", cit., p. 354; SCADUTO, G.: "La rappresentanza mediata nell'acquisto di diritti", *Revista di Diritto Commerciale*, T. XXIII, 1925, p. 529; GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, cit., p. 317. En contra de la propiedad formal, aunque no admita la validez del contrato fiduciario y los incluya en el fenómeno simulatorio, se muestra también FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario*, cit., p. 206. Pero hay que advertir que esta autora identifica el término "propiedad formal" con la llamada en derecho italiano *intestazione* (pp. 218-219). Esta identificación es, a mi juicio, errónea, pues la llamada *intestazione* no es sino una interposición de persona, que si bien puede ser ficticia, también lo puede ser real, en cuyo caso no sería admisible la propiedad formal.

En contra, NATOLI, U.: *La proprietà, Appunti delle lezioni*, T. I, Milano, 1973, p. 151, para quien la propiedad del fiduciario está meramente ligada a la destinación que le ha sido asignada. Tal destinación -añade- explica su relevancia creando particulares obligaciones a cargo del fiduciario (de retransmitir o transmitir ulteriormente), pero sin incidir inmediatamente en la estructura del derecho de propiedad en aquél sentido, que es característico de la determinación de temporaneidad.

164 A juicio de CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 112 y ss., como los negocios atípicos deben tener los mismos elementos esenciales que los negocios típicos y entre ellos se encuentra la causa, cual función jurídico-práctica del negocio, su existencia se torna también necesaria en el ámbito de los primeros, no en el sentido de la función típica, característica de los negocios nominados, que solo debe ser exigida con relación a estos, sino en el sentido de que las nuevas funciones deben adaptarse a los moldes generales de causas típicas, es decir -tratándose de negocios traslativos-, o a la causa onerosa, cuyo modelo es la compraventa, o a la causa gratuita, cuyo modelo es la donación. Así, la *causa fiduciae*, que no puede encuadrarse perfectamente ni en una ni en otra categoría de causas, sería inadmisibles, según el ordenamiento positivo.

165 Define ENNECERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil*, cit., § 148, p. 106, el negocio abstracto como aquel negocio que es separado, abstraído del convenio causal. Es un negocio de enriquecimiento en el cual el convenio causal no forma parte del contenido del negocio; la declaración de enriquecer el patrimonio de otro por sí sola y sin la causa constituye el contenido del negocio.

166 Así, CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 127 y ss., que tras hacer un estudio del negocio fiduciario aplicando la teoría de la dualidad de contratos, para quien el contrato fiduciario se actúa por medio de un negocio abstracto traslativo, concluye afirmando que si la abstracción es presupuesto de la fiducia verdadera y propia, no pueden existir negocios fiduciarios en los ordenamientos jurídicos que no reconozcan los negocios abstractos (p. 128). En sentido análogo, PUGLIATTI, S.: "Fiducia y rappresentanza indiretta", cit., pp. 278 y ss., para quien la dualidad de contratos (al igual que la *causa fiduciae*) no es

contrato fiduciario en los sistemas causalistas -como el italiano y el español-, en los cuales no se admite la abstracción de la causa<sup>167</sup>. Se dice que para que pueda darse una transmisión dirigida a los meros fines de garantía o mandato es necesario que exista un negocio de transmisión como tal, puro y simple, que no tenga ninguna determinación causal intrínseca; es decir, que dicho negocio sea abstracto. Así, se justifica la abstracción del contrato fiduciario advirtiendo que el acto traslativo es abstracto porque no tiene causa, puesto que su causa solo se encuentra en el *pactum fiduciae*<sup>168</sup>.

Por supuesto, aquellos que defienden la abstracción del contrato fiduciario critican severamente la teoría unitaria, y advierten que la transmisión del dominio con negocio causal solo puede producirse mediante los negocios de efectos reales previstos por la ley, constituyendo estos un *numerus clausus*; y por tanto, no existirá una transmisión causal de la propiedad que no fuese venta, donación, permuta etc., por lo que solo en los actos abstractos de transmisión podría admitirse un

---

admisibles porque no se puede admitir una figura que resulta de la combinación de negocios abstractos (p. 279), dado que la abstracción, al igual que la propiedad fiduciaria, es del todo extraña al ordenamiento italiano (p. 281). Así también, SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, p. 180; GIACOBBE, G.: *La frode alla legge*, cit., pp. 69 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F.: "El negocio fiduciario", cit., pp. 7 y ss.; ID., *El negocio jurídico*, cit., pp. 405 y ss. (aunque este autor, como veremos, a mi juicio, incurre en contradicción, porque si bien en principio parece admitir el doble efecto en los ordenamientos en los cuales se admiten los negocios abstractos, negando así la validez del contrato fiduciario en los sistemas causalistas, termina incluyendo el contrato fiduciario en la categoría de los simulados, lo que está muy lejos de la abstracción); ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El llamado negocio fiduciario", cit., pp. 673-774; FUENTESSECA, C.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 63 y ss.

167 Aunque no debemos descartar las opiniones de algunos autores que señalan la admisión de los contratos abstractos tanto en el derecho español como en el italiano. Así, PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.: *Notas al Tratado de Derecho Civil*, cit., § 148, p. 122, advierten que, si bien todos los contratos obligatorios típicos que reconoce y regula el Código Civil español son causales, por cuanto expresan la causa, esto no obsta a que cualquiera de las obligaciones susceptibles de ser contenido de uno de esos contratos sea aisladas y abstraídas, para ser llevadas a contenido exclusivo de otro negocio aparte. Y, añaden que, "como negocios típicamente abstractos, dentro de la categoría de los obligatorios, el Código Civil español no reconoce ni regula especialmente ninguno, pero puede considerarse implícitamente admitido, al amparo del artículo 1.277, que muchos contratos causales se conviertan en abstractos, separando del contenido del negocio toda referencia a la causa. Los negocios abstractos obligatorios entrarán por lo regular en uno de los tipos que señala el texto como regulados especialmente en el Código Civil alemán, sin mención expresa en el nuestro, o sea los de reconocimiento de deuda y promesa de deuda. Tampoco hay inconveniente en admitir con carácter abstracto, por ejemplo, un contrato liberatorio". Y explican que pueden señalarse como figuras susceptibles de constituir negocios abstractos la letra de cambio y otros negocios literales corrientes en el comercio. Así también ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, T. I, 8ª Edición, Madrid, 1982, cit., pp. 533-534, fundamenta la admisión del contrato abstracto en derecho español en el principio de autonomía de la voluntad, que, unido -dice- a la presunción de existencia de causa en el art. 1.277 CC, permite la celebración de negocios abstractos. Tesis esta ya expuesta por NUÑEZ LAGOS, R.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*, Madrid, 1934, p. 44. Sin embargo, GETE ALONSO, al poner al día las notas de PÉREZ GONZÁLEZ Y DE ALGUER, advierte que "comúnmente por parte de la doctrina española, se suele afirmar que, frente al sistema de abstracción presentado en el Código Civil alemán, el español es causado. Esto -dice la autora- es solo cierto relativamente: en nuestro sistema, hay negocios esencialmente causados y negocios que no lo son (sin ser, por ello abstractos)" (Notas al Tratado de Derecho Civil de L. ENNECCERUS, T. I, Vol. II, 3ª Edición, Barcelona, 1981, p. 125).

168 Vid. SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, p. 180. Al respecto, basándose en que toda atribución exige una causa para su plena eficacia jurídica, se ha dicho que el *pactum fiduciae* se concluye para justificar la transferencia, encontrándose en él la causa de la transmisión; de forma que el negocio fiduciario constaría de dos negocios íntimamente relacionados; uno de atribución, que es abstracto y uno de determinación del fin, y este constituye a favor del fiduciante un derecho de crédito, que funcionaría como causa de atribución (SCHÖNY: "Treuhändgeschäfte", cit., p. 322).

pasaje de la propiedad con fines fiduciarios y así hablarse de negocios fiduciarios, pero en el sentido impropio que los mantenga fuera del campo de los negocios causales<sup>169</sup>. Incluso algún autor, partiendo de la premisa de que la transmisión fiduciaria se basa exclusivamente en la voluntad de las partes, ha llegado a afirmar que la abstracción del contrato fiduciario permite que el negocio produzca sus efectos reales aun en defecto de causa idónea para el traspaso de la propiedad<sup>170</sup>. Todo ello ha llevado a la creída conclusión de que no pueden existir contratos fiduciarios en aquellos ordenamientos jurídicos en los que rige el sistema causalista de las transmisiones<sup>171</sup>.

Y con el objeto de intentar salvar la admisión del contrato fiduciario, hasta se ha llegado a decir que este solo puede tener cabida en nuestro sistema, y salvarse el obstáculo que representa la exigencia de causa (la abstracción del negocio), si lo configuramos como un negocio real de transmisión de propiedad (no contrato) y buscamos su causa en la otra causa justa del art. 1.901 CC. Si se admite esto -se dice-, nos encontraremos ante una causa de garantía (para el caso de la *fiducia cum creditore*) y otra de administración o guarda (para la *fiducia cum amico*), que transmiten la propiedad a través de un negocio real atípico<sup>172</sup>.

Así también, sin llegar a negar la validez del contrato fiduciario, se ha señalado la imposibilidad de que el fiduciario adquiera la propiedad plena del derecho transmitido. Se busca una teoría intermedia que conciba de forma distinta la titularidad dominical del fiduciario, y así evitar los creídos inconvenientes de la teoría del doble efecto. Se parte de la premisa de que, dado que la *causa fiduciae* no se adecua al efecto traslativo de la propiedad de modo pleno y definitivo, el fiduciante debe conservar la propiedad material (poder de goce), mientras que el fiduciario solo adquirirá la propiedad formal, que es lo que le atribuye el poder

169 Cfr. CARRARO, L.: *Il negozio in frode alla legge*, cit., p. 122; CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 121 y ss.; DE GENNARO, G.: *I Contratti misti*, Padova, 1934, pp. 88 y ss.

170 Así, SEGRÉ, G.: "Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio", *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, T. II-III, 1929, p. 835, concebía el negocio fiduciario como negocio abstracto, hablando de abstracción de la causa en términos absolutos.

171 Así, FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario*, cit., p. 72, que no solo niega la validez del contrato fiduciario sino que lo incluye en el ámbito de los simulados relativamente, afirma que "el negocio fiduciario sí sería posible en aquellos sistemas en los que se admite el negocio abstracto. La concepción abstracta del negocio jurídico -añade- existe en Alemania donde cabría el reconocimiento de un negocio formal de transmisión (*Einigung*). Esta transmisión se produciría de modo completo, pero con la característica de ser abstraída del *pactum fiduciae*. Sin embargo -opina la autora-, no cabe configurar aquel negocio fiduciario como negocio abstracto en países que, como el nuestro, no admiten o rechazan este último". En términos análogos, aunque admitiendo la validez del contrato fiduciario, se pronuncia PANTALEÓN PRIETO, F.: Voz "Negocio fiduciario", cit., pp. 4407-4408, cuando dice que "la llamada *causa fiduciae* atípica no es más que un artificio constructivo para intentar encajar negocios fiduciarios con la eficacia preconizada por la teoría del doble efecto en un sistema causalista como el nuestro". El jurista rechaza la teoría de la dualidad de contratos por ser esta solo posible en los sistemas donde se admiten los negocios abstractos.

172 Esta es la tesis que propone GETE ALONSO, M<sup>a</sup> C.: *Notas al Tratado de Derecho Civil*, cit., p. 134.

dispositivo frente a los terceros de buena fe, pero no frente al fiduciario<sup>173</sup>. Se trataría esta de una propiedad especial, la llamada “titularidad fiduciaria”, con base en la cual el fiduciante podrá ejercitar la acción reivindicatoria contra el fiduciario y contra los terceros de mala fe, pero quedarán protegidos los terceros adquirentes del fiduciario que sean de buena fe y a título oneroso.

Pero no es unánime este concepto de propiedad fiduciaria: otros autores matizan la diversificación de titularidad en el contrato fiduciario en “propiedad formal” y “propiedad real”, advirtiendo que si bien la propiedad fiduciaria es eficaz frente a terceros de buena fe, *inter partes* solo producirá sus efectos en tanto no se hayan cumplido las finalidades de la fiducia, de modo que el fiduciario puede

173 Propuesta por DERNBURG, H.: *Pandette* (traducción italiana de CICALA), T. I, Vol. I, 6ª Edición, Torino, 1906, § 100, p. 295 y mantenida por ENDEMANN, W: *Lehrbuxh des Bürgerlichen Rechts*, T. I, Berlín, 1899, § 62, pp. 285 y ss. Sigüieron también esta teoría, JAEGER, P. G.: *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit., pp. 349 y ss. y 380; PESTALOZZA, F.: Voz “Simulazione”, cit., p. 783, aunque el autor concluye, como veremos, negando la autonomía del contrato fiduciario, incluyéndolo en el ámbito de los simulados. En nuestra doctrina ha sido GÓMEZ GALLIGO, F. J.: “Titularidades fiduciarias”, cit., pp. 538-539, quien ha llegado a sustentar la posibilidad de una limitada eficacia real de la transmisión. Así también JORDANO BAREA, J. B.: “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)”, *Anuario de Derecho Civil*, T. II, 1983, p. 1445, que rectifica en este artículo su postura anterior, advirtiendo que en la relación externa (fiduciario-terceros) el fiduciario aparece como titular, y en la relación interna (fiduciante-fiduciario) no pasa de ser un mandatario o depositario (en la *fiducia cum amico contracta*). Pero esta propiedad, según el autor, es solo una propiedad formal, una posición exterior del titular frente a terceros de buena fe, y el fiduciante sigue siendo dueño o propietario material. Parecen aceptar también esta teoría, PARA MARTÍN, A.: “En torno a la Fiducia Cum Creditore”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, T. I, Madrid, 2003, pp. 732 y ss.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Fiducia Cum Creditore: acreedores del fiduciario y ejercicio por el fiduciante de la tercería de dominio. Comentario a la STS de 17 septiembre 2003 (RJ 2003, 6419)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 14, 2005, pp. 329 y ss.; MARTÍN LEÓN, A.: *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad*, cit., pp. 41 y ss. Incluso la RDGRN 14 junio 1922 (JC 1922, 87), atribuye al fiduciario solo la propiedad formal, diciendo que se trata de “una posición exterior de titularidad real frente a terceros”, y considera al fiduciante dueño material, con la consecuencia de que con los bienes confiados, mientras dura la fiducia, se constituye un patrimonio especial, caracterizado 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”. Así también la polémica STS 8 marzo 1963 (RJA 1963, 1628), a la que haré referencia en adelante; 28 diciembre 1973 (RJA 1973, 4984) que señala que “la transmisión fiduciaria se realiza con determinados fines, y hace propietario aparente al hijo, respecto a todos, menos con relación al padre, el cual frente a su hijo continúa siendo propietario real; o sea que la propiedad formal externa, se atribuye al fiduciario, pero la propiedad material, o verdad interna entre él y el fiduciante, continúa siendo propia de este”. Contradictoria es la STS 19 mayo 1982 (RJA 1982, 2580), que tras decir que en el contrato fiduciario se transmite en plena propiedad un determinado bien, señala la limitada eficacia real de la venta en garantía y afirma que en ella “no opera una verdadera transmisión del dominio”. Así también la STS 2 junio 1982 (RJA 1982, 3402), partidaria de la teoría unitaria, afirma la existencia de una titularidad fiduciaria o propiedad formal. En el mismo sentido la STS 7 marzo 1990 (RJA 1990, 1674). Hacen referencia también a una propiedad formal las SSTS 7 mayo 1987 (RJA 1987, 3180); 19 mayo 1989 (RJA 1989, 3780); 30 enero 1991 (RJA 1991, 349); 7 mayo 1991 (RJA 1991, 3583); 5 julio 1996 (RJA 1996, 5576); 31 diciembre 1997 (RJA 1997, 9494) que se limita a decir que se trata de titularidad formal o fiduciaria sin hacer más mención al contrato fiduciario; 5 marzo 2001 (RJA 2001, 3972), que entiende que el fiduciario nunca posee en concepto de dueño; 26 abril 2001 (RJA 2001, 2037), con comentario de MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario a la Sentencia de 26 de abril de 2001 Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato simulado). Distinción entre ambas figuras”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 58, 2002, pp. 154 y ss.; 17 julio 2001 (RJA 2001, 6860); 1 febrero 2002 (RJA 2002, 1586); 14 marzo 2002 (RJA 2002, 2476); 17 septiembre 2003 (RJA 2003, 6419); 31 octubre 2003 (RJA 2003, 7977); 26 julio 2004 (LA LEY 31/2005); 17 febrero 2005 (LA LEY 11102/2005); 5 octubre 2005 (LA LEY 193720/2005); 27 julio 2006 (ED) 2006/253102); 27 febrero 2007 (RJA 2007/1768); 30 mayo 2008 (LA LEY 61752/2008); 13 julio 2009 (LA LEY 125073/2009); 1 diciembre 2010 (LA LEY 204546/2010); 17 mayo 2011 (RJA 2011, 3973); 4 octubre 2011 (LA LEY 198706/2011); 8 octubre 2012 (LA LEY 149045/2012); 25 febrero 2013 (LA LEY 10205/2013); 4 febrero 2020 (ROJ 312/2020).

oponerse justamente a retransmitir la cosa al fiduciante o al tercero destinado para ello, pero solo en tanto dichas finalidades no se hayan cumplido<sup>174</sup>.

Incluso, en contra de la llamada teoría del doble efecto, y en atención simplemente a la incongruencia entre el efecto jurídico y la finalidad económica, se ha mantenido que en nuestro Derecho los contratos fiduciarios no pueden producir ningún efecto de transmitir al fiduciario la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho, porque el efecto transmisivo solo se produce cuando concurre una justa causa para ello, y ni la causa de garantía, ni la de administración, ni siquiera la *causa fiduciae* son aptas para transmitir la propiedad; de modo que la eficacia de la fiducia *cum creditore* no puede ser otra que la de constituir un derecho real de garantía a favor del fiduciante, y en la fiducia *cum amico*, la eficacia será la propia de un contrato de mandato o de comisión<sup>175</sup>. Señalándose, además, que a favor del fiduciario lo único que puede producirse es la adquisición de un *titulus retinendi*, no de un *titulus acquirendi*<sup>176</sup>. Y, algún autor, negando todas las teorías posibles, ha venido a construir una basada en la cooperación entre el fiduciante y el fiduciario, de modo que el contrato fiduciario sería un contrato que, sin dar vida a un negocio traslativo, supondría, no un pacto o acuerdo, sino una simple cooperación para llevar a cabo un determinado fin<sup>177</sup>.

Se ha llegado al punto de reconducir el contrato fiduciario a la figura del mandato en nombre propio. Se niega la acogida del contrato fiduciario por ser inadmisibles tanto los contratos abstractos como los contratos con una pretendida *causa fiduciae* atípica; se asegura que el contrato fiduciario, en realidad, se articula

174 Vid. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, T. I, Vol. I, 11ª Ed., Madrid, 2003., p. 521.

175 Vid. PANTALEÓN PRIETO, F.: *Voz "Negocio fiduciario"*, cit., pp. 4407-4408.

176 DE LOS MOZOS, J. L.: *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Madrid, 1987, p. 481. Y dice el autor que "tratándose de una fiducia *cum creditore*, mientras el fiduciante no desenvuelva el préstamo, se le niega frente al fiduciario la acción reivindicatoria, pero no la acción declarativa de dominio". La misma línea parece seguir la STS 21 marzo 1969 (RJA 1969, 1519) que, si bien no expresa claramente lo que por entiende por contrato fiduciario, hace referencia a la titularidad fiduciaria del prestamista sobre los bienes del mutuatario, y señala la existencia de un *ius retinendi* del fiduciario, en tanto no se extingan las obligaciones del prestatario fiduciante. En el mismo sentido la STS 2 junio 1982 (RJA 1982, 3402), aunque es de advertir la clara contradicción de la Sala, que señala la existencia de un *ius* o *titulus retinendi* tras pronunciarse a favor de la teoría del doble efecto y la dualidad contractual. Interesante y aleatoria es la STS 6 abril 1987 (RJA 1987, 2494), que tras exponer con claridad la teoría del doble efecto según la dualidad contractual y advertir las claras diferencias entre contrato fiduciario y simulado, habla de "una titularidad fiduciaria o propiedad formal, que habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido".

177 En este sentido, TRIMARCHI, V. M.: *Voz "Negozio fiduciario"*, cit., p. 47. Según este autor, no es posible construir un negocio fiduciario con una *causa fiduciae*, ni tampoco como negocio típico con una causa diversa con motivos o fines fiduciarios, ni tampoco como dos negocios conexos o coligados por un fin fiduciario. Se trata de un contrato entre el fiduciante y el fiduciario que se sustancia en "una *intesa* in ordine ad un *disegno* da realizzare". Específicamente -aclara- se hace referencia a la hipótesis en la cual el fiduciante hace partícipe al fiduciario, o viceversa, de un cierto *disegno* (se refiere el autor a la realización de un proyecto para llevar a cabo un determinado fin) en el ámbito del cual el fiduciario se declara moralmente dispuesto a la actividad de cooperación jurídica necesaria y suficiente para alcanzar el fin práctico propuesto, y, por tanto, para la realización del *disegno* mismo. Lo cita erróneamente ZACCHEO, M.: *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, cit., p. 79, nota 5, incluyéndolo entre aquellos que ven en el contrato fiduciario una causa típica pero adaptada a fines posteriores o fiduciarios.

en varios modelos contractuales, entre los que se encuentran el mandato y el depósito; se intenta demostrar como estos tipos contractuales -sin excluir la posibilidad que otros tipos sociológicos fiduciarios sean reconducibles a otros tipos jurídicos diversos- realizan el instrumento jurídico comúnmente buscado bajo el nombre de *negocio fiduciario*<sup>178</sup>.

#### 4. (Sigue) El contrato fiduciario como contrato relativamente simulado.

Entre este entrelazado de teorías con las que se intenta rechazar la del doble efecto, ha surgido una corriente muy en boga en estos últimos años, que concibe el contrato fiduciario como un simple contrato simulado. Y desde que el profesor FEDERICO DE CASTRO, en su brillante conferencia pronunciada en 1966<sup>179</sup>, hiciese una somera crítica a la teoría del doble efecto dudando de la admisibilidad del contrato fiduciario y acercándolo al simulado, comenzó a cambiar el *status quaestionis* de la doctrina española, que empezó a aplicar la teoría de tan ilustre jurisconsulto sin detenerse en las observaciones que tiempo antes habían sido acertadamente propuestas por otros grandes juristas y por la misma jurisprudencia.

Las teorías propugnadas por los distintos autores<sup>180</sup> con el fin de negar la autonomía del contrato fiduciario las veremos más adelante, por lo que baste aquí decir que, ante la debilidad de unas y otras, se han intentado soluciones de todo tipo, pero que llevan todas a la misma conclusión: el contrato fiduciario - se

178 Vid. GENTILI, A.: *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978, pp. 63 y ss., específicamente p. 85. Esta tesis había sido ya propuesta por VISINTINI, G.: "Aspetti fiscali del trasferimento e dell'instestazione fiduciaria", *Gli aspetti civilistici e fiscali dell'instestazione fiduciaria*, en *Atti del Convegno di Venezia 5 giugno 1976*, Milano, 1976, pp. 132 y ss.

Semejante tesis había defendido en su día JAEGER, P. G.: *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit., pp. 349 y ss., quien proponía como solución aplicar análogamente las normas del mandato a la fiducia. Sin embargo, a diferencia de los anteriores, este autor admite el contrato fiduciario, formado por la conexión de dos contratos, real y obligatorio.

179 DE CASTRO Y BRAVO, F.: "El negocio fiduciario", cit., pp. 7 y ss. También sigue esta teoría en *El negocio jurídico*, cit., pp. 405 y ss.

180 Cfr. GOLTZ: *Des fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsels Rechts*, cit., p. 21; FADDA, C.: "Vendita a scopo di garanzia", *Ann. Crit. Giur. Prat.*, 1894, pp. 177 y ss.; FUCHS: "Pseudonyme Rechtsgeschäfte", *Archiv für die civilistische Praxis*, CXV, 1917, pp. 82 y ss.; STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, pp. 121 y ss.; VALENTE, A.: *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milano, 1961, pp. 184 y ss.; ID., *L'instestazione di beni sotto nome altrui*, Milano, 1958, pp. 130 y ss.; MIRABELLI, G.: "Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 C.C. (contributo allo studio dell'interposizione di persona)", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1955, pp. 1084 y ss.; BUTERA, A.: *Della simulazione nei negozi*, cit., pp. 65 y ss.; CARNELUTTI, F.: *Sistema del Diritto processuale civile*, T. II, Padova, 1928, p. 406; PESTALOZZA, F.: "Simulazione", cit., p. 783; GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, cit., pp. 317 y ss.; PELLICANÒ, A.: *Il problema della simulazione nei contratti*, cit., pp. 69 y ss.; AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, cit., pp. 183 y ss.; DEMOGUE, R.: *Traité des obligations en general*, T. I, Paris, 1923, n° 159; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., p. 78; DE CASTRO Y BRAVO, F.: "El negocio fiduciario", cit., pp. 26 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El llamado negocio fiduciario", cit., pp. 663 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. I, 1973, pp. 47 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: "Voz "Negocio jurídico", cit., p. 260; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. U.: "Comentario al artículo 1. 276 del Código Civil", cit., pp. 602 y ss.; FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 190 y ss. MARTÍN LEÓN, A.: *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad*, cit., pp. 49 y ss.

ha dicho -, no es ni más ni menos que un negocio simulado, "un vulgar negocio falso"<sup>181</sup>.

Se parte de la base de que la fiducia solo tiene aceptación y eficacia en los sistemas formalistas que toleran los negocios abstractos de transmisión, pero no en un sistema causalista como el español o el italiano. Los efectos propios del contrato fiduciario serán, por tanto, los propios de garantía o aseguramiento en la fiducia *cum creditore*, y en el caso de fiducia *cum amico*, los de uno de administración o custodia. Se advierte que las partes no han podido ni querido llevar a cabo un negocio transmisor de la propiedad porque este no tiene cabida en nuestro Derecho. De modo que, respecto a la fiducia *cum creditore*, el contrato fiduciario no es más que un contrato disimulado de garantía, que no lleva a cabo la transmisión de la propiedad, pero que se encubre bajo un contrato simulado de transmisión.

Evidentemente, la inclusión del contrato fiduciario en el ámbito de los simulados lleva consigo la consecuencia de la negación de la interposición real de persona en el contrato fiduciario, y la admisión de la figura solo en el mandato en nombre propio<sup>182</sup>. Y no olvidemos tampoco que la creencia de ver una interposición ficticia en el contrato fiduciario ha llegado a excluir por completo la interposición real, llegando incluso a negarse por algún autor que esta se dé en el mandato en nombre propio<sup>183</sup>, y otros limitándose simplemente a pasar por alto su existencia en esta figura contractual<sup>184</sup>.

## II. ANÁLISIS DEL CONTRATO FIDUCIARIO E INTERPOSICIÓN REAL

Una fundamental exigencia de rigor lógico hace necesario comenzar el estudio de la interposición real de persona en el contrato fiduciario, dejando claras las premisas de las cuales aquí se partirá: que el contrato fiduciario es perfectamente admisible en nuestro Derecho, que no puede incluirse en el amplio concepto de la simulación, y mucho menos configurarse como contrato simulado relativamente. Esto supone tener bien presente desde un principio que en el ámbito de la interposición real de persona se coloca el esquema del contrato fiduciario, y que si bien no en todos los contratos fiduciarios se da una interposición real, si la acogen gran parte de ellos, cuyos caracteres distintivos con la interposición ficticia están

181 ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El llamado negocio fiduciario", cit., p. 663.

182 Cfr. MIRABELLI, G.: "Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 C.C. (contributo allo studio dell'interposizione di persona)", cit., pp. 1084 y ss.; CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 180. No olvidemos que este autor parte de una concepción unitaria de la interposición de persona, excluye que la interposición ficticia se de en la simulación y separa netamente la interposición real de la fiducia, viniendo a decir que solo en el mandato en nombre propio es posible hablar de una interposición real.

183 Cfr. DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato*, cit., pp. 89-91.

184 Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 341 y ss.; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 128 y ss.

bien definidos. Evidentemente, estarán fuera del ámbito de la interposición real todos aquellos contratos fiduciarios en los que la transmisión fiduciaria no tenga por objeto que el fiduciario transmita la titularidad que recibe a un tercero, y estos serán aquellos supuestos en los que el fiduciario adquiera la propiedad para un fin determinado (administración, garantía...) teniendo que retransmitir, una vez cumplido dicho fin, la propiedad al fiduciante.

### **I. Análisis crítico: indudable admisión del contrato fiduciario.**

Dado que no es posible detenerse en el exhaustivo examen de las teorías anteriormente expuestas<sup>185</sup>, diré que todo este entramado conduce a una única cuestión: cual sea la causa del contrato fiduciario, lo que se relaciona con el problema de la existencia o no de una verdadera transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario. Es decir, si puede fundamentarse la transmisión de la propiedad en la *causa fiduciae*, o, si en cambio, la transmisión se justifica en la misma causa del contrato traslativo. Y la búsqueda de la naturaleza de este acto traslativo es lo que ha provocado la desviación del contrato fiduciario como contrato abstracto, y la inclusión de aquél en el ámbito de la simulación relativa, conduciendo a un heterogéneo mundo conceptual, en el cual es preciso tratar de poner una cierta claridad.

Por lo pronto, algo parece claro: que por la vía del contrato abstracto, como acertadamente se ha dicho<sup>186</sup>, para llegar a la conclusión negativa de la validez del contrato fiduciario en nuestro Derecho, lo primero que habría que demostrar es que esos contratos tienen carácter abstracto. La diferencia fundamental entre los contratos abstractos y los contratos causales está, no en la existencia o no de causa, sino en si la causa está o no contenida en la declaración de voluntad. El contrato causal contiene el fin económico social que persigue el contrato; sin embargo, en el contrato abstracto lo que ocurre es que la causa está desligada del mismo contrato, el cual funciona con independencia de ella.

Por tanto, la causa en los contratos abstractos no es que no exista, sino que no está incorporada al negocio mismo, sino separada de él, en otra relación entre las partes, produciéndose los efectos del negocio con independencia de aquella. El contrato abstracto será válido -independientemente de que *a posteriori* se corrijan

---

185 Aunque sí lo haré cuando analice la diferencia entre contrato fiduciario y simulado, por ser análisis ineludible al objeto de distinguir entre interposición ficticia y real.

186 Vid. GARRIGUES DIAZ-Cañabate, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, cit., p. 37. Partiendo de la teoría unitaria del contrato fiduciario, critica las teorías que se basan en la abstracción de la causa del contrato fiduciario, señalando que lo que hace la doctrina defensora de esta tesis es transportar sobre el aspecto parcial del negocio fiduciario (el acto traslativo) la totalidad de tal negocio; y advierte que la finalidad, por ejemplo, de mandato o de garantía es la finalidad del negocio complejo compuesto del acuerdo real de transmisión y del convenio obligacional, y no la finalidad de la venta o de la cesión o de la donación consideradas aisladamente; cuando se busca la causa del negocio fiduciario hay que referirse a la causa de ese negocio complejo, y no a la causa de uno de los actos que lo integran.

sus efectos lesivos por la pretensión del enriquecimiento sin causa-, aunque falte la causa, pues su falta no afecta a la validez del contrato, pero sí a la subsistencia de sus efectos<sup>187</sup>.

Con acierto se ha diferenciado el contrato abstracto del fiduciario, poniendo de relieve que así como en el contrato abstracto hay un efecto que subsiste por voluntad de las partes, aunque venga luego a contradecir la intención de su autor, en el contrato fiduciario se crea, desde el principio, al aceptante una situación que no coincide con el verdadero propósito del otro contratante, sino que va más allá de esa intención<sup>188</sup>. De modo que en el contrato fiduciario se persigue un negocio cuyos fines económicos no son homogéneos a las consecuencias jurídicas del mismo negocio<sup>189</sup>.

Por tanto, y aunque algunos opinen que cabe perfectamente tanto la posibilidad teórica de un contrato fiduciario abstracto, como de un contrato fiduciario causal<sup>190</sup>, el contrato fiduciario no es, ni por asomo, un contrato abstracto, sino un contrato causal<sup>191</sup>, y, sin duda, este ha sido el convencimiento del Tribunal Supremo<sup>192</sup>.

El contrato fiduciario resulta de la combinación o conexión de dos contratos; un contrato real, que opera la transmisión de un derecho o cosa, y otro obligatorio

187 Vid. ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, cit., pp. 533-534. Advierte el autor que “el negocio abstracto tiene, por tanto, el inconveniente de que mantiene la validez del negocio, aunque sus efectos sean lesivos, es decir, injustos, teniendo luego que reparar esa injusticia por otros medios”. Los efectos del negocio abstracto -señala- son: 1º, la validez del mismo, aunque la causa no exista o sea ilícita; a diferencia de los negocios causales, la demostración de la inexistencia o ilicitud de la causa no produce la invalidez del negocio; 2º, los efectos lesivos de la atribución patrimonial operada por el negocio abstracto cuando este carece de causa, es decir, el enriquecimiento injusto o sin causa, se corrige por medio de la pretensión del enriquecimiento injusto (*condictio*), que tiene por objeto restablecer el equilibrio patrimonial”.

188 Vid. CROME: *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, T. I, Tubinga-Leipzig, 1900, § 76, pp. 33 y ss. (cit. por FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 58).

189 Vid. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 58.

190 Esta es la tesis seguida por RUBINO, D.: *El negocio indirecto* (traducción española de RODRÍGUEZ-ARIAS, E.), Madrid, 1953, pp. 97 y ss., para quien las fiducias se resuelven en figuras diversas y pueden ser: negocios fiduciarios actuados mediante negocios abstractos; negocios causales de transmisión o de constitución de derechos con eficacia *ergo omnes*, adaptados mediante pacto obligatorio o condición resolutoria; y los negocios fiduciarios que se resuelven en mandatos. Debemos tener en cuenta que el autor hace la distinción en torno a la fiducia, término según el mismo más amplio que el de negocio fiduciario. Esta teoría es adoptada, en parte por JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 190-192 y 195, para quien los contratos fiduciarios pueden ser tanto abstractos como causales. El autor hace la siguiente distinción: negocio *fiduciae causa* directo; negocio abstracto *fiduciae causa*; y negocios típicos cumplidos *fiduciae causa*, en los que incluye los relativamente simulados y los indirectos.

191 Cfr. NAVARRO MARTORELL, M.: “Notas sobre el concepto y estructura de los negocios fiduciarios”, cit., p. 235; ID., “Aislamiento de los negocios fiduciarios”, p. 440; ID., *La propiedad fiduciaria*, cit., pp. 100 y ss. Dice GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, cit., pp. 35-36, que “elevada la causa a elemento esencial del contrato por el artículo 1.261, es evidente que en nuestro Derecho todos los contratos son causales. Esto no quiere decir que en ellos haya de expresarse la causa. Si no se expresa, la ley presume que existe y es verdadera y válida (artículo 1.277 del Código Civil), conciliando así la necesidad de la causa con las exigencias de seguridad propias del comercio jurídico. Solo en tal sentido nuestro Derecho admite los contratos abstractos: esto serían, no los que carecen de causa, sino los que no menciona la causa (abstracción procesal). Pero en ellos también subsiste la necesidad de la causa, puesto que cuando ella falta, falta también el contrato”.

192 Vid. SSTS citadas en las notas sucesivas.

(*pactum fiduciae*), que es el pacto mediante el cual el fiduciario asume la obligación de retransmitir al fiduciante y de hacer un determinado uso de los poderes adquiridos, conforme al fin propuesto. El contrato obligacional o *pactum fiduciae* es, formalmente, el reflejo del fin económico sobre el contrato fiduciario. Quiero decir que no estamos ante un solo y único contrato, sino que el contrato traslativo y el pacto fiduciario dan lugar a dos contratos diferentes, aunque estén coligados entre ellos<sup>193</sup>. Y, en realidad, la noción de *causa fiduciae* de la que tanto se ha hablado, no es más que el intento de incluir los dos contratos, el traslativo y el obligacional, en uno solo; no explica más que la conexión entre los dos contratos<sup>194</sup>, dado que esta es la causa (que reside en el *pactum fiduciae*) que informa el total contenido del contrato, que justifica el fin último perseguido por las partes.

Además, aquéllos que hablan de una única *causa fiduciae*, se limitan, en la mayoría de los casos, a la fiducia *cum creditore*; y no debemos perder de vista que el contrato fiduciario tiene una pluralidad de funciones, y ello impide que puedan reconducirse todas las hipótesis prácticas del contrato fiduciario a una única calificación causal. De hecho, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, la contraposición entre hipótesis en las cuales el resultado final perseguido es el retorno del bien al poder de disposición del fiduciante, y los casos en los que el interés es satisfecho con la transmisión del bien a un tercer sujeto; la antítesis entre las situaciones en las cuales el comportamiento fiduciario asume autonomía de desarrollo y otras en las que se desarrolla una función accesoria para la tutela del interés de uno de los contratantes; todo ello impide que se reconduzca a un común denominador funcional los casos en los cuales se afirma la existencia de un acto traslativo de la propiedad al fiduciario y aquellos en los que el intento fiduciario incide en la situación sin determinar ningún acto traslativo al fiduciario<sup>195</sup>.

El hecho de que el contrato fiduciario esté compuesto por dos contratos coligados entre sí -uno transmisivo y otro obligacional-, no significa que haya una única causa; cada contrato tiene su propia causa, lo que sucede es que la causa de uno encuentra justificación en la causa del otro. Los dos contratos, el real y el obligatorio, quedan en cierto modo autónomos e independientes, aunque el

193 Incluso se ha hablado de interdependencia. Así, GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, Madrid, 1983, pp. 380-381, que si bien habla de efecto dispositivo (transmisión del derecho) y efecto obligatorio (obligación del fiduciario de usar el derecho con la finalidad convenida y de restituirlo en los casos previstos), advierte que "en nuestro Derecho, supuesto el principio causalista que en él impera, ambos efectos son inseparables e interdependientes: la causa de la transmisión del derecho es precisamente la obligación que asume el fiduciario; y la causa de esta obligación, aquella transmisión". Para el autor, la obligación no es causa suficiente para justificar la adquisición definitiva del derecho por el fiduciario, por lo que el convenio sobre la causa, el *pactum fiduciae*, es requisito necesario de la transmisión del derecho.

194 Vid. GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 447. Debe advertirse que FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario*, cit., p. 70, cita inexactamente a GALGANO entre los autores que afirma siguen la teoría unitaria que admite la transmisión de propiedad fundamentada solo en la *causa fiduciae*.

195 Vid. LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, cit., p. 278-279.

segundo represente una modificación del primero, y una coerción a no abusar del mismo.

Si la causa es el elemento objetivo por medio del cual un determinado contrato se distingue de otro contrato, exactamente se puede decir que la causa es función objetiva individualizadora de cada contrato; es decir, que cada contrato tiene su propia causa. Así es, en todo contrato, analizando su contenido, se puede distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, y concretada en ella una razón práctica típica inmanente a ella, una "causa", un interés social a que aquélla responde<sup>196</sup>. Por ello, la causa es la razón práctica del contrato, la función económico social<sup>197</sup> que el contrato está destinado a cumplir; y la función económico social es el "para qué" se realiza un contrato, es el "por qué" de ese contrato, es decir, la justificación del acto de la autonomía contractual<sup>198</sup>.

Pues bien; evidentemente, si hablamos de dos contratos, aunque conexos, las causas deben ser dos y distintas<sup>199</sup>, aunque el fin perseguido sea único y haya una tercera causa -denominada *causa fiduciae*- que expresa la causa del conjunto del negocio<sup>200</sup>. Esto es, el que el contrato fiduciario esté formado por dos contratos

196 Cuando alguien promete, dispone, acepta o renuncia, no lo hace simplemente por obligarse a algo, sino que lo hace por alguna razón, porque quiere comprar un bien, venderlo, donarlo, o darlo en préstamo. Todo acto jurídico tiene una finalidad y todo contrato se lleva a cabo por unos intereses específicos. Siempre hay una razón práctica, motivada por ciertos intereses, que lleva al sujeto a realizar determinado acto. Así, por ejemplo, en la compraventa, la razón o causa del contrato es el cambio de la cosa por el precio (la persona que compra un bien, y paga un precio por ello, lógicamente lo hace esperando que a cambio del precio le sea entregado ese bien). La transmisión de la propiedad del bien y la obligación de pagar el precio son la una justificación de la otra: la primera justifica el desembolso de dinero del comprador, la segunda justifica el hecho de que el vendedor se deshaga de la propiedad de un bien (vid. GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 106).

197 En este sentido, BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1994, p. 181, mantiene que la causa del contrato, considerada bajo su aspecto social, hecha abstracción de la sanción del Derecho, es, propiamente, la función económico-social que caracteriza el tipo de contrato como acto de autonomía privada (típica en este sentido) y determina su contenido mínimo necesario.

198 Vid. GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 106, que afirma que la causa es la justificación económico social del acto de la autonomía contractual.

199 Y es precisamente la duplicidad o multiplicidad de causas la que diferencia a los contratos conexos o coligados de figuras afines como pueden ser los contratos mixtos o complejos. Así es, en los contratos mixtos hay una sola causa, aunque mixta, mientras que en los contratos conexos haya dos o más causas distintas. En los mixtos hay un único contrato, mientras que en los conexos hay dos o más convenios. Los contratos mixtos, afirma JORDANO BAREA, J.B.: "Contratos mixtos y unión de contratos" (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1950), *Anuario de Derecho Civil*, 1951, p. 328, "son aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí". Y DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 5ª Edición, Madrid, 1996, p. 388, advierte que los contratos mixtos "son aquellos en que, dentro de un único contrato, confluyen elementos que pertenecen a tipos de contratos diferentes". Este mismo autor diferencia los contratos coligados y mixtos de los complejos, definiendo estos últimos como aquellos "en los cuales las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio" (p. 389).

200 Señala SAPENA TOMÁS, J.: "Actualidad de la fiducia cum creditore", cit., p. 165, que el contrato fiduciario es un acto jurídico complejo formado por dos contratos, uno real y otro obligatorio, con una causa típica e independiente de cada contrato, aunque advierte que en realidad se trata de una *causa fiduciae* única de la que aquéllas son emanaciones necesarias para conseguir la independencia externa de ambos negocios. Recoge el autor las indicaciones que ya había hecho en su día NAVARRO MARTORELL, para quien

coligados significa que, si bien nos hallamos ante contratos con una autónoma causa, ambos tienen el mismo fin económico<sup>201</sup>; se busca una única función social, que se encuentra en el fin perseguido por las partes y la *causa fiduciae* es, simplemente, la que informa el contenido de ese fin. Es decir, en el fondo existe un lazo de unión que constituye el negocio fiduciario completo, y la *causa fiduciae* es ese lazo de unión. Pero esto no significa que se trate de un contrato obligatorio único, pues la *causa fiduciae* no hace perder la propia individualidad completa de ambos contratos, la cual subsiste, sin mengua de la conexión o interdependencia que existen entre ellos, como lo demuestra la prueba de la posible supervivencia activa de los efectos reales en caso de no cumplirse la obligación impuesta en el *pactum fiduciae*; solo que los efectos de cada uno de los contratos surgen en consideración a la realización del otro, es la que informa el contenido de ese fin<sup>202</sup>.

Por ello, la conexión contractual que existe en el *negocio fiduciario* es llamada por algunos -como ya hemos tenido ocasión de ver- subordinación. Y es cierto que existe una cierta subordinación, pero no una subordinación del obligatorio al real, ni del real al obligatorio, sino -como acertadamente se ha dicho<sup>203</sup>- una subordinación de cada uno al otro, mutua, en diversos planes y momentos del negocio.

El que haya dos contratos de índole y efectos jurídicos diferentes, no quiere decir, sin embargo, que el fin económico perseguido no sea distinto al medio

---

“el negocio fiduciario complejo es un negocio normalmente causal, que consta de dos contratos: uno de transmisión real abstracto (en el sentido de que la causa reside fuera de él, no de que no tenga causa), y otro obligatorio causal en el que se expresa la causa de los tres -los dos simples y el complejo-, que es única y denominada *causa fiduciae* (*La propiedad fiduciaria*, cit., p. 119). El mismo autor dice seguir la teoría que CASTÁN recoge de ENNECERUS, conforme a la cual, el contrato fiduciario está formado por la conexión de dos contratos (“Notas sobre el concepto y estructura de los negocios fiduciarios”, cit., p. 238).

201 Define DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 388, los contratos coligados como “aquellos casos en que las partes juxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o pretenden”.

LÓPEZ FRIAS, A.: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona 1994, p. 273, define el fenómeno de la conexión contractual “cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”. Esta autora opina que en “el negocio fiduciario propiamente dicho no hay conexión de contratos”, aunque, paradójicamente, sí admite esta conexión entre la venta en garantía y el préstamo (p. 289).

202 Vid. NAVARRO MARTORELL, M.: “Notas sobre el concepto y estructura de los negocios fiduciarios”, cit., pp. 236-237.

203 Vid NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, pp. 93-96. Haciendo una análisis de la subordinación que existe en estos negocios, advierte el autor en su brillante obra que, la realización del contrato real ha dependido de la seguridad del obligatorio, por lo que este no es un mero pacto limitativo, sino que posee un valor positivo en cuanto hace posible que al fiduciario le sean transmitidas las facultades que, si bien luego se le limitan, sin él no hubiera recibido nunca. Y sigue aclarando el autor que, tampoco puede afirmarse que el contrato obligatorio dependa en absoluto del real como el accesorio del principal, porque si bien es cierto que los efectos de aquél (las obligaciones) dependen de la realización de este (la transmisión), no lo es menos que lo más adecuado a la normal prudencia parece ser que la obligación se contrate y asuma con anterioridad y en previsión a la transmisión de la titularidad, constituyendo una condición *sine qua non* de esta.

jurídico empleado, sino que, como bien se dijo<sup>204</sup>, la teoría del doble efecto ofrece mayor rigor constructivo que el cifrado meramente en poner de relieve la disociación entre los efectos jurídicos queridos y los fines económicos propuestos; porque no solo se utiliza una fórmula jurídica correspondiente a los efectos jurídicos, sino además los que se denominan fines económicos son también objeto de configuración económica. Por lo tanto, no es que el medio jurídico elegido exceda al fin económico perseguido, sino que siendo diferente<sup>205</sup>, es objeto de una doble configuración jurídica; aquella con respecto de la cual se realiza la transmisión (contrato traslativo), y aquella que expresa la verdadera adecuación al fin perseguido (*pactum fiduciae*).

El fiduciante transmite efectivamente el derecho, y lo hace sobre un fundamento causal, aunque dicha transmisión se halle, de alguna forma, modificada por el *pactum fiduciae*. El acto traslativo o contrato transmisivo elegido para conseguir el fin propuesto tiene su propia causa, idónea para transmitir la propiedad plena del derecho<sup>206</sup>, pues se trata de una venta, de una donación, de un préstamo etc., cuya causa es perfectamente apta para tal transmisión. Sin embargo, el *pactum fiduciae* establece los límites a la facultad atribuida al propietario adquirente, de modo que tiene una eficacia puramente interna.

## 2. (Sigue) Conclusión de la admisión del contrato fiduciario.

El reconocimiento y admisión del contrato fiduciario depende, sobre todo, de que en tales contratos se cumplan los requisitos exigidos por el ordenamiento para el reconocimiento de la autonomía privada. Si bien en el Código Civil no existe ninguna disposición referente a los contratos fiduciarios, estos son perfectamente admisibles en nuestro derecho<sup>207</sup>, pues nada impide que puedan ser acogidos en virtud de la amplia libertad de pactos consagrada por el art. 1.255<sup>208</sup>. No hay

204 Vid. HERNÁNDEZ GIL, A.: “Nota a la STS de 10 de marzo de 1944”, cit., p. 695; ID., *Obras Completas*, cit., p. 598.

205 Como bien dijo en su día la STS 25 mayo 1944 (JC 1944, 88), cuando advirtió que en el negocio fiduciario hay una “diferencia” entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo.

206 Vid. GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 448. Decía ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil*, cit., § 148, p. 111, que “nota característica es que el fiduciario en la relación exterior (frente a terceros) recibe una facultad que no es exigida por el fin económico del negocio, y que en la relación interna (frente al fiduciario) viene limitada, de acuerdo con este fin, por el llamado *pactum fiduciae*, con efectos puramente obligatorios”.

207 Cfr. BONET RAMON, F.: “Comentario a la STS de 28 de enero de 1946”, cit., p. 196; NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, cit., p. 216; GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, cit., p. 40; GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, cit., p. 380; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. II, cit., p. 88; CLARET Y MARTÍ, P.: *De la fiducia y del trust*, cit., p. 29; RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., pp. 107 y ss.

208 Cfr. NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, cit., p. 216; GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, cit., p. 40; PÉREZ GONZÁLEZ, B., Y ALGUER, J.: *Notas al Tratado de Derecho Civil*, cit., § 148, p. 124; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, cit., p. 190. Al respecto dice JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., p. 124, que “es totalmente inadmisibles imponer límites a la autonomía privada que no resulten de las disposiciones del Derecho positivo. El principio de seguridad solo impone determinadas restricciones que emanan del principio de publicidad. Extender sus consecuencias

contrasentido en que una persona adquiera la titularidad de un derecho y se obligue a no usar de él sino con ciertos fines, ni que su derecho quede limitado o ineficaz frente a determinada persona<sup>209</sup>.

Esto es, los contratos así celebrados responden al libre ejercicio de la voluntad contractual de los intervinientes en los mismos, que adoptan para ellos la forma que estiman conveniente<sup>210</sup>. Y mientras que la disparidad entre la estructura jurídica y el fin económico no representa sino una modificación por las partes de los efectos propios de determinados tipos contractuales, hay que concluir, en último término, que el contrato reúne los requisitos esenciales para su validez y eficacia, conforme especialmente a los arts. 1.261 y 1.276 CC<sup>211</sup>.

Por consiguiente, y como claramente ha advertido nuestra jurisprudencia<sup>212</sup>, no puede ponerse en tela de juicio la validez del negocio fiduciario en el ámbito de

---

más allá de lo que piden las exigencias del tráfico, aduciendo una pretendida vulneración de los derechos y expectativas de los terceros, es desconocer las necesidades del comercio jurídico y negar el poder creador de la autonomía privada, que no encuentra otros límites que no sean las leyes, la moral y el orden público (art. 1.255, *in fine*, del Código Civil)".

Ha sido la jurisprudencia la que evidenciado la existencia y eficacia del contrato fiduciario a tenor del art. 1.255 CC, que proclama la mas absoluta libertad de los contratantes para pactar lo que tengan por conveniente, siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público (STS 10 marzo 1944 (JC 1944, 12). Y no podemos pasar desapercibida la STS 3 mayo 1955 (RJA 1955, 1561) que señaló que "si bien en nuestro derecho positivo no se regula específicamente el negocio fiduciario, nada hay que se oponga a su admisión, según doctrina y moderna jurisprudencia, sino que por el contrario, el artículo 1.255 del Código Civil, entre otros que autorizan la libertad de pactos lícitos, ofrece vasto campo de contratación atípica, como la fiduciaria". En sentido análogo, vid. SSTS de 25 mayo 1944 (RJA 1944, 800); 28 enero 1946 (JC 1946, 25); 23 febrero 1951 (RJA 1951, 267); 10 julio 1957 (RJA 1957, 2225); 8 marzo 1963 (RJA 1963, 1628); 14 marzo 1964 (RJA 1964, 1422); 18 febrero 1965 (RJA 1965, 882); 19 mayo 1982 (RJA 1988, 2580); 30 enero 1991 (RJA 1991, 349); 6 abril 1992 (RJA 1992, 6286); 30 junio 1998 (RJA 1998, 5294).

209 PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.: Notas al Tratado de Derecho Civil, cit., § 148, p. 124.

210 Así se proclama la STS 30 junio 1998 (RJA 1998, 5294).

211 HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras Completas*, cit., p. 601.

212 Desde la RDGRN 14 junio 1922 (JC 1922, 87), la figura del contrato fiduciario es admitida y reconocida en su propio valor por nuestra jurisprudencia. Vid. SSTS de 23 mayo 1935 (JC 1935, 44); 7 enero 1944 (RJA 1944, 109); 28 enero 1946 (JC 1946, 25); 23 febrero 1951 (RJA 1951, 267); 22 mayo 1953 (RJA 1953, 1964); 7 junio 1955 (RJA 1955, 2298); 31 octubre 1955 (RJA 1955, 3096); 28 diciembre 1955 (RJA 1956, 240); 4 enero 1956 (RJA 1956, 244); 22 mayo 1956 (RJA 1956, 2433); 10 julio 1957 (RJA 1957, 2225); 8 marzo 1963 (RJA 1963, 1628); 14 de marzo 1964 (RJA 1964, 1422); 20 enero 1966 (RJA 1966, 8); 25 marzo 1966 (RJA 1966, 1541); 12 febrero 1971 (RJA 1971, 1340); 4 abril 1972 (RJA 1972, 1576); 28 diciembre 1973 (RJA 1973, 4984); 3 mayo 1976 (JC, 117); 4 diciembre 1976 (JC 1976, 368); 30 abril 1977 (RJA 1977, 1699); 23 mayo de 1980 (RJA 1980, 1958); 27 junio 1980 (RJA 1980, 2414); 9 diciembre 1981 (RJA 1981, 5153); 2 junio 1982 (RJA 1982, 3402); 6 abril 1987 (RJA 1987, 2494); 25 febrero 1988 (RJA 1988, 1305); 8 marzo 1988 (RJA 1988, 1607); 28 octubre 1988 (RJA 1988, 7746); 22 diciembre 1988 (RJA 1988, 9748); 19 mayo 1989 (RJA 1989, 3780); 7 marzo 1990 (RJA 1990, 1674); 30 enero 1991 (RJA 1991, 349); 7 mayo 1991 (RJA 1991, 3583); 6 abril 1992 (RJA 1992, 6286); 21 julio 1992 (RJA 1992, 6444); 10 diciembre 1992 (RJA 1992, 10135); 5 abril 1993 (RJA 1993, 2791); 5 julio 1993 (RJA 1993, 5794); 15 octubre 1993 (RJA 1993, 7322); 4 febrero 1994 (RJA 1994, 908); 4 febrero 1994 (RJA 1994, 911); 14 julio 1994 (RJA 1994, 6395); 22 febrero 1995 (RJA 1995, 1700); 13 marzo 1995 (RJA 1995, 2422); 14 febrero 1996 (RJA 1996, 1253); 5 julio 1996 (RJA 1996, 5576); 19 junio 1997 (RJA 1997, 5418); 30 junio 1998 (RJA 1998, 5294); 9 diciembre 1998 (RJA 1998, 9426); 16 noviembre 1999 (RJA 1999, 8612); 5 marzo 2001 (RJA 2001, 3972); 16 julio 2001 (RJA 2001, 5226); 1 febrero 2002 (RJA 2002, 1586); 14 marzo 2002 (RJA 2002, 2476); 7 junio 2002 (RJA 2002, 4875); 17 septiembre 2002 (RJA 2002, 8558); 23 septiembre 2002 (RJA 2002, 8028); 28 noviembre 2002 (RJA 2002, 10283); 15 julio 2003 (RJA 2003, 4462); 17 septiembre 2003 (RJA 2003, 6419); 31 octubre 2003 (RJA 2003, 7977); 30 marzo 2004 (RJA 2004, 2603); 26 julio 2004 (RJA 2004, 6633); 17 febrero 2005 (LA LEY 11102/2005); 27 febrero 2007 (RJA 2007/1768); 30 mayo 2008 (LA LEY 61752/2008); 13 julio 2009 (LA LEY 125073/2009); 1 diciembre 2010 (LA LEY 204546/2010); 17 mayo 2011 (RJA 2011,

la doctrina patria<sup>213</sup>, pues en el contrato fiduciario se cumplen todos los requisitos determinantes de la idea de contrato del art. 1.261 CC necesarios para su validez<sup>214</sup>, y, por tanto, admisible de cara a nuestro ordenamiento positivo; porque estamos ante un contrato causal, cuya causa se encuentra en el mismo contrato traslativo utilizado, apta por sí misma para transmitir la plena propiedad. Y no tratándose ni de un contrato abstracto ni de un tipo de propiedad especial, cabe perfectamente la posibilidad de contrato fiduciario causal idóneo para transmitir la propiedad.

### 3. Breve referencia histórica de la relación interposición real - contrato fiduciario.

Claro está que no podemos detenernos aquí en el estudio exhaustivo de la lenta evolución de la interposición real en el contrato fiduciario en las distintas épocas históricas; ello necesitaría de una investigación de tal investidura que haría imposible subsumirlo en este estudio. Además de que, como ya dije, los primeros residuos de análisis de la interposición, que se remontan al Derecho Romano, hacen difícil asegurar que pudiese efectivamente distinguirse la interposición real de la ficticia en esta época.

Haré, por ello, un rápido análisis, reenviándoles a las obras más fundamentales que se han dedicado al estudio histórico del fenómeno que ahora nos ocupa<sup>215</sup>, así como a lo ya advertido acerca de la perspectiva histórica de la interposición de persona.

Evidentemente, la tendencia a clasificar la interposición real en el ámbito de la fiducia tiene orígenes remotos. Desde luego, una atenta investigación histórica podría demostrar como en el pasado los dos fenómenos han estado estrechamente unidos e identificados. Sin embargo, como ya he apuntado, la dificultad se encuentra en saber distinguir cuándo los supuestos de interposición a

3973); 4 octubre 2011 (LA LEY 198706/2011); 8 octubre 2012 (LA LEY 149045/2012); 25 febrero 2013 (LA LEY 10205/2013); 16 diciembre 2014 (TOL4.709.077). Así también, las SSAP de Baleares 12 julio 2011 (ROJ SAP IB 1606/2011); Baleares 15 noviembre 2011 (EDJ 2001/292022); Baleares 1 julio 2010 ((ROJ SAP IB 1420/2010); Baleares 22 febrero 2011 (ROJ SAP IB 269/2011); Valencia 24 marzo 2011 (LA LEY 137656/2011); Valencia 30 junio 2011 (LA LEY 211384/2011); Madrid 15 octubre 2012 (JUR 2012/376773); A Coruña 18 enero 2013 (JUR 2013/58902); Madrid 17 junio 2014 (LA LEY 129221/2014); Barcelona 25 junio 2014 (ROJ SAP B 7266/2014); Madrid 11 septiembre 2017 (TOL6.505.666); Tarragona 15 enero 2020 (TOL7.737.096); Barcelona 28 enero 2020 (TOL7.763.138).

213 STS 28 enero 1946 (JC 1946, 25).

214 STS 6 abril 1992 (RJA 1992, 6286).

215 Respecto a la perspectiva histórica del contrato fiduciario, sobre todo a lo que atiende a la fiducia romana, vid. LONGO, C.: *Corso di diritto romano: la fiducia*, Milano, 1933; ID., "Fiducia cum creditore", en *Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana*, Milano, 1938, pp. 795 y ss.; OERTMANN, P.: *Die Fiducia in römischen Privatrecht*, Berlin, 1890, pp. 146 y ss.; CARELLI: Voz "Fiducia", *Nuovo Digesto Italiano*, T. V, Torino, 1938, pp. 1131 y ss.; BURDESE, A.: Voz "Fiducia (diritto romano)", *Novissimo Digesto Italiano*, T. VII, 1957, pp. 294 y ss.; DIURNI, G.: Voz "Fiducia e negozio fiduciario (storia)", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. VIII, Torino, 1992, pp. 288 y ss.; MESSINA, G.: *Negozi fiduciari*, cit.; WITZ, C.: *Le fiducie en droit privé français*, Paris, 1981, pp. 21 y ss.; JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 41 y ss. En cuanto a lo que se refiere a la interposición de persona y al contrato fiduciario, vid. CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 98; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 1 y ss. y 59 y ss.

los que se aludía se incardinaban en el fenómeno simulatorio, en la representación indirecta, o en el contrato fiduciario.

Se ha dicho que el esquema de la fiducia *cum amico*, que es la forma históricamente más antigua de fiducia, fue originariamente elaborada exactamente para llevar a cabo situaciones de interposición<sup>216</sup>. Sin embargo, en los pasajes de GAYO<sup>217</sup> en los cuales quedó fijada la contraposición de las dos especies de fiducia (*cum creditore* y *cum amico*)<sup>218</sup>, no se menciona la interposición real de persona, limitándose a describir el caso de quien transfiere los propios bienes para ocultarlos a los terceros<sup>219</sup>.

En efecto, de los textos de GAYO no se advierte la mención a la interposición de persona, sino que se construye la teoría de los dos modos de transmisión de la propiedad; la *mancipatio*, que era una venta real envuelta en formas sacramentales, y la *in iure cessio*, la cual consistía en una reivindicación en juicio. Así, el fiduciante transmitía un bien al fiduciario con la obligación de restituirlo o bien con la obligación de destinarlo a otros fines.

Así es, como ya he dicho, la regulación de la interposición de persona en nuestro Derecho antiguo ha sido casi inexistente, atendiendo solamente a supuestos aislados que solucionaban problemas concretos. Si bien la interposición se encuentra reflejada en las fuentes romanas, intentar distinguir cuándo se está haciendo referencia a la interposición real es bastante difícil, y más aun diferenciar cuándo se refiere a la interposición real en el contrato fiduciario y cuándo en la representación indirecta.

Lo que no admite discusión es que en el contrato fiduciario se daban supuestos de persona interpuesta, aunque no fuese en todos los casos, independientemente de que no pueda distinguirse en las fuentes cuando se trataba uno u otro supuesto.

216 Vid. CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 98. Aunque algunos autores no se muestren de acuerdo con esta posición.

217 Instituciones, II, 60. "Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint".

218 BOETHIO, L.: *Comm. Ad Ciceronis Topica*, 10, 41, pone como ejemplo de fiducia *cum amico* el caso de quien, temiendo para sí de peligros, pone una finca a nombre de un amigo más poderoso, para que este se la devuelva cuando pase el peligro ("si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut eit quum tempus quod suspectum est, praeterierit, reddat").

219 Vid. NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 6. Afirma el autor que el hecho de que a veces se encuentren en los catálogos de la fiducia *cum amico* propuestos por la doctrina supuestos de interposición de persona es, sin duda, el efecto de una lectura de algunos pasajes (vg. D. 24. I. 49) a la luz de la elaboración pandectística.

#### 4. Clases de *Fiducia* e interposición.

Se habla de *fiducia cum amico* para referirse a aquélla que se contrae en provecho ajeno, y de *fiducia cum creditore* la que se contrae preferentemente en provecho propio<sup>220</sup>.

La *fiducia cum amico* refleja verdaderos negocios de confianza; sería el caso, por ejemplo, de la venta con finalidad de vender o de administrar: Ticio vende a Cayo con el pacto de que, a su vez este venda a Sempronio, o de que Cayo se encargue, según sus instrucciones, de administrar el bien y se lo transfiera cuando le sea requerido<sup>221</sup>. Un supuesto que también ha sido siempre claro objeto de ejemplo es el caso de la orden religiosa que, preocupada por perder sus propiedades ante la probable confiscación de un Estado anticlerical, las vende a una persona de confianza con el pacto de que tales propiedades sean devueltas a la orden cuando desaparezca el peligro de confiscación<sup>222</sup>.

La *fiducia cum creditore* se refiere al contrato fiduciario que se celebra entre el deudor y el acreedor; es el caso de la venta con finalidad de garantía mediante la

220 ENNECERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil*, cit., § 148, pp. 110 y ss., llama *fiducia abierta* a aquella que se realiza en provecho ajeno (*fiducia cum amico*), señalando que en esta clase de *fiducia*, al fiduciario solo se le transmiten las facultades necesarias proporcionadas a su misión y aparece sobre todo en forma de poder para el ejercicio en nombre propio de un derecho del fiduciante; cerrada, a la que se realiza en provecho propio (*fiducia cum creditore*).

221 El ejemplo más típico de la *fiducia cum amico* es la interposición real de persona, la cual se estudiará ampliamente a lo largo del capítulo.

222 Este supuesto se encuentra regulado en la Ley de 11 de julio de 1941, sobre Inscripción de bienes en los Registros de la Propiedad que aparezcan inscritos a nombre de personas interpuestas. En su preámbulo se hallan las causas que dieron lugar a esta Ley; recuerda que la sistemática persecución de que fue víctima la Iglesia durante la etapa republicana culminó en la Ley de 2 de junio de 1933, dando origen a obligadas actitudes defensivas que sus Instituciones, Órdenes y Congregaciones religiosas trataron de defender sus bienes con apariencias de legalidad que los pusieran al abrigo de las asechanzas sectarias. Fue una de ellas, harto frecuente, la de inscribir sus casas, colegios y demás bienes inmuebles en los Registros de la Propiedad, al amparo y bajo el nombre de terceros, religiosos o seglares, miembros muchas veces de la orden o Comunidad a que pertenecían. La legislación perseguidora anterior a la Ley de 1941 se derogó, pero aún así quedaban expedientes defensivos; con el transcurso de los años y las matanzas de seglares y religiosos que la época propició, desaparecieron muchos interpositos a cuyo nombre aparecían inscritos bienes que se reivindicaban. El objeto de la Ley fue arbitrar un procedimiento que ofreciera garantías al inscribir en el Registro de la Propiedad a favor de la Iglesia, Órdenes y Congregaciones religiosas, los bienes inmuebles y derechos reales que anteriormente se habían visto obligados a inscribir a nombre de personas interpuestas, fallecidas o desaparecidas.

Meses más tarde, la Ley de 1 de enero de 1942, amplió a los casos de operaciones sobre valores mobiliarios u otros muebles de cualquier índole, el procedimiento regulado por la ley anterior, para permitir la reivindicación de los bienes transmitidos a personas interpuestas más tarde muertas o desaparecidas. El artículo 1º de esta ley alude al efugio empleado por la Iglesia, Órdenes o Congregaciones religiosas, de valerse de personas interpuestas, haciendo radicar nominativamente en estas la titularidad de su dominio, cuya disposición en realidad se reservaban (Vid. al respecto, GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, cit., pp. 28 y ss.)

En ambas leyes se hace referencia a la utilización de persona interpuesta nominalmente, lo que hace pensar que se estaban refiriendo a la inscripción de bienes a nombre de otro. Según GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, en estas leyes, y, sobre todo, en la de 1942, el legislador describe el mecanismo propio del negocio fiduciario por interposición real; pero, se advierte, que la ley llamaba equivocadamente persona interpuesta al aparente titular. No entraré ahora en matices; tan solo decir que la inscripción a nombre de otro se utiliza normalmente para resaltar una desviación del normal procedimiento de adquisición de una titularidad, y puede ser consecuencia tanto de una interposición ficticia como de una real (vid. NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit, pp. 253 y ss.).

cual el deudor vende un bien al acreedor con el pacto de que en el momento de extinción de la deuda, el acreedor revenda el bien al deudor<sup>223</sup>.

También se ha distinguido entre fiducia dinámica y fiducia estática<sup>224</sup>; la dinámica implica un acto traslativo del fiduciante al fiduciario, mientras que en la estática,

223 Fue GAYO quien fijó en sus Instituciones esta distinción, seguida por la doctrina dominante. Pero no debemos descartar ni pasar por alto otras clasificaciones que, si bien han sido también criticadas, se han ido elaborando por los juristas que han estudiado la figura. Así, parte de la doctrina considera como correspondientes a las dos especies de fiducia romana *cum amico* y *cum creditore* los grupos de negocios que se han denominado “negocios fiduciarios puros” y “negocios fiduciarios impuros”, respectivamente. Y se ha distinguido entre negocios fiduciarios “puros”, “impuros”, “negocios de confianza” y “simples relaciones fiduciarias”. Los negocios fiduciarios *puros*, son aquellos que descansan en la absoluta confianza y sin garantías de tipo legal o real, pues dependen exclusivamente de la obligación personal asumida por el fiduciario. Sin embargo, en los impuros, la conducta desleal del fiduciario se haya respaldada por la protección legal que el Ordenamiento presta al fiduciante en forma de garantía real. En los negocios de confianza, una persona confía un interés a otra, que actúa respecto de él por cuenta propia y en interés ajeno, pero no se le concede una titularidad plena y absoluta como en los negocios fiduciarios, sino un poder cuya amplitud está en proporción a la exigida por el fin y permitida por la confianza en las cualidades personales del gestor, y son negocios cuyo incumplimiento está legalmente cubierto por la ley (comisión, mandato etc...). Y en las llamadas “relaciones fiduciarias” se encuadraría el *trust* anglosajón.

Sin embargo, no faltan aquéllos que se muestran en contra de ambas teorías afirmando que las dos formas de fiducia -*cum amico* y *cum creditore*- tienen idéntico fin y función; la garantía. Desde luego la teoría que sigue esta distinción no siempre ha sido pacífica. GRASSETTI, C.: “Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità”, cit., pp. 348 y ss., considera anómala la forma de la fiducia *cum creditore* y se limita al estudio de la fiducia *cum amico*, por entender que aquélla es una figura impura en cuanto que el negocio fiduciario -afirma- implica confianza del transmitente en el adquirente, y esta característica no se haya en la fiducia *cum creditore*. Asimismo, RUMPF, A.: “Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäft”, *Archiv Für die civilische Praxis*, 1921, pp. 134 y ss., decía que no deben considerarse típicos negocios de confianza aquellos negocios fiduciarios que miran exclusivamente a la garantía del fiduciario, afirmando que los únicos negocios fiduciarios puros o genuinos son aquéllos que se basan en una relación de confianza, o sea la fiducia *cum amico*.

En cuanto a los negocios de confianza, según CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 7, los negocios fiduciarios constituyen una categoría que no abarca a los negocios de confianza, sino que tienen con ellos una zona común constituida por los negocios fiduciarios de administración. De modo que quedan, por tanto, excluidos del ámbito de los negocios de confianza los negocios fiduciarios de garantía, que se constituyen preferente o exclusivamente en interés del fiduciario.

En nuestra doctrina, y partiendo de la base de que requisito *sine qua non* de los negocios fiduciarios es la confianza, NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, cit., pp. 22 y 120 y ss., tras hacer un análisis de la distinción entre negocios fiduciario puros y negocios fiduciarios impuros, advierte que en realidad solamente existen unos negocios fiduciarios: aquellos en que la confianza en la lealtad del fiduciario es la única razón de seguridad del fiduciante; son los que se han denominado “puros”.

Sin embargo, y aunque también hace una distinción un tanto complicada, observa JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 25 y ss., que “siendo la *fides* la base necesaria y suficiente de los negocios fiduciarios, puede decirse que tanto la fiducia *cum amico* como la fiducia *cum creditore* son especies de una misma categoría unitaria. Ni siquiera -añade- cabe hablar de una clase de negocios fiduciarios más puros y genuinos que otros. Lo que sucede es que en los casos de fiducia *cum amico*, normalmente, el fiduciante cuenta también con aquellas condiciones personales de amistad, lealtad, probidad, rectitud, conciencia, etc., que fortalecen la *fides* y dan al negocio una base más sólida y duradera. Por el contrario, en el supuesto de un negocio fiduciario de garantía, en el que por regla general suele ser tan marcada la oposición de intereses entre deudor y acreedor, la relación fiduciaria se apoya tan solo en la confianza específica en la palabra empeñada, que puede darse incluso entre dos sujetos que no estén unidos por vínculo alguno de amistad... La teoría del negocio fiduciario debe comprender ambas especies (*fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*) sobre la base común de la *fides* y de la *causa fiduciae*”.

Incluso se ha dicho que la fiducia *cum creditore* no corresponde a la venta en garantía. Así, LACAL FUENTES, P.: “El tema del negocio fiduciario”, cit., p. 782, afirma que la llamada fiducia *cum creditore*, es decir, la transmisión de la propiedad para fines de garantía no puede ser aceptada en los actuales tiempos como negocio fiduciario y, por tanto como negocio serio. En el mismo sentido, FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 136 y ss. En contra se muestra MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario a la Sentencia de 26 de abril de 2001, cit., p. 160, para quien la venta en garantía se encuadra en los negocios fiduciarios, y más concretamente en la fiducia *cum creditore*.

224 Vid. GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 446; ID., “Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto”, cit., p. 35; LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 153 y 181 y ss.; TRIMARCHI, V. M.: Voz “Negozio fiduciario”, cit., p. 48; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 103 y ss. y 153; CARBONE, V.:

el fiduciario es ya propietario del bien, pero por medio del *pactum fiduciae* se obliga a ejercitar el propio derecho conforme a las instrucciones del fiduciante y a transferírselo cuando este se lo pida.

## 5. Efectos de la interposición real en el contrato fiduciario: entre las partes contratantes y frente a terceros.

En virtud del contrato traslativo el fiduciario interpuesto se convierte en titular del derecho, apareciendo legitimado frente a terceros para disponer de él. Pero, por el contrario, en su relación interna con el enajenante, el fiduciario debe comportarse, no como verdadero titular (aunque lo sea), sino como un mandatario, administrador, gestor pignoraticio, etc., limitaciones que impone el *pactum fiduciae* y que no tienen eficacia real, sino meramente obligatoria, vinculando a las partes -fiduciario interpuesto y fiduciante- entre sí, no siendo oponible frente a terceros.

Esto es, en las relaciones internas el fiduciario interpuesto está obligado a hacer uso de su posición de derecho en los límites que corresponde al verdadero fin del acto, pero si este viola el pacto fiduciario, el fiduciante no podrá obtener más que una condena del fiduciario a pagar los daños y perjuicios causados, no pudiendo accionar ni real ni personalmente contra los terceros que hayan podido adquirir del fiduciario, aunque aquéllos conociesen la existencia del *pactum fiduciae*<sup>225</sup>. De hecho, las obligaciones que en el contrato obligatorio se pactan solo se hayan respaldadas por la buena fe del obligado, en la que confía el fiduciante; por lo que debemos reconocer que ante la infidelidad del fiduciario interpuesto no existen garantías legales que sirvan para coaccionarlo a cumplir rectamente su compromiso, dado que esto es así dentro del margen de confianza que se ha depositado en el fiduciario, y en tanto no se sobrepase el ámbito de la relación interna.

Sin embargo, cosa distinta sucede en la relación externa. Respecto a terceros, el fiduciario es propietario a todos los efectos, pues se ha concluido una transmisión real y efectiva. Por tanto, en virtud de dicha transmisión, los terceros derivan de sus relaciones con el fiduciario derechos reales o de crédito como si hubiesen contratado con el fiduciante. Además, el fiduciario no podrá oponer el *pactum fiduciae* a los terceros si estos le reclaman algún crédito por ser propietario del bien<sup>226</sup>.

---

"Pactum fiduciae ed interposizione reale", *Il Corriere Giuridico*, 1993, p. 857; ID., "Abuso di rappresentanza e inadempimento del mandato", *Il Corriere Giuridico*, 1991, pp. 1207 y ss.

225 En este caso, algún autor ha mantenido que si el tercero sabía del *pactum fiduciae*, el fiduciante podrá ejercitar una acción de daños y perjuicios contra el tercero que haya adquirido por acto ilícito (vid. АЕВУ, С.Н.Р.: "L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse", *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1912, p. 176).

226 Solución distinta se da en el sistema anglosajón, en el que existe la figura del *Trust*, la cual da lugar a una propiedad del fiduciario separada del resto de su patrimonio y vinculada, incluso respecto a tercero, al fin del *Trust*. LEPAULLE, P.: *Traité theorique et pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit*

El fiduciario, por tanto, adquiere la propiedad plena<sup>227</sup>, no limitada, del derecho

*internacional*, París, 1932, p. 31, definió el *Trust* como una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en el que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público.

Son elementos esenciales del *settlor*, que es el creador del *Trust*, el *trustee* (fiduciario) que es el encargado de administrar el patrimonio que el *settlor* ha afectado al *Trust*, y el *cestui que trust*, que es el beneficiario del *Trust*, el que goza del beneficio real de la disposición, aquel en cuyo provecho se constituyó y funciona el *Trust*. El *trustee* es propietario de los bienes del *Trust*, y tiene el poder exclusivo de poseer los bienes y de venderlos, así como de comprar para el *Trust*; es el acreedor de los créditos del *Trust* y solo él puede cobrarlos. Cuando en el ejercicio de sus funciones contrae deudas, responde como deudor frente a terceros, en todo caso hasta donde lleguen los bienes del *Trust*, solo si estos bienes fuesen insuficientes debido a su negligencia respondería personalmente con sus propios bienes. Los derechos del *Trust* constituyen un patrimonio distinto que tiene su administrador y las reglas de constitución, el *trust deed*, que determinan su misión y destino.

La relación fiduciaria del *Trust* contiene una obligación de carácter real, su patrimonio se separa del personal del *trustee* que es propietario formal y constituye un patrimonio afectado que escapa a la acción de los acreedores -las obligaciones del patrimonio del *Trust* no gravan el personal del *trustee*-. En el *Trust*, aunque el *trustee* sea el propietario legal, el beneficiario puede perseguir la cosa contra los terceros a quienes el *trustee* les haya enajenado en violación del estatuto del *Trust*, y puede reivindicar, no solo la cosa, sino también el precio de la misma o lo adquirido con ese precio. Por tanto, en el *Trust* hay dos propiedades diferentes; la propiedad legal (*legal ownership*), que le corresponde al *trustee*, y la propiedad real o económica (*beneficial ownership*), que le corresponde al beneficiario.

Todo ello lleva a la consideración de que el contrato fiduciario y el *Trust* son dos instituciones diferentes: el contrato fiduciario está formado por dos contratos conexos, pero distintos, y resulta siempre de un acto bilateral inoponible a terceros; mientras que el *Trust* es la afectación, en virtud de un acto normalmente unilateral, de un bien por un fundador, *settlor*, en provecho de un tercero, el beneficiario, y se puede oponer a terceros, pues su validez es, no solo para las partes, sino también para los terceros. Además, el quebrantamiento del *Trust* es un delito severamente reprimido en las legislaciones anglosajonas, mientras que en el contrato fiduciario, el fiduciante solo puede pedir una indemnización de daños y perjuicios si el fiduciario abusa de su confianza.

Para una noción más amplia del *Trust*, vid., entre otros, PRESTON: *Étude sur les Trust et Trustees*, París, 1904; WEISER: *Trust on the Continent of Europe*, Londres, 1936, pp. 7 y ss.; FRANCESCHELLI, R.: *Il Trust nel diritto inglese*, Padua, 1935, pp. 11 y ss.; LUPOI, M.: *Introduzione ai trusts: diritto inglese, convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Milano, 1994; ID., *Trusts*, Milano, 1997; ID., *Trust Laws of the World*, Roma, 1996; WILSON, W. A.: *Trust, trustees and executors*, Edinburgh, 1995; BERAUDO, J. P.: *Les Trusts anglo-saxons et le droit français*, París, 1992; GONZÁLEZ BEILFUS, C.: *El trust: la institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Barcelona, 1997; CHECA MARTÍNEZ, M.: *El "trust" angloamericano en el derecho español*, cit.

- 227 Y asimismo lo ha señalado la jurisprudencia. La STS 19 mayo 1982 (RJA 1982, 2580), refiriéndose a la fiducia *cum creditore*, definió el contrato fiduciario "como el negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de esta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido (*pactum fiduciae*)". En sentido análogo se pronuncia la STS 5 julio 1993 (RJA 1993, 5794), que declara que el "negocio fiduciario, rectamente entendido, es aquel en virtud del cual el que actúa como fiduciante [...], transmite la plena propiedad de una cosa o derecho a otro que se conceptúa como fiduciario, para garantizar el pago de una deuda con la obligación de transmisión a su anterior propietario cuando la obligación avalada esté debidamente cumplida". Sin embargo, posteriormente esta sentencia, cita y se apoya contradictoriamente en pronunciamientos que admiten la propiedad formal.

A favor de la propiedad plena se muestran, entre otras, las SSTs 28 enero 1946 (JC 1946, 25); 23 febrero 1951 (RJA 1951, 267); 3 mayo 1955 (RJA 1955, 1561); 7 junio 1955 (RJA 1955, 2298); 31 octubre 1955 (RJA 1955, 3096); 28 diciembre 1955 (RJA 1956, 240); 4 enero 1956 (RJA 1956, 244); 22 mayo 1956 (RJA 1956, 2433); 10 julio 1957 (RJA 1957, 2225); 5 diciembre 1959 (RJA 1959, 4880); 8 marzo 1963 (RJA 1963, 1628); 14 marzo 1964 (RJA 1964, 1422); 11 junio 1964 (RJA 1964, 3533), que reitera la doctrina de la sentencia anterior; 4 abril 1972 (RJA 1972, 1576); 3 mayo 1976 (JC 1976, 117); 4 diciembre 1976 (JC 1976, 368); 30 abril 1977 (RJA 1977, 1699); 9 diciembre 1981 (RJA 1981, 5153); 6 abril 1987 (RJA 1987, 2494); 6 abril 1992 (RJA 1992, 6286), indico no obstante que esta última sentencia, en términos contradictorios y citando una anterior habla también de "una limitada eficacia real de la venta en garantía"; 14 julio 1994 (RJA 1994, 6395); 19 junio 1997 (RJA 1997, 5418); 19 diciembre 1998 (RJA 1998, 9426); 16 noviembre 1999 (RJA 1999, 8612); 5 marzo 2001 (RJA 2001, 3972); 16 julio 2001 (RJA 2001, 5226); 7 junio 2002 (RJA 2002, 4875); 17 septiembre 2002 (RJA 2002, 8558); 23 septiembre 2002 (RJA 2002, 8028); 28 noviembre 2002 (RJA 2002, 10283); 13 febrero 2003 (RJA 2003, 1046); 15 julio 2003 (RJA 2003, 4462); 17 septiembre 2003 (RJA 2003, 6419); 31 octubre 2003 (RJA 2003, 7977); 31 octubre 2003 (RJA 2003, 7977); 30 marzo 2004 (RJA 2004, 2603); 26 julio 2004 (RJA 2004, 6633); 17 febrero 2005 (LA LEY 11102/2005); 27 febrero 2007 (RJA 2007/1768); 30 mayo 2008 (LA LEY 61752/2008); 13 julio 2009 (LA LEY 125073/2009); 1 diciembre 2010 (LA LEY 204546/2010); 17 mayo 2011 (RJA 2011, 3973); 4 octubre 2011 (LA LEY 198706/2011);

transmitido y es propietario *erga omnes*, pudiendo disponer válidamente<sup>228</sup>. Y no entiendo que es factible hablar, como se ha pretendido, de una propiedad relativa o formal que se contrapone a la propiedad material, de una propiedad limitada del fiduciario<sup>229</sup>; porque la propiedad formal (disposición jurídica) separada de la propiedad material (utilización económica) es inconcebible, constituye una imposibilidad jurídica en un sistema como el nuestro<sup>230</sup>, porque no tiene sentido

29 diciembre 2011 (RJA 2012, 170); 8 octubre 2012 (LA LEY 149045/2012); 25 febrero 2013 (LA LEY 10205/2013); 16 diciembre 2014 (TOL4.709.077).

- 228 Cfr. FERRARA, F.: "I negozi fiduciari", cit., pp. 746-747; CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 25 y 29-31; GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 448; ID., "Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto", cit., pp. 37 y ss.; MIGNAULT, P.B.: "La fiducie dans la Province de Québec", *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1936, pp. 126-127; BONET RAMON, F.: "Comentario a la STS de 28 de enero de 1946", cit., p. 196; CLARET Y MARTÍ, P.: *De la fiducia y del trust*, cit., pp. 14-15 y 33; JORDANO BAREA, J. B.: "Mandato para enajenar", *Anuario de Derecho Civil*, 1951, p. 1466; ID., *El negocio fiduciario*, cit., p. 195 (aunque este autor ha cambiado de opinión recientemente).
- 229 Señala GETE ALONSO, M<sup>a</sup> C.: Notas al Tratado de Derecho Civil, cit., p. 135, refiriéndose a la fiducia *cum creditore*, que la "propiedad es verdadera propiedad: con todas las facultades inherentes a la misma, pero con la misma duración que la deuda que garantiza (se refiere a la fiducia *cum creditore*); una vez extinguida la deuda garantizada el fiduciario tiene que devolver, porque la causa ha desaparecido, y si se admitiese la posibilidad de que se quedara con la cosa, nos encontraríamos ante un enriquecimiento sin causa por parte del fiduciario (es una propiedad limitada temporalmente)". "Esto solo supone -añade- el quitarle a la propiedad una de sus características peculiares; la tendencia a la perpetuidad; pero nadie dudará en afirmar que por el hecho de ser una propiedad limitada en el tiempo, dejen de quedar en ella las facultades propias de la misma".
- 230 El desdoblamiento en dos propiedades se debe, sin duda, a la exagerada influencia que el *Trust* anglosajón ha tenido en nuestro derecho. No es posible, dice CLARET Y MARTÍ, P.: *De la fiducia y del trust*, cit., pp. 81-84, encuadrar tan especial propiedad en el cuadro del derecho de los países que no legislan especialmente sobre la institución del *Trust*. Se concibe que admitamos en ellos la fiducia con carácter personal, pero nunca con carácter real, como el *Trust*. Según el autor (apoyándose en el estudio de WEISER), los enemigos públicos de la institución jurídica del *Trust* son: el *numerus clausus* de los derechos reales, pues entre los reconocidos en derecho español no figura ninguno parecido al que nace de la relación fiduciaria del *Trust*: también se oponen al *Trust* -dice- las reglas dictadas contra la inalienabilidad de la propiedad, dado que los sistemas legales miran con disfavor todo contrato que encadene la alienación de la propiedad, pues dar derechos a una parte no propietaria para que impida al propietario vender (si el *trustee* es el propietario puede vender, pero si lo es el beneficiario, es este el que puede vender), es encadenar la propiedad; y otro de los enemigos del *Trust* lo constituye el sistema de principios sobre la publicidad, pues los derechos reales deben constar en un registro público para ser cognoscibles para los terceros. (Vid. notas anteriores acerca de la inadmisibilidad de la *propiedad fiduciaria*). Y advierte con mucha razón CHECA MARTÍNEZ, M.: *El "trust" angloamericano en el derecho español*, cit., p. 22, que el negocio fiduciario de los sistemas de Derecho civil no puede ser considerado un equivalente funcional del *trust* anglosajón, y mantiene el autor que cualquier intento de introducción de la categoría del *trust* en estos ordenamientos pasa por una reforma del negocio fiduciario. Sin embargo, hay quien ha defendido la posibilidad de admitir la figura del *Trust* en nuestro Derecho, con la simple introducción de normativa adicional (vid. MIÑANA, E.: "Los trusts. Breves consideraciones acerca de los medios de su implantación en España", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, pp. 599 y ss., en especial pp. 614-616). Sin embargo, como he tenido ocasión de aclarar en notas anteriores, fiducia y *Trust* son instituciones bien distintas, no pudiendo trasladar a nuestro Derecho los principios de la figura anglosajona. Respecto al *Trust* y sus diferencias con el contrato fiduciario, vid. LEPAULLE, P.: "La notion de Trust et ses applications dans les divers systèmes juridiques", *Actes du Congrès International de Droit Privé*, Roma, 1950, pp. 197 y ss.; GRASSETTI, C.: "Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario", *Rivista di Diritto commerciale*, 1936, pp. 548 y ss.; MORELLO, U.: "Fiducia e trust: due esperienze a confronto", *Quadrimestre*, 1990, pp. 239 y ss.; TONDO, S.: "Sul riconoscimento del Trust nel nostro ordinamento", en *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, pp. 117-136, Milano, 1991, pp. 1 y ss.; LUPOI, M.: "Trust e sistema italiano: problemi e prospettive", *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, pp. 101 y ss.; ID., "Lettera a un notaio curioso di "trusts"", *Rivista del Notariato*, T. I, 1996, pp. 343 y ss.; ID., "Riflessioni comparatistiche sui trusts", *Europa e Diritto Privato*, T. II, 1998, pp. 425 y ss.; LENZI, R.: "Operatività del trust in Italia", *Rivista Notarile*, T. II, 1995, pp. 1379 y ss.; SANTORO, L.: "Trust e fiducia", en *Contratto e Impresa*, T. III, Padova 1995, pp. 976-1013; CORSO, E.: "Gli "standards" di responsabilità del "trustee" nell'amministrazione dei beni soggetti a "trust"", *Rivista del Notariato*, T. I, 1996, pp. 481 y ss.; AA.VV.: *I Trusts in Italia oggi*, Milano, 1996; VINCENZO, S.: *Il Trust: profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996; CASTRONOVO, C.: "Il Trust e

pensar en una propiedad al interno y otra al externo; la propiedad es tal solo si existe y vale frente a todos, uno es propietario o no lo es; una posición intermedia, una posición de propietario solamente nominal frente a determinadas personas no es admisible<sup>231</sup>.

El fiduciario interpuesto es propietario frente a todos sin excepciones, y no puede hablarse de una propiedad especial, porque esta no existe. Además, la ley no reconoce ninguna propiedad formal o material, sino solamente una propiedad plena. Llamar "propiedad fiduciaria" a la titularidad que adquiere el fiduciario en el contrato fiduciario es, a mi juicio, impropio; a pesar de que este término se utilice en el lenguaje común para referirse a otras figuras<sup>232</sup>.

Así es, el fiduciario interpuesto es propietario o titular pleno y verdadero, no solo frente a terceros, sino también incluso frente al mismo fiduciante. Y si una cosa está clara es que para poder hablar de contrato fiduciario es indispensable la transmisión de la titularidad de la cosa o derecho objeto del contrato, y siempre que falte esta titularidad se está fuera del campo de los contratos fiduciarios<sup>233</sup>.

---

'sostiene LUPOLI"', en *Europa e Diritto Privato*, T. II, 1998, pp. 441 y ss.; RESCIGNO, P.: "Notazioni a chiusura di seminario sul Trust", en *Europa e Diritto Privato*, T. II, 1998, pp. 453 y ss.; BROGGINI, G.: "Trust e fiducia nel diritto internazionale privato", en *Europa e Diritto Privato*, T. II, 1998, pp. 399 y ss.; DE ANGELIS, L.: "Trust e fiducia nell'ordinamento italiano", *Rivista di Diritto Civile*, n° 3 mayo-junio, 1999, pp. 353 y ss.

231 CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 30.

232 Evidentemente el término no será equivocado cuando se utilice para referirse a las instituciones en las cuales legislativamente se admite la propiedad fiduciaria. En derecho italiano están admitidas legislativamente formas de propiedad fiduciaria, a saber: las sociedades fiduciarias (sociedades que se proponen, bajo la forma de empresa, asumir la administración de bienes por cuenta de terceros), las sociedades de gestión de fondos comunes de inversiones mobiliarias, reguladas por la Ley n.º 77 de 23 de marzo de 1983, y las llamadas fundaciones fiduciarias.

La propiedad fiduciaria en estos casos indica una particular especie de propiedad, caracterizada por la peculiaridad que la facultad de gozar y de disponer de un determinado bien son atribuidas al propietario para satisfacer un interés ajeno (GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto", cit., p. 30). Sin embargo, en ocasiones se utiliza el término "propiedad fiduciaria" para indicar la propiedad que se adquiere en el contrato fiduciario. Al respecto, señala GALGANO que entre los dos fenómenos no hay necesariamente un nexo de consecuencialidad, pues la propiedad fiduciaria en los límites en los que resulta admisible no necesariamente nace de un contrato fiduciario. Solo puede hablarse en sentido técnico de propiedad fiduciaria cuando el vínculo de destinación del bien al servicio de un interés ajeno presenta el carácter de vínculo real como en el *Trust*. Pero en cuanto al contrato fiduciario -añade- no puede hablarse de propiedad fiduciaria en sentido técnico. En un sistema dominado por el principio de la tipicidad de derechos reales, la propiedad fiduciaria no puede ser el producto de la autonomía contractual y solo podrá hablarse de propiedad fiduciaria cuando se trate de las formas admitidas legislativamente (pp. 30-31).

233 Si bien la doctrina es casi unánime en este sentido, algunos autores han defendido una idea contraria, según la cual no es precisa la transmisión para que pueda haber contrato fiduciario. Así lo entiende LACAL FUENTES, P.: "El tema del negocio fiduciario", cit., p. 784, según el cual no es necesaria una transmisión de propiedad del fiduciante al fiduciario para que haya contrato fiduciario. Según el jurista, para hablar de contrato fiduciario se ha de tener presente solamente dos elementos, que son los que integran el negocio: el subjetivo, representado por la confianza del fiduciante en la honrada conducta del fiduciario; y el objetivo, que se caracteriza por el riesgo que el fiduciante asume si el fiduciario no responde a la confianza dispensada.

Ya FRANCESCHELLI, R.: *Il Trust nel diritto inglese*, cit., p. 13, había defendido esta hipótesis. La razón que alecciona es que la exigencia de transmisión no hace más que reducir el ámbito de los negocios fiduciarios, haciendo necesario el requisito del dinamismo, que en modo alguno es esencial; y que se pueden dar -dice- formas de negocios fiduciarios que no cuentan la transmisión entre sus elementos. Sin embargo, es de decir que el autor, a pesar de ello, no cita ninguno de los negocios que no tienen transmisión, sino que se refiere al *Trust*, el cual se diferencia del contrato fiduciario, precisamente, en que no existe traslado

## 6. El contrato fiduciario no puede calificarse ni confundirse con la simulación relativa. Una distinción aun válida entre interposición ficticia y real.

Tras poner en claro cuál es, a mi juicio, la estructura del contrato fiduciario y como funciona, procuro ahora demostrar que la pretendida inclusión del mismo en el fenómeno simulatorio, y por tanto la confusión entre interposición ficticia y real, no tiene razón de ser. Para ello, refutaré las distintas tesis argumentadas en contra de la veracidad del contrato fiduciario e intentaré justificar que dicho instituto no se halla privo de causa, y que tampoco se trata de un contrato con causa falsa. En suma, que el contrato fiduciario no puede calificarse ni confundirse con la simulación, ni siquiera con la relativa; y que la distinción entre ambas figuras y entre interposición ficticia y real es, no solo lícita y válida, sino del todo conveniente.

Todas las tesis que identifican el contrato fiduciario como un contrato simulado relativamente parten de una premisa clave: para que exista una transmisión del derecho del fiduciante al fiduciario es necesaria la real voluntad de transmitir<sup>234</sup>. Se rechaza la teoría del doble efecto, argumentando que no tiene fundamento en la realidad porque la voluntad de las partes es una sola y no puede ser más que una; de modo que, o han querido simplemente constituir un mandato, o un derecho de garantía, o han deseado la transmisión efectiva de la cosa<sup>235</sup>. Así, se advierte que el

---

alguno de propiedad. Esta opinión de Franceschelli es fruto de la influencia que la figura del *trust* ha tenido en sus trabajos sobre el contrato fiduciario.

234 FUCHS: "Pseudonyme Rechtsgeschäfte", cit., pp. 82 y ss., cit. por JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., p. 103, niega que pueda existir una voluntad jurídica sin su correspondiente voluntad práctica, porque, a su juicio, es inconcebible que exista un querer sin una voluntad de aquello que debe ser querido. El autor sostiene que los negocios fiduciarios no deben subsistir como categoría autónoma, sino que deben configurarse como una simple modalidad de los negocios aparentes.

235 Vid. PESTALOZZA, F.: Voz "Simulazione", cit., p. 783. Señala el autor que es inconcebible que, al mismo tiempo, los contratantes deseen transmitir un documento por medio de un endoso y dar un mandato para su cobro, pues en el acto fiduciario hay unidad de acción de voluntad. Concluye afirmando que en el negocio fiduciario la voluntad de las partes no puede ser dirigida más que a la transmisión de la titularidad formal. Le sigue CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 76-77.

La existencia de dos declaraciones de voluntad, tanto en los contratos simulados como en los fiduciarios, había sido ya expuesta por GOLTZ: *Des fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsels Rechts*, cit., p. 21, para quien el negocio simulado consta de dos declaraciones de voluntad, con una de las cuales se anula lo que se ha creado o ha debido crearse con la otra. Distingue el autor dos tipos de simulación según esta teoría: una en que las partes acuerdan en un primer momento llevar a cabo un negocio ficticio y lo realizan más tarde, y otra en que las partes realizan este negocio sin previo acuerdo sobre su contrato anulatorio, si bien saben perfectamente que tendrán que llevarlo a cabo después, siendo el acuerdo simulatorio tácito. Esta segunda forma es la que el autor dice se asemeja a los contratos fiduciarios, en los cuales también el transmitente tiene presente el contrato obligatorio negativo que debe después realizarse, sin que esto obste a la transmisión real. Lo que hace GOLTZ es construir la simulación como un negocio con dos declaraciones de voluntad, pero serio y verdadero, pues en el segundo supuesto del que habla de lo que se trata es de un negocio verdadero pero que es anulado posteriormente por el contrato obligatorio (vid. la crítica que de esta teoría hace CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 46-47).

Y parece ser que GOLTZ tomó en consideración la teoría defendida pocos años antes por FADDA, para quien el negocio fiduciario es un caso de simulación relativa, en el cual el negocio con efectos reales constituye el negocio simulado, y el negocio con efectos obligatorios el disimulado (FADDA, C.: "Vendita a scopo di garanzia", cit., pp. 177 y ss.). Este autor es citado erróneamente por CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 43, nota 2, al incluirlo entre aquéllos que defienden la tesis que diferencia el contrato fiduciario del simulado.

Sin embargo, aunque parten de la misma base (dos declaraciones de voluntad) las tesis de estos autores son distintas: para FADDA y PESTALOZZA el contrato fiduciario no es más que un contrato simulado, para

empleo de un negocio que respecto a terceros aparece confiriendo una titularidad mayor que la realmente querida por las partes, constituirá siempre una simulación.

A esta idea corresponden las preguntas que se hace el máximo exponente y propulsor de esta teoría en nuestra doctrina<sup>236</sup>. Tras decir que la teoría del doble efecto conduce a resultados duros o injustificados para el fiduciante, se pregunta: “¿es lo ordinario, lo presumible, siquiera lo verosímil que el fiduciante haya querido transmitir, y de una manera plena, ilimitada y definitiva, la cosa que confía al fiduciario? Si se atienden -señala- a los datos que suministra la práctica judicial, quien hace una venta para garantizar al prestamista la devolución de lo prestado, pretende obtener el préstamo y pasa por la venta porque no puede conseguir aquel préstamo de otro modo. Está dentro de lo probable que un profesional del préstamo cuente con -en caso de impago- hacer suya la finca dejada en garantía; no que ello sea objeto de acuerdo con el fiduciante. En el supuesto del endoso para cobro, no es creíble que alguna de las partes piense que con ello se ha perdido y se ha ganado, respectivamente la titularidad del crédito cambiario. Indiferencia tal hacia lo realmente querido, que hasta la existencia misma de una voluntad expresada en contrario se considera no ser obstáculo para calificar una venta en garantía como negocio fiduciario”.

Me he permitido esta larga transcripción porque el dilema planteado es, a mi juicio, innecesario. De hecho, el autor es criticado, y con razón, con somera agudeza por RODRÍGUEZ ROSADO<sup>237</sup>, para quien esta afirmación tiene más el carácter de petición de principio que de un argumento. “No demuestra -señala el autor- que las partes hayan querido realizar un negocio simulado. Y a favor de la realidad de la voluntad milita una razón de tanto peso como es la declaración que hayan hecho. No me parece sostenible defender *a priori* y en contra de la declaración de voluntad de las partes, que en verdad no han querido llevar a cabo la transmisión que dicen haber realizado. El único apoyo claro de esta afirmación es que el deudor se puede ver obligado a aceptar este efecto a fin de conseguir el préstamo, que no lograría de otro modo”.

Efectivamente, no es aquél un argumento que pueda sostenerse para defender la falta de voluntad y, por tanto, la simulación del contrato. Si hay una clara diferencia entre el contrato simulado y el contrato fiduciario es, precisamente, que este se dirige a realizar los fines queridos por las partes, se quieren los efectos del contrato; mientras que en el simulado las partes no quieren celebrar ningún

---

GOLTZ hay una diferencia -como veremos, con ciertos matices-, entre los contratos fiduciarios y los simulados. El error de este es la construcción que hace de la simulación, a mi juicio inadmisibles.

236 DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El negocio fiduciario”, cit., pp. 26-27. Le sigue PUIG BRUTAU, J.: Voz “Negocio jurídico”, cit., p. 260. Se adhiere a la tesis propugnada por De Castro, JORDANO BAREA, J. B.: “Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria”, cit., pp. 1452 y ss.; MARTÍN LEÓN, A.: *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad*, cit., pp. 49 y ss.

237 RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., p. 125.

contrato, o quieren uno de naturaleza diversa, en distintas condiciones o con personas distintas.

En cuanto a la simulación absoluta, no creo que valga la pena detenerse, pues es fácil percatarse de la sencillez de la distinción; el contrato simulado absolutamente no quiere ningún efecto, ni jurídico ni económico, mientras que el fiduciario quiere el resultado jurídico pero no el correspondiente resultado económico<sup>238</sup>; en la simulación absoluta, la transmisión del derecho es del todo ficticia, no se transmite absolutamente nada, mientras que en el contrato fiduciario, el fiduciario deviene titular del derecho que efectivamente se ha transmitido.

Es evidente que las diferencias se atenúan cuando se ponen en parangón el contrato simulado relativamente -un contrato aparente (simulado) encubre otro contrato real (disimulado)- con el contrato fiduciario, pero aún así las diferencias son claras: en el contrato relativamente simulado, el contenido de una de las declaraciones de voluntad (la del contrato simulado) es solo aparente -ficticia-, aunque sea real el contenido de la declaración del contrato disimulado; mientras que en el contrato fiduciario, ambas declaraciones, tanto la del contrato real traslativo como la del *pactum fiduciae*, tienen un contenido real efectivo<sup>239</sup>.

Cuando hablamos de una simulación relativa subjetiva o interposición ficticia en el contrato simulado, aparece como contratante un sujeto interpuesto que no es el contratante real interponente; la persona interpuesta ficticiamente figura en el acto jurídico por simple apariencia, con el fin de ocultar la identidad del verdadero contratante, siendo el sujeto aparente utilizado simplemente para sustituir al sujeto efectivo. Sin embargo, en el contrato fiduciario el interpuesto no es un sujeto que no adquiere nada y que trata de enmascarar al verdadero contratante, sino que es él el que adquiere efectivamente, siendo titular con pleno dominio *erga omnes*; es un interpuesto real, que quiere los efectos del negocio y que nada oculta.

Por tanto, en el contrato fiduciario, no se trata de establecer una apariencia jurídica, sino una realidad, si bien con fines económicos distintos de los que corresponden al efecto jurídico producido<sup>240</sup>.

238 Diferencia que con gran claridad y precisión puso ya de relieve FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 66. De hecho, incluso MARTÍN LEÓN, A.: *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad*, cit., p. 50, defensor de la teoría de que el contrato fiduciario es un contrato simulado relativamente, dice claramente que "A nuestro juicio, son tan notorias las diferencias entre fiducia y la simulación absoluta que no se plantean especiales dificultades a la hora de proceder a su distinción".

239 Vid. HERNÁNDEZ GIL, A.: "Nota a la STS 25 de mayo de 1944", cit., pp. 699-700.

240 Esta divergencia entre el fin económico y el medio jurídico empleado es lo que ha llevado a algún autor a decir que los contratos fiduciarios son una mezcla entre verdad y apariencia, por lo que les corresponde una situación intermedia entre los negocios reales y los simulados, aunque ambos sean distintos (GOLTZ: *Des fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsels Rechts*, cit., p. 21). Sin embargo, como señala el mismo FERRARA, F., si bien es cierto que, económicamente, las partes persiguen un efecto distinto del que expresa el medio jurídico al que recurren y que, así llegan a ocultar

Y aquél intento de demostración según el cual una voluntad dirigida a conseguir lo menos a través de lo más, de que la voluntad es una sola y no puede ser más que una, es inadmisibile. Porque si una cosa está clara es que en los contratos fiduciarios la voluntad es una sola, aunque se trate de una voluntad compleja<sup>241</sup>, y lo que sucede es que en ocasiones es preciso andar un camino más largo para llegar al resultado final propuesto. De hecho, el que aplica aquel razonamiento lo que está haciendo es confundir la causa del contrato con los motivos psicológicos<sup>242</sup>, y si algo debe quedar presente es que la causa es independiente de la voluntad de los contratantes, y nada tiene que ver con los motivos<sup>243</sup>. Además, y como

---

su finalidad económica, eso no impide que el negocio sea serio y real en su envoltura jurídica, y que el fin particular con que contratan las partes carezca de importancia desde el punto de vista del derecho. Se tendrá -advierte el autor- a lo sumo, un disimulo en cuanto a lo económico, ya que el patrimonio del fiduciario aparece aumentado cuando, en realidad, por el efecto de la obligación negativa, que neutraliza el de la transferencia queda como estaba, pero ello no puede tener influencia ninguna para decidir el carácter jurídico del negocio (*Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 58-59).

- 241 Pues aunque hablemos de dos contratos autónomos, unidos por una *causa fiduciae* que informa el contenido del complejo negocio, hay que dejar claro que se trata de dos negocios simples, que se encuentran unidos íntima pero no esencialmente por un vínculo consensual, y que son queridos por las partes como un todo.
- 242 Esta concepción, originaria de los esfuerzos de PESTALOZZA por negar la autonomía del contrato fiduciario, es ampliamente criticada por PUGLIESE, para quien el anterior autor confunde la voluntad del negocio con los motivos psicológicos, afirmando que no es cierto que, en el caso de la transmisión de propiedad con el fin de mandato, las partes quieran el mandato y no la transmisión de la propiedad; en cambio, lo cierto es que el fin del mandato constituye el motivo por el cual es creado el negocio de transmisión (*La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova, 1938, p. 31).  
También JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 105-106, critica la tesis de PESTALOZZA, aunque desde otra perspectiva, y señala que “es cierto que la voluntad de las partes no puede ser más que una, pero esta voluntad no se dirige a la conclusión de un mandato, prenda o hipoteca, sino a un fin específico no previsto por el ordenamiento que exige la transmisión de la propiedad (*causa fiduciae* atípica). Por consiguiente -añade- no puede deducirse de un fin restringido, que no existe, la irrealidad (no seriedad) de la voluntad de las partes, sino que, por el contrario, el fin propio del negocio fiduciario, informando y determinando dicha voluntad hace que sea verdadera y real”.
- 243 Como ya he tenido ocasión de expresar en otros estudios (*El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, Valencia, 1999, pp. 37-39), el motivo es un elemento subjetivo personal e independiente, que opera en el ánimo del contratante y que lo impulsa a concluir un contrato, pero que no trasciende a ese contrato, es la representación que obra en el ánimo de un determinado futuro contratante. La causa debe ser considerada como elemento común de los contratantes, y no como elemento individual, como es el motivo. Los motivos que hayan llevado a las partes a contratar son, normalmente, diferentes. Cada parte contratante tendrá un interés diverso, y el fin que pretendan conseguir con la realización de lo convenido, evidentemente, será distinto. Los motivos son variables, no solo de sujeto a sujeto, sino de tiempo a tiempo en un mismo sujeto, y se hayan influenciados por factores externos que inducen a cada parte a hacer algo en un determinado momento. La causa, o es común en el negocio de dos o más partes, o aún siendo individual en el negocio de una sola parte ha sido dada a conocer a los destinatarios del contrato a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero. La causa es el presupuesto objetivo del contrato, mientras que los motivos son las razones psicológicas que hayan podido impulsar a las partes a contratar, que son totalmente irrelevantes para el Derecho.  
Al respecto, vid. MARTÍN BALLESTERO, L.: *De la causa en los negocios jurídicos contractuales*, Madrid, 1956, p. 21; DESANTES GUANTER, J.M.: “Una reelección sobre la causa”, *Anuario de Derecho Civil*, 1955, p. 533; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: “El concepto de causa en el negocio jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, 1963, p. 32; ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La causa”, *Revista de Derecho Privado*, 1958, p. 321; FERRARA, F.: *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, pp. 131-132; BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 171 y ss.; DUSI, B.: *Diritto delle obbligazioni e contratti speciali*, Modena, 1906-1907, p. 276.  
Así también, entre otras, las SSTS 6 mayo 1892 (JC 1892, 136); 24 febrero 1904 (JC 1904, 68); 23 noviembre 1920 (JC 1920, 115); 5 marzo 1924 (JC 1924, 105); 7 marzo 1953 (RJA 153, 586); 23 noviembre 1961 (RJA 1961, 4115); 20 enero 1965 (RJA., 160); 15 febrero d 1982 (RJA 1982, 689); 1 abril 1982 (RJA 1982, 1930); 8 julio 1983 (RJA., 4122); 30 diciembre 1985 (RJA 1985, 6640); 30 septiembre 1988 (RJA 1988, 6937); 21 d noviembre 1988 (RJA 1988, 9038); 29 noviembre 1989 (RJA 1989, 7921); 19 noviembre 1990 (RJA 1990, 8956); 4 enero 1991 (RJA 1991, 106); 31 enero 1991 (RJA 1991, 521); 8 mayo 1991 (RJA 1991, 3577).

acertadamente ha sido señalado<sup>244</sup>, es arbitrario considerar una voluntad como imponente de querer más para conseguir lo menos, cuando este fin menor solo puede conseguirse actuando aquel medio más amplio. Para que verdaderamente existiera la simulación que aquéllos describen, sería preciso que en el contrato fiduciario tuviera lugar entre las partes un acuerdo dirigido a simular la transferencia de la propiedad, o la cesión, o a constituir en realidad una prenda o hipoteca, o bien a realizar una simple relación de mandato (negocio disimulado); pues si no tiene lugar un acuerdo en esos términos, lo cual debe mantenerse mientras que no se pruebe, es preciso admitir que efectivamente el paso del derecho de propiedad o de crédito es querido y actuado, aunque sea para un fin menor; es necesario, por tanto, admitir el contrato fiduciario en su plena eficacia real y obligatoria.

Para refutar de alguna forma posible esta clara evidencia -cual es que en el contrato fiduciario ambos contratos son queridos, mientras que en el simulado relativamente solo se quiere el disimulado-, se ha llegado a decir que en realidad en la simulación no solo se quiere el contrato disimulado, sino también el simulado. Así es, se asegura que ambas partes exteriores, del negocio fiduciario y del negocio simulado, son queridas, pero no en el sentido de serlo en sí, sino de serlo para que oculten el verdadero negocio (el interno fiduciario y el disimulado)<sup>245</sup>.

244 Vid. CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 49-50, en la magistral crítica que hace a PESTALOZZA.

245 Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El llamado negocio fiduciario", cit., pp. 666-667. Y lo argumenta del siguiente modo: "decir que en la parte externa del negocio fiduciario se quiere verdaderamente la transmisión real, pero para que sea recibida dentro de los límites puramente obligados de la parte interna del negocio, es una contradicción porque esta parte no es que matice la transmisión real o la limite aunque solo con eficacia obligatorio, sino que pura y simplemente revela que aquélla no es querida. Esto es así hablando en abstracto, pero es que además en la vida real las partes intervinientes, en particular, el enajenante, en un negocio fiduciario, no se proponen nunca la transmisión, es decir, nunca tienen verdadera voluntad transmisiva, sino solo propósito de dar en garantía o en administración, etc. Con lo que resulta que no vale el negocio exterior por falta de consentimiento (art. 1. 261.I.º)" (p. 667). Y después se reafirma el autor, criticando a FERRARA que defiende la teoría del doble efecto, diciendo que: "eso visto antes que dice FERRARA, en mi opinión es inexacto hasta más no poder, pues si bien 1.º, el negocio simulado es fingido, no querido, no real, no serio y no válido, todo eso solo le alcanza a él, pero es, sin embargo, 2.º, no fingido, sí querido, sí real, sí serio y sí válido el negocio disimulado que haya debajo; y esto 2.º, se puede decir exactamente lo mismo en la fiducia del negocio oculto o interior (que es el limitativo y recuperatorio), y lo 1.º, del negocio exterior transmisivo, pues no se puede mantener en serio, según he dicho hace poco, que tiene voluntad de transmitir quien quiere solo dar en garantía o para que le administren, etc. Quien quiere solo esto, no tiene voluntad de aquello, y faltándole tal voluntad no hay negocio transmisivo y serio. Y no es de recibo recurrir a la falsa explicación de que se quiere un fin mayor (la transmisión) para llevar a la práctica más cómodamente o más expeditamente o con más seguridad el fin menor si querido de verdad, porque semejante explicación hace ver más claramente que en realidad solo es querido este, y aquél aparentado querer, de modo que ciertamente no es querido el negocio transmisivo. En definitiva, que es contradictorio querer transmitir pero a la vez no querer sino solo garantizar, etc., porque es *no querer* transmitir; y en cuanto a querer de verdad transmitir para solo garantizar es igualmente contradictorio, porque sería como decir que de verdad se quiere más de lo que realmente se quiere" (p. 668).

Acoge su teoría FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 47 y ss. En sentido análogo, advierte CLAVERIA GOSÁLBEZ, L. U.: "Comentario al artículo 1. 276 del Código Civil", cit., pp. 602-603, que "el negocio fiduciario sí deja en la sombra ante terceros importantes elementos (como sucede en el relativamente simulado); además, en ambos negocios (el fiduciario y el simulado) se quieren algunos elementos, pero no todos los manifestados, no siendo cierto siempre que el simulado no se quiera en absoluto".

Es importante advertir que la tesis propugnada por ALBALADEJO encuentra algún reflejo en las teorías que en su día habían propuesto CARNELUTTI y BETTI. El primero equipara el contrato simulado con el fiduciario sobre la base de la existencia de la voluntad también en el simulado, el cual sería viciado solo por su causa (*Sistema del Diritto processuale civile*, cit., p. 406). BETTI señala la existencia de un vínculo genético entre simulación relativa y contrato fiduciario partiendo de la premisa de que en el simulado no falta ni la voluntad del acto ni la conciencia de su contenido, puesto -dice- que el negocio simulado es querido

Pero, a mi parecer, esto no es más que el intento de salvar artificiosamente una construcción equivocada; pues el llamado “negocio interno” (pacto fiduciario o contrato obligatorio) no es un contrato enmascarado bajo otro -como lo es el disimulado-, sino un pacto que impone las limitaciones al contrato traslativo; y no está revelando que no se quiere la transmisión de la propiedad, sino simplemente está imponiendo limitaciones a esa transmisión; limitaciones que tienen eficacia puramente interna y que no afectan en ningún momento a la real adquisición de la propiedad, porque el fiduciario es propietario.

En resumidas cuentas: el alma clave de la distinción entre contrato fiduciario y contrato simulado es precisamente el lado opuesto al que defienden aquellos autores; que el fiduciario es realmente querido y existe la voluntad de transmitir, mientras que el simulado no lo es y falta aquella voluntad<sup>246</sup>. Y ello significa, entre

---

como medio para lograr un fin diverso de aquel que su causa representa (*Istituzioni di Diritto Romano*, T. I, 2ª Edición, Padova, 1942, p. 132). Pero hay que poner de relieve que este autor sí distinguía entre contrato simulado y contrato fiduciario. Para el autor, la diferencia se encuentra en que en el contrato simulado hay una incompatibilidad entre la causa típica del negocio escogido y el intento práctico perseguido en concreto, mientras que en el contrato fiduciario lo que hay es una simple incongruencia o discordancia entre los fines perseguidos y el medio jurídico empleado, que son perfectamente compatibles entre sí (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 294-295). Lo critica TAMBURRINO, G.: “Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario”, cit., p. 189, para quien es imposible fundar la distinción en un concepto meramente cuantitativo, pues la incompatibilidad no es más que un grado mayor que la incongruencia.

Tesis cercana, pero con sus matices, y distinguiendo también entre ambos contratos, mantenía GRASSETTI, C.: “Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità”, cit., pp. 358 y ss., para quien no debe considerarse válida la clásica distinción en que el negocio simulado no sea querido y el fiduciario sí, pues ambos valen y son queridos, si bien aquél como apariencia y el fiduciario efectivamente (aquí está el punto de conexión con los anteriores autores). El criterio distintivo consiste, según el autor, en que a través de la simulación relativa las partes persiguen un fin típico que, en todo o en parte, es propio de un negocio diverso del aparentemente realizado, mientras que en el negocio fiduciario se persigue un fin atípico que no es propio de ningún tipo negocial reconocido legislativamente de modo específico y, sin embargo, en tanto es perseguible por la autonomía privada en cuanto pueda admitirse, sobre la base de una valoración económico-social de la relación y con referencia a los principios generales de un determinado ordenamiento, particularmente a los del contrato, que aquel fin responde a una necesidad legislativamente reconocida en vía genérica por la norma que admite la libertad de contratación. Según el jurista, el contrato fiduciario podrá implicar simulación relativa cuando las partes hagan referencia a un negocio típico (p. 361). Sin embargo, como ya ha sido advertido por algunos autores, la distinción entre negocio fiduciario y negocio relativamente simulado propuesta por el autor está privada de fundamento, pues el fin disimulado no debe ser necesariamente un fin típico previsto legislativamente (VERDERA Y TUELLS, E.: “Algunos aspectos de la simulación”, cit., p. 19; JORDANO BAREA, J.B.: *El negocio fiduciario*, ob.cit., pp. 117-119; TAMBURRINO, G.: “Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario”, cit., p. 189).

- 246 Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A.: “Nota a la STS 25 de mayo de 1944”, cit., pp. 699-700; BONET RAMON, F.: “Comentario a la STS de 28 de enero de 1946”, cit., p. 195; ID., “Comentario a la STS de 25 de mayo de 1944”, cit., p. 861; ID., “Algunas figuras afines al contrato de mandato”, cit., p. 655; LACAL FUENTES, P.: “El tema del negocio fiduciario”, cit., pp. 778 y ss.; NAVARRO MARTORELL, M.: “Aislamiento de los negocios fiduciarios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. I, 1950, pp. 444 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, B., Y ALGUER, J.: Notas al Tratado de Derecho Civil, cit., § 148, p. 124; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. II, cit., p. 87; GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, cit., p. 380; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, cit., p. 191; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: “El fiduciario”, en “El titular”, cit., p. 368; CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, pp. 56-57; VERDERA Y TUELLS, E.: “Algunos aspectos de la simulación”, cit., p. 19; MEDRANO RUIZ DEL ÁRBOL, J.A.: “Formas indirectas o atípicas de garantía”, en *Estudios de Derecho Público y Privado*, T. I, Valladolid, 1965, pp. 666-667; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, T. I., cit., pp. 521-522, quienes advierten que “la propiedad fiduciaria nace de un negocio que se quiere alejar de la órbita de la simulación (p. 522)”; PANTALEÓN PRIETO, F.: Voz “Negocio fiduciario”, cit., pp. 4407-4408; GETE ALONSO, Mª C.: “Comentario a la STS de 7 de mayo de 1987”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 14/1997, pp. 4625 y ss.; GÓMEZ GALLIGO, F. J.: “Titularidades fiduciarias”, cit., p. 545; CÁMARA LAPUENTE, S.: *La fiducia sucesoria secreta*, cit., pp. 136; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., p. 243; RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., pp. 124 y ss.; ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil*, cit., §

otras cosas, que la voluntad de los contratantes en el contrato fiduciario no va dirigida a engañar o envolver a terceras personas -como sucede en el simulado-, sino a constituir una situación jurídica sobre la que aquéllas puedan apoyar sus relaciones y exigencias<sup>247</sup>. No estoy haciendo eco al dogma de la voluntad, sino que esto trae como conclusión que los efectos del contrato fiduciario son queridos y lo son por todas las partes intervinientes, y que por lo tanto se trata de un contrato real -no aparente como el simulado-, y por ello cuando hay interposición, esta es real, y no ficticia; y, como ahora veremos, que la causa del contrato fiduciario no es una causa falsa, sino que, como querida, es causa lícita y verdadera.

El que en el contrato simulado la transmisión de la propiedad no se quiere porque es solo aparente, mientras que en el fiduciario es efectiva, ha sido incluso reconocido por algunos de los autores que incluyen este en el ámbito de la simulación. No obstante, esta diferencia no se toma en consideración, y se engloba el contrato fiduciario en un vasto concepto de simulación en el que se integran tanto negocios irreales como negocios reales limitados en sus efectos, argumentando que es inútil crear una nueva y superflua figura jurídica desde el momento que los negocios fiduciarios pueden sin dificultad encuadrarse en la doctrina general de la simulación relativa o impropia<sup>248</sup>. Y se ha llegado a decir que

148, p. 111; BELEZA DO SANTOS, J.: *A simulação em direito civil*, Coimbra, 1921, cit., p. 144; SPOTA, A.: "Negocio jurídico fiduciario: su distingo con el negocio jurídico simulado", *La Ley*, 1975, p. 328; FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 66 y ss.; CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 44; COVIELLO, N.: *Manuale di Diritto Civile Italiano*, cit., p. 381; FRANCESCHELLI, R.: *Il Trust nel diritto inglese*, cit., p. 16; MESSINEO, F.: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., p. 578; DE MARTINI, A.: "Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato", cit. p. 705; TAMBURRINO, G.: "Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario", cit., pp. 188 a 190; BRASIELLO, U.: "Vendita con patto di riscatto o <de retrovendendo> in funzione di garanzia", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. I, 1950, p. 103; BIANCA, C. M.: *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 319; DE GENNARO, G.: *I Contratti misti*, cit., pp. 81-82; GIOVENE, A.: *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, cit., p. 34; MANCINI, T.: "In tema di negozio fiduciario", cit., pp. 1838-1839; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., p. 72; GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto", cit., p. 35; TRIMARCHI, V. M.: *Voz "Negozio fiduciario"*, p. 51; NITTI, R.: *Voz "Negozio fiduciario"*, cit., p. 206; WITZ, C.: *Le fiducie en droit privé français*, cit., p. 212; MONTECCHIARI, T.: *La simulazione del contratto*, Milano, 1999, p. 52; MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación. Simiótica de los negocios jurídicos simulados*, cit., pp. 122 y 123, aunque el autor advierte que como el contrato fiduciario descanza en la confianza, si esta falla y el fiduciario abusando de ese sentimiento niega la cualidad del negocio obligando al fiduciante a pedir una indemnización, en este caso y en atención a la prueba, los indicios a emplear son exactamente los mismos que se utilizarían en la prueba de la simulación, si bien sustituyendo la *causa simulandi* por la *causa fiduciae*. (vid., del mismo autor, *La prueba de la simulación*. 3ª Edición, Colombia, 2011).

247 GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: "El fiduciario", en "El titular", cit., p. 368. Al respecto, afirma ASCARELLI, T.: *Il negozio indiretto e le società commerciali, s/f* (también en *Studi di Diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, T. I, Roma, 1931, pp. 29 y ss.), que en el contrato fiduciario no existe ningún acuerdo de simular, ni interés en ocultar a los terceros el fin último a que el acto se dirige. El proceso -señala- se desenvuelve a la luz del sol, y no hay hombre experto que se llame a engaño acerca de su fin último. Y clarísima fue la STS 23 febrero 1951 (RJA, 267) que, remarcando la distinción, señaló que "no cabe confundir el negocio simulado con el fiduciario, el primero es un negocio simple, y se realiza para producir una apariencia o un engaño, mientras que el segundo reviste una forma compleja y está integrado por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía". Así también las SSTS 30 abril 1977 (RJA 1977, 1699) y 27 junio 1980 (RJA 1980, 2414).

248 En este sentido, BUTERA, A.: *Della simulazione nei negozi giuridici*, cit., p. 65. Ya DEMOGUE, R.: *Traité des obligations en general*, cit., n° 159, había señalado que el negocio fiduciario es una subespecie o aplicación particular del acto simulado, por lo cual no es necesario hacer de él una figura autónoma. En términos análogos, algunos autores franceses han señalado la dificultad de establecer una neta línea de separación dogmática entre el contrato indirecto (en el cual incluyen el contrato fiduciario) y la simulación relativa. Así REYMOND, G.: *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Montreux, 1948, pp. 15 y ss.; BREDIN, J.

el contrato fiduciario, que entra en la categoría de los innominados con efectos reales con una propia causa objetiva, no puede ser contrapuesto a la simulación, porque esta es un modo de ser de la voluntad, que puede integrar cualquier tipo negocial, fiduciario y no fiduciario; y partiendo de esta base, se afirma que la venta con fines de garantía (fiducia *cum creditore*) se resolverá siempre en una venta pura y simple, o en un normal caso de simulación relativa, según que el fin ulterior sea el motivo de la venta o la causa de la transmisión del derecho real<sup>249</sup>.

Conscientes, sin embargo, de la dificultad de fundamentar la teoría del contrato fiduciario como simulado basándose en la falta de voluntad para transmitir, se intenta otra vía de escape: y si aun existiese verdadera voluntad de transmitir -se dice-, el negocio fiduciario seguiría sin valer por falta de causa suficiente para fundamentar la transmisión<sup>250</sup>. En primer lugar se niega la teoría de la dualidad de contratos por creer que solo es posible en los sistemas que admiten el contrato abstracto, y luego se expone la ineptitud de la llamada *causa fiduciae* para transmitir la propiedad. El argumento que intentan es el siguiente: si las partes celebran un contrato fiduciario en garantía de un crédito, llevan a cabo uno de compraventa, pero el fiduciante no recibe contraprestación alguna a cambio de la cosa transmitida, por lo que no se da la reciprocidad propia del contrato oneroso. El fiduciario recibe, por tanto, la propiedad, pero en contraprestación no ha dado nada, por lo que la causa para transmitir esa propiedad es insuficiente<sup>251</sup>.

---

D.: "Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1956, pp. 261 y ss.; Se adhieren a esta concepción CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 76 y ss.; PELLICANÓ, A.: *Il problema della simulazione nei contratti*, cit., p. 76, según el cual, ahí donde el esquema del fiduciario no culmine en la constitución de una persona jurídica (pues según el autor solo cabe la fiducia en el acto constitutivo de sociedad por acciones), la diferencia con la simulación no tiene razón para ser mantenida. Así también MARTÍN LEÓN, A.: *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad*, cit., pp. 51 y ss.

249 Así, FERRARI, M.: "Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio", *Giurisprudenza Italiana*, I, 2, 1951, p. 801.

250 Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: "El negocio fiduciario", cit., pp. 29 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El llamado negocio fiduciario", cit., pp. 667 y ss.; FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 68 y ss.

251 Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: "El negocio fiduciario", cit., pp. 29 y ss., advierte que si bien los defensores de la teoría unitaria del contrato fiduciario ofrecen una sugestiva construcción, no nos dicen cómo funciona esa *causa fiduciae*. Objeta el autor que "puede darse por admitido que no se trata de una causa gratuita; es inconcebible que el fiduciante proceda como bienhechor, haciendo una mera liberalidad en favor del fiduciario (por ejemplo, del prestamista que le exige esa garantía). Entonces ¿dónde se encuentra la reciprocidad, propia del contrato con causa onerosa? Las obligaciones que asume el fiduciario no cabe valorarlas como contraprestación de la entrega de la propiedad por parte del fiduciante; no son un *quid pro quo*. El fiduciante no ha recibido nada por lo que ha dado. Las obligaciones del fiduciario disminuyen el beneficio recibido, si se le compara con lo que obtendría mediante una donación pura y simple; adquiere la propiedad plena y definitivamente, aunque con la carga de tener en cuenta la finalidad de garantía. El fiduciario recibe la propiedad, recibe la garantía y, en contraprestación, nada ha dado, de nada se ha desprendido".

Y ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El llamado negocio fiduciario", cit., p. 667, después de decir que no vale el negocio exterior del fiduciario por falta de consentimiento, advierte que: "y si aun esto no fuera así, seguirían sin valer por falta de causa (art. 1. 261.3.º), porque la de garantía, administración, etc., no es causa suficiente para fundamentar la transmisión. Y si aun tampoco esto fuera así, seguirían sin valer todos los negocios fiduciarios montados como compraventas fiduciarias (carácter este que se oculta al otorgar el contrato), porque no siendo queridas realmente como compraventas ni habiendo de verdad precio, solo podrían valer. (art. 1.276), no como el negocio que aparentan ser ni como transmisión basada en otra causa, sino como el negocio que encubran, que no siendo de transmisión no serviría para mantener esta".

Evidentemente, la contestación a estas afirmaciones dependerá de la teoría a seguir. Aquéllos que consideran el contrato fiduciario como único, con una sola *causa fiduciae* propia, defienden la validez de la causa a tenor del art. 1.274 CC, advirtiendo que la fiducia se encuadra en su apartado primero, según el cual la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa en los contratos onerosos. Este servicio -se dice- consistiría en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho conforme a las instrucciones del fiduciante, y de restituirlos de acuerdo con esas instrucciones<sup>252</sup>. Incluso nuestra jurisprudencia se ha pronunciado al respecto afirmando que la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del débito; y ello los lleva necesariamente a defender una limitada eficacia real de la venta en garantía, por entender que no se ha operado una verdadera transmisión de dominio *inter partes*, de todo lo cual se concluye en una propiedad formal, asistiéndole al fiduciario un simple *ius o titulus retinendi*<sup>253</sup>.

Al respecto se ha objetado que la causa de garantía actúa en un plano totalmente diferente al de la causa del art. 1.274 CC<sup>254</sup>; que los que hablan de causa de garantía, se refieren al contenido genérico del contrato, a un factor común a la serie de tipos negociales destinados a proporcionar una seguridad adicional al acreedor. Con esta calificación se pretende describir la función económico-social del negocio y ajustar a ella la regulación de este: acaso, en medida muy limitada, cabe la extensión analógica de algún precepto relativo a un contrato de garantía, hasta otro y otros.

En la práctica, esta acepción de la causa tendrá alguna posible apreciación en los contratos fiduciarios con finalidad de aseguramiento, pero entonces contemplada como base del negocio o finalidad común de los contratantes. En cambio, en cuanto que función económico-social, no solo carece de utilidad en el plano de la aplicación práctica, sino que no tiene relación con el concepto de causa en los arts. 1.274 a 1.277 CC, y ni aun con el más próximo del art. 1.262 CC<sup>255</sup>. Se añade, además, que aquella opinión sería justa tan solo a efectos de la causa del contrato, reflejada en el art. 1.275 CC, con eficacia en orden a la licitud o ilicitud del contrato o a la alteración de su base; pero a efectos de la causa de la obligación, que es la que determina que el contrato sea existente y válido o simulado, la causa de la transmisión es la obligación de retransmitir que vincula al fiduciario<sup>256</sup>.

252 Vid. GARRIGUES DIAZ-CANABATE, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, cit., p. 40.

253 Vid. SSTS 8 marzo 1963 (RJA 1963, 1628); 19 mayo 1982 (RJA 1982, 2580); 8 marzo 1988 (RJA 1988, 1607); 30 enero 1991 (RJA 1991, 349); 30 enero 1991 (RJA 1991, 349).

254 CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid, 1991, pp. 180 y ss.

255 Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L.: "La causa en los contratos de garantía", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, p. 77.

256 RODRIGUEZ ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., p. 112.

En atención a estas objeciones y ante la dificultad del tema, se ha propuesto una posición intermedia, según la cual: en la fiducia *cum creditore* nos hallamos ante dos contratos, uno de crédito y otro de garantía, de modo que en el primero el acreedor fiduciario se desprende de su dinero a cambio del crédito que le surge en su patrimonio sobre este, y en el de garantía el fiduciante transmite la titularidad de un bien al fiduciario a cambio del crédito que adquiere sobre la cosa transmitida. En la fiducia *cum amico*, sin embargo, se dice que hay un único contrato, aquél por el cual el fiduciante se desprende de la titularidad de un bien a favor del fiduciario, quedando este obligado a retransmitírselo cuando se lo exija; en este caso, la causa es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, de modo que para el fiduciante la causa es la promesa de devolver del fiduciario, y para este, la entrega que previamente ha llevado a cabo el fiduciante<sup>257</sup>.

Pero, como ya he adelantado, la *causa fiduciae* no es más que el intento desesperado de encontrar una causa única para un contrato complejo. Y, a las objeciones anteriores, debo añadir que partir de aquella base es decir que la única causa del contrato fiduciario es el fin de administración (fiducia *cum amico*) o el de garantía (fiducia *cum creditore*), y es evidente que estos no pueden por sí solos constituir una causa idónea que justifique la adquisición definitiva de un derecho, como es la propiedad que adquiere el fiduciario. Tal adquisición sería incompatible con el fin mismo, porque este es, por su naturaleza, transitorio; una vez el fin hubiese desaparecido, quedaría sin causa la adquisición del adquirente<sup>258</sup>.

La adquisición definitiva del derecho de propiedad (ya he dicho que no es admisible la llamada propiedad formal) no puede encontrar una justa causa solamente en el fin de administración o garantía. Este fin constituirá el fin económico-social del contrato, la *causa fiduciae* que informa el contenido global del *negocio*; pero para que se pueda transmitir la propiedad al fiduciario es necesaria una causa de transmisión, que es la propia del contrato transmisivo. Como bien se ha dicho<sup>259</sup>, el contrato obligatorio es concluido para justificar el contrato real,

257 ID., cit., p. 109. Criticando las afirmaciones de DE CASTRO y de ALBALADEJO, explica el autor que aquella teoría "contempla solo una parte del negocio, su lado real transmisivo de la propiedad, pero ocultan el efecto obligacional...Pero en la fiducia se dan dos aspectos: una transmisión real unida a la promesa obligacional del fiduciario de transmitir al fiduciante cuando se extinga el crédito. La causa de la transmisión -especifica el autor-, no es otra que la obligación del fiduciario de retransmitir la propiedad. Y la causa de la obligación del fiduciario de retransmitir es la transmisión que ha realizado el fiduciante. Existen por tanto dos prestaciones, entrega y obligación de retransmitir, y cada una actúa como causa de la otra" (p. 127).

En la doctrina italiana se acogen los mismos parámetros. No se trata el fiduciario de un contrato sin causa - se advierte-, sino que la transmisión de la propiedad es justificada por el lado obligatorio del pacto, pues la obligación de restituir constituye el *correspettivo* de la atribución patrimonial; y nada prohíbe que ello constituya el fin, y por lo tanto, la justificación de tal atribución. Cfr. GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità", cit., pp. 366-367.

258 Vid. CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 113. Deja claro el autor a lo largo de su obra que el fin de administración y el de garantía no pueden, en ningún caso considerarse causas idóneas de transmisión del derecho de propiedad (p. 126). Así se había ya expresado SEGRÉ, G.: "Sul trasferimento di proprietà", cit., pp. 832 y ss.

259 SCHÖNY: "Treuhändgeschäfte", cit., p. 328.

encontrándose en él la causa de la transmisión; si el contrato obligatorio no se cumpliera, no habría una *causa fiduciae*, y la transmisión, no dotada de otra causa, sería inmediatamente resoluble, en cuanto constituiría un enriquecimiento sin causa.

Además, no debemos perder de vista que la búsqueda de una única *causa fiduciae* lleva a una solución drástica, en el sentido de que cuando se encuentran con un contrato fiduciario que transmite la propiedad por medio de una causa típica, a fin de salvar la categoría de la *causa fiduciae* atípica, viene a confundirse el fiduciario con el simulado, diciendo que el negocio fiduciario puede importar simulación relativa, porque la *causa fiduciae* típica determina un negocio que puede ser; y normalmente es, disimulado bajo la apariencia de otro negocio causal típico traslativo de dominio<sup>260</sup>. Si bien es cierto que es harto frecuente utilizar el fenómeno fiduciario para eludir la aplicación de una norma imperativa, en cuyo caso se trataría de un contrato en fraude de ley, y por tanto nulo; pues si hay algo que debemos reconocer es que ni la fiducia ni ningún otro procedimiento jurídico puede prevalecer contra el principio de derecho *fraus omni corrumpit*. Pero ello no debe provocar confusión alguna entre las figuras de la fiducia y la simulación<sup>261</sup>, y mucho menos de los contratos realizados *in fraudem legis*<sup>262</sup>.

260 Esta es la posición de JORDANO BAREA, el cual hace una calificación de los contratos fiduciarios en abstractos y causales. Ello le lleva a la conclusión de que cuando estamos ante negocios típicos cumplidos *fiduciae causa*, estos normalmente son negocios simulados relativamente. Afirma que, normalmente, la llamada venta *pignoris causa* es, en realidad, un negocio disimulado *fiduciae causa*, pues a través de una venta verdadera se consigue *indirectamente* una garantía económica. Sin embargo, reconoce el autor que el negocio fiduciario no se confunde con la simulación relativa, sino que la *causa fiduciae*, como cualquier otra causa típica o atípica, puede ser disimulada. De hecho, todo este entramado de teorías y distinciones parte de una única premisa; el creer que el contrato fiduciario puede ser tanto causal como abstracto. Advierte el autor que cabe una triple posibilidad, de modo que la *causa fiduciae* puede realizarse: 1) con una simple declaración de voluntad dirigida a la transmisión, unida a la indicación del intento práctico perseguido; 2) a través de un negocio traslativo abstracto; 3) o bien queriéndola bajo la apariencia de un negocio causal típico traslativo de dominio. La autonomía del negocio fiduciario -dice- resulta en los tres casos de la existencia de una *causa fiduciae*, patente o encubierta por la abstracción o simulación del negocio traslativo (*El negocio fiduciario*, cit., pp. 164-166, 169, 172-195).

En sentido análogo, pero partiendo de premisas distintas, dice PANTALEÓN PRIETO, F.: Voz "Negocio fiduciario", cit., p. 4408, que "un negocio fiduciario puede celebrarse abiertamente -haciendo las partes explícita, en la documentación contractual, la finalidad económica perseguida con la querida transmisión de la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho-, o puede disimularse bajo un negocio simulado, nulo este de pleno derecho, pero sin que ello afecte a la validez y eficacia del negocio fiduciario disimulado. En un ordenamiento causalista como el nuestro es normal que los negocios fiduciarios se disimulen bajo contratos que son justas causas de transmisión de la propiedad de las cosas o la titularidad de los derechos". Pero advierte que "ello no debe provocar confusión alguna entre las figuras de la fiducia y la simulación. En los negocios fiduciarios (no disimulados), las partes quieren realmente el efecto jurídico traslativo que declaran querer y efectivamente pretenden la finalidad económica que declaran perseguir, mientras que, en los negocios simulados (cuando versa sobre la causa del negocio) las partes mientan al respecto". Así también TRIMARCHI, V. M.: Voz "Negozio fiduciario", p. 51, que aunque distingue el contrato simulado del fiduciario, reconoce la posibilidad de que la simulación sirva para crear el presupuesto para que el negocio fiduciario se pueda desarrollar hasta la realización del fin programado. En términos análogos se pronunció DE MARTINI, A.: "Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia", cit., pp. 328-330.

261 Vid. la diferencia entre contrato simulado y contrato en fraude de ley que realizó en mi artículo "La interposición ficticia de persona como forma de simulación", cit., pp. 263 y ss.

262 Aunque hay algún autor que opina que el contrato fiduciario es siempre un negocio fraudulento. Así, BUTERA, A.: *Della simulazione nei negozi giuridici*, cit., pp. 65 y ss. para quien el contrato fiduciario no es más que un negocio simulado, advierte que incluso si se quisiera distinguir del acto simulado, hay que llegar a

Por lo que, volviendo a lo tantas veces repetido, concluir diciendo que: el contrato fiduciario está formado por dos contratos coligados, y ambos tienen una autónoma causa, pero la *causa fiduciae* es el lazo de unión que informa el total contenido del complejo negocio fiduciario, no la única causa. Si se trata de una fiducia en la que se transmite la propiedad mediante un contrato de compraventa, pero con fines de administración con la obligación de retransmitir (fiducia *cum amico*), la causa del acto traslativo es la del contrato de compraventa y su contraprestación por la transmisión de la propiedad es el derecho de crédito que nace en el patrimonio del fiduciante de devolución (retransmisión) del bien. El *pactum fiduciae* tiene también su propia causa; se impone al fiduciario la obligación de administrar el bien, y la contraprestación es la transmisión efectuada previamente por el fiduciante. En otras palabras; tratándose de contratos conexos, la causa de uno encuentra justificación en la causa del otro, de modo que la causa de la obligación del fiduciante como intercambio es la prestación del fiduciario. Y la causa del contrato complejo, la llamada *causa fiduciae*, se encuentra en el *pactum fiduciae* y no es sino el fin económico social buscado, esto es, la administración del patrimonio transmitido.

Si la fiducia es *cum creditore* - venta con finalidad de garantía, mediante la cual el deudor vende un bien al acreedor; con el pacto de que en el momento de extinción de la deuda el acreedor revende el bien al deudor -, nos encontramos ante un contrato en el cual el acreedor fiduciario se desprende del dinero prestado, a cambio (siendo esta la contraprestación) de la transmisión del bien propiedad del fiduciante deudor; y de un *pactum fiduciae*, o contrato obligatorio, en el cual el acreedor fiduciario se obliga a retransmitir el bien una vez se haya extinguido la deuda. Aquí la contraprestación de la obligación de retransmitir del acreedor fiduciario será la efectiva extinción de la deuda por pago, es decir, el dinero que en su día prestó al fiduciante deudor.

Por ello, no mejor fortuna que las anteriores alcanza el pretendido fundamento según el cual el contrato fiduciario no es admisible porque el fin práctico querido por los otorgantes se podría haber conseguido sin necesidad de acudir a un negocio de transmisión. En atención a la fiducia *cum creditore* se objeta que la causa de garantía no requiere la transmisión del bien, pues existen contratos de este tipo, como pueden ser la prenda o la hipoteca, que cumplen dicha finalidad sin requerir de ese efecto. Se puede garantizar perfectamente una deuda -se dice-, sin necesidad de transmitir la propiedad de un bien. Sin embargo, si bien es cierto que la *causa credendi* no requiere que se acuda a un contrato de causa traslativa como es la compraventa, cuando lo que se persigue es únicamente garantizar

---

la conclusión que no es más que un acto *in fraudem legis*, utilizado normalmente para eludir una norma, o es una derivación del acto simulado, con el que se tiende a alterar siempre cualquier elemento del negocio (p. 66).

una deuda, nada se opone a ello si las partes así lo quieren<sup>263</sup>, porque están en su perfecto derecho, pues en línea de principio esto es válido y eficaz, y no resulta incompatible la transmisión de la propiedad con el fin perseguido<sup>264</sup>.

Cabe concluir pues, que si bien en ambos negocios encontramos dos contratos (en el simulado, el contrato simulado y el disimulado, y en el fiduciario el contrato traslativo y el *pactum fiduciae*) mientras que en la simulación relativa un contrato es aparente y el otro real -de los cuales el primero sirve para enmascarar al segundo-, en el contrato fiduciario no hay siquiera sombra de ficción, siendo el acto verdadero en su totalidad, aunque produzca efectos complejos<sup>265</sup>. El contrato fiduciario entraña la válida configuración de un negocio complejo, por la combinación de tipos contractuales distintos y efectos jurídicos también distintos, con lo que se obtiene un resultado no previsto por la ley; mientras que en el relativamente simulado, aunque se superponen dos contratos distintos, no se engendra un negocio complejo, válido como tal, sino que solo puede valer uno de ellos, como contrato simple (el disimulado)<sup>266</sup>.

En los contratos fiduciarios, el que aparece como adquirente llega a ser titular efectivo del derecho, mientras que en los simulados relativamente, el adquirente figurado adquiere uno diverso de aquel hecho aparecer, o bien adquiere un tercero (interposición ficticia)<sup>267</sup>. Y aunque se haya llegado a asimilar el acuerdo simulatorio al *pactum fiduciae*<sup>268</sup>, son estos dos contratos distintos, pues uno está destinado

- 263 Cfr. GÓMEZ GALLIGO, F. J.: "Titularidades fiduciarias", cit., p. 536. Señala MEDRANO RUIZ DEL ÁRBOL, J.A.: "Formas indirectas o atípicas de garantía", p. 666, que "en el caso de una venta en garantía, si las partes, recurriendo a la venta, muestran constituir efectivamente una garantía del crédito, pues de otra manera se limitarían a concluir un simple mutuo, cuando se deba pensar que no quieren la venta, si no que solo la simulan, se debería llegar a la conclusión de que, no realizando otro negocio válido de garantía (prenda, hipoteca), tales partes vienen a constituir un simple mutuo desprovisto de toda garantía para el acreedor, lo que es contrario a la premisa. Por consiguiente, en la duda, la venta debe considerarse realmente querida, tanto más cuando la simulación, como particular vicio de la causa del contrato, debe ser probada por quien la invoca".
- 264 Refiriéndose a la fiducia *cum creditore*, señala RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., p. 128, que "resultaría incompatible con la transmisión definitiva de la propiedad. Pero en la fiducia el bien se transmite hasta que la deuda se extinga, y, una vez sucedido esto, el fiduciario debe retransmitir la propiedad. No hay una transmisión definitiva e irrevocable, sino una transmisión de garantía puramente temporal".
- 265 Vid. FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 66. BRASIELLO, U.: "Vendita con patto di riscatto", cit., p. 103, distingue el negocio simulado del indirecto (en el que incluye al fiduciario), definiendo el primero como una imagen aparente, el segundo como una imagen real.
- 266 HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras Completas*, cit., p. 602. Así también las SSTs 28 enero 1946 (RJA 1946, 111) y 23 febrero 1951 (RJA 1951, 267).
- 267 Cfr. BONET RAMON, F.: "Comentario a la STS de 25 de mayo de 1944", cit., p. 861; VERDERA Y TUELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", cit., p. 20; NAVARRO MARTORELL, M.: "Aislamiento de los negocios fiduciarios", cit., p. 446; PUGLIESE, G.: *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, cit., pp. 52 y ss.
- 268 Dice CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. U.: "Comentario al artículo 1. 276 del Código Civil", cit., p. 602, que tanto "la fiducia *cum amico* como la fiducia *cum creditore* comprenden un acuerdo simulatorio innegable; toda fiducia implica mentira ante terceros, por acción u omisión, y, para mitigar esa mentira, *inter partes*, opera la *fides*". En el mismo sentido se pronuncia el autor en "Comentario a la Sentencia de 15 de junio de 1999. Negocio jurídico fiduciario. Simulación relativa. Pacto comisorio. Causa ilícita. Nulidad del contrato", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, p. 1249.

a desenmascarar el contrato no querido, mientras que el otro lo que hace es -de alguna manera- condicionar la atribución efectuada al fiduciario, puesto que se trata de un contrato obligatorio que el fiduciario, en principio -suponiendo que no abuse del poder conferido-, debe cumplir, condicionando su comportamiento<sup>269</sup>.

Además, hay que tener en cuenta que mientras que en el contrato simulado cualquiera de los simulantes puede ejercitar la acción de simulación para declarar la ineficacia del contrato simulado y la eficacia del disimulado, en el contrato fiduciario -al convertirse el fiduciario en verdadero propietario- el fiduciante no tiene acción alguna para lograr deshacer lo realizado por el fiduciario, sino tan solo la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar<sup>270</sup>.

### 7. (Sigue) La distinción en la Jurisprudencia.

La abundancia e importancia de los fallos recaídos en esta compleja materia y la cita de algunos pronunciamientos mostrará mejor que nada que ha sido la misma jurisprudencia la que ha dejado clara la distinción entre contrato fiduciario y simulado, y por tanto, entre interposición real y ficticia.

Téngase presente la ya citada STS de 10 de marzo de 1944, que además de dar un concepto de contrato fiduciario, especifica la diferencia fundamental entre este y el contrato simulado. Advierte nuestro mas alto Tribunal que "la validez y licitud del tipo de *negocio fiduciario* se halla expresamente reconocida en la doctrina y en alguna legislación extranjera, muy señaladamente en el § 223 del Código alemán, que contempla el supuesto de transmisión de un derecho para garantía de un crédito. Conforme expresan ENNECCERUS-NIPPERDEY, con referencia al derecho alemán, supone el negocio fiduciario la transmisión de un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión; el efecto jurídico querido -agrega ENNECCERUS- excede del fin económico propuesto, pero por ser verdaderamente querido, al fin y al cabo, dicho efecto jurídico, la transmisión inspirada en una finalidad de garantía, es perfectamente válida, y esta nota distingue al negocio fiduciario del simulado, con el que tantas veces ha sido confundido. El fiduciario se convierte, en el aspecto jurídico, en el propietario de la cosa transmitida, si bien, en el aspecto económico, debe comportarse como un administrador, un acreedor pignoraticio o un mandatario, y se haya obligado a la retransmisión al serle satisfecho su crédito"<sup>271</sup>. Y la STS de 28 de enero de 1946 advertía la naturaleza fiduciaria del negocio objeto de litigio, "por lo que no puede decirse

269 Señala LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 325-326, que no se puede asimilar el *pactum fiduciae* al acuerdo simulatorio, puesto que el simple realce de que el contenido del *pactum* pueda operar, por ejemplo, como elemento condicionante de la atribución, excluye que la indicada asimilación pueda valer siempre y unívocamente.

270 Vid. NAVARRO MARTORELL, M.: "Aislamiento de los negocios fiduciarios", cit., p. 456.

271 STS 10 marzo 1944 (JC 1944, 12).

que se trate de un negocio finto, puesto que se quiso y se concertó con todas sus consecuencias; ni de un negocio simple, como es la simulación, puesto que en su esencia se componía de dos diferentes, uno de transferencia y otro de garantía<sup>272</sup>.

Si bien la Jurisprudencia ha separado con claridad los parámetros del contrato fiduciario de la simulación relativa, no debemos descartar la confusión que en ocasiones se deja entrever en algunos pronunciamientos que demuestran el desastre conceptual que gira en torno a la categoría jurídica. De hecho, las sentencias que parecen asimilar el contrato fiduciario al simulado, normalmente, ni entran en el fondo del asunto ni son explícitas<sup>273</sup>, y otras se adentran en un gran mare magnum de conceptos contradictorios<sup>274</sup>, lo que demuestra la falta de

---

272 STS 28 enero 1946 (RJA 1946,111).

273 Así, la STS 12 febrero 1988 (RJA 1988, 942), que ni entra en el fondo del asunto ni se pronuncia acerca de lo que se entienda por contrato fiduciario, sino que se limita a admitir la sentencia de Instancia que había dicho que el negocio objeto de litigio no transmite la propiedad porque se trata de un contrato simulado que encubre un negocio fiduciario.

La STS 18 abril 1988 (RJA 1988, 3174), igual que la anterior, se limita a aceptar los pronunciamientos de la primera Instancia. Dice la Sala que lo que se debe determinar es si la "escritura pública correspondía a un real y verdadero contrato de compraventa o si más bien encubría un negocio fiduciario, por el cual el señor P. V., bajo la apariencia de una compraventa, instrumentada en dicha escritura pública, transmitía al señor C. y su esposa las casas objeto de litis como garantía del pago de una deuda, que una vez saldada por el primero al segundo, había de determinar la devolución o retrocesión de tales casas a su verdadero y único propietario, cuestión litigiosa que tanto la Sala a quo, como antes había hecho el Juzgador de Primera Instancia, en sus coincidentes sentencias, resuelven en el segundo de los apuntados sentidos".

La STS 3 diciembre 1996 (RJA 1988, 9043), que ni entra en el fondo del asunto ni explica qué entiende por contrato fiduciario, se limita a afirmar que "en la sentencia recurrida la Audiencia niega que existiese un real y verdadero contrato de compraventa, sino un negocio jurídico fiduciario por el que se transmitía la propiedad"; de ello podremos deducir que entiende que el fiduciario es un contrato no real y ficticio, al ponerlo en contraposición al real y verdadero de compraventa.

No más precisa es la STS 18 marzo 1997 (RJA 1997, 1982), que tampoco se pronuncia acerca del contrato fiduciario, simplemente, tras decir en el 2º Considerando que se trata de un negocio fiduciario, y no de una donación encubierta, se conforma con señalar en su 5º Considerando que: "El motivo tercero... se formula... por infracción de los artículos 1.274 y 1.275 del Código Civil, con referencia a los contratos sin causa, pero haciendo claro supuesto de la cuestión ya que la validez del contrato encubierto resulta, a tenor de los hechos probados, del propio artículo 1.276 que se invoca por el recurrente en cuanto la expresión de una causa falsa en los contratos no produce necesidad si se prueba que había otra verdadera y lícita, como ocurre en el caso presente al no resultar acreditados elementos de hecho articulados en esta declaración". Vid. también SSTS de 14 marzo 1950 (RJA 195, 379); 25 septiembre de (RJA 1956, 3009); 11 octubre 1990 (RJA 1990, 7857); 22 enero 1998 (RJA 1998, 60); 5 diciembre 2001 (RJA 2001, 9934); 8 febrero 2002 (RJA 2002, 2239); 15 diciembre 2009 (TOL1.762.175); 1 octubre 2012 (TOL2.659.966); 20 febrero 2012 (TOL2.481.095); 5 marzo 2013 (TOL3.407.508); 4 marzo 2013 (TOL3.416.616); 11 marzo 2013 (TOL3.413.674).

274 Confusa es la STS 5 diciembre 1959 (RJA 1959, 4880), que si bien expone los parámetros del contrato fiduciario conforme a la teoría del doble efecto, que parece aceptar, viene a decir que el contrato estipulado por las partes "no es sino una forma de simular y encubrir un negocio fiduciario".

No menor turbación nos deja la STS 8 marzo 1963 (RJA 1963, 1628), que primero utiliza la clara definición que anteriores Sentencias habían expuesto del contrato fiduciario como negocio compuesto por una dualidad de contratos, para adoptar sucesivamente la teoría unitaria del doble efecto, y, además, atribuir al fiduciario la propiedad formal; y por si esto no fuera poco, termina concluyendo en su quinto considerando que el supuesto objeto de litigio "reviste los caracteres de un negocio fiduciario, bajo la apariencia externa de una escritura de compraventa".

La STS 28 diciembre 1973 (RJA 1973, 4984), aunque no dice explícitamente que el contrato fiduciario sea simulado, partiendo de la premisa de que el fiduciario es solo un propietario formal (lo que en teoría no implica necesariamente la admisión del contrato fiduciario como simulado), señala la propiedad aparente del mismo. De ello se deduce que la Sala viene a asimilar propiedad formal con propiedad aparente.

Y no menos aleatoria es la STS 20 mayo 1986 (RJA 1986, 2735), que tras citar las sentencias introductorias de la teoría del doble efecto y admisión del contrato fiduciario, afirma en su cuarto considerando que "es preciso resaltar, que aquí no se trata de verdadero negocio fiduciario, puesto que este requiere la coexistencia de una convención expresa y exteriorizada, que normalmente tiene un mayor alcance jurídico

una clara perspectiva de lo que sea el contrato fiduciario, e incluso el simulado. De hecho, como ya he indicado<sup>275</sup>, pocas son las sentencias que se refieren a la interposición ficticia de persona sin asociarla al contrato fiduciario, y, en realidad, la

---

que el económico propuesto por las partes en la convención tácita o no exteriorizada, (ad exemplum la compraventa con pacto de retro), pero es el caso que en lo que aquí acontece, no hay pacto tácito ni encubierto que disimule la voluntad real de las partes, pues los términos de los contratos analizados son expresivos y no dan lugar a la menor duda”.

Menos afortunada es aún la STS 13 mayo 1998 (RJA 1998, 3687), que tratándose -dice-, de una fiducia *cum creditore*, habla de simulación absoluta. No se entiende exactamente que quiere decir la Sala, pero no se limita a la simulación relativa, sino que va más allá, y parece asimilar el contrato fiduciario a la simulación absoluta. Dice la Sala que “la transmisión de seguridad que se hizo en favor de la Caja a través de una venta absolutamente simulada, a fin de que aquélla pudiera ostentar frente a terceros la propiedad de las cosas, apartándolas del patrimonio del deudor, garantizándose así el cobro de la deuda, en modo alguno autoriza al acreedor a proceder unilateralmente a la venta en subasta notarial de los bienes para hacerlo efectivo. Esta transmisión de la propiedad configura un negocio fiduciario (fiducia *cum creditore*), creador de una garantía en cuanto a que el acreedor se asegura la agresión privilegiada sobre los bienes dados en garantía porque exteriormente no son del deudor, pero su derecho no llega por supuesto al extremo de que también es dueño del procedimiento de ejecución”, para decir después que se trata de “un derecho real atípico”.

Señala la STS 4 julio 1998 (RJA 1998, 5413) que “la verdadera esencia de todo negocio fiduciario, que consiste (trátase de fiducia *cum amico* o de fiducia *cum creditore*) en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. El hecho de que los que en el contrato litigioso aparecen como vendedores (entre los que figuran los actores, aquí recurrentes) no llegaran a hacer entrega de las acciones a don Francisco H. B. (que en dicho contrato aparece como comprador), no priva al repetido contrato litigioso de su condición o naturaleza de negocio fiduciario como acertadamente lo ha calificado la sentencia aquí recurrida, pues dicha no entrega obedeció única y exclusivamente a que luego no llegó a prosperar la proyectada operación de venta en bloque de todas las acciones a don G. C., por lo que no hubo necesidad de hacer dicha entrega a don H. B., pero ello no desnaturaliza en modo alguno la verdadera y única intención de los contratantes, que era, volvemos a decir, la de que el contrato litigioso sirviera únicamente de medio para que el aparente comprador señor H. B. (fiduciario) pudiera vender en bloque las acciones al señor G. C., y en esto consiste, repetimos, la esencia de todo negocio fiduciario”. El hecho que llame aparente al fiduciario hace pensar que está queriendo decir que el fiduciario es un contrato simulado, aunque ni lo dice expresamente ni ello puede deducirse claramente del fallo.

Confusa es también la STS 15 junio 1999 (RJA 1999, 4474), que si bien expone el concepto de contrato fiduciario, también advierte que la jurisprudencia está tendiendo a tildar de negocio jurídico simulado los contratos fiduciarios. Y, aunque llega a la conclusión de que el caso que enjuicia se trata de un contrato simulado relativamente, en ningún momento califica de fiduciario el negocio, por lo que no se advierte de la lectura de la sentencia si asimila ambos negocios o si los diferencia. Esta sentencia es comentada por VIVAS TESÓN, I.: “El negocio fiduciario como negocio jurídico simulado relativamente. La compraventa con pacto de retro como negocio simulador. Comentario a la Sentencia del TS de 15 de junio de 1999 (RJA 1999, 4474)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, pp. 201 y ss., pero la autora tampoco se pronuncia ante la admisión o no del contrato fiduciario como contrato simulado, sino que realiza su estudio centrándose en la diferencia entre contrato fiduciario y venta con pacto de retro, llegando a la conclusión de que esta “no puede ser comprendida en la compleja figura del negocio fiduciario” (p. 212). Y la STS 26 abril 2001 (RJA 2001, 2037), que si bien en principio utiliza la teoría de la separación entre propiedad formal y material para conceptuar el contrato fiduciario de que se trata en el supuesto, posteriormente dice que es la escritura de compraventa es nula como tal compraventa por simulación, pero válida la compraventa por lo que respecta al negocio de transmisión de la propiedad en garantía del cumplimiento de la deuda ajena, con lo que viene a decir que se trata de una simulación relativa.

La STS 20 junio 2016 (ROJ 3043/2016), si bien parece aceptar la diferencia entre el contrato fiduciario y el simulado, termina afirmando la nulidad del contrato por ilicitud de la *causa fiduciae*, con lo que no está claro si lo que está diciendo es que todo contrato fiduciario es simulado, o si lo es solo el supuesto de hecho de la sentencia.

Y la STS 2 octubre 2019 (TOL7.523.167) como una de las más recientes que hacen referencia a la simulación relativa subjetiva, pero también viene a confundir la interposición ficticia con la real, el contrato fiduciario con la simulación, pero en esta sentencia encontramos un galimatías de referencias a simulación absoluta, relativa, simulación no probada, *falsus procurator*, que tampoco aclara nada. En sentido análogo, la STS 4 de febrero 2020 (ROJ 312/2020).

275 RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: “La interposición ficticia de persona como forma de simulación”, cit., pp. 303-311.

mayoría de las veces cuando hay un contrato simulado relativamente lo confunden con el contrato fiduciario y viceversa.

Sin embargo, y a pesar de quienes quieren hacernos creer<sup>276</sup>, tomando en consideración los incoherentes pronunciamientos jurisprudenciales que incluyen el

276 Intentos de hacernos creer que la última tendencia de la jurisprudencia es la afirmar que el contrato fiduciario es verdaderamente un contrato simulado han sido varios. Se ha dicho que “hoy el negocio fiduciario donde aparece tener más asentamiento no es en los libros, sino en la jurisprudencia de la Sala primera del TS. Si bien es verdad -se añade- que ahondando en las sentencias se ve en gran parte, aunque lo acepten de palabra, no admiten de hecho el negocio fiduciario *verdadero*” (ALBALADEJO GARCÍA, M.: “El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente”, cit., p. 665). Pero me pregunto ¿cuál es el verdadero contrato fiduciario? ¿caso el verdadero solo es aquél que definen aquellos que lo incluyen en el ámbito de una categoría distinta como es la simulación?

Se llega a la conclusión, además, que solo escasas sentencias reconocen que existe una verdadera transmisión de propiedad, por lo que “podríamos atrevernos a afirmar que cuando las sentencias del Tribunal Supremo reconocen que el negocio fiduciario es real y no simulado, lo hacen engañadas o confundidas por aquellos escasos fallos que mantuvieron la teoría del doble efecto hasta sus últimas consecuencias”, y, se añade, que “es observable, según creemos, que en estos fallos del Tribunal Supremo en los que se sostiene que el negocio fiduciario es un negocio real solo se mantiene esta idea de verdad en aquellas sentencias que admiten una transferencia de propiedad. En las demás, aunque se dice que el negocio es real y querido, esta idea no se recoge en el fondo de las sentencias que, por tanto, solo nominalmente admiten que existe un negocio real” (FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario*, cit., pp. 206-207). Incluso esta autora ha visto donde no hay la asimilación contrato fiduciario - contrato simulado. Entiende, entre otras, que las SSTs de 23 de febrero de 1951 (RJA 1951, 267), 3 de mayo de 1955 (RJA 1955, 1561), 20 de mayo de 1986 (RJA 1986, 2735), 19 de mayo de 1989 (RJA 1989, 3780) y 30 de enero de 1991 (RJA 1991, 349), se pronuncian a favor de la simulación del contrato fiduciario (p. 206). En primer lugar, centrémonos en las dos primeras: en ambas sentencias se recoge claramente la diferencia entre ambos contratos, haciendo, además, expresa mención a la jurisprudencia anterior y acogiéndose a dichos pronunciamientos. En cuanto a la primera, la autora llega a la conclusión de que esta sentencia sigue la teoría según la cual el contrato fiduciario entra en el ámbito de la simulación, basándose en que la Sala termina aplicando el art. 1.276 del Código Civil para admitir la validez del contrato fiduciario (p. 110); y en cuanto a la segunda, llega a dicha conclusión por el mero hecho de que la sentencia deniega la prescripción adquisitiva entre los contratantes (p. 112). A mi juicio, ambas sentencias son claras seguidoras, no solo de la admisión del contrato fiduciario a tenor del art. 1.255 CC., sino de la aplicación de la teoría del doble efecto, integrado el contrato fiduciario por una dualidad de contratos. No hay ninguna duda al respecto, y si en algún momento se ha podido “entrevé” la negación del contrato fiduciario y su asimilación al simulado, ha sido debido a una errónea interpretación de algunos pasajes de los pronunciamientos que, sin llegar a ser equívocos, pueden suscitar una mínima desorientación.

En cuanto a la STS de 20 de mayo de 1986, se ha expuesto la confusión a la que induce en la nota anterior. Del extracto antes citado, la autora deduce que la sentencia “deniega la posible concurrencia de lo que se llama negocio fiduciario en el caso que resuelve”, y la conclusión que saca de la frase < no hay pacto tácito ni encubierto que disimule la voluntad real de las partes > es que “si admite que el pacto es tácito y encubierto, habrá de reconocer la existencia de otro negocio que lo encubra con lo que se está afirmando que se trata de un caso de simulación”. Semejante conclusión había expuesto ya ALBALADEJO GARCÍA, M.: “El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente”, *Actualidad Civil*, 1993, pp. 670-671; ID., *La Simulación*, Madrid, 2005. Pero esto es mucho decir para una sentencia que envuelve tan cantidad de contradicciones, aunque no podemos negar que de algunos términos utilizados se pueda llegar a la conclusión a la que los antedichos autores arriban.

Respecto a las SSTs 19 mayo 1989 y 30 enero 1991, si bien en ambas se habla de una simple titularidad formal del propietario, esto no es justificación (como cree la autora) que nos lleve a afirmar que en ellas se incluye el contrato fiduciario en el fenómeno simulatorio. Además, como se puede ver de las sentencias citadas a lo largo del capítulo, bastantes son los pronunciamientos que, partiendo de la aplicación de una titularidad meramente formal, distinguen claramente el contrato fiduciario del simulado (vg. SSTs 2 junio 1982 (RJA 1982, 3402), 7 marzo 1990 (RJA 1990, 1674) y 30 enero 1991 (RJA 1991, 349)). Evidentemente, la declaración de una titularidad fiduciaria o formal indica la admisión de la teoría del doble efecto, pero aquella que defiende la unidad del contrato fiduciario, con una única causa; y no quiere esto decir que el contrato fiduciario sea simulado.

Y se ha llegado a criticar la STS 23 septiembre 2002 (RJA 2002, 8028) que defiende la teoría del doble efecto, simplemente alegando que el fallo no es bueno porque no sigue la pretendida evolución doctrinal y jurisprudencial que ha sufrido la teoría del doble efecto (BAYOD LÓPEZ, M.C.: “Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8028) Compraventa. Simulación parcial: Nulidad por inexistencia de la causa: transmisión gratuita amical a título de fiducia. Acción rescisoria: Prospera por cumplirse todos los requisitos, y de forma especial el carácter subsidiario del mismo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, 2003, pp. 151-152). Sin embargo, para argumentar una posición contraria a un determinado

contrato fiduciario en la categoría de la simulación, que es esta la tendencia seguida por la moderna jurisprudencia, lo cierto es que la línea acogida por numerosas sentencias es la de advertir las diferencias entre contrato fiduciario y simulado<sup>277</sup>,

pronunciamiento jurisprudencial, deberemos atender a bases jurídicas, y no alegar simplemente que no se han seguido las modas legales, sean estas válidas o no.

277 Vid. SSTS de 25 mayo 1944 (RJA 1944, 800); 23 febrero 1951 (RJA 1951, 267); 3 mayo 1955 (RJA 1955, 1561); 31 octubre 1955 (RJA 1955, 3096); 28 diciembre 1955 (RJA 1956/240); 10 noviembre 1958 (RJA 1958, 4190); 14 marzo 1964 (RJA 1964, 1422); 11 junio 1964 (RJA 1964, 3533); 18 febrero 1965 (RJA 1965, 882) que diferencia el contrato fiduciario de la simulación absoluta, señalando que “mientras el primero ha sido real y auténticamente querido, con soporte en una causa verdadera, el segundo es un negocio ficticio, no querido, irreal, una simple apariencia falaz, en el que con la declaración fingida se agota todo el intento de engaño a terceros”; 4 abril 1972 (RJA 1972, 1576); 3 mayo 1976 (JC 1976, 117); 30 abril 1977 (RJA 1977, 1699); 23 mayo 1980 (RJA 1980, 1958); 9 diciembre 1981 (RJA 1981, 5153); 2 junio 1982 (RJA 1982, 3402); 6 abril 1987 (RJA 1987, 2494); 25 febrero 1988 (RJA 1988, 1305); 8 marzo 1988 (RJA 1988, 1607); 28 octubre 1988 (RJA 1988, 7746); 7 marzo 1990 (RJA 1990, 1674); 30 enero 1991 (RJA 1991, 349); 7 mayo 1991 (RJA 1991, 3583); 6 abril 1992 (RJA 1992, 6286); 5 abril 1993 (RJA 1993, 2791); 5 julio 1993 (RJA 1993, 5794); 14 julio 1994 (RJA 1994, 6395); 5 julio 1996 (RJA 1996, 5576); 19 junio 1997 (RJA 1997, 5418); 30 junio 1998 (RJA 1998, 5294); 16 noviembre 1999 (RJA 1999, 8612); 7 junio 2002 (RJA 2002, 4875); 17 septiembre 2002 (RJA 2002, 8558); 23 septiembre 2002 (RJA 2002, 8028); 13 febrero 2003 (RJA 2003, 1046); 15 julio 2003 (RJA 2003, 4462); 17 septiembre 2003 (RJA 2003, 6419); 31 octubre 2003 (RJA 2003, 7977); 31 octubre 2003 (RJA 2003, 7977); 30 marzo 2004 (RJA 2004, 2603); 26 julio 2004 (RJA 2004, 6633); 17 febrero 2005 (LA LEY 11102/2005); 27 febrero 2007 (RJA 2007/1768); 30 mayo 2008 (LA LEY 61752/2008); 13 julio 2009 (LA LEY 125073/2009); 1 diciembre 2010 (LA LEY 204546/2010); 17 mayo 2011 (RJA 2011, 3973); 4 octubre 2011 (LA LEY 198706/2011); 29 diciembre 2011 (RJA 2012, 170); 8 octubre 2012 (LA LEY 149045/2012); 25 febrero 2013 (LA LEY 10205/2013); 16 diciembre 2014 (TOL4.709.077). Algunas de las sentencias citadas declaran la inexistencia de contrato fiduciario por estimar que el supuesto objeto de litigio es un contrato simulado, pero todas ellas establecen la diferencia entre ambas instituciones. Así también la STSJ de Navarra 9 febrero 1994 (RJA 1994, 1605); 15 julio 2003 (RJA 2003, 4462); 30 marzo 2004 (RJA 2004, 2603); 26 julio 2004 (RJA 2004, 6633). La SAP Cantabria 4 octubre 1994 (AC, 1994, 1738) diferencia claramente entre interposición ficticia y contrato fiduciario. Así también, las SSAP de Baleares 12 julio 2011 (ROJ SAP IB 1606/2011); Baleares 15 noviembre 2011 (EDJ 2001/292022); Baleares 1 julio 2010 (ROJ SAP IB 1420/2010); Baleares 22 febrero 2011 (ROJ SAP IB 269/2011); Valencia 24 marzo 2011 (LA LEY 137656/2011); Valencia 30 junio 2011 (LA LEY 211384/2011); Madrid 15 octubre 2012 (JUR 2012/376773); A Coruña 18 enero 2013 (JUR 2013/58902); Barcelona 25 junio 2014 (ROJ SAP B 7266/2014); Madrid 17 junio 2014 (LA LEY 129221/2014); Tarragona 15 enero 2020 (TOL7.737.096), en cuanto reconocen la existencia del contrato fiduciario.

Una sentencia que merece ser tenida en cuenta, porque además es relativamente reciente, aunque no sea del TS es la SAP Madrid 11 septiembre 2017 (TOL6.505.666), que diferencia entre la simulación relativa subjetiva y la simulación absoluta y la diferencia de la fiducia, aunque el fallo termine rechazando la interposición por falta de pruebas. Advierte la sentencia que: “Las alegaciones fácticas de la ahora apelante parecen ir más referidas al ámbito de la simulación contractual ya que parece referirse a que pese a lo que se hizo constar en el propio contrato la prestataria fue la mercantil, cuestión que se examina en base el principio *iura novit curia* y al propio relato de hechos de la demandada. Se trataría de una simulación relativa subjetiva en cuanto a la identidad del prestatario, se simularía un contrato de préstamo entre el sr Juan Manuel y la Sra. Rosana que no existiría cuando en realidad el préstamo, que sí existiría, sería entre el primero y la sociedad Chudak Restauración”.

Y sentencia muy reciente es la SAP Barcelona 28 enero 2020 (TOL7.763.138) que diferencia claramente las dos figuras y nos recuerda la doctrina de nuestro TS. Indica que: “Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en otras ocasiones, así, en Sentencia de fecha 25 de junio de 2014 (RoJ; SAP B 7266/2014 - ECLI:ES:APB:2014:7266) como declara la STS 15-6-99 con cita de otras anteriores “ la doctrina tiende a asimilar el llamado negocio fiduciario al simulado. Sin embargo, aunque la fiducia *cun amico* contenga cierta simulación, son claras las notas que lo diferencian del negocio simulado aún relativamente: a) El negocio simulado es ficticio, aunque puede en algunos casos ocultar uno real, mientras los negocios fiduciarios son existentes y queridos, aunque sirvan a finalidad distinta de la normal. b) El negocio simulado es simple, mientras el fiduciario es complejo, resultado de la combinación de dos negocios diferentes. c) El negocio simulado es nulo y por tanto quien simula sigue siendo propietario, lo que no acontece en el fiduciario, en el que existe un traspaso válido. Nuestro Tribunal Supremo ha venido declarando sobre el particular que el negocio fiduciario se integra por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para lograrlo, pues aunque se transfiere la plena titularidad de una cosa o derecho el adquirente se obliga a volver a transmitirlo al enajenante o un tercero, una vez conseguido el fin económico realizando una combinación de figuras jurídicas que, salvo prueba de fraude, no obsta a su validez, pues el art. 1.276 del Código Civil establece el principio de nulidad contractual en los que se expresa *causa falsa* salvo la existencia de otra verdadera y lícita, y que se presume (art. 1.277) si no se prueba lo contrario”.

y dejar bien claro que no puede tildarse al negocio fiduciario de contrato ficticio o relativamente simulado<sup>278</sup>.

## 8. Interposición real, contrato fiduciario y contrato indirecto.

Tema emblemático donde los haya es el de la diferencia entre contrato fiduciario y contrato indirecto. Ha sido necesario comenzar por el análisis del contrato fiduciario, para detenernos ahora, en la brevedad de lo posible, en distinguir ambos tipos contractuales; distinción que en tantas ocasiones ha sido negada, incluyendo el contrato fiduciario en la categoría de los indirectos. Es importante, además, la distinción, sobre todo en atención a la interposición real de persona, a fin de advertir del equívoco de considerar esta última como subcategoría de los contratos indirectos, y distinta de los fiduciarios<sup>279</sup>.

La primera elaboración sistemática del contrato indirecto fue expuesta por KÖHLER, que vino a definir los negocios indirectos como aquéllos en los que, aun queriendo producir lo que expresa el negocio, se intenta también llegar ulteriormente a un resultado ajeno al medio empleado. Incluye en el ámbito de esta característica tres subgrupos: los negocios fiduciarios, la interposición real de persona o fiducia *cum amico*, y los negocios que, aun no pudiendo considerarse

---

En cuanto a la jurisprudencia italiana, la diferencia está más que clara. Vid, entre otras, las SSCSC de 5 de abril de 1946, n.º 388 (Giur. Compl. Cass., 1946, I, p. 183) con nota de TAMBURRINO, G.: "Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario"; 3 de agosto de 1967, n.º 2094 (Giust. Civ., 1967, I, p. 1977); 24 de mayo de 1967, n.º 215 (Giust. It., 1967, I, I, 1258); 23 de diciembre 1968, n.º 4068 (Foro It. Mass., 1968); 19 de febrero de 1971, n.º 435 (Foro It. Mass., 1971); 18 de octubre de 1991, n.º 11025 (Foro It. Mass., 1991, n.º 976).

278 STS de 4 de abril de 1972 (RJA 1972, 1576). Y la STS de 19 de mayo de 1982 (RJA 1982, 2580), dijo expresivamente que el contrato fiduciario no "puede motejarse de contrato ficticio, aparente o simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes". Y, en contra del pretendido cambio jurisprudencial, la STS de 17 de septiembre de 2002 (RJA 2002, 8558) deja clara la diferencia entre ambas figuras, afirmando que: "... procede subrayar la declaración contenida en sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1988 (RJA 1988, 7746), en el sentido de que no obstante las dificultades que, en ocasiones, surgen para diferenciar los negocios fiduciarios de los simulados, cabe conceptualizar a los primeros, como aquellos en que existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego; y a los segundos, como aquellos otros en que concurren una declaración de voluntad no real, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio inexistente o distinto del verdaderamente realizado. Partiendo del concepto indicado, es dable establecer como diferencias esenciales entre ambas clases de negocio las siguientes: a) El simulado es un negocio ficticio, no real, aunque en algún caso, puede ocultar uno verdadero: el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun sirviendo a finalidad económica distinta de lo normal, b) El simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo, al resultar de la combinación de dos negocios distintos, y, c) El simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transcendencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido". En el mismo sentido, vid. SSTS de 23 de septiembre de 2002 (RJA., 8028); 30 de marzo de 2004 (RJA., 2603); 26 de julio de 2004 (RJA., 6633); 17 febrero 2005 (LA LEY 11102/2005); 27 febrero 2007 (RJA 2007/1768); 30 mayo 2008 (LA LEY 61752/2008); 13 julio 2009 (LA LEY 125073/2009); 1 diciembre 2010 (LA LEY 204546/2010); 17 mayo 2011 (RJA 2011, 3973); 4 octubre 2011 (LA LEY 198706/2011); 29 diciembre 2011 (RJA 2012, 170); 8 octubre 2012 (LA LEY 149045/2012); 25 febrero 2013 (LA LEY 10205/2013); 16 diciembre 2014 (TOL4.709.077).

279 Vid. KÖHLER, H.: "Studien über Mentalreservation und Simulation", *Jehrigs Jahrbücher für die Dogmatik*, T. XVI, 1878, pp. 140 y 346; ASCARELLI, T.: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, cit., p. 35, nota I; GRECO, P.: "La società di comodo e il negozio indiretto", cit., pp. 777-778.

negocios fiduciarios, porque el medio no rebasa el fin, se emplea, sin embargo para fines ulteriores<sup>280</sup>.

En la doctrina italiana, el primer autor que estudió el contrato fiduciario, aunque brevemente y al solo objeto de diferenciarlo de los simulados, fue FERRARA<sup>281</sup>, para quien los negocios fiduciarios, los aparentes y los fraudulentos son negocios indirectos, que se distinguen entre sí por diferencias accidentales. Sin embargo, del análisis que hace el autor, se llega a la conclusión de que la categoría de los contratos indirectos se agota en los contratos fiduciarios y en los fraudulentos, dado que los negocios aparentes no son más que formas históricas de los negocios fiduciarios<sup>282</sup>. Señala que ambos, negocios fiduciarios y negocios fraudulentos, son una sola y única forma de negocio que toma diversos atributos según el fin que se ha querido obtener; si lo que se persigue con el contrato es un fin lícito, un resultado permitido, de forma que el efecto jurídico buscado no choca contra ningún principio jurídico, se estará ante un contrato fiduciario; si se trata de un fin ilícito, de un resultado prohibido, que contradice principios jurídicos, nos encontramos en el campo de los negocios fraudulentos.

A partir de las observaciones de la doctrina alemana y del estudio de los primeros juristas italianos que tratan la materia<sup>283</sup>, y a pesar de la solución negativa que del contrato indirecto se crea, sostenida por la creencia de que los contratos indirectos no son una categoría autónoma -sino que solo existen los contratos fiduciarios como categoría independiente, agotándose en los fiduciarios el

---

280 Así, KÖHLER, H.: "Studien über Mentalreservation und Simulation", cit., pp. 140 y ss.

281 FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 82 y ss.

282 Actos fiduciarios y aparentes -afirma- florecen sobre el mismo terreno, en el mismo ambiente y atmósfera de un derecho restringido e insuficiente, y tienen la misma función. No existe una diferencia substancial entre estas dos formas: los actos aparentes no fueron más que negocios fiduciarios, y si su fin estaba prohibido originariamente, negocios *in fraudem*, que más tarde por el uso y reconocimiento tácito de la jurisprudencia, se transformaron en categorías jurídicas. El acto aparente -añade- representa el último anillo de la evolución del negocio fiduciario y fraudulento; porque si tiende, en efecto, a conseguir un fin nuevo y a hacer que el derecho evolucione o bien a demostrar que una prohibición no corresponde ya a las necesidades sociales y debe suprimirse, esta evolución termina cuando el orden jurídico que en un principio recobró y toleró tan solo, acaba por reconocer el nuevo estado de cosas y acoger en su seno el expediente creado como un tipo de negocio jurídico (FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., pp. 85-86).

283 Tras el breve análisis que lleva a cabo FERRARA, sobre el contrato indirecto, sobre todo con la intención de diferenciarlo del simulado, fue Messina en la ya citada monografía sobre los negocios fiduciarios, quien se encargó de aportar un estudio que llegará a ser fundamental para los ulteriores desarrollos de la doctrina (MESSINA, G.: *Negozi fiduciari*, cit., pp. 90 y ss.). Sin embargo, la principal aportación a la doctrina italiana fueron los estudios de ASCARELLI, que significaron un importante paso en la aplicación del contrato indirecto, sobre todo en el ámbito de las Sociedades Anónimas, en cuyo campo de acción volcó sus trabajos. Este autor incluyó en la categoría de negocios indirectos los numerosos tipos de negocios fiduciarios, en cuanto en ambos -afirmaba- el fin realmente perseguido por las partes con el negocio, no se corresponde con el fin típico del negocio mismo; el negocio es querido, pero para un fin diverso de su fin típico. Vid. ASCARELLI, T.: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, cit.; ID., "Sul problema del negozio indiretto e della simulazione delle società commerciali nella giurisprudenza della Corte Suprema", (Estratto da *Il Foro Padano*, Vol. LXI, Fasc. XII), Roma, 1936, pp. 1 y ss. (también en *Studi in tema di Società*, Milano 1952); ID., "Sulla dottrina del negozio indiretto nella giurisprudenza della Cassazione", (Estratto da *Il Foro Padano*, Vol. LXI, Fasc. XXI), Roma, 1936, pp. 1 y ss.; ID., *Studi in tema di Società*, Milano 1952.

campo de los indirectos<sup>284</sup>, gran parte de la doctrina entiende que los contratos fiduciarios están comprendidos dentro de los indirectos, de modo que, si bien no todo contrato indirecto es fiduciario, todo fiduciario es indirecto<sup>285</sup>.

284 Algunos autores niegan la ciudadanía al fenómeno jurídico de los contratos indirectos, afirmando que en los ordenamientos jurídicos modernos, abiertos a la libre creación de los particulares, el procedimiento indirecto no tendría razón de ser. Señala DOMENIDO, F.M.: *Le anonime apparenti (nuovi problemi del diritto delle società)*, Siena, 1931, pp. 47 y ss. (también en *Studi Senesi*, T. XLV, 1931, pp. 225 y ss.), que no existe ni siquiera un negocio indirecto como categoría jurídica autónoma, desde el momento que la *causa* es la típica del negocio elegido, mientras los intentos indirectamente queridos quedan en el campo irrelevante de los motivos (pp. 48 y 49); y que lo cierto es que de negocio indirecto no puede hablarse con gran utilidad en los ordenamientos modernos, donde no hay una seria necesidad de utilizar indirectamente formas jurídicas; el negocio indirecto, entendido como instrumento para la creación de nuevas figuras jurídicas mediante la adopción de una forma destinada a otra función, forma más parte del pasado que del presente (p. 51). Y se añade que hablar del contrato indirecto sería, no solo inútil, sino hasta perjudicial, por la confusión a que podría dar origen con otras figuras (SANTORO-PASSARELLI, F.: "Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina", *Foro Italiano*, I, 1931, pp. 176 y ss.). Estos autores no llegan a negar con rotundidad la existencia del contrato indirecto, sino que advierten la inutilidad del término en cuanto los fiduciarios son los únicos contratos en los que podrían darse las características de los indirectos. Y a esta conclusión podría decirse que se aproxima FERRARA al restringir la categoría de los negocios indirectos a los fiduciarios y fraudulentos, pues si algo debemos tener en cuenta es que un contrato fiduciario puede ser lícito o fraudulento (y esto se advierte del mismo estudio del autor), pero seguiría siendo un contrato fiduciario. Se adhiere a esta posición CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 104.

En términos análogos se expresa PUGLIATTI, S.: "Fiducia y rappresentanza indiretta", cit., pp. 254 y ss., para quien el esquema del negocio indirecto es poco sólido y consistente, como lo es el intentar identificar el negocio fiduciario con el indirecto (p. 260). Y aunque reconoce que el negocio indirecto es un fenómeno de la vida práctica, advierte que no se le puede considerar como categoría jurídica ("Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici", *Diritto Civile. Metodo - teoria - pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 81). Igualmente se expresa GIACOBBE, G.: *La frode alla legge*, cit., p. 68, que niega la validez dogmática del negocio indirecto, señalando que, como máximo, se puede utilizar el concepto de procedimiento indirecto para evidenciar un cierto tipo de comportamiento de las partes. Evidentemente este autor niega que el contrato fraudulento sea un negocio indirecto, y hace notar la diferencia fundamental en que aquél constituye una categoría normativa, mientras que este es reconocido como un simple dato de la vida práctica. En cuanto al contrato fiduciario, como ya se ha dicho, el autor niega su validez en el sistema italiano. En sentido análogo se pronuncia NITTI, R.: Voz "Negozio fiduciario", cit., p. 206, que si bien diferencia el contrato fiduciario del contrato indirecto, concluye negando la autonomía del negocio indirecto, advirtiendo que este no puede constituir una categoría jurídica.

Según DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 443 y ss., el negocio indirecto es inadmisibile en el derecho español, pues afirma que este "está en patente y directa contradicción con un sistema jurídico, como el nuestro, basado en el control de las causas -típicas y atípicas- para determinar la validez del negocio y, según la naturaleza de cada causa, la diferenciada eficacia de cada negocio" (p. 450).

285 Los autores que incluyen los contratos fiduciarios en los indirectos definen estos últimos como aquellos en los que para la consecución de un fin jurídico se utiliza una vía oblicua o transversal, y advierten que puesto que en los fiduciarios hay una incongruencia del medio respecto al fin, pueden hacerse entrar dentro de los indirectos. Cfr. CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., p. 39; ASCARELLI, T.: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, cit., pp. 11 y ss.; GRECO, P.: "La società di comodo e il negozio indiretto", cit., pp. 778 y ss.; BARBERO, D.: *Sistema del diritto privato italiano*, T. I, Milano, 1962, p. 432; BRASIELLO, U.: "Vendita con patto di riscatto o <de retrovendendo> in funzione di garanzia", cit., pp. 97 y ss.; MEDRANO RUIZ DEL ÁRBOL, J.A.: "Formas indirectas o atípicas de garantía", cit., p. 655; HERNÁNDEZ GIL, A.: "Notas a las SSTs de 10 de marzo de 1944", cit., pp. 700-701; DE LOS MOZOS, J. L.: *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Madrid, 1987, pp. 479-480; GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, cit., pp. 381-382; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. II, cit., p. 94; GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, cit., pp. 14 y ss.; NAVARRO MARTORELL, M.: "Aislamiento de los negocios fiduciarios", cit., p. 452; CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, cit., p. 53; CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, cit., pp. 72 y ss., a pesar de que este autor incluye a los contratos fiduciarios en la categoría de los simulados relativamente, por lo que viene a confundir las tres figuras (simulación, contrato indirecto y contrato fiduciario).

En cuanto a nuestra Jurisprudencia, en algunas sentencias se advierte la misma solución. Así la STS 10 noviembre 1958 (RJA 1958, 4190) dice que "el negocio fiduciario, como indirecto que es, se concluye utilizando las partes un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo que adoptan externamente con un fin distinto al expresado y, por ello, con la discrepancia consciente entre lo pactado y la intención práctica perseguida". Asimismo, la STS 18 febrero 1965 (JC 1956, 125) señala que "entre los negocios indirectos cabe incluir el negocio fiduciario". En la misma línea las SSTs de 4 enero 1956 (RJA 1956, 244); 8

Hay quien ha negado todo punto de contacto entre los negocios indirectos y los fiduciarios; algún autor, partiendo de la premisa esencial de que el negocio indirecto es causal y el fiduciario es abstracto, ha afirmado que es imposible que los contratos fiduciarios puedan ser una subcategoría de los indirectos<sup>286</sup>; pero también se ha negado la existencia del contrato indirecto en defensa de una *causa fiduciae* atípica jurídicamente relevante<sup>287</sup>. Incluso, adoptando la teoría según la cual los contratos fiduciarios pueden ser tanto abstractos como causales, se ha dicho que si bien los negocios fiduciarios abstractos y aquéllos que se resuelven mediante mandatos serían extraños al negocio indirecto, los fiduciarios causales de transmisión o de constitución de derechos *erga omnes* deben considerarse subespecies de negocios indirectos<sup>288</sup>.

Sin embargo, y en contra de lo que se ha pensado, ambos negocios son causales, pero no es esta justificación suficiente para incluir al contrato fiduciario en el ámbito de los contratos indirectos. Y el hecho de que sea posible valerse de una determinada forma jurídica para obtener una finalidad económica directamente no perseguible, tampoco es causa suficiente para incluir los contratos fiduciarios como subespecie de los indirectos. Se definen los contratos indirectos como

---

marzo 1963 (RJA 1963, 1628); 14 marzo 1964 (RJA 1964, 1422); 20 enero 1966 (RJA 1996, 8); 10 diciembre 1992 (RJA 1992, 10135).

- 286 Vid. GRAZIANI, A.: "Negozii indiretti e negozi fiduciari", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1933, pp. 416-417, para quien la tesis de CARIOTA-FERRARA es inexacta, puesto que si se dice, como afirma este autor, que los negocios fiduciarios necesariamente deben ser abstractos, ello impide en buena lógica -señala Graziani- llegar a la conclusión a que CARIOTA-FERRARA llega de subsumirlos en la categoría de los indirectos, que, precisamente para serlo, deben ser causales. Y que el negocio indirecto -explica- tenga que ser necesariamente un negocio causal, se deduce fácilmente del hecho de que en el negocio abstracto falta la función típica a la que el negocio deba atender, siendo por consiguiente imposible hablar de un empleo indirecto, de una función instrumental del negocio abstracto. Por tanto -añade- si en hipótesis la figura del negocio indirecto presupone necesariamente un negocio causal, y la del negocio fiduciario, también en hipótesis, un negocio abstracto, no pueden ambas figuras estar incluida la una en la otra, porque son contrapuestas.
- 287 Vid. GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità", cit., pp. 362-363, quien niega la aceptación del negocio indirecto como categoría jurídica. Explica el autor lo siguiente; "si el negocio se califica indirecto por cuanto es causal, una de dos: o subsiste también la causa típica, y entonces el negocio produce sus efectos y es válido, pero son irrelevantes los motivos ulteriores que acompañan a esa causa, de donde deriva la irrelevancia dogmática de la categoría; o bien la causa típica no subsiste implícitamente, y entonces es vano hablar de negocio indirecto o se tendrá un negocio de tipo diverso, o se tendrá un negocio atípico". En el mismo sentido, DE MARTINI, A.: "Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia", cit., p. 327; ID., "Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato", cit., pp. 705 y ss.; ID., "Ancora in tema di negozio fiduciario e di negozio indiretto", cit., pp. 414 y ss.; MANCINI, T.: "In tema di negozio fiduciario", cit., pp. 1839; BIANCA, C. M.: *Divieto del patto commissorio*, cit., pp. 310 y ss., en especial pp. 314-317.
- 288 Vid. RUBINO, D.: *El negocio indirecto*, cit., pp. 103-104. El autor, que distingue varios tipos de fiducias, señala que si bien algunas de ellas presentan interferencias con el negocio indirecto, sin embargo, no extinguen su esfera de aplicación ni son totalmente absorbidas en ellas. Tomando como punto de referencia al autor, JORDANO BAREA construye una teoría similar, haciendo la siguiente propuesta; "los negocios fiduciarios en sus modalidades de negocio *fiduciae causa* directo y negocio abstracto, caen fuera del campo de los negocios indirectos. No puede hablarse -añade- de negocio indirecto en la órbita del negocio abstracto porque el negocio indirecto presupone conceptualmente un negocio causal; el negocio abstracto permite conseguir directamente la finalidad propuesta. Los negocios típicos cumplidos *fiduciae causa*, cuando son relativamente simulados, no tienen título hábil para ser calificados de indirectos; y, cuando son indirectos no son fiduciarios, por cuanto que el fin ulterior es un mero motivo subjetivo, de ordinario jurídicamente irrelevante". Pero ya hemos visto como el autor entre los negocios típicos cumplidos *fiduciae causa* incluye a los indirectos (*El negocio fiduciario*, cit., p. 197).

aquellos contratos que son utilizados por las partes para realizar una función correspondiente a la causa de un contrato distinto, o para lograr un efecto jurídico que no puede lograrse con ningún tipo contractual<sup>289</sup>. Si bien ambos contratos son queridos, y en ambos se busca un fin distinto al que cumple el contrato elegido, en el contrato indirecto, a diferencia del fiduciario, el distinto fin solo resulta realizable a través del contrato utilizado, sin necesidad de un pacto separado que lo someta a la función querida por las partes<sup>290</sup>. En suma, se habla de contrato indirecto cuando un determinado contrato es utilizado por las partes para realizar una función diversa de aquélla que corresponde a su causa. Además, en el contrato indirecto la obtención del interés mediato es una consecuencia automática de la eficacia típica del contrato empleado por las partes, que lo han utilizado como mero instrumento para la obtención de sus fines; es decir, la eficacia jurídica que la ley conecta al negocio estipulado por las partes, realiza al mismo tiempo el interés típico del negocio al que han recurrido las partes, y no se prevé, ni se requiere, ningún otro comportamiento sino este, aun cuando el fenómeno encuentre su justificación mediante la combinación de contratos. Sin embargo, en el contrato fiduciario, el fin último al que tienden las partes no puede encontrar justificación en la simple eficacia jurídica prevista por la ley para el contrato estipulado, sino que exige siempre un comportamiento ulterior de una de las partes (es del comportamiento del fiduciario del que a fin de cuentas depende la obtención del resultado perseguido)<sup>291</sup>.

Quien incluye al contrato fiduciario en la categoría de los indirectos, expone como ejemplos típicos de estos: la transmisión de la propiedad para garantizar una deuda, la venta por un precio inferior o superior; la confesión de haber recibido en mutuo una suma superior a la efectivamente recibida, la sociedad por acciones con un solo socio que intenta ejercitar el comercio gozando de la responsabilidad limitada, la sociedad formada para incorporar los bienes de un deudor común y llevar a cabo su liquidación, el mandato para vender pactado entre el vendedor y el adquirente que quiera a su vez revender para evitar la transmisión de la propiedad, etc.<sup>292</sup>. Sin embargo, muchos de estos ejemplos son, en realidad, casos de simulación (la confesión de recibir en mutuo una suma superior o inferior a la realmente recibida), y otros son contratos en fraude de ley (la venta a término con la intención de reventa a un precio inferior o superior). Caso típico de contrato indirecto es el de las donaciones indirectas<sup>293</sup>, en las que se lleva a cabo un

289 Vid. ASCARELLI, T.: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, cit., pp. 7-8; GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 449.

290 Vid. GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 429.

291 Vid. CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., pp. 104-105.

292 Ejemplos que en su día puso ASCARELLI para fundamentar que el contrato fiduciario es una subespecie de los indirectos (*Il negozio indiretto e le società commerciali*, cit., pp. 12, 14, 62-63, 70 y ss.).

293 En contra se muestra GRASSETTI, C.: *Donazione fiduciaria*, Milano, 1936, para quien las donaciones indirectas no entran en el ámbito de los negocios indirectos, dado que estos, como ya he advertido, no constituyen

contrato de compraventa por un precio irrisorio. En este caso la causa de la venta es utilizada para conseguir la función propia de la donación<sup>294</sup>.

Y, en cuanto a la diferencia entre contrato indirecto y el simulado relativamente, no siendo este el caso de adentrarnos una vez más en reflexiones terminológicas, tan solo advertir que: aunque es difícil diferenciar el contrato indirecto del simulado relativamente, pues en ambos hay contratos que son queridos (en la simulación relativa las partes quieren alcanzar el fin del negocio disimulado), en la simulación el negocio aparente no es, como lo es en el negocio indirecto, realmente adoptado por las partes, sino que lo es solo ficticiamente; además de que en la simulación relativa existe un acuerdo simulatorio (contradecларación) entre las partes, mientras que en el contrato indirecto no hay acuerdo alguno fuera del propio contrato.

---

-según el autor- categoría dogmática.

294 Vid. al respecto, ORTEGA PARDO, G.: "Donaciones indirectas", *Anuario de Derecho Civil*, T. II, Fasc. III, 1949, pp. 918 y ss.

## CAPÍTULO III

# INTERPOSICIÓN REAL Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA

### I. REPRESENTACIÓN INDIRECTA: EL PROBLEMA DE SU CONFIGURACIÓN

No voy a entrar aquí otra vez en la polémica que ha generado la confusión entre mandato y representación. Ya hemos visto<sup>295</sup> como la creencia de que todo mandato implica la existencia de un poder de representación ha provocado durante tiempo, no solo el intento de involucrar el mandato *proprio nomine* en la teoría de la simulación, sino la dificultad de aceptar la calificación del mismo como representación indirecta.

Me limitaré, por lo ya expuesto, a hacer una breve referencia a la configuración de la representación indirecta, a fin de intentar describir cómo es concebida esta figura, y con el único objeto de aclarar su pertenencia a la teoría de la representación o gestión representativa, para proceder posteriormente al estudio del mandato *proprio nomine* como forma de interposición real que queda incardinada en la teoría de la llamada “representación indirecta”.

#### I. Diferencias entre representación directa e indirecta. El mandato *proprio nomine*: paradigma de representación indirecta.

Gran controversia despertó en el pasado -y aun subsiste- la llamada representación indirecta. No han faltado quienes han negado la existencia de la misma, partiendo de la creencia y afirmación de la necesidad de actuación en nombre de otro para que se produzca el fenómeno representativo<sup>296</sup>, y

295 Vid. *Supra* Cap. I, § II.1.

296 Vid. SÁNCHEZ URITE, E. A.: *Mandato y Representación*, cit., p. 39; SOTO NIETO, F.: *Cuestiones jurídicas (Jurisprudencia creadora)*, Madrid, 1976, pp. 80, 81 y 103; BONET RAMON, F.: “Del contrato de mandato”, *Código Civil de Mucius Scaevola*, Q., T. XXVI, Vol. II, Madrid, 1951, pp. 36 y ss., en especial p. 41; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: “La distinción entre poder y mandato en el Código Civil Español”, cit., p. 112; GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, cit., pp. 413 y ss.; MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>º</sup>: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6<sup>ª</sup> Ed. (revisada por JOSÉ M<sup>º</sup> BLOCH), Madrid, 1972, pp. 667 y ss.; ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, cit., pp. 525-526; GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>º</sup>. D.: “La excepción de cosas propias del mandante”, *Revista de Derecho Privado*, 1989, pp. 629 y ss. Así también, ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La representación”, *Anuario de Derecho Civil*, 1958, p. 769; ID., *El negocio jurídico*, cit., pp. 341 y ss., quien en estas obras afirma que la representación indirecta no es verdadera representación, opinión que cambiará en trabajos posteriores; TARTUFARI, L.: *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti in diritto civile e commerciale*, Torino, 1892, pp. 6 y ss. y 59 y ss., en especial, p. 7 y p. 59; SAGGESE, F.: *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, Napoli, 1933, pp. 23 y ss. y 58 y ss.; FLATTET, G.: *Les contrats*

descansando sobre la base de que la representación indirecta es una locución formada por dos términos entre ellos incompatibles<sup>297</sup>. Y hay quienes, si bien utilizan el término representación indirecta para explicar el fenómeno del mandato en nombre propio, y para diferenciarlo de la representación directa, no llegan a pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la representación indirecta, en contra o a favor de la admisión de esta como verdadera representación<sup>298</sup>.

---

*pour le compte d'autrui*, Paris, 1950, pp. 233 y ss.; BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 544 y ss.; SCOGNAMIGLIO, R.: "Contratti in generale", *Trattato di Diritto civile* (dirigido por G. GROSSO y F. SANTORO-PASSARELLI), T. IV, Vol. II, Milano, 1975, pp. 65 y ss.

297 En este sentido, CALVO, R.: *La proprietà del mandatario*, cit., pp. 47 y ss., en especial p. 51.

Ya SCHLOSSMANN afirmaba que carecen de sentido los conceptos de obrar en nombre propio y en nombre ajeno, advirtiendo que el concepto de poder de representación descansa en una tautología. Para este autor, no existe una diferencia esencial entre la representación directa y la representación indirecta, puesto que -entiende- una declaración de voluntad destinada a producir el efecto de que el representante tenga la posibilidad, mediante su actividad de negociación jurídica, de causar directamente efectos en el patrimonio del poderdante, no tiene sentido (cit. por ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>.: "La representación voluntaria", cit.). Este autor es criticado por RÜMELIN: "Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1902 (93), que advierte que precisamente cabe permitir que la voluntad privada pueda optar entre los efectos de una y otra clase de representación, la indirecta (cit. por HUPKA, J.: *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, cit.).

298 Así, NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, cit., pp. 157 y ss.; ÁVILA NAVARRO, P.: *La representación con poder (Estudio de Derecho notarial y registral)*, Madrid, 1992, p. 157; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 231 y ss.; FERRARI, S.: *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962, pp. 137 y ss.; D'AMICO, P.: Voz "Rappresentanza" (diritto civile), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, T. XXV, Roma, 1990, p. 4; GRAZIADEI, M.: Voz "Mandato", cit., pp. 154 y ss.; CARNEVALI, U.: Voz "Mandato" (diritto civile), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, T. XIX, pp. 1 y ss.

Es evidente que en estos supuestos, si bien los autores no entran a considerar si la representación indirecta se incardina en la teoría de la representación, desde luego en ningún momento niegan que lo sea, aunque tampoco lo afirman.

Sin embargo, y dejando a parte la cuestión terminológica<sup>299</sup>, no cabe duda alguna que la representación indirecta se incardina en la teoría de la representación<sup>300</sup>; y que las críticas dirigidas contra la dicotomía representación directa - indirecta no tienen razón de ser. Aún así, ello no quiere decir que no haya distinción entre ambas.

299 El término representación indirecta para definir el mandato *proprio nomine* ha sido criticado por algunos autores, que entienden que es equívoco, porque creen que induce a confusión. Esto ha provocado que algunos juristas creen que la verdadera y propia representación se da solamente en la hipótesis de la representación directa. Por esto, se han preferido otras denominaciones. Así, BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 546, cree que la denominación más ajustada es la de "interposición gestoria" (en contra se muestra PUGLIATTI, S.: "Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta", cit., p. 454 y 493 y ss.).

PUGLIATTI, sin embargo, y defendiendo la denominación de representación indirecta, desarrolla una doble teoría de la misma; a) representación indirecta, en general, para los supuestos en los que el representante actúa en nombre propio pero en interés del representado; b) representación indirecta con traslación o adquisición de derechos automática por el representado, supuesto intermedio entre la representación directa y la indirecta; estos dos supuestos, junto con la representación directa los incluye en lo que el autor denomina "cooperación jurídica", con la diferencia de que, según este autor, la representación directa se caracteriza por la existencia de la *contemplatio domini* ("Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta", cit., pp. 455 y ss.).

Que el mandato es una expresión concreta del fenómeno de la cooperación, aunque admitan la denominación de representación indirecta, lo advierte también, entre otros, BAVETTA, G.: *Voz "Mandato (Diritto privato)"*, *Enciclopedia del Diritto*, T. XXV, 1975, p. 321.

No voy a entrar aquí a estudiar las distintas terminologías, aunque es cierto que quizá el término de "interposición gestoria" no sea muy aceptable, dado que este término es demasiado amplio, y en él podrían incluirse todos los supuestos de interposición, no solo el mandato *proprio nomine*. Lo que sí puedo afirmar es que independientemente de la terminología que utilicemos, gestión representativa, interposición gestoria, cooperación jurídica o representación indirecta, cuando al mandato *proprio nomine* nos referimos, estamos ante una misma figura con los mismos perfiles jurídicos. Podemos darle la denominación que queramos, pero en el mandato *proprio nomine* se encuentran las bases de la representación, en la cual evidentemente hay una cooperación entre el mandante-representado y el mandatario-representante, para que se lleve a cabo determinado negocio en el que interviene un tercero, por medio de un interpuesto (el mandatario-representante).

Al respecto, vid. DIEGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, Valencia, 2006, que hace un estudio al principio de su obra sobre las distintas teorías en la materia.

300 Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", en *Estudios homenaje al Profesor Federico De Castro*, T. I, Madrid, 1976, pp. 764-765; ROCA SASTRE, R. M.: "La representación voluntaria", cit., pp. 132 y ss.; GASPÁR ALFARO, J.: "La representación indirecta", en *Estudios de Derecho Privado* (dirigidos por ANTONIO DE LA E. MARTÍNEZ-RADIO), T. I, Madrid, 1962, pp. 313 y ss., en concreto pp. 323-324; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 45 y ss.; PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B.: *Representación, poder y mandato*, cit., p. 10; MONTÉS PENADES, V.L.: "La representación", cit., pp. 574 y 597; ID., "Perfiles jurídicos de la relación de gestión", *Contratos de Gestión. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, pp. 11 y ss., en especial pp. 48 y ss.; LÓPEZ y LÓPEZ, A. M.: "La gestión típica derivada del mandato", en *Contratos de Gestión. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, pp. 65 y ss., en especial p. 71; BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, cit., pp. 249 y ss.; FERNÁNDEZ GREGORACI, B.: "Representación indirecta y *Undisclosed agency*: su convergencia (la *Convention on agency in the international sale of goods* y los *Principles of European Contract Law*)", *Anuario de Derecho Civil*, T. LV, Fasc. IV, octubre-diciembre 2002, pp. 1717 y ss.; PUGLIATTI, S.: "Sulla rappresentanza indiretta", cit., pp. 395 y ss.; ID., "Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta", cit., p. 453 y ss.; DIEGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, cit.; DOMINEDÒ, F.M.: *Voz "Mandato (Diritto civile)"*, cit., p. 112; NEPPI, V.: *La rappresentanza nel Diritto Privato Moderno*, Padova, 1930, pp. 303 y ss., para quien, en la representación indirecta, no puede desconocerse que existe la necesaria conjunción de los efectos jurídicos del negocio primario con la persona del interesado.

Así también, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, Introducción y parte general*, T. I, Vol. II, 9ª Edición, Barcelona, 1985, pp. 435-426. Aunque debo advertir que este autor, en dos obras anteriores (*El negocio jurídico*, cit., pp. 341 y ss. y "La representación", cit., p. 769), había afirmado que si bien el mandato en nombre propio es también llamado representación indirecta, no es esta admisible como verdadera representación, añadiendo que "en la representación indirecta, si bien jurídicamente el negocio se celebra con el representante como parte, solo económicamente es parte el representado" (p. 341).

Al respecto VON TUHR, A.: *Tratado de las Obligaciones* (traducción de W. ROCES), T. I, Madrid, 1934, p. 229, hace referencia a la representación indirecta como una forma de alcanzar el resultado jurídico de la representación.

Así entendido, si ordenamos el esquema representativo, en la gestión representativa encontramos dos tipos de representación: la directa y la indirecta.

La representación directa se da cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre representado y tercero, a sabiendas este último que con quien está verdaderamente llevando a cabo el negocio no es con el representante, sino con aquél que le confirió el poder, el representado. En este supuesto el representante actúa en nombre del representando siempre mediante la llamada *contemplatio domini*<sup>301</sup>, pudiendo expresarse de manera explícita, cuando el representante dice actuar en nombre de otro; y de manera tácita, cuando de las circunstancias del caso y de la propia actuación del representante, se deduce que el negocio se realiza para el representado, derivando de hechos concluyentes<sup>302</sup>.

Sin embargo, nos hallamos ante una representación indirecta cuando una persona actúa por cuenta de otra, pero en nombre propio, de modo que el tercero contrata con el representante sin tener constancia que está actuando por cuenta de otro. En este supuesto, independientemente de que, como veremos, puedan darse efectos directos en la esfera jurídica del representado, la eficacia general del negocio realizado es indirecta, de modo que se hacen efectivos en el patrimonio del representado de una forma indirecta, pasando primero por la esfera jurídica del representante.

Y si bien, como ya hemos visto, se ha llegado a pensar que el actuar por cuenta propia descarta el esquema propio de la representación, confundiendo a menudo la teoría de la representación con la eficacia directa o indirecta del actuar en nombre propio, hay que aclarar que tanto los efectos directos como indirectos que puedan producirse en una relación representativa pertenecen a la teoría de la representación<sup>303</sup>.

La diferencia estriba en la concepción que se tenga de eficacia directa y eficacia indirecta: la eficacia directa se produce cuando la declaración de voluntad que emite el representante es considerada como declaración emitida por el representado, de modo que los actos realizados por el representante son considerados como del representado, estableciéndose una relación directa entre representante y

---

301 Sobre la *contemplatio domini* y su evidente existencia en la representación directa (que no en la indirecta) vid. PUGLIATTI, S.: "Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante", *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, pp. 83 y ss.; BAVETTA, G.: Voz "Mandato (Diritto privato)", cit., pp. 333 y ss. Puede verse DIÉGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, cit., epígrafe 3, que hace un estudio sobre el presupuesto legal de la *contemplatio domini* en derecho alemán en la representación indirecta.

302 MONTÉS PENADÉS, V.L.: "Perfiles jurídicos de la relación de gestión", cit., p. 51.

303 En este sentido, advierte PUGLIATTI, S.: "Sulla rappresentanza indiretta", cit., p. 410, que se utiliza el término representación indirecta atendiendo al modo de producirse los efectos, pero teniendo en cuenta que estos efectos, aunque no son del todo iguales, son en parte equivalentes, y quizá iguales, a aquellos que se pueden conseguir a través de la representación indirecta.

tercero; en la eficacia indirecta, sin embargo, se establece entre representante y representado una relación jurídica interna, e incluso desconocida, y otra relación jurídica entre representado y tercero.

Esto es, cuando digo “indirecta”, estoy refiriéndome a una eficacia indirecta en general, que es la que simboliza la representación indirecta, pero esto no quiere decir que no se produzcan también ciertos efectos directos entre el representado y el tercero -como tendré ocasión de exponer- en el sentido de adquisición o enajenación automática, aunque indirecta. Así es, el término “representación indirecta” no implica que no puedan darse determinados efectos directos en el negocio concluido a través de este cauce jurídico<sup>304</sup>.

Por ello, al mandato en nombre propio se le suele denominar también representación indirecta<sup>305</sup>, aludiendo al hecho de que, indirectamente, se alcanza un resultado análogo al de la representación. Se da en el caso de que el mandatario, sin tener poder de representación, lleve a cabo actos por cuenta del mandante, pero en nombre propio.

304 Se ha puesto de manifiesto que existe una representación indirecta cuando el agente o gestor actúa en su propio nombre con el tercero con quien contrata, de manera tal que es él y no el *dominus* quien queda directamente vinculado por el contrato. En este tipo de representación -se advierte-, es el representante quien adquiere los derechos y asume las obligaciones que derivan del contrato celebrado con el tercero, por lo cual tendrá únicamente una posterior obligación de transmitir, atribuir o destinar al principal los derechos adquiridos, y una facultad de exigir que este le resarza de las obligaciones que sobre él pesen o de los desembolsos que haya realizado (DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 45).

305 Cfr. BONET RAMON, F.: “Algunas figuras afines al contrato de mandato”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. II, 1948, cit., pp. 642 y ss., en particular p. 650; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 37 y 133 y ss.; ID., “Los efectos jurídicos de la gestión representativa”, *Anuario de Derecho Civil*, 1978, p. 491; PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B.: *Representación, poder y mandato*, cit., p. 10; LEÓN ALONSO, J.R.: “Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA), T. XXI, Vol. II, Madrid, 1986, pp. 172 y ss., en especial p. 173; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., pp. 397 y ss.; NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, cit., pp. 157 y ss.; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>: “La representación voluntaria”, cit., p. 133; MONTÉS PENADÉS, V.L.: “La representación”, cit., pp. 574, 585 y 596-599; PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.: Notas al Tratado de Derecho Civil, cit., § 148, p. 242; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 231 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Mandatario que adquiere en nombre propio”, cit., pp. 761 y ss., en especial p. 764; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Contratos de Gestión*, Madrid, 1995, pp. 83 y ss.; GALGANO, F.: *Diritto Privato*, cit., p. 317; ID., *El negocio jurídico*, cit., p. 377; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 141 y ss.; VISINTINI, G.: “Della rappresentanza”, cit., pp. 220 y ss.; SAGGESE, F.: *La rappresentanza nella teoria*, cit., pp. 24 y ss.; PUGLIATTI, S.: “Sulla rappresentanza indiretta”, cit., pp. 397 y ss.; ID., “Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta”, cit., pp. 455 y ss.; CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozi fiduciari*, cit., pp. 83 y ss.; ID., “Forma del mandato senza rappresentanza”, *Scritti minori*, Napoli, 1986, pp. 689 y ss.; RAVA, T.: “Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, T. I, 1952, pp. 249 y ss.; ID., *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 3 y ss.; DOMINEDÒ, F.M.: “Mandato (Diritto civile)”, cit., p. 112; DISTASIO, N.: “Limiti all'acquisto da parte del mandante della titolarità del negozio compiuto dal mandatario”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1951, T. II, p. 103; BAVETTA, G.: “Mandato (Diritto privato)”, cit., p. 333; D'ALESSANDRO, F.: “I mandati in rem propriam all'incasso”, *Il Diritto Fallimentare*, 1989, T. I, pp. 207-208; DIEGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, cit.; GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, cit., p. 413, aunque este autor, como ya hemos visto, si bien admite el mandato en nombre propio como supuesto de representación indirecta, aclara que esta no es verdadera representación, admitiendo como única y verdadera representación la directa.

Así es, la representación indirecta queda perfectamente reflejada en el art. 1.717 CC<sup>306</sup>. Y en términos análogos se expresa el art. 246 del Código de Comercio. A ambos se hará referencia en los apartados sucesivos.

Es por ello, como acertadamente se ha dicho, que no cabe aislar la representación indirecta de la teoría de la representación<sup>307</sup>, que con la afirmación de que la representación indirecta es verdadera representación, tanto en lo económico como en lo jurídico, se abarca más y mejor el sentido de integridad que se pretendió con el art. 1.717 CC<sup>308</sup>.

En conclusión: que no resulta válido afirmar que cuando se actúa en nombre propio no podemos entrar en la teoría de la representación, y que solo si se actúa en nombre ajeno estamos ante una verdadera representación; puesto que tanto en la representación directa como en la indirecta se gestiona un interés ajeno,

---

306 En este sentido se ha pronunciado también nuestra jurisprudencia, dejando patente que tal precepto consagra el mandato simple o representación indirecta, o confirmando que el mandato *proprio nomine* excluye tan solo la representación directa.

Es clara la STS 25 febrero 1994 (RJA 1994, 1263), al declarar existencia de representación indirecta en los supuestos en los que el mandatario actúa en nombre propio; la STS 13 abril 1994 (RJA 1994, 2797) especifica que el mandato en nombre propio es el mandato simple, "sin matiz alguno de representación directa", por lo que establece claramente la ausencia de representación solo directa, dejando abierta la existencia de representación indirecta; la STS 4 julio 2000 (RJA 2000, 667), en un supuesto de mandato en nombre propio, especifica claramente que la empresa mandataria "actuó con la denominada representación indirecta (por cuenta ajena, pero en nombre propio), que no impide entender que era ella la que vendía y, por consiguiente, quedaba obligada, de conformidad con lo establecido en el art. 1.717 del Código civil". Vid. también las SSTs 23 mayo 1935 (RJA 1935, 1123); 10 julio 1946 (RJA 1946, 938); 4 mayo 1950 (RJA 1950, 732); 17 diciembre 1959 (RJA 1960, 1209); 30 noviembre 1998 (RJA 1998, 8783); 7 noviembre 2005 (ROJ 6812/2005); 26 enero 2006 (ROJ 134/2006); 22 marzo 2006 (ROJ 1904/2006); 12 julio 2006 (ROJ 4284/2006); 22 noviembre 2006 (ROJ 6975/2006); 24 octubre 2007 (ROJ 6942/2007); 26 noviembre 2007 (ROJ 7783/2007); 14 febrero 2008 (ROJ 1715/2008); 20 enero 2010 (ROJ 149/2010); 15 marzo 2013 (RJA 2013, 2276); 30 octubre 2013 (RJA 2013, 7071); 20 mayo 2016 (ROJ 2361/2016); 3 octubre 2018 (ROJ 9985/2018).

Así también, la STSj de Navarra 27 diciembre 1991 (RJA 1991, 2583), en un supuesto de mandato en nombre propio, equipara mandatarios a representantes, al afirmar que los mandatarios-representantes actuaron en su propio nombre, siendo de aplicación el art. 1.717 del Código Civil. En sentido análogo, la SAP de Asturias 5 febrero 1998 (AC 1998, 3513) diferencia la representación directa de la representación indirecta, señalando que esta se comprende en el art. 1.717 y en ella el representante obra en nombre propio. Y las SSAP de Granada 10 mayo 2000 (JUR 2000, 222156); Granada 13 junio 2000 (JUR 2000, 225677); Las Palmas 23 junio 2004 (JUR 2004, 24109), que llama representado y representantes al mandante y mandatario en nombre propio.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto la existencia de la representación indirecta proclamada en el art. 1.717, por la RDGRN 15 abril 1999 (RJA 1999, 2216), en la que se aclara que "en un negocio en el que una de las partes actuó en el ámbito de la representación indirecta: en nombre propio y por cuenta ajena..." y "que la representación indirecta está reflejada en el art. 1.717 del Código Civil...".

La jurisprudencia incluso ha llegado más lejos, advirtiendo que el art. 1.717 no impide la actuación del mandatario con poder, de modo que cabe un mandatario en nombre propio con poder. En este sentido vid. SSTs 28 febrero 1975 (RJA 1975, 825); 1 marzo 1988 (RJA 1988, 1541); 18 diciembre 2000 (RJA 2000, 10448). Vid. también la SAP de Granada 1 julio 2002 (JUR 2002, 213671).

307 DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 47. Advierte el autor que "solo admitiendo la representación indirecta como verdadera representación, puede salvarse la dificultad que plantea el mandato para enajenar, cuando el mandatario actúa en su propio nombre". La lógica rigurosa -dice- exigiría una doble transmisión, de mandante a mandatario y de mandatario a tercero, con las inevitables secuelas de una situación de propiedad del mandatario (embargo, quiebra), por lo que algunos autores configuran este mandato como una concesión de legitimación o como autorización, pero en todo caso, como un paso directo de la propiedad del mandante al tercero, es decir, efectos directos aunque exista *proprio nomine agere* (pp. 47-48).

308 LEÓN ALONSO, J.R.: "Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil", cit., p. 173.

y la ajenidad del asunto que forma su objeto es la base de la representación<sup>309</sup>. Debe decirse, por tanto, que existe representación siempre que el representante gestiona un interés del representado, es decir, un interés que no le pertenece, aun cuando los efectos de tal gestión se produzcan para el representado de forma indirecta, esto es, a través de una actividad posterior del gestor; que es cuando repercute en la esfera jurídica del *dominus* la gestión realizada. Y el hecho, como se expondrá, de que a través de la representación indirecta se puedan conseguir algunos efectos en parte equivalentes a la representación directa, no significa que deban identificarse conceptualmente las dos figuras.

## 2. El mandato *proprio nomine* como otra forma de interposición real.

Al inicio de este estudio puse de manifiesto la confusión que durante largo tiempo ha reinado en torno a la figura de la interposición de persona. La marcada confusión inicial que identificaba en una sola la categoría de la interposición, intercambiando los principios y normas que rigen la simulación con las normas del mandato. Hoy día, prima la equiparación entre contrato fiduciario y simulado, atrayendo la categoría de la interposición real en el contrato fiduciario al esquema de la simulación, y pretendiendo la inexistencia de aquél.

Y ya he resaltado la diferencia fundamental entre contrato fiduciario y simulación, entre interposición ficticia e interposición real. Queda ahora por estudiar más detalladamente otra forma de interposición real, cuyas líneas divisorias con la interposición ficticia son bastante claras, aunque no fáciles de extraer cuando hay que diferenciarlo del interpuesto fiduciario. Me refiero a la interposición real en el mandato *proprio nomine*.

Así es, en el mandato en nombre propio, el mandatario se convierte en el sujeto que se interpone entre el mandante y el tercero para llevar a cabo un cierto negocio jurídico. Se trata, por tanto, de una interposición real de persona<sup>310</sup>, por

309 Vid. PUGLIATTI, S.: "Sulla rappresentanza indiretta", cit., p. 399. Le siguen, entre otros, DISTASIO, N.: "Limiti all'acquisto da parte del mandante", cit., p. 107; LEÓN ALONSO, J.R.: "Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil", cit., p. 182, que advierte que "de la misma forma en que el mandatario se obliga frente a tercero como si el asunto fuera personal suyo, recibe el correspondiente derecho, exactamente en los mismos términos, como si fuera personal suyo, pero consciente del interés ajeno que gestiona, la adquisición definitiva no la consumará como propia, sino antes bien como ajena"; FERNÁNDEZ GREGORACI, B.: "Representación indirecta y *Undisclosed agency*", cit., p. 1719, que deja claro que tanto en la representación directa como en la indirecta, el representante actúa por cuenta ajena, con la diferencia de que en la indirecta la actuación se lleva a cabo en nombre propio.

310 Que el mandato en nombre propio es un supuesto de interposición real de persona, de modo que muchos supuestos de interposición son casos de mandato, lo afirman expresamente, entre otros, SAGGESE, F.: *La rappresentanza nella teoria*, cit., pp. 24 y ss.; PUGLIATTI, S.: "Sulla rappresentanza indiretta", cit., pp. 397 y ss.; ID., "Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta", cit., p. 455 y ss.; CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozi fiduciari*, cit., pp. 83 y ss.; ID., "Forma del mandato senza rappresentanza", cit., pp. 690 y ss.; CASULLI, V.R.: "Se il mandato senza rappresentanza per acquisto di immobili debba risultare da atto scritto", *Il Foro Italiano*, 1947, p. 490; BILE, F.: *Il mandato. La Commissione. La Spedizione, commento agli articoli 1703 a 1741 del Codice Civile*, Roma, 1961, p. 36; SANTAGATA, C.: "Del Mandato", en *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni* (dirigido por SCIALOJA E BRANCA), Libro IV, Bologna-Roma, 1985, pp. 197 y ss.; GIARDINO, F.: "Il mandato senza rappresentanza nell'acquisto di beni immobili. Gli effetti nel tempo", *Rivista del Notariato*,

medio de la cual un sujeto, que no quiere o no puede realizar determinado acto, contrata a otro para que se interponga y lo haga por él, aunque en su propio nombre.

A lo largo del capítulo veremos como el mandato en nombre propio se circunscribe en las relaciones internas de las partes; cuál es la gran diferencia entre mandato en nombre propio y simulación relativa subjetiva; y, cuáles son los puntos clave para distinguir la interposición real fiduciaria y el mandato *proprio nomine*, en el que el mandatario siempre es un interpuesto real.

## II. INTERPOSICIÓN REAL Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA

### I. Configuración del mandato *proprio nomine* en el Código Civil: perspectiva histórica<sup>311</sup>.

El art. 1.717 CC consagra la figura del mandato sin poder, del mandato puro, privado de todo actuar en nombre del mandante<sup>312</sup>; reducido el mandatario a obrar

---

1967, p. 153; GALGANO, F.: *Diritto Privato*, cit., pp. 317 y ss.; ID., *El negocio jurídico*, cit., pp. 377 y ss.; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 141 y ss.; VISINTINI, G.: "Della rappresentanza", cit., pp. 206 y ss.; FLATTET, G.: *Les contrats pour le compte d'autrui*, cit., pp. 233 y ss.; NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", cit., pp. 610-611; BONET RAMON, F.: "Algunas figuras afines al contrato de mandato", cit., pp. 648 y ss.; ID., "Del contrato de mandato", cit., pp. 36 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La representación", cit., p. 775; MONTÉS PENADÉS, V.L.: "Perfiles jurídicos de la relación de gestión", cit., p. 18; BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, cit., p. 269.

En este sentido, ya la citada STS 1 febrero 1941 (RJA 1941, 133), precursora de la distinción entre mandato en nombre propio y simulación, exponía que el mandato *proprio nomine* se incardina en la teoría de la contratación por persona interpuesta. Vid. también la STS 15 marzo 1996 (RJA 1996, 2367), que diferencia la interposición de persona en el mandato, del fraude y del contrato fiduciario (aunque se trata a su vez de un supuesto de autocontratación).

Y, no tiene desperdicio la STS 2 enero 2006 (TOL809.691), cuyo ponente, Don Vicente Luis Montés Penadés, deja bien clara la diferencia entre un interpuesto real y uno ficticio. Indica la sentencia que "En la instancia se ha postulado por el comisionista que el comitente le indemnice de los daños y perjuicios que le ha ocasionado el cumplimiento del mandato. Los daños y perjuicios derivan de la existencia de un embargo anotado sobre un vehículo automóvil cuya transferencia se le había encargado al comisionista, por cuenta del comitente pero en nombre propio, a un tercero que, en vista de que no recibía satisfacción del comisionista, dedujo frente a él el correspondiente litigio, en el que venció, obteniendo sentencia que confirmó la Audiencia Provincial ante la resistencia del comisionista, que no compareció en la primera instancia, pero apeló y no satisfizo el numerario que se requería para cancelar el embargo y atender intereses y costas hasta que se vio, a su vez, constreñido mediante el embargo de sus bienes. La Sala a quo, pero de algún modo también el Sr. Juez de Primera Instancia, resuelven el problema a través de la búsqueda del verdadero autor de la decisión de venta del vehículo, en una suerte de tratamiento en clave de traslación de la responsabilidad del vendedor que tiene apoyo, a su vez, en la idea de prescindir de la apariencia para llegar al que realmente tomaba la decisión de venta, como si se tratara de una interposición ficticia del comisionista. La Sala, sin perjuicio de llegar, en el fondo, a la misma conclusión, no comparte plenamente ese enfoque, que resulta un tanto artificioso, ya que se trata de una comisión que ha de realizar el comisionista, conforme a lo acordado, en nombre propio (art.s 246 CCom. y 1725 CC a contrario), esto es, un mandato no representativo, en el que el comisionista quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratarse". La sentencia deja claro que no estamos ante un interpuesto ficticio, sino ante un interpuesto real, un mandato en nombre propio.

311 Por lo que se refiere a la perspectiva histórica de la interposición real en general, me remito a lo dicho en los capítulos precedentes.

312 También nuestra jurisprudencia utiliza la terminología de "mandato puro" para hacer referencia al mandato contenido en el art. 1.717 CC. Así, vid., entre otras, las SSTS de 17 diciembre 1959 (RJA 1960, 1209); 8 junio 1966 (RJA 1966, 3023); 28 noviembre 1973 (RJA 1973, 4340); 1 diciembre 1982 (RJA 1982, 7454); 10 enero 1990 (RJA 1990, 32).

exclusivamente en su nombre, si bien por cuenta y encargo de su mandante. Este precepto contempla claramente el fenómeno antes expuesto de la representación indirecta, o eficacia indirecta de la gestión representativa.

Así, establece el precepto que “cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante. En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúese el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario”.

Aunque es bien sabido que era este el mandato puro del Derecho romano<sup>313</sup>, punto cardinal de discusión de la doctrina ha sido siempre el referido a los orígenes de este precepto.

De hecho, ni siquiera en las Partidas encontramos Título alguno dedicado al contrato de mandato, sino que este se encontraba incluido en el Título XII de la Partida V, dedicado a las “fiadurias”. Ello ha llevado a afirmar que el hecho de que el mandato se incluyera en la fianza hace pensar que también en las Partidas se pretendía que el mandatario actuase en su propio nombre<sup>314</sup>.

En cuanto a los Proyectos de nuestro Código Civil, el de 1836 hacía referencia a la posibilidad de la actuación en nombre propio del mandatario, cuando en su art. 1.408 establecía que “cuando el mandatario general para negocios y contratos celebra algunos sin expresar en nombre de quién lo hace, se entenderá ser en el suyo propio; pero si el mandato fuera especial, los contratos relativos al objeto del mandato se tendrán siempre por celebrados en nombre del mandante”.

El Proyecto de 1851 ninguna referencia hace al mandato en nombre propio, encontrando las primeras noticias relevantes del precepto en el Anteproyecto de 1882-1888, en concreto en el texto de 1882, se recoge parcialmente en su artículo noveno.

Como expresamente ha sido puesto de manifiesto<sup>315</sup>, la razón de la originalidad del legislador de 1889 hay que buscarla en la radical desviación que el Código realiza respecto del modelo francés, cuyo art. 1.984, consagraba la actuación *proprio nomine* como definidora de la esencia del mandato, dirección no seguida por nuestro art. 1.709, que permite la doble óptica representativa, más tarde confirmada en el art. 1.717.

---

313 Vid. *Supra* Cap. II § II.1.

314 Vid. GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>o</sup>. D.: “La excepción de cosas propias del mandante”, cit., p. 630.

315 Vid. LEÓN ALONSO, J.R.: “Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil”, cit., p. 172, nota a.

Parece, por tanto, que nuestro legislador tuvo en cuenta el Código italiano de 1865, cuyo art. 1.744 se refería al mandato en nombre propio, y que hoy día se haya regulado en el art. 1.705 del Código de 1942<sup>316</sup>.

Precepto similar al art. 1.717 CC, pero referido a la comisión mercantil, lo encontramos en el Código de Comercio, cuyo art. 246 establece que “cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni este contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí”. Precepto este reforzado por el art. 287 del mismo cuerpo legal<sup>317</sup>.

## 2. El mandato *proprio nomine*: relaciones entre mandante, mandatario y terceros.

Llegados a este punto, veamos ahora cómo se desarrollan las relaciones entre el mandante, el mandatario y los terceros. Evidentemente habrá que atender a los distintos supuestos que pueden darse en relación con este tipo contractual, esto es, el mandato para enajenar y el mandato para adquirir; y tener muy en cuenta -a parte del tenor de los preceptos antedichos-, al efecto de no caer en injusticias y contradicciones, el tráfico económico, el cual hará necesario en ocasiones apartarse de la rigurosidad jurídica.

## 3. (Sigue) Transmisión de los bienes del mandante a los terceros: mandato para enajenar.

Serias dificultades ha planteado desde siempre la transmisión de los bienes del mandante por el mandatario cuando obra en su propio nombre; cómo y de qué modo puede enajenar el mandatario los bienes que son del mandante.

---

316 Advirtiendo el precepto que “el mandatario que actúe en nombre propio adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones del acto que realice con los terceros, aun cuando estos hayan tenido conocimiento del mandato. Los terceros no tendrán relación alguna con el mandante. No obstante, sustituyéndose el mandante al mandatario, podrá ejercer sus derechos sobre créditos derivados del cumplimiento del mandato, a no ser que esto pueda perjudicar los derechos que atribuyen al mandatario las disposiciones de los artículos siguientes”.

Asimismo, el Código Civil Portugués regula el mandato en nombre propio en los artículos 1.180 a 1.184, estableciendo en el art. 1.180 que “el mandatario, si actúa en nombre propio, adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos que celebra, aunque el mandato sea conocido por los terceros que participan en los actos o sean destinatarios de estos”. Y referencias al mandato en nombre propio encontramos también en el art. 2.561 del Código Civil Mexicano, modificado en 2017, y en el art. 663 del Código Civil Brasileño de 2002.

Para una breve exposición del mandato *proprio nomine* en derecho comparado Vid. GRAZIADEI, M.: Voz “Mandato”, cit., pp. 192 y ss.

317 Establece el precepto que: “El contrato hecho por un factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; más si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal”.

Diversas han sido las teorías seguidas por los juristas que han estudiado la materia, aunque todas ellas podamos circunscribirlas en dos grandes bloques: la llamada teoría de la transmisión indirecta o *via obliqua*, y la transmisión directa o *recta via*.

La doctrina más clásica, y sobre todo aquéllos que entienden que los efectos de la representación indirecta -independientemente de que crean o no que se incardina en la teoría de la representación-, nada tienen que ver con los efectos de la directa, explican que la propiedad pasa del mandante al mandatario, y de este al tercer adquirente mediante una duplicidad contractual; es esta la llamada teoría de la *via obliqua*<sup>318</sup>.

Pero no todos los que defienden una dualidad contractual para la efectiva transmisión de la propiedad parten de las mismas premisas, dada la dificultad de determinar el vehículo jurídico para dicha transmisión.

Hay quienes defienden la transmisión al intermediario en virtud de un negocio traslativo de naturaleza abstracta. Si se admitiese la posibilidad del negocio abstracto, se resolverían todos los problemas de la transmisión, puesto que el traspaso del mandante al mandatario se realizaría a través del negocio abstracto, el cual produce el efecto traslativo con independencia de la causa. Sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de ver, en un sistema causalista como es el español, no es admisible la abstracción de la causa. Así es, para que pueda darse una transmisión dirigida a los fines de mandato es necesario que exista un negocio de transmisión como tal, puro y simple, que no tenga ninguna determinación causal intrínseca; es decir, que dicho negocio sea abstracto<sup>319</sup>.

318 Cfr. BONET RAMON, F.: "Del contrato de mandato", cit., pp. 36 y ss.; JORDANO BAREA, J. B.: "Mandato para enajenar", cit., pp. 1458 y ss.; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 243 y ss.; GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup>. D.: "La excepción de cosas propias del mandante", cit., pp. 634 y ss.; BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, cit., pp. 262 y ss.; FLATTET, G.: *Les contrats pour le compte d'autrui*, cit., pp. 234-235; LEHMANN, H.: *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. I (traducción y notas de JOSÉ MARÍA NAVAS, Madrid, 1956), p. 445; SCADUTO, G.: "La rappresentanza mediata nell'acquisto di diritti", cit., pp. 525 y ss., en especial p. 528; BILE, F.: *Il mandato. La Commissione*, cit., pp. 40 y ss.; LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, cit., p. 201; CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 61; CARRARO, L.: *Il mandato ad alienare*, cit., pp. 9 y ss. y 87 y ss.; ID., "In tema di forma del mandato", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1948, pp. 213 y ss.; DOMINEDÒ, F.M.: Voz "Mandato (Diritto civile)", cit., pp. 112, 119 y ss.; SANTAGATA, C.: "Del Mandato", cit., pp. 383-384; VITALE, G.: "Un tentativo di interpretazione sistematica in tema di mandato senza rappresentanza", *La Calabria Giudiziaria*, 1968, pp. 291 y ss.; LUMINOSO, A.: "Mandato, commissione, spedizione", en *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), T. XXXII, Milano, 1984, pp. 268 y ss.; TILOCCA, E.: "Il problema del mandato", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969, p. 947; JAEGER, P. G.: *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit., pp. 387 y ss.; BAVETTA, G.: Voz "Mandato (Diritto privato)", cit., p. 335; GALGANO, F.: *Diritto Privato*, cit., p. 319; ID., *El negocio jurídico*, cit., p. 380; NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, cit., pp. 144-145; GRAZIADEI, M.: Voz "Mandato", cit., pp. 166 y ss.; ANNUNZIATA, M.: "Il mandato", *Il Nuovo Diritto*, T. II, 1987, pp. 1046-1047; BATTAGLIA, C.: "Rilievi critici in tema di mandato e regime di circolazione dei beni giuridici", *Giustizia Civile*, T. I, 1995, pp. 2166 y ss.; VIGO, R.: "La revoca del mandato in rem propriam all'incasso nell'amministrazione straordinaria", *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1989, T. I, pp. 574-576.

319 Vid. al respecto *Supra* Cap. II § I. 3.

Otros, reconduciendo el mandato en nombre propio a la categoría del contrato fiduciario, han defendido que la transmisión se funda en una específica *causa fiduciae*<sup>320</sup>. No obstante, como veremos, esta teoría es inaceptable.

Una teoría más extremista, ha sido aquélla basada en un negocio de transferencia causal y típico<sup>321</sup>, según la cual estaríamos ante dos causas típicas (compraventa, donación etc.): una justificaría la transmisión del mandante al mandatario, y la otra del mandatario al tercero. Ante esta perspectiva, debo decir que si bien si admitiésemos la duplicidad contractual, esta sería la teoría más ajustada a la lógica jurídica, pues no sería necesario recurrir a la "invención" de causas atípicas, plantearía graves dificultades a la hora de desligar esta figura contractual del contrato fiduciario. Y es cierto que es más fácil y comprensible admitir la transmisión por medio de un negocio causal típico en los sistemas consensuales; pero en un sistema como el español, donde la norma legal nos exige la *traditio* para la efectiva transmisión del dominio, esta teoría se hace difícil de sostener.

Por último, en atención a la transmisión *via obliqua*, para evitar los problemas que plantean las doctrinas anteriores, se ha defendido la teoría según la cual la transmisión se produce por medio de un negocio atípico traslativo causal, pero fundado en la llamada *causa mandati*, por sí sola apta para la efectiva transmisión de la propiedad<sup>322</sup>; afirmando que es el mismo mandato el que tiene eficacia traslativa en la relación interna entre mandante y mandatario. Se dice que la *causa mandati* es por sí sola apta para producir la previa y necesaria adquisición del mandatario, por lo que se trataría de una adquisición puramente instrumental para hacer posible la ejecución del mandato: el mandatario adquiriría el derecho del mandante para poderlo transmitir al tercero. Y, de una forma un poco particular, se dice que la tesis viene defendida sobre la base del principio consensualístico, estableciéndose un mecanismo que consistiría en retardar el efecto real del mandato al momento

320 Cfr. BONET RAMON, F.: "Del contrato de mandato", cit., pp. 36 y ss.; JORDANO BAREA, J. B.: "Mandato para enajenar", cit., p. 1479; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 243-244; BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, cit., pp. 262-263; LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, cit., p. 201; CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 61.

321 Cfr. GALGANO, F.: *Diritto Privato*, cit., p. 317 ID., *El negocio jurídico*, cit., p. 377; BONET RAMON, F.: "Del contrato de mandato", cit., p. 41; GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup>. D.: "La excepción de cosas propias del mandante", cit., p. 635.

322 Cfr. CARRARO, L.: *Il mandato ad alienare*, cit., p. 90; MONACCIANI: *Azione e legittimazione*, 1951, pp. 214 y ss., siguiendo a Carraro, afirma que la obligación a cargo del mandante de hacer cuanto sea preciso para que el mandatario pueda cumplir su propia de enajenar, es lo que lleva a que aquél transfiera al mandatario mediante un acto jurídico autónomo y ulterior respecto del mandato, antes de la ejecución del mismo contrato. Le siguen, asimismo, entre otros, CARNEVALI, U.: Voz "Mandato" (*diritto civile*), cit., p. 5. Vid. también, NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, cit., p. 165, aunque este autor solo admite la eficacia traslativa del mandato mediante una atípica *causa mandati* en los bienes sujetos a registro, defendiendo la transmisión directa en el supuesto de bienes no sujetos a inscripción. En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, cit., p. 414, afirmando que, si bien tratándose de cosas muebles no inscribibles la transmisión es directa de mandante a tercero, en los bienes inscribibles debe requerirse un acto especial de transferencia por parte del mandatario.

del cumplimiento del acto gestor<sup>323</sup>. En el mandato para enajenar, por tanto, bastaría con que el mandatario fuese titular en el mismo instante de la ejecución del contrato<sup>324</sup>; de este modo, el efecto traslativo del mandante al mandatario estaría sometido a la condición suspensiva de la enajenación gestoria al tercero.

Sin embargo, se ha objetado al respecto que esta teoría no explica en virtud de qué título tiene lugar la adquisición por parte del mandatario, pues si tal adquisición presupone un acto traslativo autónomo, este no puede tener su fundamento en el mismo mandato; añadiendo que es manifiestamente ilógico atribuir al solo mandato la estructura de un supuesto de hecho complejo, del cual el propio mandato en su fase ejecutiva constituiría el elemento ulterior<sup>325</sup>. Y, con acierto, se ha aclarado que el mandato no es de los ciertos contratos que mediante la *traditio* son aptos para transmitir el dominio<sup>326</sup>.

Ante la debilidad de estas concepciones, últimamente la mayoría de los autores han venido defendiendo la teoría que posibilita el paso de la propiedad del mandante al tercer adquirente *recta via*<sup>327</sup>. Dentro de esta misma doctrina surgen líneas de pensamiento distintas, y basadas en parámetros diversos.

323 Tesis ampliamente expuesta por CARRARO, L.: *Il mandato ad alienare*, cit., pp. 69 y ss., y 89 y ss., para quien el mandato para enajenar se configura como un negocio traslativo en el cual el efecto real se produce, no inmediatamente, sino solo en el momento de su ejecución. En contra se muestra, entre otros, MINERVINI, G.: "Il trasferimento nel mandato ad alienare in proprio nome", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1950 T. I, pp. 488 y ss., quien critica abiertamente la tesis defendida por CARRARO.

324 Vid. CARRARO, L.: *Il mandato ad alienare*, cit., pp. 90-91.

325 Así, SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 239-240. Ya JORDANO BAREA, J. B.: "Mandato para enajenar", cit., p. 1480, había advertido que el mandato *per se* no es un negocio adecuado para transferir el Derecho de propiedad del mandante al mandatario, sino para hacer surgir a cargo de este último la obligación de transmitir tal derecho a los terceros. En contra se han pronunciado también, CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozi fiduciari*, cit., pp. 62-67; PUGLIATTI, S.: "Fiducia y rappresentanza indiretta", cit., pp. 298 y ss.

326 Cfr. NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", cit., p. 616; JORDANO BAREA, J. B.: "Mandato para enajenar", cit., p. 1481 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., p. 764; GASPAS ALFARO, J.: "La representación indirecta", cit., pp. 331-332; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 270.

327 Defensores de esta teoría, con los matices que a continuación se exponen, entre otros, GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., pp. 759 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, Introducción y parte general*, cit., pp. 435 y ss.; GASPAS ALFARO, J.: "La representación indirecta", cit., pp. 330 y ss.; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 270 y ss.; LEÓN ALONSO, J.R.: "Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil", cit., p. 194; MENGONI, L.: *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, pp. 42, 54 y ss.; PUGLIATTI, S.: "Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta", cit., pp. 490 y ss.; NEPPI, V.: *La rappresentanza nel Diritto Privato Moderno*, cit., pp. 303 y ss.; RAVÀ, T.: *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 1 y ss. y 23 y ss.; ID., "Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto", cit., pp. 250 y ss.; SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, cit., pp. 270 y ss. (aunque este autor, en una obra anterior, *Istituzioni di Diritto Civile*, Napoli, 1945., había defendido la doble transmisión); MINERVINI, G.: "Il trasferimento nel mandato ad alienare in proprio nome", pp. 484 y ss.; CASULLI, V.R.: "Se il mandato senza rappresentanza", cit., pp. 490 y ss., quien hace además una exhaustiva crítica a aquéllos que defienden la doble transmisión al estimar que esta es necesaria porque incluyen el mandato en nombre propio en la categoría del contrato preliminar (pp. 486-489); MILITERNI, I.: "Brevi note sulla natura giuridica dell'azione spettante al mandante ai sensi dell'art. 1.705, secondo comma, parte seconda", *Diritto e Giurisprudenza*, 1960, pp. 289-291; GIORDANO, A.: "Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1705 del Codice civile", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1953, T. I, pp. 93 y ss., en especial p. 108; ID., "L'azione del mandante verso il terzo debitore", en *Studi in onore di Alfredo De Gregorio*, T. II, Roma, 1955, p. 35; GIORDANO, F.: "Contratto di commissione e mandato senza rappresentanza", *Giustizia Civile*, T. II, 1996, pp. 171 y ss.; GRAZIANI, A.: "Il mandato senza rappresentanza", en *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, pp.

Unas están basadas en la llamada "autorización" que el mandante concede al mandatario, produciendo esta los mismos efectos que la representación directa, de forma que merced al juego de la autorización -entendida como un negocio atributivo del poder de disponer eficazmente, en nombre propio, de los derechos del autorizante- se obtiene una enajenación válida y eficaz de los derechos del mandante al tercero<sup>328</sup>. Esta doctrina ha sido criticada, argumentando que la autorización no es más que un sustituto de la representación directa, un simple juego de palabras, de forma que si admitiésemos dicha teoría estaríamos negando la existencia de dos tipos de representación<sup>329</sup>.

Otros autores, defensores de la transmisión *recta via*, defienden la existencia de la "legitimación" que posee el mandatario para transmitir los bienes del mandante<sup>330</sup>. Se ha definido la "legitimación" como una figura intermedia entre el poder de representación y la propiedad -figura válida para transmitir la propiedad-, afirmando que la "legitimación" tiene de propiedad la apariencia, y de poder la sustancia, el obrar con efectos para el *dominus*<sup>331</sup>. Sin embargo, se ha dicho que

---

101 y ss.; ZAZZERA, S.: "Legittimazione del mandante non rappresentato ad agire nei confronti del terzo", *Diritto e Giurisprudenza*, 1971, p. 742; GADDI, F., PAOLICELLI, F., GAGLIARDI, M.: "Del mandato - Del sequestro convenzionale, art. 1703-1802 - Libro IV - Delle Obbligazioni", en *Commentario teorico-pratico al codice civile* (dirigido por VITTORIO DE MARTINO), Roma, 1971, pp. 52 y ss.; CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, s/f, pp. 690 y ss.; ID., *Il negozi fiduciari*, cit., pp. 62 y ss.; COVIELLO, N.: *Della trascrizione*, cit., pp. 108 y ss.. aunque estos dos últimos autores, como luego veremos, siguen la teoría de la "via oblicua" en el mandato para adquirir; DIÉGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, cit., epígrafe 12, aunque lo cierto es que esta autora se limita a indicar qué teorías sigue la doctrina, parece que se inclina por la teoría de la adquisición directa.

328 Cfr. GÁSPAR ALFARO, J.: "La representación indirecta", cit., p. 333; COVIELLO, N.: *Della trascrizione*, cit., n.º 255; CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, cit., pp. 690 y ss.; ID., *I negozi fiduciari*, cit., págs 68 y 69; RAVÀ, T.: *Circulazione giuridica e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 4 y ss.; ID., "Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto", cit., pp. 252 y ss.; MENGONI, L.: *L'acquisto <a non domino>*, cit., pp. 55 y ss.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, la cual en alguna ocasión ha utilizado el término "autorización representativa". Vid. STS 25 febrero 1994 (RJA 1994, 1263).

329 Vid. JORDANO BAREA, J. B.: "Mandato para enajenar", cit., p. 1464. Le sigue SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., p. 234, según el cual, si bien esta doctrina remedia el problema planteado por los bienes registrales, puesto que si bien en el mecanismo del registro no es posible dar entrada a la adquisición del tercero si no se revela el nombre del mandante y se enlaza dicha adquisición con este, el adquirente inscribirá la adquisición en contra del mandante, trayendo causa directamente de él, lo que es convertir la representación indirecta en directa.

E incluso se ha afirmado que la autorización no cabe incluirla en un mandato, en tanto en cuanto, aquélla es una declaración unilateral, mientras que el mandato es un contrato. Así se pronunciaba NATTINI, A.: "Il negozio autorizzativo", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1912, pp. 487-488, que definió la autorización como una declaración de voluntad por la cual una persona (autorizante) hace posible y lícito que otra persona (autorizado) altere la esfera jurídica pertinente del mismo autorizante, ejecutando negocios jurídicos o actos materiales, sin tener derecho ni obligación. Este autor tampoco admite el término "autorización" en la representación, argumentando que la procura es un negocio jurídico entre el representado y el tercero, mientras que la autorización es un negocio jurídico entre autorizante y autorizado.

330 Cfr. NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", cit., pp. 616 y 617; NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, cit., pp. 157 y ss., aunque lo admite solo en caso de bienes no sujetos a inscripción registral. MENGONI, L.: "Profilii dogmatici dell'acquisto a non domino", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1949, T. I, p. 481, sigue una teoría similar: para este la eficacia de la enajenación del mandatario se encuentra en una relación particular (relación *ex mandato*) conexas con la materia del negocio. De ahí que el medio o fuente de legitimación sea el puro mandato. En sentido análogo, Vid., GIORDANO, A.: "Sulla natura giuridica dell'azione del mandante", cit., págs 107 y ss.; GADDI, F., PAOLICELLI, F., GAGLIARDI, M.: "Del mandato - Del sequestro convenzionale", cit., p. 62.

331 Vid. NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", cit., pp. 616-617.

esta teoría no es más que la admisión de la llamada “propiedad formal”. Asimismo, se le ha objetado que ante el Derecho español, es imposible acoger este concepto de legitimación puesto que al final se sustancia en el poder autónomo de disponer del derecho ajeno<sup>332</sup>. En suma, se ha advertido que la teoría de la legitimación no resuelve ningún problema, sobre todo en defecto de una norma legal concreta<sup>333</sup>.

Lo cierto es que si quisiéramos construir una teoría que se basase en los parámetros exactos de la representación indirecta, nos inclinaríamos por la defensa de la doble transmisión, de mandante a mandatario y de este al tercero. Sin embargo, la efectiva titularidad del mandatario plantea no pocos problemas, puesto que si nos paramos a pensar, llegamos a la conclusión de que no se entiende cuál sea la naturaleza de la causa jurídica que produce la transmisión. Ya he puesto de manifiesto que no es admisible ni la transmisión por medio de un negocio abstracto, ni el intento de transmisión *causa fidei*; y, tampoco la pretendida *causa mandati*, pues esta no es apta para transmitir la propiedad, dado que el mandato no es de los ciertos contratos que transmiten la propiedad mediante la *traditio* (art. 609 CC).

Todas estas dificultades, a pesar de que no son pocos los autores que niegan eficacia directa a la representación indirecta, hacen más factible la adopción del criterio que permita el paso directo de la propiedad al tercero. La concesión de un *ius disponendi* al mandatario posibilita que la propiedad pase inmediata y directamente desde el patrimonio del mandante al del tercer adquirente. Es independiente que utilicemos la idea de legitimación o la de autorización, pues tanto una como otra son aceptables como medios para conceder un autónomo *ius disponendi* sobre los bienes ajenos.

De forma que, si el bien que se ha encargado que se enajene se halla en poder del mandante (representado), cuando el mandatario (representante) realice el negocio, por la facultad concebida a aquél de obrar por él, los efectos serán como si los hubiese realizado él mismo, y se recibirán directamente por el tercero<sup>334</sup>. En el supuesto de que el bien se halle en poder del mandatario, porque así lo ha querido el mandante, aquél será mero poseedor del mismo, hasta que, verificado el negocio, lo traspase a la otra parte; sirviendo el acto del representante para traspasarlos directamente del representando a la otra parte<sup>335</sup>. Luego, sirve para

332 Vid. SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 235-236. Otra razón que aduce el autor al criticar esta teoría es que esta “soluciona el problema basándose en la teoría del mandante para que el mandatario enajene, o en algún concepto análogo al de autorización, que es la esencia del mandato, que este consista en un encargo convertido en obligación del mandatario al aceptar su ejecución; y el concepto *encargo* es incompatible con el de *autorización* que supone siempre facultad”.

333 GASPAR ALFARO, J.: “La representación indirecta”, cit., p. 330.

334 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, Introducción y parte general*, cit., p. 438.

335 ID., p. 438.

que se produzca la transmisión de lo que, aun en posesión del representante, seguía siendo del representado<sup>336</sup>.

Se trata de la simple aplicación del art. 1.717 CC, en el cual se establece que el mandatario actuará “como si el asunto fuera personal suyo”; esto es, como si lo fuera, no establece la norma que lo sea. De hecho, el mandatario es perfectamente conocedor que frente al mandante el asunto no puede ser más que de este, en virtud del encargo conferido y de la aceptación de él mismo de ejecutarlo por su cuenta e interés<sup>337</sup>.

Podría decirse que el art. 1.717 CC se limita a disciplinar la relevancia externa del mandato en nombre propio en el sentido de excluir que entre mandante y tercero exista una relación contractual, sin regular sin embargo los efectos *inter partes*: de modo que el mandante puede convertirse en titular, vía automática, de los derechos adquiridos por el mandatario, sin que ello se ponga en contraste con el precepto.

Y si volvemos la mirada al pasado, podemos observar que no es desjuiciado pretender que los efectos entren en la esfera del mandante, puesto que ya en el Proyecto de 1836 se encontraba una clara alusión a la eficacia directa. Así es, el art. 1.407 establecía que “por el mandato general está autorizado el mandatario para todos los actos de mera administración y el mandante queda obligado a cuanto aquél hiciere o contratare en lo respectivo a ella; mas para demandar en juicio, tomar dinero prestado, enajenar alguna propiedad e imponer sobre ella el gravamen de hipoteca u otro semejante, y transigir, necesita el mandatario de poder especial”; y seguidamente el 1.408 añadía que “cuando el mandatario general para negocios y contratos celebra algunos sin expresar en nombre de quién lo hace, se entenderá ser en el suyo propio; pero si el mandato fuera especial, los contratos relativos al objeto del mandato se tendrán siempre por celebrados en nombre del mandante”. Es decir, se daba la particularidad de que en algunos casos, a pesar de haber actuado el mandatario en nombre propio, los efectos se producían directamente en la esfera del mandante.

Incluso la clásica doctrina francesa, que confundía el testafierro con el mandato *proprio nomine*, partía de una premisa única, basada en que el simple hecho de que el mandatario ejerciera en su propio nombre no impedía que los efectos del negocio jurídico se atribuyeran directamente al mandante<sup>338</sup>.

---

336 ID., p. 439.

337 LEÓN ALONSO, J.R.: “Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil”, cit., pp. 180-182.

338 Vid. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE.: *Du prête-nom*, Tesis, Caen 1898, pp. 62 y ss.

Y he de advertir que, el hecho de afirmar que la transmisión pasa *recta via* al tercero no supone admitir una representación directa, como algunos han objetado a la teoría de la transmisión *recta via*, señalando que esta supondría una equiparación entre representación directa e indirecta. Así es, que la propiedad pase directamente del mandante al tercero, lo que supone que se produzca un efecto directo en la relación interna, no hace que se equipare la representación directa a la indirecta, sino que evidencia simplemente un punto en común en lo que se refiere al efecto traslativo, lo que no significa que todos los demás efectos sean también directos, como veremos posteriormente.

Todo lo dicho trae su causa en la simple exigencia de movernos con parámetros puramente prácticos. Esto es, si en el mandato para enajenar fuese siempre necesaria la previa transmisión del bien del mandante al mandatario, el mandato no tendría razón de ser, ya que el mismo resultado se podría conseguir mediante un contrato fiduciario, en el cual el fiduciante transmite el bien a un sujeto con el fin de que este lo vuelva a vender en determinadas condiciones; o mediante una simulación subjetiva que hiciera figurar al mandatario como propietario del bien.

Así es, en el contrato simulado siempre existe un pacto entre el interpuesto, el interponente y el tercero, pretendiéndose simular un negocio jurídico determinado. Sin embargo, en el mandato *proprio nomine* no existe tal confabulación entre las partes porque el mandatario, si bien por cuenta del mandante, actúa en su propio nombre y el tercero no tiene conocimiento de la relación de mandato que une al mandante y al interpuesto. Esta clara diferencia ya fue puesta de manifiesto por la ya STS de 4 de mayo de 1950, negando la simulación en el supuesto en el que el tercero desconocía la relación existente entre mandante y mandatario<sup>339</sup>.

#### 4. (Sigue) Transmisión de los bienes adquiridos por el mandatario al mandante: mandato para adquirir.

Los problemas planteados anteriormente con relación al mandato para enajenar, así como las diversas teorías en cuanto a la forma de transmisión de los bienes, vuelven a encontrarse en el mandato para adquirir. No obstante, debe advertirse que aunque la polémica dogmática a la que ha llevado este tipo contractual siga los mismos parámetros a los ya expuestos, hay un sector doctrinal que da soluciones distintas, e incluso opuestas, a los dos supuestos<sup>340</sup>.

339 STS 4 de mayo 1950 (RJA 1950, 732). Vid. la jurisprudencia que se cita en este sentido en mi artículo sobre "La interposición ficticia de persona como forma de simulación", cit., pp. 311 y ss.

340 Así, NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", cit., pp. 616-618, sigue la teoría de la *via obliqua* en el mandato para adquirir, admitiendo la transmisión directa en el mandato para enajenar. Le siguen BONET RAMON, F.: "Del contrato de mandato", cit., pp. 47 y ss.; GASPAR ALFARO, J.: "La representación indirecta", cit., pp. 331-332.

En la doctrina italiana mantienen la misma tesis expuesta, diferenciando entre mandato para enajenar y para adquirir, entre otros, GRAZIANI, A.: "Il mandato senza rappresentanza", cit., p. 102, el cual defiende la transmisión directa en el mandato para enajenar, mientras que advierte la necesidad de una doble

Sin embargo, si admitimos la posibilidad de una representación indirecta en la transmisión de bienes, tanto para enajenar como para adquirir, no puede olvidarse que nos encontramos ante dos supuestos prácticamente idénticos; tanto en una como en otra especie de representación indirecta la posición de los intereses en juego es idéntica. Hay un sujeto en cuyo interés se debe comprar o vender, uno que compra o que vende para el primero pero en su propio nombre, y otro que compra o vende en relación con el segundo desconociendo que el segundo actúa en interés del primero. De modo que, una vez admitida la representación indirecta, no pueden construirse dos teorías de la transmisión distintas<sup>341</sup>.

Aún así, hay autores que no han advertido la identidad de supuestos y han creado sendas jurídicas distintas. Así, se ha dicho que en el mandato para adquirir no es admisible la aplicación de la adquisición directa por el mandante, aunque sí sea posible la enajenación directa, en cuanto –afirman– no es aplicable el último párrafo del art. 1.717 CC. Por ello, en el supuesto del mandato para adquirir se dice que el mandatario se convierte en propietario de las cosas adquiridas en su propio nombre, aunque con la obligación puramente personal de transmitir las al mandante<sup>342</sup>.

Como ya he puesto de relieve anteriormente –en el caso del mandato para enajenar–, no es admisible la adquisición por el tercero del bien propiedad del mandante según las diversas teorías que defienden la doble transmisión –de mandante a mandatario y de este al tercero–. En el mandato para adquirir tampoco podemos aceptar tales teorías, aunque hayan sido defendidas a ultranza, más si tenemos en cuenta cómo funciona el tráfico económico.

En este caso, a diferencia de la construcción dada para el contrato fiduciario donde elemento primordial es la relación de confianza<sup>343</sup>, debe hacerse una valoración de los efectivos intereses en juego, y dejar pasar, cuando sea necesario,

---

transmisión en el mandato para adquirir; COVIELLO, N.: *Della trascrizione*, ob.cit., p. 255; CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, cit., pp. 62 y ss.

341 Vid. RAVÀ, T.: *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 10 y ss.

342 GASPÀR ALFARO, J.: “La representación indirecta”, cit., pp. 334-335.  
Al respecto, NUÑEZ LAGOS, R.: “Mandatario sin poder”, cit., pp. 617-618, al contrario de lo que opina en cuanto al mandato para enajenar, afirma que en el mandato para adquirir la transmisión es verdadera y real a favor del mandatario. Añade que “el mandato no limita *objetivamente* el derecho de propiedad de las cosas compradas por el mandatario. Pero limita indirecta y *subjetivamente* los efectos de ese dominio, constituyendo un futuro destino de la propiedad mediante una responsabilidad personal del mandatario”. En la doctrina italiana, partidarios de la doble transmisión, además de los ya citados en el supuesto del mandato para enajenar, pueden verse, CAPOZZI, G.: “Riquisiti formali del mandato senza rappresentanza”, *Diritto e Giurisprudenza*, 1946, p. 219; BUGLIARI, F.: “Nullità del mandato per difetto di forma e responsabilità del mandatario”, *Giustizia Civile*, T. I, 1960, p. 1038; AMBROSONE, N.: “La forma del mandato senza rappresentanza è una diversità del contratto preliminare”, *Diritto e Giurisprudenza*, 1953, pp. 129-130; BILE, F.: *Il mandato*. *La Commissione*, cit., p. 42; DI CAGNO, V.: “Mandato ad acquistare immobili in nome proprio e dichiarazione del mandatario di trasferimento del bene, anteriore all’acquisto”, *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. IV, 1955, pp. 160 y ss.

343 El por qué y las diferencias entre el contrato fiduciario y el mandato en nombre propio, aunque han sido ya expuestas, se especificarán más adelante.

las construcciones jurídicas puramente formales. Si atendemos a la práctica diaria, se observa que, esta doble transmisión, de admitirse, produciría graves injusticias, además de encontrarnos con situaciones de difícil solución. Como acertadamente se ha puesto de manifiesto<sup>344</sup>, si el mandatario adquiriese de forma total y absoluta, en el supuesto de que el mandatario antes de transmitir el bien que el mandante le ordenó lo enajenase a un tercero, el mandante carecería de acción reivindicatoria contra este, disponiendo únicamente de una acción personal para obligar al mandatario a cumplir con su obligación de transferirle la misma. De modo que si el mandatario dispusiese de la cosa en favor de terceros, estos quedarían protegidos siempre, y no cabría reclamación alguna del mandante; e incluso ante un caso de concurso del mandatario, el mandante carecería de todo derecho a obtener la separación de las cosas de la masa. Con acierto se ha dicho que tal modo de afrontar el conflicto de intereses repugna algo a nuestro sentido de la equidad<sup>345</sup>.

Y no solo eso, sino que si admitiésemos que la única forma posible de transmisión es aquélla que se sustancia mediante un contrato causal típico, nos encontraríamos con inconvenientes tales que podrían dar lugar a la construcción del fenómeno simulatorio<sup>346</sup>. Así es, el desplazamiento patrimonial entre el mandante y el mandatario debería sustentarse en uno de los contratos que en nuestro sistema den lugar al nacimiento de una obligación de transferir cumplida por la *traditio* para la adquisición de la propiedad<sup>347</sup>. Si entendemos que el contrato por medio del cual se transmite la propiedad del mandatario al mandante es una compraventa, caemos en el absurdo de tener que admitir que quien encargó que se comprase un bien para sí pero en nombre del mandatario, tendría que comprar el bien que él mismo encargó. Si se tratase de una donación faltaría el *animus donandi*, que evitaría que se tildase el contrato de simulado<sup>348</sup>. Inconveniente este que también se plantea en el mandato para enajenar<sup>349</sup>.

344 GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., p. 763. Así también DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 270; ID., "Los efectos jurídicos de la gestión representativa", cit., p. 497; MONTÉS PENADÉS, V.L.: "La representación", cit., p. 598; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: "La gestión típica derivada del mandato", cit., pp. 76-78.

345 LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: "La gestión típica derivada del mandato", cit., p. 76.

346 Cfr. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 273; ID., "Los efectos jurídicos de la gestión representativa", *Anuario de Derecho Civil*, 1978, p. 497; GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., p. 763.

347 Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., p. 763. Así también, MONTÉS PENADÉS, V.L.: "La representación", cit., p. 598.

348 Evidentemente, la inadmisibilidad de esta teoría, por los problemas que plantea, en el mandato en nombre propio, no significa que el contrato fiduciario tenga que regirse por las mismas premisas, como se ha puesto de relieve en el capítulo anterior, y se aclarará en el próximo apartado cuando se haga referencia a las diferencias estrictas entre las dos figuras jurídicas.

349 Cfr. SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 239-240; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 270; GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., p. 763.

Aunque NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", cit., pp. 616-617, opina que, si bien en el mandato para enajenar sí es posible que la doble transmisión de lugar al fenómeno simulatorio, en el mandato para adquirir advierte que, oculto el *dominus negotii*, el comprador, el titular real de la propiedad adquirida es el mandatario *proprio nomine*, por lo que en este supuesto no cabe simulación en cuanto al contenido del

Por ello, la vía, no más fácil, sino más ajustada al tráfico jurídico-económico es aquella que posibilita el paso directo de la propiedad del tercero al mandante<sup>350</sup>. Es decir, el mandante adquiere inmediatamente sin necesidad de ninguna transmisión dominical del mandatario en su favor, pero adquiere exclusivamente en relación con el mandatario<sup>351</sup>. Y no estoy afirmando que estemos ante una propiedad material y una propiedad formal<sup>352</sup> -pues como ya he dicho no es admisible en nuestro derecho-, sino que se trata de un efecto directo entre mandante y mandatario; mientras que en la relación externa, entre interpuesto y tercero, quien adquiere es el mandatario interpuesto. O si se prefiere, podemos hablar de una adquisición automática aunque indirecta -puesto que pasa por el *facere* del mandatario- por parte del mandante de los bienes adquiridos por el mandatario en su propio nombre.

Esto es, una vez que el mandatario ha cumplido su encargo, el mandante se hace propietario sin necesidad de transmisión alguna; de modo que en la relación *inter partes* no habrá más que una relación de mandato, pero nunca una verdadera transmisión de la propiedad, puesto que el mandatario no adquiere absolutamente nada. Sin embargo, *erga omnes*, y en la relación externa -entre interpuesto y tercero-, al mandatario se le reconoce una titularidad, puesto que ha sido dotado de una legitimación para el tráfico que le permite transmitir la

---

negocio, porque la simulación tendría que fraguarse entre el mandante y el mandatario, y en estas compras intervienen únicamente el tercero que vende y el mandatario que compra, con exclusión del mandante.

350 Defensores de la teoría de la adquisición directa, entre otros, se muestran GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., pp. 763 y ss.; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 272 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, Introducción y parte general*, cit., p. 437; LEÓN ALONSO, J.R.: "Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil", cit., pp. 180 y ss.; MONTÉS PENADÉS, V.L.: "La representación", cit., p. 598; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: "La gestión típica derivada del mandato", cit., pp. 75 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., p. 374; CASULLI, V.R.: "Se il mandato senza rappresentanza", cit., p. 490; RAVÀ, T.: "Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto", cit., pp. 249 y ss.; ID., *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 7 y ss.; NEPPI, V.: *La rappresentanza nel Diritto Privato Moderno*, cit., pp. 303 y ss.

351 Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., p. 766. En el mismo sentido, DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 274; MONTÉS PENADÉS, V.L.: "La representación", cit., p. 598.

352 Al respecto, y con gran acierto, advierte NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", cit., p. 616, que no cabe hablar de propiedad formal y propiedad material, y que normalmente se confunden propiedad formal con legitimación. Establece una clara diferencia al definir el término de legitimación: la legitimación -dice- es un poder de disposición que no emana del verdadero propietario ni directamente -*ius disponendi*- ni mediatamente por medio de poder de representación. De propiedad tiene la apariencia; de poder la sustancia: el obrar con efectos para el *dominus*. Para el auténtico poder de representación le falta la *contemplatio domini*, que sustituye por una apariencia de propiedad. Para ser propiedad... le falta la propiedad misma. A veces -añade- legitimación y propiedad coinciden. Pero esta coincidencia no modifica el concepto, pues en la legitimación se ejercitan válidamente las facultades de disposición del propietario, abstracción hecha y con independencia de si es propietario o no.

Si bien GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., p. 766, afirma que en este caso lo que sucede es que "el mandante adquiere una propiedad que llamaremos "sustancial", mientras que el mandatario, y frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mismo, una propiedad formal", no debemos confundir estos términos con la llamada propiedad material y formal del derecho anglosajón.

Evidentemente, en la doctrina alemana, en la que se mantiene la disociación entre propiedad formal y material, la posición que impera cuando se admite una eficacia directa, es aquella que considera que respecto de terceros, el mandatario es propietario, e *inter partes*, el propietario material es el mandante, no teniendo el mandatario más que una propiedad formal.

propiedad, y por ello él será el que aparezca como propietario al exterior. Por tanto, ante la pregunta de si el mandatario podrá iniciar un proceso de usucapión del bien, tanto ordinaria como extraordinaria, cabe decir que no es posible. Y ello con base en la falta de justo título, dado que el mandatario no posee en concepto de dueño<sup>353</sup>.

A pesar de que el mandante adquiera directamente<sup>354</sup>, el mandatario tiene la obligación, con base al art. 1.720 CC<sup>355</sup>, de transmitir la posesión de la cosa<sup>356</sup>. Esto es, la "posesión", y no la propiedad, puesto que esta pertenece *ab initio* al mandante.

Así, si Ticio encarga a Cayo que compre un bien en su propio nombre a Sempronio, cuando Cayo adquiera el bien será poseedor del mismo, pero la propiedad pertenecerá a Ticio, aunque externamente el propietario sea Cayo. Cayo estará obligado, en cumplimiento del art. 1.720 CC, a entregar la posesión del bien a Ticio.

Y no debe olvidarse que la adquisición directa por el mandante ha sido plenamente aceptada por la jurisprudencia<sup>357</sup>, y de una forma u otra se niega al

---

353 Al respecto, en un caso de mandato en nombre propio, advertía la STS 16 mayo 1983 (RJA 1982, 2825), que "no puede arrogarse la indispensable posesión en concepto de dueño (arts. 447 y 1941 CC.) por quien tiene su título legitimador en el mandato, y por otra parte la inversión o interversión del concepto posesorio ha de basarse en actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico", estableciendo claramente, por lo tanto, que no existe posesión en concepto de dueño por el mandatario, quien tiene su título legitimador en el mandato.

De gran importancia es la STS 26 noviembre 1970 (RJA 1970, 4905), acerca de un supuesto de mandato en nombre propio, en el que el mandatario inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad la titularidad del inmueble adquirido con base en el mandato, y alega la usucapión del bien. Sin embargo, el Tribunal Supremo no reconoce la inscripción del mandatario como justo título concluyendo que el mandatario *proprio nomine* adquirió para su mandante y que nunca poseyó como propietario, y por ello no podía alegar la usucapión decenal, porque el dominio y el título de dueño perteneció al mandante desde la adquisición del bien.

La negativa a la posibilidad de usucapión por el mandatario ha sido puesta de manifiesto, entre otras, por las SSTs 23 mayo 1935 (RJA 1935, 1123); 7 de febrero de 1959 (RJA 1959, 463); 31 mayo 1974 (RJA 1974, 2101); 18 enero 2000 (RJA 2000, 109). En el mismo sentido, la ya citada RDGRN 15 abril 1999 (RJA 1999, 2216) establece que para reconocerse el dominio, la transmisión de la posesión entre representante y representado (refiriéndose a un mandato en nombre propio), es insuficiente tratándose de bienes inmuebles.

354 Advierte al respecto GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., p. 763, que la obligación del mandatario ex art. 1.720, de transmitir la posesión, viene dada porque la propiedad es del mandante *ab initio*, desde la celebración del negocio adquisitivo.

355 Establece el precepto que "todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo".

356 Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", cit., p. 766; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 274; ID., "Los efectos jurídicos de la gestión representativa", cit., p. 498; MONTES PENADES, V.L.: "La representación", cit., p. 598; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Contratos de Gestión*, ob. cit., p. 73.

357 Vid. SSTs 4 mayo 1950 (RJA 1950, 732); 26 mayo 1950 (RJA 1950, 744); 3 junio 1953 (RJA 1953, 1657); 7 febrero 1959 (RJA 1959, 463); 17 diciembre 1959 (RJA 1960, 1209); 19 diciembre 1963 (RJA 1963, 5343); 22 mayo 1964 (RJA 1964, 2765); 26 noviembre 1970 (RJA 1970, 4905) 31 mayo 1974 (RJA 1974, 2101); 16 mayo 1983 (RJA 1983, 2825); 24 abril 1984 (RJA 1984, 1967); 14 octubre 1989 (RJA 1989, 6920); 25 febrero 1994 (RJA 1994, 1263); 21 marzo 1995 (RJA 1995, 2051); 18 enero 2000 (RJA 2000, 109); 7 noviembre 2005 (ROJ 6812/2005); 26 enero 2006 (ROJ 134/2006); 22 marzo 2006 (ROJ 1904/2006); 12 julio 2006 (ROJ 4284/2006); 22 noviembre 2006 (ROJ 6975/2006); 24 octubre 2007 (ROJ 6942/2007); 26 noviembre

mandatario cualquier efecto adquisitivo del resultado de su gestión, advirtiendo que el mandatario no adquiere frente al mandante, pero que frente a terceros se le reconoce una cierta titularidad, la cual en ocasiones se le ha calificado como “una titularidad necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante”<sup>358</sup>.

## 5. (Sigue) El problema registral.

Ya hemos visto las objeciones que se le hacen a las teorías que defienden la transmisión *recta via*, y entre ellas se encuentra aquélla que la niega por la imposibilidad de adaptar esta teoría a los principios que rigen la inscripción registral<sup>359</sup>.

En el supuesto de cosas muebles enajenadas o adquiridas por el mandatario en nombre propio, no hay problema alguno, puesto que la posesión legítima la adquisición del tercero o del mandante, con el concurso del principio que proclama el art. 464 CC, según el cual la posesión adquirida de buena fe equivale a título<sup>360</sup>.

---

2007 (ROJ 7783/2007); 14 febrero 2008 (ROJ 1715/2008); 20 enero 2010 (ROJ 149/2010); 15 marzo 2013 (RJA 2013, 2276); 30 octubre 2013 (RJA 2013, 7071); 20 mayo 2016 (ROJ 2361/2016); 3 octubre 2018 (ROJ 9985/2018).

358 Vid. SSTS de 17 diciembre 1959 (RJA 1960, 1209); 22 mayo 1964 (RJA 1964, 2765); 16 mayo 1983 (RJA 1983, 2825); 24 abril 1984 (RJA 1984, 1967); 14 octubre 1989 (RJA 1989, 6920); 18 enero 2000 (RJA 2000, 109). En el mismo sentido la SAP de Granada 13 junio 2000 (JUR 2000, 225677).

359 Aunque hay quien ha afirmado rotundamente que nada importa que la cosa mueble o inmueble figure adquirida o vendida en nombre del intermediario, ya que se podrá probar cada vez que este haya obrado realmente por cuenta del principal, y se conseguirá siempre (NEPPI, V.: *La rappresentanza nel Diritto Privato Moderno*, cit., p. 309).

360 Al respecto, advierte NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, cit., p. 165, que la propiedad pasa directamente del mandante al tercer adquirente, por constituir la esencia y razón de ser de estos contratos el que el poder de transmitir el pleno dominio de las cosas objeto de ellos se desplace entero y eficaz al representante indirecto, el cual, al ejercitarlo, hará pasar dicha propiedad directamente del mandante al tercero adquirente. En sentido análogo GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, cit., p. 414 (aunque recordemos que estos dos últimos autores solo defienden la transmisión directa en el caso de bienes no sujetos a inscripción). Vid. también, entre otros, SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 244-245.

En derecho italiano no hay controversia al respecto, dado que es la misma norma, el art. 1.706 del *Codice*, la que establece que “el mandante puede reivindicar las cosas muebles adquiridas por su cuenta del mandatario que ha actuado en su propio nombre, salvo los derechos adquiridos por terceros por efecto de la posesión de buena fe...”. Por ello, basándose en este precepto y en el art. 1.153 -referente a la adquisición de bienes muebles por el poseedor de buena fe- la mayoría de la doctrina italiana, tanto anteriores como posteriores al *Codice* de 1942, e incluso aquéllos que defienden la teoría de la doble transmisión, cuando se trata de bienes muebles defienden la transmisión inmediata y directa al mandante/representado. Vid., entre otros, SCADUTO, G.: “La rappresentanza mediata nell’acquisto di diritti”, cit. pp. 525 y ss.; MENGONI, L.: *L’acquisto <a non domino>*, cit., pp. 54-55; PUGLIATTI, S.: “Sulla rappresentanza indiretta”, cit., pp. 406-407; ID., “Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta”, cit., pp. 466-467; CAMPAGNA, L.: “La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili”, *Rivista di Diritto Civile*, T. I, 1974, pp. 13 y ss.; SANTAGATA, C.: “Del Mandato”, cit., pp. 349 y ss., en especial p. 376; LUMINOSO, A.: “Mandato, commissione, spedizione”, cit., p. 268 y ss.; JAEGER, P. G.: *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, cit., pp. 353, nota 58; SACCO, R.: “Il contratto”, en *Trattato di Diritto Civile Italiano* (dirigido por FILIPPO VASSALLI), Torino, 1975, p. 361; RAVÀ, T.: “Causa e rappresentanza indiretta nell’acquisto”, cit., p. 249 y ss.; ID., *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 23 y ss.; GALGANO, F.: *Diritto Privato*, cit., p. 319; ID., *El negocio jurídico*, cit., p. 380; PAPANTI-PELLETIER.: *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, pp. 24 y ss.; NANNI, L.: *L’interposizione di persona*, cit., pp. 144-145; GRAZIADEI, M.: “Voz ‘Mandato’”, cit., p. 167; BAVETTA, G.: “Voz ‘Mandato (Diritto privato)’”, cit., p. 335; CARNEVALI, U.: “Voz ‘Mandato’ (diritto civile)”, cit., p. 4.

Ante el problema que pudiese plantear la inscripción de los bienes susceptibles de tal, adquiridos o enajenados por el mandatario, habrá que tener en cuenta el art. 20 de la Ley Hipotecaria, y en especial la excepción que plantea el precepto referente a los mandatarios<sup>361</sup>.

El precepto establece que “para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos”. Se regula, así, el llamado “principio de tracto sucesivo”<sup>362</sup>, según el cual para inscribir en el Registro es preciso que conste previamente inscrito el derecho del otorgante, de forma que la cadena registral no presente eslabones sueltos<sup>363</sup>. Por tanto, el principio de tracto sucesivo lo que hace es producir la denegación de la inscripción cuando no se cumple con el historial jurídico, es decir, cuando el contenido del Registro y la realidad jurídica extrarregistral no coinciden; viene a denegarse la inscripción cuando el derecho resulte inscrito a favor de persona distinta de aquella que otorgó el negocio dispositivo.

No voy a entrar aquí en las distintas teorías y posiciones acerca de la naturaleza y funcionamiento del principio de tracto sucesivo, pero es evidente la importancia de las excepciones que el art. 20 de la Ley Hipotecaria establece en relación con los mandatarios, y que interesa al caso que nos ocupa. Así es, el precepto contiene excepciones al principio de tracto sucesivo, al establecer en su párrafo 4º que “no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter permanente actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes”.

---

Para una visión general acerca de la interpretación del art. 464, vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>º</sup>.: “Notas sobre el art. 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia”, *Anuario de Derecho Civil*, T. LII, Fasc. II, 1999, pp. 565 y ss.; ID., Voz “Posesión”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. III, Madrid, 1995, pp. 4946 y ss.

- 361 Aunque, entre quienes defienden la transmisión por la *via oblicua*, se ha dicho que en el caso de ventas del mandatario en nombre propio o del comisionista, si el mandante no retiene la propiedad, tiene acceso al Registro por la vía del art. 2º tercero de la Ley Hipotecaria, el cual establece que se inscribirán en el Registro de la Propiedad “Tercero. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sean con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado”; no pudiendo quedar afectada por el párrafo 4º del art. 20 de la propia ley, porque su transmisión no es consecuencia del contrato de mandato civil o mercantil, sino antecedente de su actuación *proprio nomine*. Así se ha pronunciado BONET RAMON, F.: “Del contrato de mandato”, cit., p. 51. Aunque este autor, como se ha dicho, en el caso del mandato para adquirir, en el cual acepta la transmisión *recta via*, defiende una postura distinta.
- 362 Si bien hay quien ha afirmado que “el requisito de tracto sucesivo o de previa inscripción podría ser o no calificado de principio según el concepto que adoptemos en torno al mismo”. Así, CHICO Y ORTIZ, J. M<sup>º</sup>.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. I, 1989, p. 428.
- 363 Con acierto advertía ROCA SASTRE que el principio de tracto sucesivo exige que el historial jurídico de cada finca figure en el Registro sin solución de continuidad, que aparezca toda titularidad sobre la finca concatenada con la anterior y sucesiva, como eslabón de una cadena, de tal manera que el transmitente de hoy sea el adquirente de ayer, y el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana.

La mayoría de los hipotecaristas limitan el ámbito de aplicación del precepto a la representación directa<sup>364</sup>. Así, se ha dicho que cuando se trata de representantes, esto es, de personas que legalmente actúan en nombre de titularidades ajenas, el principio de tracto sucesivo no implica que previamente haya de inscribirse el objeto jurídico a nombre del representante, sino del representado, puesto que -se entiende- al realizarse los actos dispositivos en representación ajena, y por lo tanto, como si se realizasen por el propio representado, no infringen el principio de tracto sucesivo<sup>365</sup>. En definitiva, se ha advertido que hay que considerar excluido del alcance del principio de tracto sucesivo el elemento representacional<sup>366</sup>.

Sin embargo, como acertadamente ha sido puesto de manifiesto<sup>367</sup>, este modo de entender el precepto está reñido con la lógica, y significa además ponerlo en contradicción con el párrafo primero del art. 20, en el cual se está ya contemplando el fenómeno de la representación directa al hacer referencia al otorgamiento de los actos en nombre de otro.

Es evidente que aquéllos que entienden que el precepto solo es aplicable al ámbito de la representación directa, son quienes parten de la creencia de la necesidad de actuación en nombre de otro para que se produzca el fenómeno representativo. De hecho, se ha afirmado que el principio de tracto sucesivo no se infringe en el supuesto de la representación directa, porque al gestionar intereses ajenos es como si se realizasen por el propio representado. Pero se olvida que, tanto en la representación directa como en la indirecta, se gestiona un interés ajeno. Por esto mismo, y haciendo eco de quienes defienden que cuando se gestiona un interés ajeno no se rompe el tracto sucesivo, puede entenderse aplicable el párrafo 4º del art. 20.

364 Cfr. CHICO Y ORTIZ, J. M<sup>º</sup>: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, cit., p. 442; RICA Y ARENAL, R.: *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria: supresiones, modificaciones e innovaciones que introduce en la legislación vigente*, Madrid, 1945, p. 84.

365 RICA Y ARENAL, R.: *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, cit., p. 84.

366 Vid. ROCA SASTRE, R. M<sup>º</sup>: *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 747-748. Se refiere al autor a la representación directa, sin hacer mención a la indirecta.

367 DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 275-276; ID., "Los efectos jurídicos de la gestión representativa", cit., pp. 499-500. Señala el autor que "la previa inscripción debe existir en favor del principal o *dominus negotii*, a cuyo nombre son otorgados los actos dispositivos y el hecho de que un representante actúe en virtud de representación directa no modifica en absoluto la cuestión. Por ello, pensar que cuando la regla cuarta menciona a los mandatarios y representantes está diciendo lo mismo, no pasa de ser una incongruencia, porque estaría exceptuando de la regla general algo que la regla general contiene y que se encuentra explícitamente regulado por ella. Por consiguiente, hay que pensar que cuando la regla cuarta dice mandatarios y representantes, no se refiere a los mandatarios y representantes que actúan con representación directa o abierta. Lo corrobora la propia regla cuarta que habla de órganos de representación que dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes. Y esta forma permitida por las leyes no es solo la forma de representación directa o abierta, sino también la actuación *proprio nomine* o representación indirecta". Esto había sido ya puesto de manifiesto por SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Comentarios a la nueva ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 160, según el cual párrafo 4º del art. 20 se ha limitado a establecer en forma expresa la regla que parecía implícita en el párrafo 1º.

E incluso se ha afirmado la aplicación del párrafo 4º siempre que se actúe respecto de intereses ajenos, aunque se entienda que no existe ningún tipo de representación<sup>368</sup>. Y aún podemos ir más lejos si atendemos al tenor literal del precepto, el término “mandatarios” al que hace referencia, no excluye la actuación del mandato en nombre propio, sino al contrario, si tenemos en cuenta que el mandato puro no es el mandato con poder.

El mandatario *proprio nomine* no necesita inscribir a su favor la titularidad de los bienes adquiridos en el ejercicio de su mandato, puesto que ha contratado por cuenta de su mandante. Por tanto, el mandante podrá continuar el tracto registral sin necesidad de previa inscripción por el mandatario<sup>369</sup>. Y si el mandatario hubiese inscrito el bien a su nombre, deberá procederse a la rectificación registral puesto que estaremos ante una inexactitud registral al figurar como propietario quien no lo es<sup>370</sup>. De hecho, la inscripción en favor del mandatario chocaría con la verdadera propiedad del bien, pudiendo el mandante por ello solicitar que se declare que él ha sido siempre el propietario, en virtud de la adquisición efectuada a través de su mandatario.

Y dado que el mandante se hace propietario sin necesidad de transmisión alguna, solo estarán protegidos aquellos terceros que confíen en la apariencia, es decir, los que han ignorado en todo momento que la propiedad del mandatario estaba originada por un mandato que se le dio para adquirir, pero en nombre propio<sup>371</sup>, puesto que el que aparece como propietario al exterior, frente a los terceros y al transmitente, es el mandatario. Así es, dado que el tercero no adquiere de un verdadero propietario, habrá de atenerse a lo preceptuado por el art. 34 de la Ley Hipotecaria en el supuesto de que haya inscrito o haya adquirido a título oneroso y de buena fe. En el caso de que se trate de bienes muebles, habrá que estar al art. 464 CC, el cual establece a quien corresponde la protección.

## 6. (Sigue) Acciones entre mandante, mandatario y tercero: la *denegatio actionis* entre tercero y *dominus*.

Como punto primordial, ya he puesto de relieve las bases en las que se asienta el principio de la eficacia directa de la transmisión de los bienes enajenados o adquiridos por el mandatario o interpuesto. Ahora habrá que atender al esquema

368 En este sentido SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Comentarios a la nueva ley Hipotecaria*, cit., p. 160. Afirma el autor que es aplicable el párrafo 4º del art. 20 de la Ley Hipotecaria lo mismo en la representación legal que en la voluntaria, y por idénticas razones, a supuestos en que, aun no tratándose de verdadera representación, se da la misma circunstancia de actuar respecto de intereses o derecho ajenos.

369 Cfr. BONET RAMON, F.: “Del contrato de mandato”, cit., pp. 51 y ss.; SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Comentarios a la nueva ley Hipotecaria*, cit., pp. 160 y ss.

370 GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Mandatario que adquiere en nombre propio”, cit., pp. 777-778. Advierte el autor que la rectificación se produce en virtud del art. 38 de la Ley Hipotecaria.

371 En este sentido, vid. la STS 3 junio 1953 (RJA 1953,1657).

práctico de lo antedicho, y ver cómo deberán resolverse los problemas que surgen en materia de acciones; qué pasa con las obligaciones y derechos que se contraen con el tercero.

La interpretación rigurosamente literal del art. 1.717 CC ha sido la base que ha originado que parte de la doctrina entienda que el mandatario interpuesto adquiere efectivamente la propiedad; y que, tanto en el mandato para enajenar como en el mandato para adquirir, la utilización de acciones está restringida al mandatario, o al tercero, este siempre en relación con el mandatario; desligándose de la relación al mandante, el cual no podrá ejercer acción alguna, y ante el cual tampoco podrá ser ejercida<sup>372</sup>.

Evidentemente, si leemos el precepto sin tener en cuenta ningún aspecto, sino solo aquél que refleje una lectura literal y apresurada del mismo, resulta clarísima la *denegatio actionis* entre el tercero y el *dominus*; estableciéndose, en principio, que el mandatario cuando actúa en su propio nombre no hay *contemplatio domini*, lo que lleva a la consecuencia directa de la exclusión de acciones entre tercero y mandante, de modo que resulta directamente obligado el mandatario<sup>373</sup>.

Sin embargo, esta aparente simplicidad y claridad de la norma que refleja la falta de conexión entre la esfera jurídica del mandante y del tercero, queda desplazada si atendemos, no solo a la práctica diaria, sino al análisis de las normas que regulan el contrato de mandato. Así es, para hacer una clara interpretación del precepto y no quedarse en la oscuridad que puede producir una lectura rápida sin análisis, habrá que atender a todos los términos utilizados por el art. 1.717 CC; y, además, ponerlo en relación con otras normas que regulen el mandato, en tanto que no podemos dar solución a la actuación del mandatario en nombre propio atendiendo a un único precepto, pues el mandato se halla regulado por otras normas que, en ningún momento, excluyen la actuación *proprio nomine*, y que deben ser relacionadas con el art. 1.717 CC.

372 En este sentido también se ha pronunciado en ocasiones la jurisprudencia, negando las posibles acciones entre el mandante y el tercero. Vid. SSTS de 17 diciembre 1959 (RJA 1960, 1209); 8 junio 1966 (RJA 1966, 3023); 28 noviembre 1973 (RJA 1973, 4340); 1 diciembre 1982 (RJA 1982, 7454); 13 junio 1987 (RJA 1987, 4297); 10 enero 1990 (RJA 1990, 32); 11 febrero 1991 (RJA 1991, 1195); 13 abril 1994 (RJA 1994, 2797); 22 abril 1998 (RJA 1998, 2597); SAP Barcelona 14 noviembre 2003 (JUR 2003, 106103).

Así, la STS 12 julio 2006 (ROJ 4284/2006) indica que “Esta Sala considera que la demandada ha actuado en nombre propio, toda vez que ha asumido la obligación de pago de la mercancía de la actora remitida a Canadá, desde la figura jurídica contemplada en el indicado artículo 246, que relevante doctrina científica determina como de representación indirecta, la cual restringe sus efectos de forma exclusiva sobre su propio patrimonio, pues es ésta quien debe soportar de manera directa los efectos jurídicos de su conducta contractual, por lo que las personas que frente a ella se obligan, no lo hacen respecto al comitente, que carece de acción directa contra las mismas y viceversa. En definitiva, quien procede en nombre propio vincula su patrimonio y no el ajeno (artículo 1256 del Código Civil)”.

373 Y en sentido análogo se pronuncia el ya citado art. 246 CCom cuando advierte que “cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni este contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí”.

En primer lugar, de extraordinaria importancia es hacer un análisis del art. 1.717 CC, e intentar esclarecer si cuando el precepto proclama la *denegatio actionis* entre mandante y terceros, se está refiriendo a cualquier acción, o solo a la acción típica del negocio realizado. Asimismo, habrá que ver hasta que punto la *denegatio actionis* queda fuera de juego solo cuando se trata de cosas propias del mandante. Tendremos que tener en cuenta el art. 1.727 CC, aplicable también al mandato en nombre propio en cuanto no lo excluye, cuando establece que “el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato”. Y lo más importante, habrá que intentar desmembrar la norma que regula el mandato en nombre propio, e interpretarla conforme a las necesidades prácticas, para no llegar a conclusiones que en el tráfico jurídico común supongan una injusticia absoluta o sean de práctica inutilidad.

Así es, porque si bien es cierto que si atendemos al tenor literal sin más, llegamos a la conclusión de que ni el mandante ni el tercero tendrán acciones entre sí, y cualquier reclamación precisará verificarse a través del circuito del representante<sup>374</sup>, siendo esta la regla general que ha aplicado la doctrina tradicional; no debemos pasar por alto las evidentes desproporcionadas injusticias que puede traer consigo la aplicación estricta de la *denegatio actionis*, pudiendo conducir a un desmesurado abuso de derecho.

Como ya he puesto anteriormente de relieve, pensemos, por ejemplo, en el supuesto de que el mandatario, antes de transmitir el bien que el mandante le ordenó adquirir, lo enajenase a un tercero. En este supuesto carecería de acción reivindicatoria, contentándose con poder exigir responsabilidad al mandatario, sin poder entablar acción alguna contra el adquirente de este<sup>375</sup>. O pongamos el caso

374 Así, entre otros, SOTO NIETO, F.: *Cuestiones jurídicas (Jurisprudencia creadora)*, cit., p. 80; MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>º</sup>: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, cit., p. 667; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 252-255.

375 Señala LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: “La gestión típica derivada del mandato”, cit., pp. 76-77, que en este supuesto, “la solución, en puridad de principios, sería incluso la misma para el caso de conocimiento del tercero de la existencia de la relación gestoria. No se trataría de proteger al tercero como un eventual adquirente a *non domino*, exigiéndole los requisitos pertinentes, ya que no adquiere de un no dueño, sino de un dueño. La verdad es que tal modo de afrontar el conflicto de intereses repugna algo a nuestro sentido de la equidad, y podría solucionarse en sentido inverso haciendo jugar cláusulas generales como la del abuso del derecho y la buena fe. Pero tal modo de operar abriría una brecha importante en la visión de incomunicación entre terceros, de cuyo patrimonio se adquirió la cosa por el mandatario, y mandante por cuenta de quien se hizo tal adquisición. En cualquier caso, parece que el desconocimiento por parte del tercero adquirente del mandato de la existencia de la relación gestoria, haría eficaz la adquisición de aquél, e improponible la acción reivindicatoria del mandante, pero no como consecuencia de una *denegatio actionis*, sino por pura y simple ausencia del *dominium actoris*. Ahora bien, se debe salir al paso de una objeción, consistente en que, en este caso, la fuerza jurídica eficiente, del resultado no estaría en el carácter de no representativo del mandato, sino en la protección del tercero, desconocedor de la relación gestoria, y protegido en cuanto tercero de buena fe. No discutimos esa objeción, pero debemos, para ser consecuentes, matizar algo: si la eficacia de la adquisición y su fundamento se colocan *aliunde* (en los mecanismos de protección del tercero), estamos totalmente fuera de los efectos *ex se* de la separación entre relación gestoria y representación, que es la clave conceptual de explicación de lo que hemos dado en llamar la tesis tradicional”.

de que el tercero reclama el precio de una compraventa, pero estando el bien en poder del mandante y no del mandatario como cree el enajenante.

Al respecto, una utilización estricta de la regla del art. 1.717 CC, y una concepción tradicional por la cual los términos “acción” y “obligado” son sinónimos, nos llevarían al absurdo de entender que nada puede hacer el mandante o el tercero en situaciones como las anteriormente expuestas. Sin embargo, el que el tenor literal del precepto advierta que tercero y mandante no tienen acciones entre sí, ello no impide que el mandatario demandado llame a su mandante al pleito que le entable el tercero, ejerciendo una suerte de *laudatio actoris*<sup>376</sup>. Y, sobre todo, si tenemos en cuenta que puede darse el supuesto que el mandante sí tenga obligaciones, independientemente de que se pueda o no ejercitar directamente acción alguna contra él<sup>377</sup>.

De hecho, no debe olvidarse el contenido del art. 1.727 CC, que establece el cumplimiento por parte del mandante de todas las obligaciones que el mandatario haya contraído, sin excluir el mandatario que actúa en nombre propio. No podemos partir de la creencia de que el mandato *proprio nomine* se halla regulado únicamente por el art. 1.717 CC, porque sería partir de una premisa falsa. La regulación del mandato en nombre propio está formada por todas aquellas normas que regulan el contrato de mandato y que no lo excluyen, de modo que resulta contradictorio afirmar que “el único obligado es el mandatario”, y pasar por alto el art. 1.727 CC, que incluye entre los obligados al mandante. Por tanto, se trata, no solo de atender a la utilidad práctica, sino de acogerse al principio de economía procesal para impedir que el mandatario tenga que demandar en un nuevo pleito al demandante, lo que ha sido plenamente admitido por la jurisprudencia<sup>378</sup>.

Y aún cabe ir más lejos, si se entiende que la *denegatio actionis* que podría esgrimir el mandante si el tercero que contrató con el mandatario no lo demanda,

376 DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 277; ID., “Los efectos jurídicos de la gestión representativa”, cit., p. 503. Le sigue LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: “La gestión típica derivada del mandato”, cit., p. 72.

377 Al respecto, y bajo el ejemplo de reclamo del precio por el tercero en una compraventa antes expuesto, afirma DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 278, que “si el tercero reclama el pago del precio de una compraventa y se le puede oponer el carácter defectuoso de la cosa, que en la hipótesis no se encuentra en poder del mandatario, sino del mandante, traerle a juicio en virtud de *laudatio*, aunque no haya sido demandado en la acción del tercero, precisamente porque hay una obligación suya, parece que no es un mecanismo disparatado. Lo que demuestra por otra parte que no hay absoluta coincidencia entre los términos de acción y obligación”.

378 La posibilidad de que el tercero pueda accionar contra el mandante ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia. En este sentido, además de las sentencias citadas que defienden la adquisición directa, vid. SSTs de 11 marzo 1987 (RJA 1987, 1430); 14 marzo 1987 (RJA 1987, 1481); 21 marzo 1995 (RJA 1995, 2051); 21 octubre 1997 (RJA 1997, 7161); 26 enero 2006 (ROJ 134/2006); 24 octubre 2007 (ROJ 6942/2007); 15 marzo 2013 (RJA 2013, 2276); 30 octubre 2013 (RJA 2013, 7071); 20 mayo 2016 (ROJ 2361/2016); 3 octubre 2018 (ROJ 9985/2018). Incluso, la STS 24 abril 2001 (RJA 2001, 6889), ha puesto de manifiesto que el art. 1.717 establece la doble acción que concede para el tercero (contra el mandante y contra el mandatario).

no es más que una excepción, que procesalmente puede no ejercitar<sup>379</sup>. Así es, el art. 1.717 CC, al establecer que el mandante no tiene acción contra las personas con quienes ha contratado, lo que está haciendo es conceder una excepción, pero que podrá ser o no opuesta por los terceros. Además, esta excepción solo podrá ser ejercitada de buena fe, constituyendo un claro supuesto de abuso si se pusiera en juego cuando el mandante ha aceptado el contrato celebrado por el mandatario<sup>380</sup>.

Asimismo, ha sido defendida la posibilidad de que el mandante se dirija contra el tercero por la acción *in rem verso*. Y ello porque, a pesar de que las acciones derivadas de las relaciones jurídicas entre mandatario y tercero se dan entre ellos, esto no destruye la relación jurídica de mandato que existe entre mandante y mandatario; aquél, por consiguiente, puede pedir la ejecución del mandato, haciéndose subrogar en los derechos y acciones emanados de los concluidos por este en su propio nombre, pero en interés del mandante. De modo que, aunque los terceros directamente no adquieran vínculo con el mandante, sí lo hacen indirectamente, en cuanto que si este se aprovecha del contrato (que celebraron con el mandatario), pueden dirigirse contra él por la acción *in rem verso*, o ejercitando el derecho del mandatario de obligar al mandante, en virtud del contrato de mandato (art. 1.717 CC)<sup>381</sup>.

379 LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: "La gestión típica derivada del mandato", cit., p. 72.

Con acierto, aclara DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 278, que "ante todo conviene no perder de vista que la denegación de la acción, en un sistema procesal regido por el principio dispositivo, es un medio de defensa del demandado y nada más, pues nunca puede ser utilizado de oficio por el Juez. Significa que el demandado puede enervar la demanda esgrimiendo la falta de acción contra él del actor. Sin embargo, si el demandado omite poner en juego dicho medio de defensa y el litigio entre ellos se traba sobre el fondo de la relación debatida, no cabe duda que las partes habrán admitido que esta relación de alguna manera existe entre ellas".

380 MONTES PENADÉS, V.L.: "La representación", cit., pp. 598-599.

Al respecto, afirma DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 279, que la *denegatio actionis* como medio de defensa que es, deberá ser ejercitada de conformidad con la buena fe, y en atención al juego de razones por las cuales aquel medio de defensa se confirió. Y advierte que cuando el contrato celebrado por el mandatario ha sido de algún modo aceptado por el mandante, proponer la *denegatio actionis* puede resultar en muchos casos abusivo. En sentido análogo se pronuncia LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: "La gestión típica derivada del mandato", cit., pp. 72-73.

381 Así, CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. III, Madrid, 1959, pp. 157-158.

En términos análogos se pronuncia BONET RAMON, F.: "Del contrato de mandato", cit., p. 43, señalando en lo que se refiere a las relaciones entre mandante y mandatario, que la vigencia de las acciones directa y contraria en las relaciones jurídicas entre mandante y mandatario, a las que dedica el Código los capítulos siguientes, permite al mandante, en los casos en que el mandatario a actuado en nombre propio, obligarle a que le ceda las acciones adquiridas contra el tercero, pues con arreglo al art. 1.720 CC, "todo mandatario está obligado a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo"; acciones que el mandante puede hacer valer contra el tercero, el cual, por otra parte, puede oponerle todas las excepciones que podría oponer al mandatario, excepto el derecho de obtener la cesión de las acciones del mandatario contra el mandante o la subrogación en las mismas, salvo en las hipótesis del art. 1.111 CC. Vid. también al respecto, LEÓN ALONSO, J.R.: "Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil", cit., p. 199; MINERVINI, G.: "Il Mandato, la Commissione, la Spedizione", en *Trattato di Diritto Civile Italiano* (dirigido por FILIPPO VASSALLI, T.), VIII, Vol. I, 2ª Edición, Torino, 1957, p. 106; TORRENTE, A. Y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1990, pp. 466 y ss. Esta posibilidad ha sido puesta de manifiesto también por nuestra jurisprudencia. Vid. al respecto las SSTS de 8 junio 1966 (RJA 1966, 3023); 30 septiembre 1992 (RJA 1992, 7476).

En contra se muestra MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, cit., p. 668, según el cual no es posible que los terceros puedan ejercitar contra el mandante la acción *in rem verso*. En el mismo sentido, SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., p. 252.

En términos análogos, pero para el supuesto que la representación se ponga al descubierto, se ha dicho que si el tercero se muestra conforme, no se entiende por qué no puede admitirse que entonces el mandatario representante quede fuera de la relación, pasando a ocupar su puesto el representado, y dirigirse directamente este contra la otra parte y esta contra él, siempre que se entienda que por cada uno no podrá exigirse u oponerse al otro sino lo que se podría haber exigido u opuesto entre el representante y dicha otra parte<sup>382</sup>. En este supuesto, es evidente que, si se acepta el cambio, nada impide que la ley, en adelante, considere como ligado a la otra parte y al representado el negocio que aquélla celebró con quien ocultamente actuaba por y para este<sup>383</sup>. No se trata sino que de la aplicación *a posteriori* (cuando la representación se descubre) de la regla del art. 1.717 CC, segundo párrafo, última parte, cuando aun no habiendo negocio representativo directo, establece los efectos directos del negocio entre el representado y la otra parte.

Todo ello, nos lleva a entender que la incomunicación entre las esferas jurídicas del mandante y los terceros que consagra, en principio, el art. 1.717 CC no es, en ningún caso, ni acertada ni adaptada a las necesidades prácticas. Y si tenemos en cuenta que tanto en la representación directa como en la indirecta se gestiona un interés ajeno, siendo la ajenidad del asunto que forma su objeto la base de la representación; y que el mismo precepto establece en su último párrafo la eficacia directa, y por tanto, la comunicación de las esferas jurídicas de mandante y terceros, no hay razón alguna para negar la aplicación analógica del mismo a todo supuesto de representación indirecta<sup>384</sup>.

## 7. (Sigue) El concurso del mandatario.

Aunque para algunos pueda parecer baladí, es este un problema de controvertida solución<sup>385</sup>. En el supuesto de concurso del mandatario, no es lo

382 Así, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, Introducción y parte general*, cit., pp. 441-442. Añade el jurista que es una "especie de poner *las cosas en su sitio*, cuando la representación oculta se revela, y no es sino llevar a la práctica lo que representado y representante *conocieron y quisieron*... por eso ni el representado ni el representante es concebible que tengan interés legítimo en que la ley mantenga el negocio como de este. Tal interés solo puede tenerlo la otra parte, que al celebrarlo lo celebró como personal con el que realmente era un simple representante de otro. Y puede verse perjudicado por el cambio de contraparte, o simplemente no apetecerle. Y puesto que él se ligó legalmente con determinada persona, está en su derecho de que se mantenga tal vínculo precisamente con esta".

383 La jurisprudencia ha admitido que el mandante ocupe el lugar del mandatario en el proceso cuando la representación indirecta se descubre. Vid. la STS 30 septiembre 1992 (RJA 1992, 7476).

384 Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: "La gestión típica derivada del mandato", cit., pp. 74-75.

385 En este apartado me voy a ceñir a la doctrina española, dadas las diferencias sustanciales con otros ordenamientos jurídicos. Para información relativa al *fallimento* del mandatario *proprio nomine* en la doctrina italiana, vid., GIORDANO, A.: "L'azione del mandante verso il terzo debitore", cit., pp. 33-55; ID.: "Sulla natura giuridica dell'azione del mandante", cit., pp. 93-110; FOSCHINI, M.: "Estinzione del mandato in rem propriam per sopravvenuto fallimento del mandante", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1961, T. II, pp. 81-96; LIPARI, N.: "Mandato in rem propriam e fallimento del mandante", *Rivista del Diritto Commerciale*, T. II, 1963, pp. 95-109; GRAZIADEI, M.: "Considerazioni sull' mandato in rem propriam nell'ipotesi di fallimento del mandante", *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1964, T. II, pp. 223-235; DI LAURO, A.: "Capacità giuridica

mismo que el mandante sea propietario del bien adquirido que mero acreedor del mandatario; como tampoco es lo mismo que en el mandato para enajenar la propiedad pase directamente del mandante al tercero, que sea el mandatario el que posea en concepto de dueño el bien hasta que efectivamente lo enajene al tercero.

Como hemos visto, la estricta teoría de la concepción clásica que niega el efecto traslativo directo en la representación indirecta, y la rigurosa aplicación de la *denegatio actionis*, puede llevar a graves injusticias en el supuesto de concurso del mandatario representante. Así es, si admitimos que los bienes adquiridos o enajenados por el mandatario se quedan en el patrimonio de este hasta que se produzca la efectiva transmisión de los mismos al patrimonio del mandante, en ese lapsus de tiempo los bienes quedarían en beneficio de los acreedores del mandatario, convirtiéndose el mandante en un simple acreedor más, sin derecho alguno de separación de los bienes de la masa.

De hecho, tan cierta es la inutilidad práctica de la teoría según la cual el mandatario se convierte en verdadero titular de los bienes que le ha sido encargado que enajene o adquiera, que ha llevado a sus defensores, conscientes de las evidentes injusticias que la dicha teoría desencadena, a sostener la existencia de un derecho de separación de la masa de los bienes en favor del principal<sup>386</sup>.

Este derecho de separación se fundamentaba en la aplicación de los arts. 908 y 909 CCom<sup>387</sup>, hoy derogados, que, bajo la rúbrica “De los derechos de

---

del fallito e mandato in rem propriam”, *Il Diritto Fallimentare*, T. I, 1968, pp. 382-400; GATTI, S.: “Mandato processuale, mandato in rem propriam, e fallimento del mandante”, *Rivista del Diritto Commerciale*, T. II, 1980, pp. 30-41; RAGUSA MAGGIORE G.: “Il mandato in rem propriam nel fallimento e le massime di giurisprudenza”, *Il Diritto Fallimentare*, T. II, 1983, pp. 316-320; ÁPICE, U.: “Alterne fortune del credito bancario nel fallimento: dalle rimesse in conto corrente al mandato in rem propriam”, (IV convegno di studi sulle procedure concorsuali, Sanremo 1984), *Fallimento*, 1985, pp. 300-302; QUATRARO, B.: “Fallimento dell'accreditato e crediti della banca derivanti da apertura di credito garantita da ipoteca pegno, mandato in rem propriam all'incasso di crediti o cessioni di credito”, *Rivista Italiana del Leasing*, 1989, pp. 3-81; D'ALESSANDRO, F.: “I mandati in rem propriam all'incasso”, *Il Diritto Fallimentare*, 1989, T. I, pp. 205-215; NIGRO, A.: “Mandati irrevocabili all'incasso e fallimento”, *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, 1992, pp. 556-563; SOLAVAGIONE, S.: “Mandato in “rem propriam” e cessione del credito”, *Contratti*, 1993, pp. 189-196; OLIVA, P.: “Revoca del mandato in “rem propriam” all'incasso”, *Fallimento*, 1995, pp. 868-871.

386 No voy ahora a hacer un elenco de las justificaciones dadas por los autores que, a pesar de seguir la teoría que defiende la titularidad del mandatario, reconocen un derecho de separación, puesto que entraríamos una vez más en discusiones que creo ya no son necesarias, más si tenemos en cuenta que la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal derogó los artículos 908 y 909 CCom que sustentaban estas teorías.

Sin embargo, se pueden citar, entre otros, a, SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 258 y ss., que argumenta el derecho de separación diciendo que así se evita un enriquecimiento injusto a costa ajena por parte de los acreedores; JORDANO BAREA, J. B.: “Mandato para enajenar”, cit., pp. 1479 y ss.; NUÑEZ LAGOS, R.: “Mandatario sin poder”, cit., pp. 623 y ss.; BONET RAMON, F.: “Del contrato de mandato”, cit., pp. 48-49. Recordemos que estos dos últimos autores defienden la transmisión *recta via* en el supuesto del mandato para adquirir.

387 Defienden esta teoría, entre otros, GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Mandatario que adquiere en nombre propio”, cit., pp. 783 y ss.; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 280-281; LEÓN ALONSO, J.R.: “Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil”, cit., pp. 175 y ss.; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 258 y ss.; JORDANO BAREA, J. B.: “Mandato para enajenar”, cit., pp. 1479 y ss.; NUÑEZ LAGOS, R.: “Mandatario sin poder”, cit., pp. 623 y ss.; BONET RAMON, F.: “Del contrato de mandato”, cit., pp. 48-49. Un análisis del derecho de separación en estos supuestos hace ARIAS VARONA,

los acreedores en caso de quiebra y de su respectiva graduación”, establecían la separación de la masa de la quiebra de los bienes comprados y vendidos por el comisionista por cuenta de su comitente.

Aunque no voy a entrar en la polémica de si la acción de separación es una acción reivindicatoria o no<sup>388</sup>, o si la derogación de los preceptos antedichos supone mayor dificultad a la hora de fundamentar el derecho de separación, lo que no cabe duda es que en caso de concurso del mandatario, no puede afirmarse que al mandante solo le correspondería la típica acción personal derivada del mandato; pues no puede perderse de vista el art. 1.732 CC, que declara la extinción *ope legis* de la relación contractual entre mandante y mandatario en el supuesto de concurso de cualquiera de ellos.

El mandante, separa de la masa patrimonial del mandatario concursado los bienes que se hubieran entregado para ser transmitidos, o los que estuvieran pendientes de serle transmitidos a él. Y ello porque debemos de entender que el legítimo dueño es el mandante, aunque eventualmente se puedan encontrar en el patrimonio del mandatario representante; puesto que estos bienes, como ya he dicho, si los posee el mandante, no los posee en concepto de dueño.

Uno de los problemas a plantear en el supuesto del mandato para adquirir es qué pasa si el mandatario que ha adquirido en su propio nombre, pero en interés del mandante, es embargado. Es decir, me pregunto si prosperaría una tercería de dominio interpuesta por el mandante alegando que el mandatario adquirió para él, aunque el bien embargado aun se encuentre en el patrimonio del mandatario. Es evidente que, si tenemos en cuenta que el mandatario no es verdadero titular, puesto que quien ha adquirido es el mandante, pese a que el bien se encuentre en el patrimonio del mandatario, la respuesta es positiva<sup>389</sup>.

## 8. La excepción de “cosas propias del mandante”.

No es tarea fácil saber cuál fue el sentido que le quiso dar el legislador al art. 1.717 CC, párrafo segundo, *in fine*, cuando estableció la excepción de que se trate de cosas propias del mandante. Muchas han sido las teorías seguidas y propuestas, pero no creo que sea el caso de entrar a reiterar algunas de las bases ya estudiadas. La interpretación que se le dé a lo que en su día intentó el legislador dependerá, en todo caso, tanto de la aceptación o no del mandato *proprio nomine*

---

F.J.: *El derecho de separación en la quiebra*, Navarra, 2001, pp. 231 y ss. Vid. también MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Navarra, 2002, pp. 217 y ss.

388 Al respecto vid. las reflexiones de NUÑEZ LAGOS, R.: “Mandatario sin poder”, cit., pp. 624 y ss.; SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 258 y ss.; JORDANO BAREA, J. B.: “Mandato para enajenar”, cit., pp. 1479 y ss.

389 Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Mandatario que adquiere en nombre propio”, cit., p. 783; LEÓN ALONSO, J.R.: “Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil”, cit., pp. 176-177.

como negocio representativo, como de la admisión o no de una eficacia directa en la representación indirecta.

Evidentemente, quienes parten de la premisa de que la representación indirecta no se incardina en la teoría de la representación, y sobre todo aquéllos que defienden la titularidad del mandatario *proprio nomine* rechazando cualquier tipo de efecto directo, ven en la excepción una verdadera representación; de modo que cuando se trate de cosas propias del mandante, nos encontraríamos ante un supuesto de representación directa en el que se daría lugar a una *contemplatio domini* tácita,<sup>390</sup> pues si bien no se declararía expresamente que el negocio es para el representado, sin embargo, ello se deduciría por tratarse de cosas propias<sup>391</sup>. Así, y siguiendo esta teoría, las obligaciones que surgiesen del negocio se darían directamente entre el representado y el tercero.

Sin embargo, adoptar esta teoría es entrar en una evidente contradicción, puesto que si hay algo claro es que, si bien en la representación directa cabe que la *contemplatio domini* sea tácita, no es este el supuesto objeto de estudio, en el que se parte de que el representante obre en su propio nombre, lo que excluye la *contemplatio domini* y con ella la representación directa<sup>392</sup>.

Lo cierto es que el legislador, al introducir la excepción, no tuvo en cuenta las repercusiones de interpretación que implicaría la norma, puesto que de haberlo pensado habría tenido mucho más tacto para buscar el lugar idóneo, dentro del

390 En este sentido se han pronunciado en alguna ocasión la jurisprudencia, defendiendo la existencia de una *contemplatio domini* tácita en el supuesto de que se trate de excepción de cosas propias del mandante. Así la STS 1 diciembre 1982 (RJA 1982, 7454) dice en su considerando 5º que "... En desviación de las reglas del mandato no representativo, el párr. 2º del art. 1.717 excepciona el caso de que se trate de cosas propias del mandante, situación en la que se produce una *contemplatio domine* tácita, generándose un poder de apariencia *ex facti circumstantiis sive ex re*, siempre que sea manifiestamente ajeno el bien o interés a que se contrae el negocio y resultar esta circunstancia conocida de la otra parte". En sentido análogo ya se habían pronunciado las SSTS de 8 junio 1966 (RJA 1966, 3023) y 28 noviembre 1973 (RJA 1973, 4340). Incluso se ha hablado de una "*contemplatio domine* basada en el *agere nomine alieno*" (Vid. STS 16 mayo 1983 (RJA 1983, 2825)).

391 Así NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", cit., pp. 614-615.

392 Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, Introducción y parte general*, cit., pp. 439-440; ID., "La representación", cit., p. 777; Vid. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 268; PUGLIATTI, S.: "Sulla rappresentanza indiretta", cit., pp. 402 y ss.; ID., "Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta", cit., pp. 495; DOMINEDÒ, F.M.: Voz "Mandato (Diritto civile)", cit., p. 112; BAVETTA, G.: Voz "Mandato (Diritto privato)", cit., p. 333.; UGAS, A. P.: "In tema di rappresentanza e spendita del nome per contegno concludente", *Rivista Giuridica Sarda*, 1990, pp. 440 y ss.; CARNEVALE, C.: "Dei singoli contratti", en *Nuova Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile* (dirigido por CESARE RUPERTO y VITTORIO SGROI), Milano, 1994, pp. 3131-3133; BILE, F.: *Il mandato. La Commissione*, cit., p. 37; TILOCCA, E.: "Il problema del mandato", cit., p. 879; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Contratos de Gestión*, cit., p. 75, el cual advierte que si existe *contemplatio domini*, tácita o expresa, nos hemos colocado fuera del ámbito de la aplicación del art. 1.717 CC.

En contra se ha pronunciado BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, cit., pp. 258-259, según el cual "puede no haber poder (representación indirecta) y, sin embargo, existir *contemplatio domini*".

La STS 17 diciembre 1959 (RJA 1960, 1209) establece claramente que cuando el mandato actúa en su propio nombre, y no en el del mandante, no hay *contemplatio domini*. En el mismo sentido la STS de 13 abril 1994 (RJA 1994, 2797). Vid. también las SSAP de Granada 10 mayo 2000 (JUR 2000, 222156); Granada 13 junio 2000 (JUR 2000, 225677).

precepto, para introducir tal excepción. Así es, no se sabe exactamente qué es lo que queda exceptuado; si la excepción se refiere solo al párrafo segundo, referido a que el mandatario es el obligado directamente con quienes ha contratado; si se refiere a la totalidad del precepto, en cuyo caso entenderíamos que si se trata de cosas propias del mandante, no solo también tendría obligaciones respecto a las personas con quien ha contratado el mandatario, sino que tendría acción directa contra aquéllas, y viceversa.

Es evidente que si recurrimos al supuesto de entender que la excepción viene referida solo al segundo párrafo del precepto, nos encontramos ante el absurdo de tener que aceptar que en el caso de tratarse de cosas propias del mandante, este también quedará obligado con las personas con quien ha contratado el mandatario, a parte, por supuesto, de la vinculación del mandatario mismo; pero no cabría acción directa entre el mandante y los terceros, siendo, sin embargo, el mandatario también obligado. Esto es un contrasentido.

Pero no termina aquí la oscuridad del precepto. Aún queda por determinar qué quiso decir el legislador cuando se refirió a “cosas propias del mandante”. Ante la indecisión, se ha considerado que la excepción se refiere a “asuntos”, entendido como asuntos, empresas o negocios pertenecientes al mandante, no solo referentes a cosas propias del mismo<sup>393</sup>. Sin embargo, esto es, en principio, inadmisibles, porque la excepción se convertiría en regla general, puesto que siempre estaríamos ante asuntos propios del mandante, y se estaría aludiendo a un supuesto de *contemplatio domini*, aunque tácita, respondiendo siempre directamente el mandante, lo que no tiene sentido cuando hablamos de representación indirecta, en la cual no cabe la *contemplatio domini*, ni tácita ni expresa<sup>394</sup>.

Hay que matizar el supuesto. Podremos admitir que el precepto hace referencia a asuntos del mandante, siempre y cuando este hecho sea conocido con posterioridad a la contratación del mandatario con el tercero, esto es, cuando una vez llevado a cabo el negocio gestor, quede al descubierto que la cosa, obligación

393 En este sentido GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Mandatario que adquiere en nombre propio”, cit., p. 778 y ss.; NUÑEZ LAGOS, R.: “Mandatario sin poder”, cit., p. 615; GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup>. D.: “La excepción de cosas propias del mandante”, cit., pp. 640 y ss.; LEÓN ALONSO, J.R.: “Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil”, cit., pp. 187 y ss.  
Así también las SSTs de 17 diciembre 1959 (RJA 1960, 1209); 11 junio 1965 (RJA 1965, 3817); 23 enero 1969 (RJA 1969, 200); 24 abril 1970 (RJA 1970, 2037).

394 Vid. MONTÉS PENADÉS, V.L.: “La representación”, cit., p. 597. Afirma el autor que “si entendemos la expresión cosas propias del mandante como empresa, asuntos o negocios de este (SSTs de 8 de junio de 1966, 23 de enero de 1969, 24 de abril de 1970 etc.), aun cuando ha de tratarse de asuntos o negocios que notoriamente sean conocidos por el mandante o representado (SSTs de 8 de junio de 1966, 23 de enero de 1969), se podría llegar a la conclusión de que se ha producido aquí una *contemplatio domini ex re*, es decir, una *contemplatio domini* tácita, pues si bien no se declara expresamente que el negocio es para el representado, ello se sabe o conoce por tratarse de cosas suyas o de asuntos notoriamente suyos: la misma expresividad de las cosas que hablarían por sí solas de ajeneidad. Y añade que “entendido así el precepto, vendría a significar una grave excepción a la regla general de disociación del negocio representativo respecto de la relación subyacente, sobre la que se basa la negociación de que la actuación del representante *proprio nomine* constituya un supuesto de representación”.

u asunto era propio del mandante<sup>395</sup>. En este caso, al ponerse la representación al descubierto, y tratándose de asuntos propios del mandante, no hay razón para impedir que el mandante pase a ocupar el puesto del mandatario, incluyendo la obligación directa entre el tercero y aquél<sup>396</sup>.

Pero habrá que tener cuidado con el momento en el cual ha sido conocida por el tercero la propiedad del asunto. Si el tercero conoce *ab initio* que las cosas son propias del mandante y por lo tanto con quien está llevando a cabo el negocio es con este, podríamos entrar en la teoría de la simulación, al haber un concierto entre mandante, mandatario y tercero<sup>397</sup>. Por tanto, parece arriesgado defender la postura de que habrá obligación directa del mandante siempre que se trate de “cosas propias del mandante”, pues, por un lado, podríamos encontrarnos en la barrera fronteriza entre interposición ficticia y real, y tachar el negocio de simulado; y por otro, corremos el riesgo de convertir una excepción en una regla general, lo que tampoco tiene ninguna razón de ser.

El matiz está en entender que la excepción viene referida al precepto en su conjunto, pero siempre y cuando no haya existido *contemplatio domini* ni tácita ni expresa<sup>398</sup>, puesto que afirmar lo contrario sería lo mismo que decir que el art. 1.717 CC regula tanto la representación directa como la indirecta, lo que nos llevaría a un completo absurdo. Por tanto, parece que lo más ajustado es que, ante tal circunstancia -notoriedad en la propiedad del asunto-, el mandante, no solo pasa a ser obligado principal, sino que ello le legitima para accionar o ser accionado en lógica reciprocidad frente a los terceros que contrataron con el mandatario<sup>399</sup>, lo que no significa que este deje de ser también obligado.

395 Al respecto, la jurisprudencia ha establecido la premisa de que sea notorio que las cosas son propias del mandante. Así la STS 8 junio 1996 (RJA 1996, 3023) establece el concepto de cosas propias como “cosas que sean notoriamente propias del representado”. En sentido análogo, se había pronunciado ya la STS 23 enero 1969 (RJA 1969, 200) al hacer referencia al término cosas propias del mandante indicando que se da en los supuestos en los que “el tercero o bien conoce que las cosas que gestionaba el representante eran propias del representado o bien ha de ser notorio que las mismas pertenecían a este último”. Vid. también la SAP Pontevedra 25 de marzo 2002 (JUR 2002, 152371).

396 Al respecto, MONTÉS PENADÉS, V.L.: “La representación”, cit., p. 599, haciendo referencia a aquéllos que entienden que cuando se trata de cosas propias del mandante estamos ante una representación directa y no indirecta, matiza el autor que ello debe ser entendido en el sentido de que cuando ha quedado al descubierto que la cosa o el asunto es propio de otra persona se abre la posibilidad de una acción directa frente al representado.

397 En este sentido LEÓN ALONSO, J.R.: “Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil”, cit., p. 188, cita a ALBALADEJO afirmando que este presume la existencia de un concierto estipulado por las tres partes. Sin embargo, a mi juicio, el autor no presume que exista concierto de antemano de las partes, sino que se está refiriendo al supuesto en el cual, tras llevar a cabo el negocio, se pone al descubierto la relación representativa. Además, lo que el jurista está sugiriendo es una suerte de subrogación del mandante en los derechos y obligaciones del mandatario si el tercero se muestra conforme, independientemente de que se trate de cosas propias de mandante.

398 Vid. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 268.

399 LEÓN ALONSO, J.R.: “Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil”, cit., p. 189.

## 9. La intromisión del *pactum fiduciae* en el mandato *proprio nomine*: tendencia a trasladar las hipótesis de interposición en el contrato fiduciario al mandato *proprio nomine*. Conclusión de la distinción.

Una vez analizada la figura del contrato fiduciario, puesto de manifiesto cómo debe concebirse la figura del mandato *proprio nomine* y cómo deben regirse las relaciones entre mandante, mandatario y terceros, no queda más que dejar claro que no podemos confundir el contrato fiduciario con el mandato en nombre propio, y ni mucho menos la interposición real que se da en cada una de las categorías.

En contra de la autonomía del mandato *proprio nomine* se han argumentado tesis que sustentan la configuración del contrato fiduciario, con el único fin de trasladar las hipótesis de interposición que se dan en el contrato fiduciario al mandato *proprio nomine*.

Algunos autores, entrometiéndose en la categoría del contrato fiduciario, advierten que la transmisión de los bienes del mandante al tercero tiene lugar por medio de un negocio traslativo atípico de naturaleza causal, pero que se funda en una específica *causa fiduciae*<sup>400</sup>. Se ha afirmado, incluso, que el mandato no representativo para enajenar está integrado por dicho mandato y además por un negocio fiduciario, causa distinta pero en íntima conexión con el primero<sup>401</sup>.

No obstante, como ya ha sido puesto de manifiesto<sup>402</sup>, la causa del negocio transmisivo que tiene lugar en el contrato fiduciario y la causa de transmisión del mandato *proprio nomine* no son idénticas; y, ni muchos menos, podemos defender

400 Vid. JORDANO BAREA, J. B.: "Mandato para enajenar", cit., p. 1479. Al respecto, y refiriéndose a la *causa fiduciae*, afirma el autor que "esta causa es distinta de la *causa mandati*, en tanto en cuanto la previa transmisión es absolutamente imprescindible para la consecución del especial *scopus* perseguido por el mandante. Dado que la sola *causa mandati* es insuficiente para operar el traspaso, cabe configurar a su lado una causa atípica, reforzada con la transferencia de la titularidad del Derecho sobre el que debe versar la actuación del mandatario. Tal es -añade- la *causa fiduciae*, que implica una forma de gestión de los derechos ajenos más intensa que el simple mandato, por cuanto esos derechos se tornan propios de quien desenvuelve la actividad gestora en el interés de otro".

Le sigue SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., pp. 243-244, para quien la transmisión del mandante al mandatario no puede tener lugar por medio de otro negocio que no sea el fundado en una *causa fiduciae*. Últimamente parece seguir su tesis, pero sin especificar si se trata de una transmisión *causa fiduciae*, en tanto que acepta la tesis de JORDANO BAREA, admitiendo que la titularidad que adquiere el representante que actúa en nombre propio es una titularidad fiduciaria, BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, cit., pp. 262-263; el cual, sin embargo, como veremos, distingue entre representación indirecta y contrato fiduciario.

Esta teoría, seguida por algunos autores, había sido ya propuesta en nuestra doctrina por BONET RAMON, F.: "Del contrato de mandato", cit., pp. 36 y ss., aunque el autor defiende la transmisión *recta via* en el supuesto del mandato para adquirir. En sentido análogo, LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, cit., p. 201; CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 61.

401 SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, cit., p. 245. Así también se pronuncia DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: "La utilización de persona interpuesta de los negocios de una sociedad anónima con sus propias acciones", cit., p. 871, para quien "en el fenómeno de la interposición de persona existe un negocio mixto de mandato o comisión con *fiducia cum amico*".

402 Vid. *Supra* Cap. II, Apartado II.

la teoría que funda la transmisión del mandante al tercero en una *causa fiduciae*, puesto que de este modo confundiríamos ambas categorías -contrato fiduciario y mandato en nombre propio-, por definición distintas, y cuyos perfiles jurídicos, aunque pueden tener puntos de conexión, son bien diversos<sup>403</sup>.

Además, si se admitiese que la transmisión está basada en la *causa fiduciae*, nos encontraríamos con un negocio fiduciario que produciría efectos diversos de aquéllos que lo caracterizan: es decir, una *causa fiduciae* sin situación fiduciaria, ni en sentido amplio ni en sentido estricto.

Y respecto al mandato para enajenar y la distinción con el contrato fiduciario, para no volver a reiterarme, tan solo dejar patente que en el mandato para enajenar no es necesaria la previa transmisión del bien del mandante al mandatario; sin embargo, sí que es necesaria en el contrato fiduciario, por medio del cual el fiduciante transmite el bien a un interpuesto con el fin de que este lo vuelva a vender en determinadas condiciones.

Dado que ya he desarrollado a lo largo de la investigación esta diferencia, no me detengo más de lo necesario, sino para resaltar como conclusión que no podemos confundir la figura del contrato fiduciario con el mandato en nombre propio, porque ambas instituciones se regulan por parámetros opuestos aunque afines; y que debemos tener en cuenta que en el contrato fiduciario, elemento esencial es la relación de confianza entre fiduciante e interpuesto, requisito clave que no aparece en la relación entre mandante y mandatario.

---

<sup>403</sup> Aunque no podemos negar que ha habido ocasiones en las que se han confundido ambas categorías, incluso advirtiendo que el negocio fiduciario y la representación indirecta no son categorías incompatibles y que una misma hipótesis puede comprender ambas figuras. En este sentido, se ha pronunciado la RDGRN 15 abril 1999 (RJA 1999, 2216), en contra de la teoría del notario que defendía la diferencia entre ambas categorías.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *I Trusts in Italia oggi*, Milano, 1996.

AEBY, C.H.R.: "L'acte fiduciare dans le systéme du droit civil suisse", en *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1912.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente", *Actualidad Civil*, 1993, pp. 663-675.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Ineficacia e invalidez del negocio jurídico", *Revista de Derecho Privado*, 1958, pp. 603-616.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Invalidez de la declaración de voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pp. 987-1037.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La causa", *Revista de Derecho Privado*, 1958, pp. 315-328.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La representación", *Anuario de Derecho Civil*, 1958, pp. 767-803.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, Introducción y parte general*, T. I, Vol. II, 9ª Edición, Barcelona, 1985.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La Simulación*, Madrid, 2005.

ALLARA, M.: "La proprietà temporanea", *Il Circolo Giuridico "L. Sampolo"*, 1930, pp. 69-91.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, M.: *Instituciones de Derecho Civil*, Valladolid, 1840.

AMBROSINI, A.: *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria*, Roma, 1917.

AMBROSONE, N.: "La forma del mandato senza rappresentanza è una diversità del contratto preliminare", *Diritto e Giurisprudenza*, 1953, pp. 128-134.

ANNUNZIATA, M.: "Il mandato", *Il Nuovo Diritto*, T. II, 1987, pp. 1045-1052.

ÁPICE, U.: "Alterne fortune del credito bancario nel fallimento: dalle rimesse in conto corrente al mandato in rem propriam", (IV convegno di studi sulle procedure concorsuali, Sanremo 1984), *Fallimento*, 1985, pp. 300-302.

ARANGIO RUIZ, V.: *Istituzioni di diritto romano*, 14ª Edición, Napoli, 1960.

ARANGIO-RUIZ, V.: *Il mandato nel diritto romano*, Napoli, 1965.

ARIAS VARONA, F.J.: *El derecho de separación en la quiebra*, Navarra, 2001.

ASCARELLI, T.: "Ancora in tema di imprenditore occulto", *Rivista della Società*, 1958, pp. 1153-1183.

ASCARELLI, T.: "Il negozio indiretto e le società commerciali", en *Studi di Diritto commerciale in onore di CESARE VIVANTE*, T. I, Roma, 1931.

ASCARELLI, T.: "Sul problema del negozio indiretto e della simulazione delle società commerciali nella giurisprudenza della Corte Suprema", (Estratto da *Il Foro Padano*, Vol. LXI, Fasc. XII), Roma, 1936, págs. 1 a 8 (También en *Studi in tema di Società*, Milano 1952).

ASCARELLI, T.: "Sulla dottrina del negozio indiretto nella giurisprudenza della Cassazione", (Estratto da *Il Foro Padano*, Vol. LXI, Fasc. XXI), Roma, 1936, pp. 1-11 (También en *Studi in tema di Società*, Milano 1952).

ASCARELLI, T.: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, s/f.

ASCOLI, A.: *Istituzioni di Diritto Civile*, Napoli, s/f.

AUBRY, C. ET RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*, T. IV, Paris, 1871.

AUBRY, C. ET RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*, T. VIII, Paris, 1871.

AURICCHIO, A.: *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957.

ÁVILA NAVARRO, P.: *La representación con poder (Estudio de Derecho notarial y registral)*, Madrid, 1992.

BADENAS CARPIO, J.M.: *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998.

BADOSA COLL, F.: "Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho español", en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Díez Picazo*, Madrid, 2003, pp. 221-236.

BALLERINI, E.: "Delle disposizioni fiduciarie nei testamenti", *Diritto e Giurisprudenza*, 1889.

BARASSI, L.: *Istituzioni di Diritto Civile*, 4ª Edición, Milano, 1955.

BARBERO, D.: *Sistema del diritto privato italiano*, T. I, Milano, 1962.

BARRACHINA Y PASTOR, F.: *Derecho Foral Español*, T. III, Madrid, 1912.

BARRERA GRAF, J.: *La representación voluntaria en el derecho privado. Representación de sociedades*, Mexico, 1967.

BARTIN, V.: *Théorie des contre-lettres*, Tesis, Paris, 1885.

BATTAGLIA, C.: "Rilievi critici in tema di mandato e regime di circolazione dei beni giuridici", *Giustizia Civile*, T. I, 1995, pp. 2165-2168.

BATTISTA, M.: "Del contrato di società e del mandato", *Il Diritto Civile Italiano secondo la Dottrina e la Giurisprudenza*, Napoli-Torino, 1925.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. ET COLIN, M.: *Traité Théorique et Pratique de Droit civil*, T. I, 3ª Edición, Paris, 1905.

BAVETTA, G.: "Voz "Mandato (Diritto privato)", *Enciclopedia del Diritto*, T. XXV, 1975, pp. 321-379.

BAYOD LÓPEZ, M.C.: "Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8028) Compraventa. Simulación parcial: Nulidad por inexistencia de la causa: transmisión gratuita amical a título de fiducia. Acción rescisoria: Prospera por cumplirse todos los requisitos, y de forma especial el carácter subsidiario del mismo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, 2003, pp. 144-153.

BELEZA DO SANTOS, J.: *A simulação em direito civil*, Coimbra, 1921.

BERAUDDO, J. P.: *Les Truts anglo-saxons et le droit français*, Paris, 1992.

BERTINI, A.: "Irrevocabilità della procura e irrevocabilità del mandato", en *Diritto e Pratica Commerciale*, 1939, pp. 264-277.

BERTINI, A.: *I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento*, Milano, 1940.

BETTI, E.: "Conflitto d'interessi fra rappresentato e rappresentante e sua influenza sull'obbligazione cambiaria del rappresentato", *Rivista del Diritto Commerciale*, T. II, 1926, pp. 20-35.

BETTI, E.: *Istituzioni di Diritto Romano*, T. I, 2ª Edición, Padova, 1942.

BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1994.

BIANCA, C. M.: *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.

BIANCA, C. M.: *Il contratto*, Milano, 1984.

BLANCO CAMPAÑA, J.: "La adquisición de la sociedad de sus propias acciones", e *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 2, 1981, pp. 221-243.

BOCCHINI R.: "Mandato in rem propriam e contratto atipico", *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, T. II, pp. 972-974.

BOLOGNA, I.: "Considerazioni sui negozi fiduciari", *Rivista di Diritto Civile*, 1955, pp. 618-635.

BONELLI, F.: *Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*, Milano, 1968.

BONET RAMON, F.: "Algunas figuras afines al contrato de mandato", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. II, 1948, pp. 633-673.

BONET RAMON, F.: "Comentario a la sentencia de 12 de abril de 1944", *Revista de Derecho Privado*, T. XXVIII, 1944, pp. 551-554.

BONET RAMON, F.: "Comentario a la sentencia de 28 de enero de 1946", *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 191-196.

BONET RAMON, F.: "Comentario a las sentencia del TS de 25 de mayo de 1944", *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 856-861.

BONET RAMON, F.: "Del contrato de mandato", en *Código Civil de Mucius Scaevola*, Q., T. XXVI, Vol. II, Madrid, 1951.

BONET RAMON, F.: "Del contrato de mandato", en *Código Civil de Mucius Scaevola*, Q., T. XXVI, Vol. I, 2ª Edición, Madrid, 1976.

BONET RAMON, F.: "La naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Privado*, 1935, pp. 393-398.

BONET RAMON, F.: *Compendio de Derecho Civil*, T. I, Madrid, 1959.

BORRELL I SOLER, A. M<sup>a</sup>.: "Distinció essencial entre l'arrendament de serveis i el mandat", *Revista Jurídica de Catalunya*, T. XXXV, 1929.

BORSARI, L.: *Commentario del Codice Civile Italiano*, Roma-Napoli, s/f.

BRASIELLO, U.: "Vendita con patto di riscatto o <de retrovendendo> in funzione di garanzia", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. I, 1950, pp. 98-103.

BREDIN, J. D.: "Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1956, pp. 261-289.

BROGGINI, G.: "Trust e fiducia nel diritto internazionale privato", en *Europa e Diritto Privato*, T. II, 1998, pp. 399-423.

BUCHKA, H.: *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock, 1852.

BUGLIARI, F.: "Nullità del mandato per difetto di forma e responsabilità del mandatario", en *Giustizia Civile*, T. I, 1960, pp.1037-1040.

BURDESE, A.: Voz "Fiducia (diritto romano)", *Novissimo Digesto Italiano*, T. VII, 1957, pp. 294-296.

BUTERA, A.: *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis*, Torino, 1936.

CAGNETTA: Voz "Simulazione", *Digesto Italiano*, T. XXI, Torino, 1895-1902.

CALVO, R.: *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996.

CÁMARA LAPUENTE, s.: *La fiducia sucesoria secreta*, Navarra, 1996.

CÁMARA, H.: *La simulación en los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1944.

CAMPAGNA, L.: "La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili", *Rivista di Diritto Civile*, T. I, 1974, pp. 7-29.

CAMPAGNA, L.: *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962.

CAPOZZI, G.: "Riquisiti formali del mandato senza rappresentanza", *Diritto e Giurisprudenza*, 1946, pp. 219-221.

CARBONE, V.: "Abuso di rappresentanza e inadempimento del mandato", *Il Corriere Giuridico*, 1991, pp. 1207-1210.

CARBONE, V.: "Pactum fiduciae ed interposizione reale", *Il Corriere Giuridico*, 1993, pps. 856-861.

CARCABA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986.

- CARELLI: Voz "Fiducia", *Nuovo Digesto Italiano*, T. V, Torino, 1938.
- CARIOTA-FERRARA, L.: "Forma del mandato senza rappresentanza", *Scritti minori*, Napoli, 1986.
- CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, Padova, 1933.
- CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, s/f.
- CARIOTA-FERRARA, L.: *Il negozio sul patrimonio altrui*, Padova, 1936.
- CARNELUTTI, F.: *Sistema del Diritto processuale civile*, T. II, Padova, 1928.
- CARNEVALE, C.: "Dei singoli contratti", en *Nuova Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile* (dirigido por CESARE RUPERTO y VITTORIO SGROI), Milano, 1994.
- CARNEVALI, U.: "Negozio fiduciario e mandato *post mortem*", *Giurisprudenza Commerciale*, T. II, 1975, pp. 694-705.
- CARNEVALI, U.: Voz "Mandato" (diritto civile), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, T. XIX. pp.1-12.
- CARRARO, L.: *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947.
- CARRARO, L.: *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943.
- CARRARO, L.: "In tema di forma del mandato", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1948, pp. 213-218.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil* (Registros), Apéndice a la 3ª Edición, T. I, 1945.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. II (revisada y puesta al día por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS), 14ª Edición, Madrid, 1987.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV (revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILELLA), 14ª Edición, Madrid, 1988.
- CASTRONOVO, C.: "Il Trust e 'sostiene LUPOI'", en *Europa e Diritto Privato*, T. II, 1998, pp. 441-451.
- CASULLI, V.R.: "Se il mandato senza rappresentanza per acquisto di immobili debba risultare da atto scritto", *Il Foro Italiano*, 1947, pp. 486-492.
- CHICO Y ORTIZ, J. Mª.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. I, 1989.

CIMBALI, E.: "La dottrina delle fiducie nel codice civile italiano", *Filangieri*, 1883.

CLARET Y MARTÍ, P.: *De la fiducia y del trust. Estudios de derecho comparado*, Barcelona, 1946.

CLARISSE: *De la representation. Sons rôle dans la creation des obligations*, Paris, 1949.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. U.: "Comentario a la Sentencia de 15 de junio de 1999. Negocio jurídico fiduciario. Simulación relativa. Pacto comisorio. Causa ilícita. Nulidad del contrato", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, pp. 1247-1250.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. U.: "Comentario al artículo 1.276 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA), T. XVII, Vol. I B, Madrid, 1993.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1930.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. III, Madrid, 1959.

COLIN, A. Y CAPITANT, H.: *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 2ª Edición, Paris, 1921.

CORSO, E.: "Gli "standards" di responsabilità del "trustee" nell'amministrazione dei beni soggetti a "trust"", *Rivista del Notariato*, T. I, 1996, pp. 481-402.

COSTE, A.: *De la convention de prête-nom*, Paris, 1891.

COVIELLO, N.: *Della trascrizione*, 2ª Edición, Torino, 1915.

COVIELLO, N.: *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 3ª Edición, Milano, 1924.

D'ALESSANDRO, F.: "I mandati in rem propriam all'incasso", *Il Diritto Fallimentare*, 1989, T. I, pp. 205-215.

D'AMICO, P.: Voz "Rappresentanza" (diritto civile), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, T. XXV, Roma, 1990, pp. 1-10.

DAGOT, M.: *La simulation en droit Prive*, París, 1967.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Contratos de Gestión*, Madrid, 1995.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid, 1990.

DE ANGELIS, L.: "Trust e fiducia nell'ordinamento italiano", *Rivista di Diritto Civile*, nº 3 mayo-junio, 1999, pp. 353-372.

DE BUEN, D.: *Derecho Civil Español Común*, T. II, 2ª Edición, Madrid, 1931.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto", *Revista de Derecho Notarial*, 1966, pp. 7-40.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1991.

DE GENNARO, G.: *I Contratti misti*, Padova, 1934.

DE LA TORRE OLID, F.: "La gestión de negocios ajenos sin mandato. Responsabilidad derivada de la extralimitación en la contratación bancaria", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 31, 2013.

DE LOS MOZOS, J. L.: *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Madrid, 1987.

DE MARTINI, A.: "Ancora in tema di negozio fiduciario e di negozio indiretto", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, 1947, pp. 414-416.

DE MARTINI, A.: "Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia", *Giurisprudenza Italiana*, I, 2, 1946, pp. 321-332.

DE MARTINI, A.: "Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. II, 1946.

DE NOVA: *Il tipo contrattuale*. Padova, 1974.

DE RUGGIERO, R.: *Istituzioni di Diritto Civile*, T. I, 6ª Edición, Messina, s/f.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El mandato", en *Derecho Civil II Obligaciones y Contratos* (coordinado por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

DEMOGUE, R.: *Traité des obligations en general*, T. I, Paris, 1923.

DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, T. XVIII, Vol. I, 2ª Edición, Paris, 1876.

DERNBURG, H.: *Pandette* (traducción italiana de CICALA), T. I, Vol. I, 6ª Edición, Torino, 1906.

DESANTES GUANTER, J.Mª: "Una reelección sobre la causa", *Anuario de Derecho Civil*, 1955, pp. 523-535.

DESBLEUMORTIERS, J.: *La simulation par l'emploi d'un tiers*, Tesis, Paris, 1916.

DI CAGNO, V.: "Mandato ad acquistare immobili in nome proprio e dichiarazione del mandatario di trasferimento del bene, anteriore all'acquisto", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. IV, 1955, pp. 159-164.

DI LAURO, A.: "Capacità giuridica del fallito e mandato in rem propriam", *Il Diritto Fallimentare*, T. I, 1968, pp. 382-400.

DI ROSA, G.: *Il mandato*, Milano, 2017.

DÍAZ GUIJARRO, E. Y MARTÍNEZ RUIZ, A.: *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, T. IV, Madrid, 1906.

DÍAZ GUIJARRO, E. Y MARTÍNEZ RUIZ, A.: *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, T. V, Madrid, 1908.

DIÉGUEZ OLIVA, R.: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, Valencia, 2006.

DIEZ DUARTE, R.: *La simulación de contrato en el Código civil chileno. Teoría jurídica y práctica forense*, Chile, 1957.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pp. 3-32.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: "La prohibición de comprar impuesta al mandatario", *Anuario de Derecho Civil*, 1965, pp. 640-662.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: "La utilización de persona interpuesta de los negocios de una sociedad anónima con sus propias acciones", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. I, Valencia, 1995, pp. 871-877.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: "Los efectos jurídicos de la gestión representativa", *Anuario de Derecho Civil*, 1978, pp. 489-507.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: *La representación en el Derecho Privado*, eimpresión, Madrid, 1992.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 11ª Edición, Madrid, 2003.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J. L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 5ª Edición, Madrid, 1996.

DISTASIO, N.: "Limiti all'acquisto da parte del mandante della titolarità del negozio compiuto dal mandatario", *Rivista del Diritto Commerciale*, T. II, 1951, pp.103-109.

DISTASIO, N.: "Osservazioni in tema di interposizione di persona", *Giurisprudenza Italiana*, T. I, 1951, pp. 641-644.

DIURNI, G.: Voz "Fiducia e negozio fiduciario (storia)", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. VIII, Torino, 1992, pp. 288-295.

DOMENIDÒ, F.M.: "Le anonime apparenti (nuovi problemi del diritto delle società)", en *Studi Senesi*, T. XLV, 1931.

DOMENIDÒ, F.M.: *Le anonime apparenti (nuovi problemi del diritto delle società)*, Siena, 1931.

DUSI, B.: *Diritto delle obbligazioni e contratti speciali*, Modena, 1906-1907.

DUSI, B.: *Istituzioni di Diritto Civile*, T. I, (2ª Edición puesta al día por M. SARFATTI), Torino, 1930.

ENDEMANN, W: *Lehrbuxh des Bürgerlichen Rechts*, T. I, Berlín, 1899.

ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil (parte general)* (traducción y notas de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.), T. I, Vol. II, 3ª Edición, Barcelona, 1981.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Fiducia Cum Creditore: acreedores del fiduciario y ejercicio por el fiduciante de la tercería de dominio. Comentario a la STS de 17 septiembre 2003 (RJ 2003, 6419)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 14, 2005, pp. 327-334.

ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, T. I, 8ª Edición, Madrid, 1982.

FADDA, C.: "Vendita a scopo di garanzia", *Ann. Crit. Giur. Prat.*, 1894.

FALCÓN, M.: *Código Civil Español*, T. IV, Madrid, 1889.

FELICI, G.: Voz "Frode e simulazione", *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, T. III, Milano, 1923, pp. 227-234.

FERNÁNDEZ ELÍAS, C.: *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho Civil Español*, Madrid, 1873.

FERNÁNDEZ GREGORACI, B.: "Representación indirecta y *Undisclosed agency*: su convergencia (la *Convention on agency in the international sale of goods* y los *Principles of European Contract Law*)", *Anuario de Derecho Civil*, T. LV, Fasc. IV, octubre-diciembre 2002, pp. 1717-1749.

FERNÁNDEZ GREGORACI, B.: *La representación indirecta*, Navarra, 2006.

FERRARA, F.: "Abuso di mandato. Responsabilità del mandante e del mandatario di fronte al terzo. Concorso di diritti", *Il Foro Italiano*, I, I, 1937, pp. 331-336.

FERRARA, F.: "I negozi fiduciari", en *Studi in onore di V. Scialoja*, T. II, Milano, 1905.

FERRARA, F.: *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1909.

FERRARA, F.: *Teoría dei contratti*, Napoli, 1940.

FERRARI, M.: "Se l'agente di assicurazione sia mandatario", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, T. II, 1951, pp. 766-769.

FERRARI, M.: "Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio", *Giurisprudenza Italiana*, I, I, 1951, pp. 799-806.

FERRARI, S.: *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962.

FLATTET, G.: *Les contrats pour le compte d'autrui*, Paris, 1950.

FOSCHINI, M.: "Estinzione del mandato in rem propriam per sopravvenuto fallimento del mandante", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1961, T. II, pp. 81-96.

FRANCESCHELLI, R.: *Il Trust nel diritto inglese*, Padua, 1935.

FUCHS: "Pseudonyme Rechtsgeschäfte", *Archiv für die civilistische Praxis*, CXV, 1917

FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997.

FURGIUELE, G.: *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992.

GABBA, C. F.: "Delle disposizioni fiduciarie e la prova della fiducia nel diritto civile italiano", *Foro Italiano*, T. I, 1893.

GABBA, C. F.: "La validità delle donazioni e dei lasciti atti per interposta persona a comunità o associazioni religiose esistenti in fatto, nello stato attuale della legislazione italiana", *Foro Italiano*, T. I, 1902, pp. 1386-1396.

GADDI, F., PAOLICELLI, F., GAGLIARDI, M.: "Del mandato - Del sequestro convencional, art. 1703-1802 - Libro IV - Delle Obbligazioni", en *Commentario teorico-pratico al codice civile* (dirigido por VITTORIO DE MARTINO), Roma, 1971.

GALGANO, F.: "Il negozio giuridico", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), Milano, 1988.

GALGANO, F.: "Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto", en *Commentario del Codice Civile*, (dirigido por FRANCESCO GALGANO), Bologna-Roma, 1998.

GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, T. I, Vol. II, 2ª Edición, Padova, 1993.

GALGANO, F.: *Diritto Privato*, Padova, 1999.

GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, (traducción de PRATS ALBENTOSA, L. y BLASCO GASCÓ, F.), Valencia, 1992.

GALICIA AIZPURUA, G.: *Causa y garantía fiduciaria*, Valencia, 2012.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias del Código Civil Español*, Ts. III y IV, Madrid, 1852.

GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código Civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, Ts. III y IV, Madrid, 1842.

GARCÍA LUENGO, R. B.: "Sociedad dominante, persona interpuesta y sanciones en el régimen jurídico de los negocios sobre las acciones propias", *Derecho de Sociedades anónimas II, Capital y Acciones*, Vol. II, Madrid, 1994, pp. 1495-1509.

GARCÍA VALDECASAS, G.: "La esencia del mandato", *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 769-776.

GARCÍA VALDECASAS, G.: "La gestión de los negocios ajenos", *Revista de Derecho Privado*, 1957, pp. 619-626.

GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general de derecho civil español*, Madrid, 1983.

GARCÍA VILLAVARDE, R.: "Adquisición y aceptación en garantía por la sociedad de las acciones propias", *Derecho de Sociedades anónimas II, Capital y Acciones*, Vol. II, Madrid, 1994, pp. 1333-1381.

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, 2ª Reedición, Madrid, 1981.

GASPAR ALFARO, J.: "La representación indirecta", en *Estudios de Derecho Privado* (dirigidos por ANTONIO DE LA E. MARTÍNEZ-RADIO), T. I, Madrid, 1962, pp. 313-337.

GASPERONI, N.: "Collegamento e connessione di negozi", *Rivista di Diritto Commerciale*, T. I, 1955, pp. 357-388.

GATTI, S.: "Mandato processuale, mandato in rem propriam, e fallimento del mandante", *Rivista del Diritto Commerciale*, T. II, 1980, pp. 30-41.

GENTILI, A.: *Il contratto simulato*, Napoli, 1982.

GENTILI, A.: *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978.

GETE ALONSO, Mª C.: "Comentario a la STS de 7 de mayo de 1987", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 14, 1997, pp. 4621-4630.

GETE ALONSO, Mª C.: *Notas al Tratado de Derecho Civil de L. ENNECCERUS*, T. I, Vol. II, 3ª Edición, Barcelona, 1981.

GIACOBBE, G.: *La frode alla legge*, Milano, 1968.

GIARDINO, F.: "Il mandato senza rappresentanza nell'acquisto di beni immobili. Gli effetti nel tempo", *Rivista del Notariato*, 1967, pp. 152-159.

GIORDANO, A.: "L'azione del mandante verso il terzo debitore", *Studi in onore di Alfredo De Gregorio*, T. II, Roma, 1955, pp. 33-55.

GIORDANO, A.: "Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1705 del Codice civile", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1953, T. I, pp. 93-110.

GIORDANO, F.: "Contratto di commissione e mandato senza rappresentanza", *Giustizia Civile*, T. II, 1996, pp. 171-196.

GIOVENE, A.: *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, 2ª Edición, Torino, 1917.

GIULIANI, F. M.: "Interposizione, fiducia e dichiarazioni dell'altrui appartenenza, sulle orme di un caso giurisprudenziale", *Giurisprudenza Commerciale*, 1994, T. II, pp. 8-39.

GLASSON, P.: *Théorie de la simulation*, Tesis, Paris, 1897.

GOLTZ.: *Des fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsels Rechts*, Marburg-Elevert, 1901.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. Y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, T. II, Madrid, 1861.

GÓMEZ GALLIGO, F.J.: "Titularidades fiduciarias", *Actualidad Civil*, nº 33, septiembre 1992, pp. 533-557.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *El trust: la institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Barcelona, 1997.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: "La distinción entre poder y mandato en el Código Civil Español", *Revista Internacional del Notariado*, 1960.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: "El fiduciario", en "El titular", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, pp. 287-291 y 365-372.

GORLA, G.: "Il dogma del consenso o accordo e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale", *Rivista di Diritto Civile*, T. I, 1956, pp. 923-939.

GORLA, G.: "La compravendita e la permuta", *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Torino, 1937.

GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup>. D.: "La excepción de cosas propias del mandante", *Revista de Derecho Privado*, 1989, pp. 629-643.

GRASSETTI, C.: "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico", *Rivista di Diritto commerciale*, T. I, 1936, pp. 345-378.

GRASSETTI, C.: "Il negozio fiduciario nel diritto privato", *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, pp. I-16.

GRASSETTI, C.: "Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario", *Rivista di Diritto commerciale*, 1936, pp. 548-553.

GRASSETTI, C.: *Donazione fiduciaria*, Milano, 1936.

GRAZIADEI, M.: "Considerazioni sull mandato in rem propriam nell'ipotesi di fallimento del mandante", *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, T. II, pp. 223-235.

GRAZIADEI, M.: "In tema di mandato a vendere e di negozio sul patrimonio altrui", *Giurisprudenza di Merito*, 1969, pp. 154-157.

GRAZIADEI, M.: "Mandato" (Sintesi di informazione), en *Rivista di Diritto Civile*, 1997, pp. 147-186.

GRAZIADEI, M.: "Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario" *Quadrimestre*, 1990, pp. 1-13.

GRAZIADEI, M.: Voz "Mandato" (Mandato in diritto comparato), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. XI, 1993, pp. 192-198.

GRAZIADEI, M.: Voz "Mandato", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. XI, 1993, pp. 154-185.

GRAZIANI, A.: "Il mandato senza rappresentanza", en *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953.

GRAZIANI, A.: "Negozii indiretti e negozii fiduciari", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1933, pp. 414-418.

GRECO, P.: "La società di comodo e il negozio indiretto", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, pp. 757-808.

GRESPO ALLUE, F.: *La revocación del mandato*, Madrid, 1984.

GUERRITORE: "Brevi osservazioni rispetto ai lasciti per interposte persone in favore delle sopresse corporazioni religiose", *Corte*, 1909.

GUILLOUARD, L.: *Traité des contrats aléat et du mandat*, Paris, 1887.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Mandatario que adquiere en nombre propio", en *Estudios homenaje al Profesor Federico De Castro*, T. I, Madrid, 1976, pp. 759-784.

HERNÁNDEZ GIL, A.: "Notas a las SSTs de 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, pp. 697-701.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras Completas*, T. III, Derecho de Obligaciones, Madrid 1988.

HUC, T.: "Donations et testaments (Art. 893 à 1100)", *Commentaire Théorique et pratique du Code Civil*, T. VI, Paris, 1894.

HUPKA, J.: *La representación voluntaria en los negocios jurídicos* (traducido por L. Sancho Seral), Madrid, 1930.

JAEGER, P. G.: *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.

JORDANO BAREA, J. B.: "Contratos mixtos y unión de contratos" (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1950), *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pp. 321-339.

JORDANO BAREA, J. B.: "Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 619-628.

JORDANO BAREA, J. B.: "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)", *Anuario de Derecho Civil*, T. II, 1983, pp. 1435-1454.

JORDANO BAREA, J. B.: "Mandato para enajenar", *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pp. 1458-1498.

JORDANO BAREA, J. B.: "Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario", *Revista de Derecho Privado*, 1958, pp. 827-836.

JORDANO BAREA, J. B.: "Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto", *Revista de Derecho Privado*, 1958, pp. 1020-1032.

JORDANO BAREA, J. B.: "Problemática del negocio fiduciario", *Revista de Derecho Privado*, 1958, pp. 515-533.

JORDANO BAREA, J. B.: *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959.

JÖRS, P.- KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano* (traducción de L. PRIETO CASTRO), Barcelona, 1937.

KÖHLER, H.: "Studien über Mentalreservation und Simulation", *Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik*, T. XVI, 1878.

LABAND: "Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch", *Goldschmidts Zeitschr. F. Handelsr.*, T. X, 1866.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "La causa en los contratos de garantía", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "La gestión de negocios sin mandato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. I, 1975, pp. 245-270.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, T. II (edición revisada y puesta al día por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ), Barcelona, 1999.

LEHMANN, H.: *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, T. I (traducción y notas de JOSÉ MARÍA NAVAS, Madrid, 1956).

LENEL, O.: "El mandato retribuido", *Revista de Derecho Privado*, 1928, pp. 369-373.

LENEL, O.: "Mandato y poder" (traducción de W. ROCES), *Revista de Derecho Privado*, 1924, pp. 369-378.

LENZI, R.: "Operatività del trust in Italia", *Rivista Notarile*, T: II, 1995, pp. 1379-1387.

LEÓN ALONSO, J.R.: "Comentario a los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil", en *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA), T. XXI, Vol. II, Madrid, 1986.

LEÓN ARCE, A.: "La representación", en *Negocio jurídico y representación*, Madrid, 1989.

LEPAULLE, P.: "La notion de Trust et ses applications dans les divers systèmes juridiques", *Actes du Congrès International de Droit Privé*, Roma, 1950, pp. 197-208.

LEPAULLE, P.: *Traité theorique et pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P.: *Du prête-nom*, Tesis, Caen 1898.

LINARES NOCI, R.: *Poder y Mandato (Problemas sobre su irrevocabilidad)*, Madrid, 1991.

LIPARI, N.: "Mandato in rem propriam e fallimento del mandante", *Rivista del Diritto Commerciale*, T. II, 1963, pp. 95-109.

LIPARI, N.: *Il negozio fiduciario*, Reimpresión, Milano, 1971.

LOMONACO, G.: "La interposizione di persona in tema di disposizioni fiduciarie", *Diritto e Giurisprudenza*, 1899, pp. 217-225.

LONGO, G.: "Fiducia cum creditore", en *Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana*, Milano, 1938, pp. 795-837.

LONGO, G.: *Corso di diritto romano: la fiducia*, Milano, 1933.

LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona 1994.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: "La gestión típica derivada del mandato", en *Contratos de Gestión. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, pp. 65-85.

LUMINOSO, A.: "Mandato, commissione, spedizione", en *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), T. XXXII, Milano, 1984.

LUPOI, M.: "Lettera a un notaio curioso di "trusts"", *Rivista del Notariato*, T. I, 1996, pp. 343-356.

LUPOI, M.: "Riflessioni comparatistiche sui trusts", *Europa e Diritto Privato*, T. II, 1998, pp. 425-440.

LUPOI, M.: "Trust e sistema italiano; problemi e prospettive", *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, pp. 101-114.

LUPOI, M.: *Introduzione ai trusts: diritto inglese, convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Milano, 1994.

LUPOI, M.: *Trust Laws og the World*, Roma, 1996.

LUPOI, M.: *Trusts*, Milano, 1997.

MANCINI, T.: "In tema di negozio fiduciario", *Foro Italiano*, I, 1960, pp. 1838-1842.

MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>.: *Comentarios al Código Civil Español*, T. V, Madrid, 1910.

MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>.: *Comentarios al Código Civil Español*, T. VI, Madrid, 1911.

MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>.: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6<sup>a</sup> Edición (revisada por JOSÉ M<sup>a</sup> BLOCH), Madrid, 1972.

MARCADÈ, V.: *Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. III, 7<sup>a</sup> Edición, Paris, 1873.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Sustituto, subapoderado y auxiliar: una interpretación de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil", *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre, 1993, pp. 65-155.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: "Comentario a la Sentencia de 26 de abril de 2001 Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato simulado). Distinción entre ambas figuras", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 58, 2002, pp. 147-171.

MARTÍN BALLESTERO, L.: *De la causa en los negocios jurídicos contractuales*, Madrid, 1956.

MARTÍN LEÓN, A.: "Negocios Fiduciarios y usucapión", *Anuario de Derecho Civil*, T. LXVI, fasc. III, 2013, pp. 1163-1276.

MARTÍN LEÓN, A.: *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad*, Navarra, 2012.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Navarra, 2002.

MARTINI, R.: Voz "Mandato" (Mandato nel diritto romano), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. XI, 1993, pp. 198-205.

MARTY, G ET RAYNAUD, P.: *Traité de Droit civil*, T. II, Paris, 1962.

MAZEAUD, H.: *Cours de Droit Civil*, 1956.

MEDRANO RUIZ DEL ÁRBOL, J.A.: "Formas indirectas o atípicas de garantía", en *Estudios de Derecho Público y Privado*, T. I, Valladolid, 1965.

MELUCCI, P.: *Istituzioni di Diritto Civile*, Napoli, 1905.

MENGONI, L.: "Profili dogmatici dell'acquisto *a non domino*", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1949, T. I.

MENGONI, L.: *L'acquisto <a non domino>*, Milano, 1949.

MESSINA, G.: *Negozi fiduciari*, Milano, 1910.

MESSINEO, F.: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, T. I, Milano, 1957.

MIGNAULT, P.B.: "La fiducie dans la Province de Québec", *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1936, pp. 119-136.

MILITERNI, I.: "Brevi note sulla natura giuridica dell'azione spettante al mandante ai sensi dell'art. 1.705, secondo coma, parte seconda", *Diritto e Giurisprudenza*, 1960, pp. 287-291.

MIÑANA, E.: "Los trusts. Breves consideraciones acerca de los medios de su implantación en España", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, pp. 599-616.

MINERVINI, G.: "Il Mandato, la Commissione, la Spedizione", en *Trattato di Diritto Civile Italiano* (dirigido por FILIPPO VASSALLI, T.), VIII, Vol. I, 2ª Edición, Torino, 1957.

MINERVINI, G.: "Il Mandato, la Commissione, la Spedizione", en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por Filippo Vassalli, T. VIII, Vol. I, 2ª Edición, Torino, 1957.

MINERVINI, G.: "Il trasferimento nel mandato ad alienare in proprio nome", *Rivista del Diritto Commerciale*, T. I, 1950, pp. 484-496.

MINERVINI, G.: *Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione, s/f.*

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>.: "Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia", *Anuario de Derecho Civil*, T. LII, Fasc. II, 1999, pp. 565-596.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>.: Voz "Posesión", *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. III, Madrid, 1995, pp. 4946-4952.

MIRABELLI, G.: "Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 C.C. (contributo allo studio dell'interposizione di persona)", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1955, pp. 1057-1097.

MIRABELLI, G.: *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile Italiano*, T. I, Torino, 1889.

MONACCIANI: *Azzione e legittimazione*, 1951.

MONTECCHIARI, T.: *La simulazione del contrato*, Milano, 1999.

MONTÉS PENADÉS, V.L.: "La representación", en *Derecho Civil, Parte General*, Valencia, 1998.

MONTÉS PENADÉS, V.L.: "Perfiles jurídicos de la relación de gestión", *Contratos de Gestión. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, pp. 11-64.

MORELLO, U.: "Fiducia e trust: due esperienze a confronto", *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, págs. 17 a 100).

MORELLO, U.: "Fiducia e trust: due esperienze a confronto", *Quadrimestre*, 1990, pp. 239-272.

MORELLO, U.: "Rappresentanza e interposizione fiduciaria", *Rappresentanza e gestione* (dirigido por GIOVANNA VISINTINI), Padova, 1992, pp. 32-35.

MOURLON, F.: *Code Napoléon*, 7ª Edición, Paris, 1866.

MUCIUS SCAEVOLA, Q.: "De la Herencia", en *Código Civil* (comentado, concordado y puesto al día por ORTEGA LORCA, F.), T. XIII, 5ª Edición, Madrid, 1944.

MUCIUS SCAEVOLA, Q.: "De los diferentes modos de adquirir la propiedad - Ocupación - Donación", en *Código Civil* (comentado, concordado y puesto al día por ORTEGA LORCA, F.), T. XI, Vol. II, 5ª Edición, Madrid, 1943.

MUCIUS SCAEVOLA, Q.: "Del contrato de compraventa y de permuta", en *Código Civil* (comentado, concordado y puesto al día por BONET RAMÓN, F.), T. XXIII, 2ª Edición, Madrid, 1970.

MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación*. 3ª Edición, Colombia, 2011.

MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación. Simiótica de los negocios jurídicos simulados*, Barcelona, 1972.

NANNI, L.: *L'interposizione di persona*, Padova, 1990.

NATOLI, U.: *La proprietà, Appunti delle lezioni*, T. I, Milano, 1973.

NATOLI, U.: *La rappresentanza*, Milano, 1977.

NATTINI, A.: "Il negozio autorizzativo", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1912.

NAVARRO MARTORELL, M.: "Aislamiento de los negocios fiduciarios", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. I, 1950, pp. 427-477.

NAVARRO MARTORELL, M.: "Notas sobre el concepto y estructura de los negocios fiduciarios", *Revista de Derecho Privado*, 1950, pp. 224-238.

NAVARRO MARTORELL, M.: *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950.

NEPPI, V.: *La rappresentanza nel Diritto Privato Moderno*, Padova, 1930.

NIGRO, A.: "Mandati irrevocabili all'incasso e fallimento", *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, 1992, pp. 556-563.

NITTI, R.: Voz "Negozio fiduciario", *Novissimo Digesto Italiano*, T. XI, 1957, pp. 202-208.

NUÑEZ LAGOS, R.: "Mandatario sin poder", *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 609-632.

NUÑEZ LAGOS, R.: "Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista", en *Cuestiones de Derecho privado de nuestra postguerra*, 1942.

NUÑEZ LAGOS, R.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*, Madrid, 1934.

OERTMANN, P.: *Die Fiducia in römischen Privatrecht*, Berlin, 1890.

OLIVA, P.: "Revoca del mandato in "rem propriam" all'incasso", *Fallimento*, 1995, pp. 868-871.

ORTEGA PARDO, G.: "Donaciones indirectas", *Anuario de Derecho Civil*, T. II, fasc. III, 1949, pp. 918-980.

PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, T. II, Vol. I, Firenze, 1914.

PANTALEÓN PRIETO, F.: Voz "Negocio fiduciario", *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. III, Madrid, 1995, pp. 4407-4409.

PAPANTI-PELLETIER.: *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984.

PARA MARTÍN, A.: "En torno a la Fiducia Cum Creditore", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, T. I, Madrid, 2003.

PELLICANÒ, A.: *Il problema della simulazione nei contratti*, Padova, 1988.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B.: *Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética*, México, 1989.

PÉREZ GONZÁLEZ, B., Y ALGUER, J.: Notas al Tratado de Derecho Civil de L. ENNECCERUS (puestas al día por M<sup>a</sup> DEL CARMEN GETE ALONSO), T. I, Vol. II, 3<sup>a</sup> Edición, Barcelona, 1981.

PÉREZ MARTÍN, A.: "Mandato y representación en el derecho histórico", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1994, pp. 205-264.

PERNA, P.: "Delle disposizioni fatte a pro di corporazioni religiose soppresse per interposta persona", *Diritto e Giurisprudenza*, 1911.

PERSEGANI TRIMARCHI, A.: "Acquisti di beni mobili del mandatario", *Giurisprudenza di Merito*, 1994, pp. 391-393.

PESTALOZZA, F.: *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano, 1919.

PESTALOZZA, F.: Voz "Simulazione", *Enciclopedia Giuridica Italiana*, T. XV, Milano, 1925.

PÈTEL, P.: *Le contrat de mandat*, Editorial Dalloz, Paris, 1994.

PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité Practique de Droit civil français*. T. I y T. VI, Paris, 1926.

PRESA, T.: "La simulación", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. II, 1930, pp. 36-43.

PRESTON: *Étude sur les Trust et Trustees*, Paris, 1904

PROVERA, G.: Voz "Mandato (storia)", *Enciclopedia del Diritto*, T. XXV, 1975, pp. 310-320.

PUGLIATTI, S.: "Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1936, T. I, pp. 1-38.

PUGLIATTI, S.: "La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante", *Il Foro Padano*, 1953, pp. 1-38.

PUGLIATTI, S.: "La simulazione dei negozi unilaterali", *Scritti Giuridici in onore di Antonio Scialoja*, T. III, Bologna, 1953.

PUGLIATTI, S.: "Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico", *Nuova Rivista di Diritto Commerciale. Diritto dell'economia. Diritto sociale*, T. I, Vol. II, 1947-48, pp. 13-21.

PUGLIATTI, S.: *Diritto Civile. Metodo - teoria - pratica. Saggi*, Milano, 1951.

PUGLIATTI, S.: *Istituzioni di Diritto Civile*, T. III, 2ª Edición, Milano, 1935.

PUGLIATTI, S.: *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965.

PUGLIESE, G.: *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova, 1938.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. III, Barcelona 1964.

PUIG BRUTAU, J.: Voz "Negocio jurídico", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XVII, Barcelona, 1982, pp. 204-276.

QUATRARO, B.: "Fallimento dell'accreditato e crediti della banca derivanti da apertura di credito garantita da ipoteca pegno, mandato in rem propriam all'incasso di crediti o cessioni di credito", *Rivista Italiana del Leasing*, 1989, pp. 3-81.

RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: "Interposición ficticia de persona como forma de simulación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, febrero 2020, pp. 246-331.

RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, Valencia, 1999.

RAGUSA MAGGIORE G.: "Il mandato in rem propriam nel fallimento e le massime di giurisprudenza", *Il Diritto Fallimentare*, T. II, 1983, pp. 316-320.

RAVÀ, T.: "Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto", *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, T. I, 1952, pp. 249-288.

RAVÀ, T.: *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, Milano, 1953.

REGELSBERGER, F.: "Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession", *Archiv Für die civilistische Praxis*, T. LXIII, 1880.

REGELSBERGER, F.: *Pandekten*, Leipzig, 1893.

RESCIGNO, P.: "Notazioni a chiusura di seminario sul Trust", en *Europa e Diritto Privato*, T. II, 1998, pp. 453-462.

REYMOND, G.: *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Montreux, 1948.

RICA Y ARENAL, R.: *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria: supresiones, modificaciones e innovaciones que introduce en la legislación vigente*, Madrid, 1945.

RICCI, F.: *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, T. VI, Milano, 1886.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Representación sin poder y ratificación*, Madrid, 2013.

ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>: "La representación voluntaria", *Estudios de Derecho privado*, T. I, Madrid, 1948, pp. 113-158.

ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>: "La revocación y la sustitución del poder y del mandato", *Estudios de Derecho privado*, Vol. I, Madrid, 1948, pp. 405-447.

- ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>: *Derecho Hipotecario*, T. I, T. II y T. IV, Barcelona, 1948.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Comentario al artículo 1.219 del Código Civil" en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, 1998.
- ROMANO, S.: "Contributo esegetico allo studio della simulazione (L'art. 1414 C.c.)", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1954, pp. 15-61.
- RUBINO, D.: *El negocio indirecto* (traducción española de RODRÍGUEZ-ARIAS, E.), Madrid, 1953.
- RUMPF, A.: "Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäft", *Archiv Für die civilische Praxis*, 1921.
- SACCO, R.: "Il contratto", en *Trattato di Diritto Civile Italiano* (dirigido por FILIPPO VASSALLI), Torino, 1975.
- SACERDOTI, V.: "Dell'efficacia degli atti simulati di fronte ai terzi", *Il Foro Italiano*, T. I, 1905, pp. 1416-1434.
- SAGGESE, F.: *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, Napoli, 1933.
- SALVIOLI, G.: "Della fiducia testamentaria secondo il codice civile italiano", *Legge*, T. I, 1889.
- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, J.: *El Derecho Civil Español*, Madrid, 1871.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, Madrid, 1891.
- SÁNCHEZ URITE, E. A.: *Mandato y Representación*, Buenos Aires, 1986.
- SANPONS SALGADO, M.: *El Mandato*, Barcelona, 1964.
- SANTAGATA, C.: "Del Mandato", en *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni* (dirigido por SCIALOJA E BRANCA), Libro IV, Bologna-Roma, 1985.
- SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto Civile*, 7<sup>a</sup> Edición, Napoli, 1962.
- SANTORO PASSARELLI, F.: *Istituzioni di Diritto Civile*, Napoli, 1945.
- SANTORO, L.: "Trust e fiducia", en *Contratto e Impresa*, T. III, Padova 1995, pp. 976-1013.

SANTORO-PASSARELLI, F.: “Responsabilità del fatto altrui, mandato, contratto di lavoro gestorio”, *Il Foro Italiano*, 1937, pp. 329-336.

SANTORO-PASSARELLI, F.: “Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina”, *Foro Italiano*, 1931, pp. 176-179.

SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Comentarios a la nueva ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.

SAPENA TOMÁS, J.: “Actualidad de la fiducia cum creditore”, *Revista de Derecho Notarial*, T. XVII-XVIII, 1957, pp. 125-212.

SCADUTO, G.: “La rappresentanza mediata nell’acquisto di diritti”, *Revista di Diritto Commerciale*, T. XXIII, 1925, pp. 525-540.

SCHIZZEROTTO, G.: *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983.

SCIALOJA, v.: “Brevi osservazioni sulle disposizioni fiduciarie nel diritto civile italiano”, *Foro Italiano*, 1898, T. I, pp. 1107-1110.

SCOGNAMIGLIO, R.: “Contratti in generale”, en *Trattato di Diritto civile* (dirigido por G. GROSSO y F. SANTORO-PASSARELLI), T. IV, Vol. II, Milano, 1975.

SCOGNAMIGLIO, R.: Voz “Collegamento negoziale”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. VII, Milano, 1960, pp. 375-381.

SEGRÈ, G.: “In materia di simulazione”, *Scritti Giuridici*, T. I, Roma, 1930, pp. 422-435.

SEGRÈ, G.: “Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio”, *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, T. II-III, 1929, pp. 832-840.

SIMONCELLI, v.: *Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, 3ª Edición (aumentada por FILIPPO E. VASALLI), Roma, 1921.

SIRENA, P.: “Falsa rappresentanza e gestione di affari altrui nel procedimento di costituzione di una società di capitali”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, T. I, 1994, pp. 879-889.

SOHM, R.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 17ª Edición, Madrid, 1928.

SOLAVAGIONE, S.: “Mandato in “rem propriam” e cessione del credito”, *Contratti*, 1993, pp. 189-196.

SOLS LUCIA, A.: *El fraude a la ley. Estudio analítico del art. 6.4 del Código Civil en la Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1989.

SOTGIA, S.: "Opposizione a decreto di ingiunzione in surrogazione del debitore-Nullità d'avallo e conflitto d'interessi nella rappresentanza", *Il Foro Italiano*, 1933, pp. 811-816.

SOTO NIETO, F.: *Cuestiones jurídicas (Jurisprudencia creadora)*, T. III, Madrid, 1976.

SPOTA, A.: "Negocio jurídico fiduciario: su distinguo con el negocio jurídico simulado", *La Ley*, 1975.

STERIO, M.: *Delle persone interposte*, Torino, 1895.

STOLFI, F.; Voz "Interposizione di persona", *Dizionario pratico del diritto privato*, T. III, Milano, 1923, pp. 774-797.

STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

TAMBURRINO, G.: "Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione", *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. I, 1946, pp.185-192.

TARANTO, G.: "Della nullità dei testemanti tendenti a beneficiare per interposta persona enti ecclesiastici esistenti in fatto", *Filangieri*, 1907.

TARTUFARI, L.: *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti in diritto civile e commerciale*, Torino, 1892.

TILOCCA, E.: "Il problema del mandato", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969, pp. 872-1002.

TONDO, S.: "Sul riconoscimento del Trust nel nostro ordinamento", en *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991, pp. 117-136.

TORRENTE, A. Y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1990.

TOULLIER, C.B.M.: *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*, T. V, 5ª Edición, Bruxelles, 1830.

TRAVIESAS, M. M.: "La representación y otras instituciones", *Revista de Derecho Privado*, 1923, pp. 33-50.

TRIMARCHI, V. M.: Voz "Negozio fiduciario", *Enciclopedia del Diritto*, T. XXVIII, Milano, 1978, pp. 32-51.

TROPLONG, M.: *Du mandat*, Bruxelles, 1847.

UGAS, A. P.: "In tema di rappresentanza e spendita del nome per contegno concludente", *Rivista Giuridica Sarda*, 1990, pp. 440-444.

VALENTE, A.: *L'intestazione di beni sotto nome altrui*, Milano, 1958.

VALENTE, A.: *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milano, 1961.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, T. I y T. III, 2ª Edición, Valladolid, 1920.

VELASCO SAN PEDRO, L. A.: *La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*, Valladolid, 1985.

VERDERA Y TUELLS, E.: "Algunos aspectos de la simulación", *Anuario de Derecho Civil*, 1950.

VIGO, R.: "La revoca del mandato in rem propriam all'incasso nell'amministrazione straordinaria", *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1989, T. I, pp. 555-589.

VINCENZO, S.: *Il Trust: profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996.

VISINTINI, G.: "Aspetti fiscali del trasferimento e dell'intestazione fiduciaria", *Gli aspetti civilistici e fiscali dell'intestazione fiduciaria*, en *Atti del Convegno di Venezia 5 giugno 1976*, Milano, 1976.

VISINTINI, G.: "Della rappresentanza", en *Commentario del Codice Civile* (dirigido por F. GALGANO), Bologna-Roma, 1993.

VITALE, G.: "Un tentativo di interpretazione sistematica in tema di mandato senza rappresentanza", *La Calabria Giudiziaria*, 1968, pp. 291-316.

VON JHERING, R.: "Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte", *Jhering's Jahrbücher*, T. I, 1858.

VON JHERING, R.: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, (traducción DE MEULENAERE, O.), T. IV, 12ª Edición. Paris, 1880.

VON SAVIGNY, F.K.: *Sistema del Diritto Romano Attuale*, (traducción de V. SCIALOJA), Ts. III y IV, Torino, 1891.

VON TUHR, A.: *Tratado de las Obligaciones* (traducción de W. ROCES), T. I, Madrid, 1934.

WEISER; *Trust on the Continent of Europe*, Londres, 1936.

WILSON, W. A.: *Trust, trustees and executors*, Edinburgh, 1995

WINDSCHEID, B.: *Diritto delle pandette*, T. II, (traducción italiana de CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENZA), Torino, 1925.

WITZ, C.: *Le fiducie en droit privé français*. Paris, 1981.

ZACCHEO, M.: *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991.

ZANELLI, E.: *Rappresentanza e gestione*, Milano, 1968.

ZAZZERA, S.: "Legittimazione del mandante non rappresentato ad agire nei confronti del terzo", *Diritto e Giurisprudenza*, 1971, pp. 740-743.

