

Curso de Conferencias en la Academia Madrileña del Notariado

El negocio fiduciario (Estudio critico de la teoria del doble efecto),
POR FEDERICO DE CASTRO.

El pasado día 14 de noviembre disertó en la Academia Madrileña del Notariado don FEDERICO DE CASTRO, quien pronunció una magistral conferencia con el título que sirve de epigrafe a esta reseña. El profesor DE CASTRO es hoy, sin duda alguna, nuestra máxima autoridad en materias de Derecho civil, razón por la cual su palabra es siempre importante. Esta conferencia lo es además por su mismo contenido. Estamos seguros de que se recordará durante mucho tiempo.

El tema del negocio fiduciario es un tema a la par difícil desde el punto de vista de su construcción teórica y de una gran trascendencia práctica. Es un tema en el cual vivimos de una serie de tópicos que aceptamos usualmente como moneda corriente de curso legítimo. Uno de estos tópicos es lo que el profesor de la Universidad de Madrid llama la «teoría del doble efecto», es decir, la idea según la cual el negocio fiduciario origina en el plano real un efecto de genuina y plena transmisión de la propiedad, mientras que en el plano obligacional genera la pura obligación del fiduciario de retransmitir cuando la *causa fiduciae* se ha cumplido. Esta teoría, hoy generalmente aceptada en nuestro país, conduce a unas consecuencias que intuitivamente consideramos injustas, como ha ocurrido en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1965, en la cual se admite por primera vez que el tercero que recibe los bienes del fiduciario adquiere un dominio inimpug-

nable, *aunque no sea un tercero de buena fe*, por conocer la existencia de la fiducia y su alcance.

La tesis fundamental del profesor DE CASTRO en la conferencia que comentamos es que la llamada teoría del doble efecto es del todo insostenible y además que es de la mayor importancia mostrar su inexactitud, ya que contradice y puede incluso llegar a minar los fundamentos mismos del sistema jurídico español.

«El negocio fiduciario, y la construcción del doble efecto que la acompaña, nace perfecto y acabado de la cabeza de un jurista como Minerva saliera de la cabeza de Zeus». Esta concepción se ha presentado como ungida con el doble carisma del Derecho Romano clásico y de la dogmática del pandectismo alemán, pero considerada la figura en su desnudez y contemplada sin prejuicios «aparece como una invención doctrinaria, sin amparo en las leyes y sin los cuarteles de nobleza de la elaboración medieval; engendro advenedizo y forastero, ajeno y contrario a nuestra secular tradición jurídica».

Puede decirse además que no puede basarse en el Derecho Romano; que no fue admitida, sino contradicha, en el Derecho común; que está en trance de abandono en la práctica y en la doctrina alemana; que es rechazada por la opinión común en Italia, de cuya doctrina lo recibió la española, y que ni siquiera en España puede decirse generalmente aceptada, dada la autoridad de los que discrepan (VALLET, LACAL, SAPENA).

La figura del negocio fiduciario, concebida con arreglo a la teoría del doble efecto, fue inventada por Ferdinán REGELSBERGER, alrededor del año 1880, y gozó de la gran autoridad de VON TUHR. Carece, sin embargo, de fundamentos en el Derecho Romano. La fiducia no aparece mencionada en el *Corpus Justinianeum*. El descubrimiento de la *Instituta* de GAYO, sin embargo, puso de moda esta figura entre los juristas del siglo XIX. Cualesquiera que sean las construcciones que sobre ella se realicen (fiducia *cum amico*, fiducia *cum creditore*), parece claro que se funda en los siguientes postulados: a) una especial valoración social e incluso penal de *fides*; b) un sistema de transmisión abstracta y solemne de la propiedad (*mancipatio, in iure cessio*); c) la inexistencia de las figuras especiales de los derechos reales de garantía (prenda, hipoteca).

La figura del negocio fiduciario se crea, como se ha dicho ya, en Alemania en la pandectística del siglo XIX. Su necesario postulado es un sistema de transmisión abstracta del dominio—la *Enigung* o contrato real—. Tropezó, sin embargo, desde el primer momento con un insalvable obstáculo: la interpretación de la Ley de Concursos. En el caso de concurso de acreedores del fiduciario, la doctrina reconoció al fiduciante un derecho de separación (*Aussonderungsrecht*) para excluir de la masa el bien, solución incompatible en buena lógica con los axiomas de la teoría del doble efecto. De esta manera, la teoría del doble efecto no tuvo nunca en Alemania plena fuerza y hoy aparece abandonada por la mayor parte de los autores (FLUME, BOEHMER, HEDEMAN, WESTWERMANN, LEHMANN, ESSER, LARENZ).

En la doctrina italiana, la figura se recibió por obra de FRANCESCO FERRARA. No pudiendo tener su fundamento en una transmisión abstracta del dominio, los autores buscaron apoyo en la construcción de una especial causa o fin económico-social: la *causa fiduciae*. Pero la mayor parte de la doctrina ha rechazado esta construcción (CARIOTA FERRARA, SANTORO PASSARELLI).

En la doctrina española la construcción del negocio fiduciario fué admitida «en virtud de esa generosa xenofilia que la ha venido caracterizando», mas sin advertir las profundas diferencias entre el sistema jurídico español en materia de transmisión de la propiedad (causalista, con libertad de prueba y primacía de la buena fe) y el alemán. Cabe en la doctrina española distinguir tres momentos. El primero, en que se recoge la figura con el sentido prudente de la práctica judicial alemana (así: R. D. G. R., 14 de junio de 1922 y don Jerónimo GONZÁLEZ, *El fiduciario*, 1928). Un segundo, en que se vulgariza la doctrina del doble efecto por obra de la autoridad inigualada de CASTÁN, que la recoge en la forma extremada y logicista en que la expusieron FERRARA y VON TUHR. Se recibe así por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Finalmente, una posición más crítica, cuyos antecedentes se encuentran en SAPENA, LACAL y VALLET.

Planteado así el problema, busca el conferenciante el fundamento de esta construcción del doble efecto real y obligacional carente de apoyo en los textos legales. Dos han sido las construc-

ciones propuestas: la que lo funda en la voluntad o autonomía privada, y la que busca una causa especial (*causa fiduciae*). Ambas son insatisfactorias y objeto de una detenida crítica.

Examina después el conferenciante el problema de la quiebra del fiduciario, donde la generalidad de los autores y la práctica judicial se ven forzados a reconocer el derecho del fiduciante como derecho real de separación, encontrando también carentes de base las explicaciones que se ha querido dar al fenómeno para salvar el principio o punto de partida. Estudia, finalmente, la figura del «interpósito», sobre todo en las Leyes que se ocuparon de las situaciones creadas por la Iglesia y las Ordenes y Congregaciones religiosas (Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero de 1942), para llegar a la conclusión de que en el sentido de dichas Leyes la propiedad de los bienes no sale nunca del fiduciante.

Sin duda, ha sido una bella conferencia. Ha contribuido además a desmitificar muchos de nuestros tópicos y a superar las aporías e injusticias a que conducía lo que podemos llamar el punto de vista clásico del negocio fiduciario. Falta ahora la segunda parte, en la cual esperamos que el autor nos dé su punto de vista sobre el negocio fiduciario, superada la teoría del doble efecto.

D. P.