

FIDUCIA, NEGOCIO FIDUCIARIO Y TITULARIDAD FIDUCIARIA: UN RECORRIDO A TRAVÉS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Gema Tomás Martínez

Profesora de Derecho Civil y de Derecho romano
Universidad de Deusto

Sumario: 1. La recepción de la *fiducia* en Derecho español. 2. La influencia de Jerónimo González. 3. La «segunda» recepción de la *fiducia*. 3.1. La teoría del doble efecto difundida por José Castán Tobeñas. 3.2. La doctrina ante el planteamiento fiduciario pandectístico. 4. El replanteamiento de la *fiducia* a través de la obra de Federico De Castro. 4.1. Percepción del negocio fiduciario por la doctrina y jurisprudencia contemporánea. 4.2. La eficacia jurídico-real de las operaciones fiduciarias. a) *Fiducia* de garantía (*fiducia cum creditore*). b) *Fiducia* de gestión o administración (*fiducia cum amico*). 5. El legislador frente al negocio fiduciario. 6. La aproximación del negocio fiduciario al negocio simulado. 7. Recapitulación.

En el Código civil español de 1889 no hay ninguna referencia a la institución romana de la *fiducia*, como tampoco aparece en ninguno de los grandes Códigos civiles europeos del siglo XIX. Ello tiene su explicación en la supresión de que fue objeto por parte de la comisión nombrada por Justiniano para la elaboración del Digesto. Dicha comisión entendió que la *fiducia* debía eliminarse de los textos romanos clásicos que fueron seleccionados al haber desaparecido totalmente de la vida postclásica romana¹.

Sin embargo, y a pesar de esta ausencia en los códigos modernos², la *fiducia* se ha incorporado a la realidad jurídica europea y en concreto

¹ Las principales fuentes de la *fiducia* romana son: Gai 2, 59-60 y 4, 62; *Pauli Sententiae* 2, 13 (FIRA, II, ed. J. Baviera, Firenze, 1940, pp. 341-342) y dos testimonios epigráficos de singular valor como la *Formula Baetica* y la *Mancipatio Pompeiana* (FIRA, III, ed. V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1943, pp. 291-297). Ver comentarios de A. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la época romana*, Madrid, 1953, pp. 431-446. Una revisión de las fuentes romanas sobre la *fiducia* puede verse en: NOORDRAVEN, B., *Die fiducia im römischen Recht*, Gieben, Amsterdam, 1999; JAKOBS, H. H., «Fiducia und Delegation (Paulus D.46,2,12 *more historico*)», *SZZ* (1993) pp. 370-426; y en la doctrina española FUENTESECA, P., «Líneas generales de la *fiducia cum creditore*» en J. PARICIO y otros, *Derecho romano de obligaciones*, Madrid, 1994, pp. 387-438.

² Es una excepción relevante la referencia a la *fiducia* que ha incorporado el nuevo Código civil holandés de 1992. Este cuerpo legal niega que las transferencias fiduciarias su-

a la del Derecho español. Su recepción se ha producido en nuestro caso a través de la jurisprudencia y de la doctrina en tres fases bien diferenciadas. En cada una de ellas, se ha dado un paso en la construcción de esta figura y en la adaptación a nuestro ordenamiento. Y todo ello de la mano de tres importantes juristas que han imprimido su peculiar manera de entender la *fiducia* y de encuadrarla en los principios que inspiran nuestro sistema jurídico, tal y como se expone en el presente trabajo:

1. La recepción de la *fiducia* en Derecho español

La *fiducia* aparece en España en la segunda década de los años veinte con ocasión de un recurso planteado en la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a una adjudicación para pago de deudas hereditarias. Esta figura es una fórmula para hacer posible el pago de obligaciones en aquellos casos en que son varios los llamados a la sucesión y no hay metálico suficiente para su satisfacción. Se trata en estas circunstancias de atribuir a uno o a varios de los herederos (incluso a un extraño, si bien esto no es muy frecuente) los bienes que fueran precisos con el encargo de venderlos y pagar dichas deudas con su importe. Incluso puede darse excepcionalmente la circunstancia de que el adjudicatario las satisfaga con los propios bienes adjudicados (*datio in solutum*).

Constituye, por lo tanto, una solución alternativa a la liquidación conjunta por parte de todos los sucesores, cuyas diferentes voluntades acerca de cómo enajenar los bienes, pueden ser difíciles de armonizar. Por ello esta adjudicación fue una vía especialmente valiosa en tiempos pasados en los que el transporte y las dificultades de comunicación, por un lado, y el mayor número de hijos, por otro, complicaban en numerosas ocasiones la cuestión sucesoria del pago de las deudas. Se convertía

pongan transmisión de dominio. *Cfr.* Burgerlijk Wetboek (1992) 3:84 párrafo 3: «Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het oed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed.» («A juridical act which is intended to transfer property for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the property in the patrimony of the acquirer, after transfer, does not constitute a valid title for transfer that property», trad. J.G. VAN REIGERSBERG VERLUYS-B. MORENO QUESADA, *Derecho patrimonial neerlandés*, Málaga, 1996). En opinión de H. ANKUM, «Principles of Roman law absorbed in the New Dutch Civil Code», in *Právníká fakulta Masarykovy univerzity* (1994) p. 205 y p. 212, se trata de una reforma impulsada por las decisiones del Tribunal Supremo. Sobre el mismo tema: Idem, «Das *Fiducia*-verbot des niederländischen zivilgesetzbuches con 1992», en *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Salisburgo, 13-15 settembre 2001, a cura di L. Vacca (Torino 2003).

en un intrincado asunto que se prolongaba durante largo tiempo, encareciendo los gastos y dilatando la rápida satisfacción de los acreedores del causante. En la actualidad, sin embargo, las circunstancias mencionadas han cambiado sustancialmente y la adjudicación para pago de deudas hereditarias ha caído en desuso.

Pues bien, esta institución atípica, dado que carece de regulación sustantiva, fue precisamente la puerta de entrada de la *fiducia* en nuestro Derecho. La Dirección General de los Registros y del Notariado acudió a ella en el año 1922 para resolver un recurso relativo a la misma³.

La Dirección General tomó en consideración el hecho mismo de que al adjudicatario se le asignara uno o más bienes, no para incorporarlos a su patrimonio, sino con el encargo principal de pagar las deudas hereditarias, bien con ellos, haciendo entrega de lo adjudicado a los acreedores (*datio in solutum*) o bien, como antes se ha dicho, vendiéndolos y pagando con el precio obtenido, lo más habitual en el proceder práctico de esta figura. Sin duda alguna, no hay en rigor una asunción de deuda por parte de los adjudicatarios, ni siquiera interna entre los coherederos. De ser así, estaríamos ante una institución diferente, en la que tendría lugar una transmisión onerosa al adjudicatario a cambio de la deuda que se asume. En la «adjudicación para pago», en cambio, la Dirección General de los Registros y del Notariado constató que se trataba de un encargo para enajenar (*ad alienandum*) en nombre propio (*nomine proprio*), esto es, sin concesión de poder por parte de los coherederos. Precisamente esa ausencia de *contemplatio domine*, resultaba ser el elemento en el que radicaba la dificultad dogmática de la figura: de un lado, el heredero era un mandatario; pero de otro, parece que el adjudicatario debía necesariamente adquirir los bienes y convertirse en propietario de los mismos, si bien con carácter provisional o transitorio, para poder enajenarlos después. La utilización del término «adjudicar» inducía a confusión y parecía favorecer la segunda de las posiciones.

Para superar esta disyuntiva este órgano recurre a la *fiducia*. El resultado fue la Resolución de 14 de junio de 1922 y es la primera deci-

³ Se cuestionaba en el asunto las facultades de una comisión integrada por varios herederos adjudicatarios que habían llevado a cabo diferentes enajenaciones de los bienes adjudicados, aunque no habían accedido al Registro. Posteriormente, tras la muerte de la mayor parte de sus miembros, se había nombrado a una segunda comisión que pretendía anular los actos realizados por aquellos (JC 1922/87). En adelante, las citas jurisprudenciales responden a los siguientes repertorios: JC = Colección completa de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, ed. Reus, y desde 1950 por el Ministerio de Justicia; RJ = *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*; AC = Actualidad Civil.

sión jurídica en España sobre ella, que permite explicar el *agere proprio nomine* en el doble sentido: el aspecto obligacional, derivado del compromiso asumido por el adjudicatario de pagar las deudas hereditarias, y el aspecto real, representado por la investidura al adjudicatario de las facultades necesarias para enajenar a terceros con plenas garantías. Desde entonces la doctrina hipotecaria califica de fiduciaria a esta adjudicación⁴.

Asimismo, resulta digno de mención lo acontecido con la jurisprudencia. La primera vez que el Tribunal Supremo califica un determinado negocio jurídico de fiduciario, lo hace también casualmente con ocasión de una adjudicación para pago de deudas hereditarias. Eso fue en la sentencia de 23 de mayo de 1935, que inaugura la doctrina jurisprudencial fiduciaria⁵, y aún hoy algunas de las resoluciones más recientes siguen recordando aquella vieja sentencia como la que diera carta de naturaleza en España al negocio fiduciario⁶.

Ahora bien, como la comprensión de este negocio no ha sido unívoca, ni es fácil que la *fiducia* encaje en el sistema causalista español, pronto apareció la dispersión doctrinal en torno a la misma⁷.

⁴ Pueden citarse principalmente a R.M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Barcelona, 1941, pp. 403-408; o la 2.ª ed., II, Barcelona, 1946, pp. 598-603, quien dio lugar a una expansión de la concepción fiduciaria de la adjudicación. Así, entre otros: F. GARCÍA MARTÍNEZ, *Derecho Hipotecario*, Valencia, 1942, p. 144; J.M. LÓPEZ TORRES, *Apéndice a la Legislación Hipotecaria de J. Morell*, I, Madrid, 1943, p. 126; I. DE CASSO ROMERO, *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, pp. 256-257 e *Idem*, *Diccionario de derecho privado*, I, Barcelona-Madrid, 1950, p. 203; A. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1953, p. 358; J.M. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *Apuntes de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, pp. 243-244; A. COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1956, p. 94; J.F. BONILLA ENCINA y J.M. CHICO Y ORTIZ, *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, I, Madrid, 1963, p. 432; C. DÍAZ GONZÁLEZ, *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1967, p. 147.

⁵ Se trataba de una partición hereditaria en la que se había formado una hijuela para pago de gastos de testamentaría integrada por varios bienes que se adjudican para pago de deudas en comisión a tres personas, solidariamente, quienes pagarán todo lo referente a este concepto y darán cuenta en su día a los seis herederos para que cada uno de ellos abone lo que corresponda proporcionalmente o reciban lo que sobre, siempre proporcionalmente en el caso de que el pago no llegue a dicha cantidad. (J.C. 1935, 45).

⁶ Cfr. STS de 3 abril de 1995 (Sala 3.ª). RJ 1995/3343.

⁷ Y con ella la oscuridad sobre la adjudicación para pago de deudas que no pocas veces ha sido calificada de compleja. Así se pronuncia la DGRN en las Resoluciones de 14 de junio de 1922 (JC 1922/ 87, Considerando 2.º) y 26 de diciembre de 1946 (JC 1946/ 67), y la STS de 23 de mayo de 1935 (JC 1935/45, Considerando 1.º). Sobre este negocio, puede verse TOMÁS MARTÍNEZ, G., *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2000.

2. La influencia de Jerónimo González

Antes de entrar en la evolución de la *fiducia* en España, es obligado detenernos en el jurista a quien se debe tal recepción, ya que se produce la interesante casualidad de que detrás de la Resolución citada de la DGRN de 14 de junio de 1922 y de la sentencia del TS de 23 de mayo de 1935 se encuentra la misma persona, Don Jerónimo González⁸.

Este ilustre hipotecarista accedió a la Dirección General en 1906 y su función principal fue la de intervenir en la resolución de los recursos. Fue asesor de todos los directores de este órgano y de los diferentes Ministros de Justicia. Cuando se dictó la resolución de 1922, ocupaba el cargo de Jefe de la Junta de Fiscales y elaboraba las propuestas de todas las resoluciones⁹. Por tanto intervino de modo principal en el contenido de la que nos ocupa, pero precisamente por el puesto que desempeñaba, no aparece su firma estampada en ella¹⁰.

Posteriormente pasó a ser Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo y como tal, en el ejercicio de este cargo, tampoco solía estar su rúbrica en las resoluciones¹¹. De hecho no consta en la citada de 1935. Sin embargo su huella es clara y reproduce literalmente varios de los considerandos de aquella Resolución de 1922, con la excepción de los que resultaban especialmente confusos¹².

Es paradójico que en ninguno de los dos testimonios haya quedado reflejada expresamente la autoría de aquél a quien se debe la introduc-

⁸ Don Jerónimo González nace en Asturias (1875) y fallece en Madrid en 1946, año en que se aprobó la nueva Ley Hipotecaria, que incorporó los principios y construcciones elaboradas por este gran jurista. Puede verse un interesante retrato biográfico en PAU PEDRÓN, A., *Clarín, Ganivet, Azaña*, Madrid, 1994, pp. 131-ss, quien se lamenta de los escasos rastros de su vida. Asimismo, tras su muerte, se escribieron dos emotivas semblanzas dignas de mención: MORO LEDESMA, S., «Notas de una vida ejemplar», *RCDI* (1946) núm. 222, pp. 657-667 y LUIS DE GRANADA, L., «Don Jerónimo González», *RDPriv.* (1946) núm. 356, pp. 801-805, a la que puede añadirse la que forma parte del prólogo de una de sus obras recopilatorias: CASTÁN TOBEÑAS, J., «La personalidad, la metodología y la obra de Don Jerónimo González», en J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*, t. I, Madrid, 1948, pp. IX-XXV. Según GRANADA, *ibid.*, había entrado a edad tardía en la Dirección General y se encuentra con una Ley Hipotecaria de inspiración germánica, pero carente de doctrina científica y acomete él sólo la tarea de crear una ciencia del Derecho y lleva a cabo la ordenación y construcción sistemática del Derecho inmobiliario.

⁹ MORO, *ibid.*

¹⁰ PAU PEDRÓN, *op. cit.*, p. 132. Apunta este autor que fue a través de esas resoluciones como fue avanzando el Derecho hipotecario (p. 153).

¹¹ *Ibid.*

¹² Desaparece el Considerando 5.º de la Resolución de 14 de junio de 1922 (ver TOMÁS, *op. cit.*, p. 60, nota 30).

ción de la *fiducia* en España¹³. En todo caso no extraña que sea un especialista en Derecho Registral quien por primera vez hable de *fiducia*, porque de la adjudicación para pago hasta ese momento sólo se habían ocupado los especialistas en esta rama del Derecho. La razón no era otra que la preocupación por la posible inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles adjudicados para pago de deudas hereditarias a nombre del heredero adjudicatario y la controvertida cuestión de si tal inscripción implicaba o no garantía real a favor de los acreedores del causante¹⁴.

En cuanto a la configuración fiduciaria pergeñada por Don Jerónimo ha de decirse que cuando habla de *fiducia*, no lo hace bajo el esquema romano actualizado por la doctrina alemana de finales del siglo XIX¹⁵. Si así hubiese sido, habría acudido al clásico planteamiento fiduciario basado en la combinación de dos actos jurídicos independientes entre sí: uno real, de transmisión plena, definitiva e ilimitada del dominio, con su correspondiente atribución patrimonial eficaz *erga omnes*; y otro obligacional, válido *inter partes*, que *constrñe* al adquirente para que

¹³ Late en ello además una cierta amargura cuando se tiene presente que por razones políticas fue destituido de su cargo durante la guerra civil y le fue abierto un expediente de depuración. Fue elegido Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo en 1931, cargo que ocupó hasta 1936. En 1939 se incorpora a la Dirección General de los Registros. Según relata PAU PEDRÓN, *op. cit.*, p. 92, durante la guerra civil, por su vinculación amistosa con el Presidente Manuel Azaña es perseguido por los dos bandos: en la zona republicana es detenido y encarcelado en la prisión de Gijón porque su destitución de la Presidencia del Supremo se interpreta como sanción a su ideología derechista; y en la zona nacional, porque su amistad con Azaña es aducida para obligarle a pasar por un expediente de depuración. Por ello (*ibid.*, 131) su expediente funcional no se conserva y en su lugar se halla el de depuración tras la guerra civil.

¹⁴ El mismo J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, «El titular», *RCDI* (1928) p. 284, la califica de cuestión muy oscura y discutida hasta entonces.

¹⁵ Según COING, H., *Derecho privado europeo*, t. II (siglo XIX), trad. A. PÉREZ MARTÍN, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 526, la *fiducia* no tuvo en un principio ningún papel en la ciencia pandectística, la teoría de la *fiducia* se elaboró en las dos últimas décadas del siglo en conexión con la transmisión a título de garantía. Y en concreto se atribuye a Ferdinand Regelsberger la primera utilización del la expresión *fiduziarisches Rechtsgeschäft*, hacia 1880, según aparece en su trabajo titulado «Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession» publicado en *Archiv für die Zivilistische Praxis* (63, 1880). Pero algunos años antes Kohler ya hablaba de los llamados «negocios ocultos», en los que la transmisión de propiedad se utiliza para fines a los que no está destinada, contribuyendo a su difusión años más tarde al incluirlo en su sistemática romana actualizada. Según deja constancia F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (t. X, *Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil*, reimpr. 1991), p. 396, se trata de la obra *Pandekten* (I B 1893). Sucesivamente la idea de negocio fiduciario se fue introduciendo en otras obras publicadas en Alemania. Destacan sobre todo M. DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlín, 1894, § 100 y Fritz GOLTZ, *Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs-Rechtes*, Marburg, 1901.

actúe dentro de lo convenido, bien con una finalidad de garantía (*fiducia cum creditore*) o bien, de administración o mandato (*fiducia cum amico*), como es el caso de la adjudicación. Es decir, ésta llevaría consigo una transmisión abstracta de dominio unida al encargo de pago de las deudas con los bienes adjudicados o con su producto. El fiduciante (adjudicante) quedaría sólo con un derecho de crédito contra el fiduciario para exigirle el cumplimiento de la obligación asumida, sin que una infracción del mismo pudiera afectar a la transferencia de propiedad operada. En esta incongruencia entre medio y fin perseguido, el fiduciante no podría recuperar el bien aunque el fiduciario lo hubiera transferido a un tercero de mala fe, ni tampoco en supuestos de ejecución patrimonial. Se pondría de manifiesto la conocida desproporción entre medio y fin, típica del esquema romano, así como la posibilidad de abuso del fiduciario, que eran esenciales en el mismo.

Pero como bien sabía Don Jerónimo, este modelo no podía encajar en nuestro sistema causalista. Sólo sería en el caso de que admitiésemos una transmisión dominical abstracta. Por ello, opta por describir una *fiducia* «corregida», adaptada a nuestro Derecho y no una traslación literal del esquema inicial. Esto es algo notorio que encuentra su explicación, no sólo en el profundo conocimiento de los principios de nuestro Derecho, sino también en su excelente comprensión del idioma alemán y de la doctrina germánica de la época, que para principios de siglo XX ya había matizado el planteamiento inicial decimonónico de la *fiducia*¹⁶. Don Jerónimo profundizó en las principales obras alemanas del momento para plantear en la resolución de 1922 y en la sentencia de 1935 el modelo fiduciario más compatible con nuestro sistema. Esto explica además que ni en una ni en otra aparezca la palabra *fiducia*, sino la expresión más sutil «finalidad fiduciaria». Algo que con perspectiva histórica puede calificarse de premonitorio, como se verá más adelante.

Conforme a lo dicho, las decisiones de las que hablamos desdoblan la posición jurídico real del adjudicatario (fiduciario) en dos planos diferentes:

¹⁶ Don Jerónimo González tenía cuarenta años cuando aprendió bien la lengua alemana y el derecho alemán. Ya era buen conocedor del derecho francés e italiano, a pesar de que nunca salió de España. Ante muchos observadores era considerado un «extranjero» (como apuntan LUIS DE GRANADA, *op. cit.*, p. 803 y PAU PEDRÓN, *op. cit.*, p. 137). Como buen seguidor de la doctrina alemana, estuvo influenciado en la última etapa de su vida por la llamada Escuela de Tubinga (Max Rumelin y Philipp Heck) y la jurisprudencia de intereses (MORO, *op. cit.*, 663).

- Frente a terceros, sí parece que le atribuyen una titularidad real, que le permite disponer de los bienes con todas las garantías (arts. 20 y 34 LH).
- Pero frente al fiduciante-adjudicante, es decir, en las relaciones internas, prevalece su condición de mandatario.

Así, el adjudicatario (fiduciario) no es dueño material, pleno y absoluto, *erga omnes*, sino un «propietario formal», que no goza de los bienes sino que sólo tiene las facultades para disponer de ellos «en nombre propio», pero «en interés ajeno» a fin de pagar las deudas. Se disloca así su posición frente a terceros y frente a los adjudicantes, porque el propósito es sólo el de vender y pagar.

3. La «segunda» recepción de la *fiducia*

Después de esta recepción de la *fiducia* que se acaba de exponer, hubo una «segunda» recepción, pudiera decirse así, que es la que verdaderamente tuvo un efecto divulgador de la institución entre la doctrina y la práctica jurídica.

3.1. *La teoría del doble efecto difundida por José Castán Tobeñas*

Así como la primera recepción tuvo un protagonista, Jerónimo González, esta segunda también tuvo al suyo. Se trata de José Castán Tobeñas y coincide con el periodo de tiempo en el que ostentó el cargo de Presidente del Tribunal Supremo (1945-1967)¹⁷. A principios de 1944, la Sala Primera en la que desempeñaba su trabajo José Castán, dictó dos resoluciones (STS de 7 de enero de 1944 y 10 de marzo de 1944), con referencia implícita a la *fiducia*; pero fue fundamentalmente la sentencia de 25 de mayo de ese mismo año, la que emplea por primera vez la expresión «negocio fiduciario» y marca el comienzo de un nuevo periodo¹⁸.

¹⁷ D. José Castán Tobeñas (Zaragoza 1899-Madrid 1969) ingresó en la judicatura tras la proclamación de la República en 1933 al ser designado por el cuarto turno magistrado de la Sala de lo Social del Supremo. Un año después pasaría en 1934 a ocupar el mismo cargo en la Sala de lo Civil. Durante los años de guerra siguió desempeñando su cargo en la zona republicana, fue sometido a un tribunal militar y a dos expedientes de depuración como magistrado y como catedrático, sin ninguna consecuencia. En 1940 fue nombrado magistrado del Tribunal Supremo y en 1945 sustituye a Felipe Clemente de Diego como presidente del Tribunal Supremo. Dicho cargo lo ocupó hasta su jubilación en 1967 (ver A. SERRANO GONZÁLEZ, *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001).

¹⁸ RJ 1944/800.

José Castán recibe la *fiducia* de la doctrina italiana, en concreto de Francesco Ferrara, a diferencia de Jerónimo González que lo había hecho de la doctrina alemana. Ferrara había introducido a fines del XIX en Italia esta categoría siguiendo el modelo clásico¹⁹, en el sentido de que defendía la estricta división entre la transmisión de la propiedad y la obligación que asume el fiduciario en los términos antes vistos, es decir, dos actos jurídicos distintos e independientes entre sí²⁰. Este es el modelo que sigue la sentencia mencionada de 25 de mayo de 1944 que como dice Castán en su obra tiene «un sentido generalizado y constructivo» y que en España se fue conociendo con la expresión de «doble efecto»²¹.

No tuvo en cuenta Castán que en la misma Italia la posición de Ferrara era objeto de rechazo. Autores como Messina²² o Cariota Ferrara²³ habían apuntado ya, o lo estaban haciendo entonces, los obstáculos que existían para admitir en un sistema como el italiano (y lo mismo puede predicarse del español) un negocio fiduciario resultado de la unión de dos actos, uno real y otro obligacional, independientes entre sí, de suerte que el primero quede aislado y carezca de causa. Esto es algo inadmisibles en países que exigen la existencia de la misma²⁴.

¹⁹ Una exposición de sus ideas puede verse en una de sus obras más conocidas: *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. por R. Atard y J. de la Puente, 3.ª ed., Madrid, 1953, pp. 66-67; y se comenta en el prólogo a la segunda edición (p. XXII), que en origen esta obra se presentó en la Universidad de Messina para su Doctorado en 1899, publicándose al año siguiente.

²⁰ Para él, la transferencia de dominio es definitiva y no cabe revocarla en ningún caso. De ahí que el incumplimiento del pacto personal en nada le afecta (FERRARA, *op. cit.*, pp. 66-68). Siguiendo a Goltz, en caso extremo de quiebra o concurso del fiduciario, el fiduciante nada podía hacer para separar los bienes de la masa.

²¹ Esta denominación parece que fue acuñada por el Prof. De Castro en su famosa Conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 1966, bajo el título de «El negocio fiduciario. Estudio Crítico de la Teoría del doble efecto», *AAMN* (1967) pp. 8-39. Ver también la reseña crítica en *RCDI* (1967) pp. 83-86. Esa Conferencia, crucial en el pensamiento jurídico español, está incluida la obra recopilatoria *Estudios Jurídicos del Prof. Federico de Castro*, II, Madrid, 1997, pp. 1045-1067.

²² G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, en *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, pp. 42 ss.

²³ L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. por ALBALADEJO, Madrid, 1956, pp. 197-212 y CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933.

²⁴ Apuntaba MESSINA, *op. cit.*, pp. 42 ss y p. 101, que la doctrina alemana había insistido en la voluntad de las partes como una de las razones que explicaban la transmisión de propiedad. Estas querían transferir el dominio aunque fuera para conseguir una finalidad más modesta (de administración o de garantía de una obligación). Pero dice Messina que en ello hay un cierto apriorismo conceptual que no responde a la realidad. Las partes quieren realmente transferir un derecho pero en consonancia con lo que pretenden conseguir.

Pero a pesar de que las ideas de Ferrara estaban en retroceso en Italia y de que eran de imposible encaje en sistemas causalistas, el doble efecto planteado por Castán se divulgó ampliamente a través de las sentencias del Tribunal Supremo²⁵ y de su magisterio académico²⁶.

Por tanto, en resumen, puede decirse que en España ha habido dos recepciones de la *fiducia*:

- La primera, en la que el fiduciario no es considerado propietario, sino que sólo ostenta una *propiedad* formal o de *aparente titularidad frente a terceros*, mientras que internamente el fiduciario no es un verdadero dueño.
- Y la segunda, más próxima al modelo romano, en la que el negocio fiduciario es la combinación de dos actos independientes entre sí, una transmisión real de dominio de la que el fiduciario resulta propietario *erga omnes* y un pacto que obliga a éste a actuar conforme a lo convenido. Ello supone un retroceso respecto a la anterior, incompatible con nuestro Derecho, pero que sin embargo desde los años cuarenta logra gran difusión, al menos para describir este tipo de negocios. No siempre los fallos judiciales llevaban hasta sus últimas consecuencias esta visión de la *fiducia*.

Además, la *fiducia* se desprende en esta fase de su conexión con la adjudicación para pago de deudas y se amplían las posibilidades negociales en las que la práctica jurídica aplica la estructura fiduciaria. Nos referimos fundamentalmente a la venta en garantía (*fiducia cum creditore*, en terminología romana)²⁷. La adjudicación ha ido perdiendo importancia práctica, pero ha seguido recibiendo la calificación de nego-

²⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se describe la teoría del doble efecto aparece en las sentencias siguientes, además de la citada de 25 de mayo de 1944 (RJ 1944/800): 28 de enero de 1946 (RJ 1946/111); 23 de febrero de 1951 (RJ 1951/267); 3 de mayo de 1955 (RJ 1955/1561); 31 de octubre de 1955 (RJ 1955/3096); 10 de julio de 1957 (RJ 1957/2225); 5 de diciembre de 1959 (RJ 1959/ 4880); 8 de marzo de 1963 (RJ 1963/1628); 14 de marzo de 1964 (RJ 1964/1422); 11 de junio de 1964 (RJ 1964/3533) 15 de octubre de 1964 (RJ 1964/4451); 18 de febrero de 1965 (RJ 1965/882); 23 de junio de 1965 (RJ 1965/3913); 20 de noviembre de 1965 (RJ 1965/5387) y 14 de diciembre de 1965 (RJ 1965/5882).

²⁶ No ha de olvidarse que sus manuales de Derecho Civil (*Derecho civil español, común y foral*, ed. Reus, Madrid, 1941-1945. Ver *Apéndice a la 3.ª ed.*, 1945, I, pp. 155-161; igualmente 9.ª ed., I, vol. II, Madrid, 1955, pp. 512 ss) fueron utilizados durante décadas en las Facultades de Derecho y en los temarios de preparación de oposiciones.

²⁷ La jurisprudencia de los años 40, 50 y 60 (*Cfr.* nota 25) versa fundamentalmente sobre negocios de garantía bajo estructura fiduciaria.

cio fiduciario, si bien con diferentes percepciones por parte de la doctrina civilista²⁸ e hipotecaria²⁹.

3.2. *La doctrina ante el planteamiento fiduciario pandectístico*

A partir de los años cuarenta, como se acaba de decir, se difunde con gran aceptación esta visión del negocio fiduciario conocida como «teoría del doble efecto», etapa que se prolonga hasta los años sesenta en los que la *fiducia* vive su mayor auge.

Se publicaron en este periodo, fundamentalmente en la década de los cincuenta, diversos trabajos que intentaron con diversas argumentaciones acomodar al Derecho español la categoría fiduciaria, nacida en un sistema muy distinto al nuestro. Algo notablemente complicado. Los estudios versaban tanto sobre la modalidad de *fiducia* de garantía (*fiducia cum creditore*), como sobre la *fiducia* de gestión o administración (*fiducia cum amico*). Cabe mencionar los llevados a cabo por Navarro

²⁸ Algunos autores siguen la teoría del doble efecto, como R. RUIZ SERRAMALLERA, *Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, II, Madrid, 1979, p. 306. Plantea una construcción dogmática del mismo como combinación de dos actos: uno de disposición, por el cual los herederos (fiduciantes) transmiten el dominio de algunos bienes de la herencia a favor de un coheredero o de un extraño (fiduciario), quien deviene propietario de los mismos, y otro obligacional, en virtud del cual el adjudicatario asume el compromiso de pagar todas o determinadas deudas de la herencia. Otros, disocian la posición jurídica del adjudicatario frente a los adjudicantes y frente a terceros, como hacen DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 742; y J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-3.º, 3.ª ed., Barcelona, 1991, p. 417. Por su parte, J.L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de sucesiones. Elementos de Derecho civil*, V, 5.ª ed., Barcelona, 1988 (reimpr. 1992) p. 132, considera que la figura puede calificarse de negocio fiduciario, o bien de mandato para pago. Constituye una excepción M. ALBALADEJO, «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», *AC*, núm. 36/4, oct. (1993) p. 665, que niega la condición fiduciaria de la adjudicación, como consecuencia del rechazo del negocio fiduciario mismo.

²⁹ La construcción fiduciaria de esta figura es sostenida por los hipotecaristas con diversos matices. Mencionemos a CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 2.ª ed., Madrid, 1989, p. 1136 (Idem, II, 3.ª ed., Madrid, 1994, pp. 1010-1011); CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, I, 2.ª ed., Pamplona, 1974, pp. 192 y 197; y más claramente en la obra publicada posteriormente: *Examen de los actos jurídicos sobre inmuebles, en especial la capacidad*, Madrid, 1989, pp. 48-49. En esta última establece con claridad que para el adjudicante, la adjudicación no constituye un acto de enajenación, sino un complejo negocio de mandato de pago y de liquidación de bienes bastante para realizarlo; F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, «Titularidades fiduciarias», *AC*, núm. 33/14, septiembre (1992) p. 550; C.A. CANO TELLO, *Manual de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1992, p. 153 e Idem, *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 141; y L. GONZÁLEZ MORÁN, en C. MORENO-LUQUE y otros, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1988, p. 77.

Martorell³⁰, Jordano Barea³¹, Garrigues Díaz-Cañabate³² y Albaladejo³³, entre otros³⁴.

Hubo un sector doctrinal que fue muy crítico desde el primer momento con la teoría del doble efecto y que prefirió la versión corregida de los años veinte de Jerónimo González. En esta línea trabajaron autores como Roca Sastre³⁵, Pérez González y Alguer³⁶, Hernández Gil³⁷, Lacal Fuentes³⁸, Sapena Tomás³⁹ y Vallet de Goytisoló⁴⁰. Pero incluso

³⁰ M. NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria. La fiducia histórica. Los modernos negocios fiduciarios. La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950 (libro comentado por J.B., JORDANO BAREA, *ADC* (1950) pp. 1258-1265); y otras publicaciones como «Notas sobre el concepto y estructura de los negocios fiduciarios», *RDP* (1950) pp. 224-238; «Aislamiento de los negocios fiduciarios», *RGLJ* (1950) pp. 427-482.

³¹ JORDANO BAREA publicó sucesivos trabajos sobre el tema como: «Sobre el negocio fiduciario», *ADC* (1950) pp. 129-145; «Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario», *ADC* (1950) pp. 1258-1265; «Mandato para enajenar», *ADC* (1951) pp. 1458-1498 y la monografía *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959 (que fue en origen su tesis doctoral y había sido previamente publicada mediante artículos como: «El negocio fiduciario», *RDP* (1958) pp. 211-220; «Problemática del negocio fiduciario», *RDP* (1958) pp. 515-533; «Naturaleza y, estructura y efectos del negocio fiduciario», *RDP* (1958) pp. 827-836 y «Negocio fiduciario, negocio simulado, negocio indirecto», *RDP* (1958) pp. 1019-1032).

³² J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, en un Discurso pronunciado en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia el 12 de enero de 1955 bajo el título: «Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil». Publicada ese mismo año, puede verse en la 2.ª reed., Madrid, 1981, p. 91. Consideraba que la recepción de la *fiducia* en España respondía a la «xenofilia» que a su juicio caracteriza al Derecho español.

³³ M. ALBALADEJO GARCÍA, *El negocio jurídico*, 1958, pp. 221-226; o en «La causa», *RDP*, abril (1958) pp. 315-328 (dedica en este trabajo al negocio fiduciario las pp. 326-328).

³⁴ Podemos citar los siguientes: F. BONET, «Algunas figuras afines al contrato de mandato», *RGLJ* (1948) pp. 633-673; L. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «En torno al negocio indirecto y figuras jurídicas afines», *RGLJ*, XCVII (1949) pp. 289-292; E. VERDERA Y TUELLS, «Algunos aspectos de la simulación», *ADC*, III (1950) pp. 22-54; F. BONET RAMÓN, en el Prólogo a *La propiedad fiduciaria* de NAVARRO MARTORELL, Barcelona, 1950, pp. 13-19; J. LADARIA CALDENTEX, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pp. 54-62; F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil*, I-2.º, Madrid, 1958, pp. 473-477 e *Idem*, *Compendio de Derecho civil español*, I, Barcelona, 1966, p. 596.

³⁵ R.M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, 1.ª ed., Barcelona, 1941, pp. 403-408, o la 2.ª ed., II, Barcelona, 1946, pp. 598-603. Este autor aplicó su teoría a la adjudicación para pago y hace una construcción de la adjudicación para pago en comisión o encargo, que se considera clásica, en la que entiende que el adjudicatario adquiere una «propiedad fiduciaria», si bien no queda del todo claro qué entiende por tal propiedad.

³⁶ PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en las *Anotaciones al Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLL, I- 2.º, Barcelona, 1935, pp. 89-90.

³⁷ A. HERNÁNDEZ GIL, «Notas a Sentencias del TS de 10 marzo 1944 y 25 de mayo de 1944», *RGLJ*, junio (1945) pp. 690-701. Esas notas aparecen recogidas con nuevos comentarios en «El negocio jurídico fiduciario y su inicial reconocimiento por la jurisprudencia», en *Obras Completas*, III (Obligaciones), Madrid, 1988, pp. 595-603.

³⁸ P. LACAL FUENTES, «El tema del negocio fiduciario», *RDP*, octubre (1950) pp. 777-787.

³⁹ J. SAPENA TOMÁS, «Actualidad de la fiducia *cum creditore*», *RDN* (1957) pp. 125-212.

entre quienes aceptaron en un principio el doble efecto, autores como Jordano Barea y Albaladejo, no del todo convencidos con ella, buscaron la manera de explicar la transferencia plena *erga omnes* al fiduciario, de suerte que resultara coherente con los principios de nuestro ordenamiento. A tal fin construyeron una categoría de negocio fiduciario de forma unitaria con una causa, a la que llamaron *causa fiduciae*, que a su juicio permitía justificar la transferencia de propiedad al fiduciario. Una propiedad que sería una propiedad «normal», si así puede decirse. Encontraron la justificación a esta tesis en el principio de libertad contractual ex art. 1.255 y en el art. 609, cuya redacción parece acoger a su criterio un *numerus apertus* de negocios reales *quod effectum*⁴¹. El problema, sin embargo, estribaba en que esa *causa fiduciae* no podía escapar tampoco a la crítica en la medida en que no era sino un artificio que escondía un fin de garantía o de mandato, que es lo que constituye la verdadera relación jurídica *inter partes*. Y es evidente que ni uno ni otro fin pueden justificar en Derecho español una transmisión de propiedad.

No obstante esta pluralidad en el entendimiento del negocio fiduciario, lo cierto es que en esta etapa se divulga ampliamente y se consolida al amparo de la libertad negocial que rige en nuestro Derecho, a pesar de lo discutido de su efecto traditivo, verdadero nudo gordiano de la construcción fiduciaria.

4. El replanteamiento de la *fiducia* a través de la obra de Federico De Castro

Las tribulaciones que había generado la teoría del doble efecto empiezan a tocar a su fin merced a la intervención de Federico De Castro y Bravo, que bien pudiera ser visto como el tercer protagonista de este proceso de recepción jurídica.

⁴⁰ J. VALLET DE GOYTISOLO, «Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero», en *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, pp. 95-183 y 2.ª ed., I, Madrid, 1985, pp. 253-364.

⁴¹ Es Jordano Barea quien aplicó esa teoría fiduciaria al mandato *proprio nomine* para enajenar. Ver JORDANO BAREA, «Problemática...», *op. cit.*, pp. 526-531. También ver un trabajo posterior a las publicaciones antes relacionadas donde había construido su particular modo de entender el negocio fiduciario («Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», *ADC*, XIX (1966) pp. 623-624). En este dictamen se refería a un negocio realizado por una persona acusada de parricidio, en el que transmite sus bienes a un sobrino con la intención, al parecer, de evitar la compleja administración tutelar que correspondería por condena accesoria de interdicción civil.

En una conferencia pronunciada en el año 1966, De Castro desmanteló las bases principales en las que se apoyaba dicha teoría y dejó bien sentado que no tenía ningún encuadre en nuestro Derecho⁴². Esas ideas las incorpora posteriormente a su obra sobre el negocio jurídico y marcan un hito en la percepción jurídica de la *fiducia*⁴³. El autor replantea la admisibilidad de la *fiducia* partiendo de la reflexión sobre cuál es la voluntad de las partes y la causa que persigue el negocio. De ello colige que la presencia del objeto en el patrimonio del fiduciario está en dependencia del fin que se persigue. Ni cumplir un encargo, como es el de pagar las deudas, ni garantizar un crédito, pueden ser títulos suficientes para justificar la adquisición de la propiedad.

Por ello De Castro prefiere hablar, no de «propiedad fiduciaria», sino de «titularidad fiduciaria», una titularidad subordinada al objetivo propuesto y, por lo tanto, provisional o transitoria. En este sentido podría calificarse de «titularidad formal». El autor evita utilizar la expresión «propiedad fiduciaria» dado que sólo cabe un tipo de propiedad y la que ostenta el fiduciario no encaja en él⁴⁴.

Puede decirse que aquella vieja Resolución de la DGRN de 14 de junio de 1922 y la Sentencia del Tribunal Supremo también citada de 23 de mayo de 1935, en las que estaba la impronta de Jerónimo González, iban bien encaminadas, por cuanto se proponían reconocer solamente una titularidad aparente en el adjudicatario (fiduciario) y en ningún caso una verdadera propiedad. En esa medida, si se diera el caso de una posible quiebra del fiduciario, por ejemplo, el fiduciante podría recuperar los bienes⁴⁵.

También en Italia la doctrina mayoritaria ha rechazado la construcción del doble efecto, incluso el negocio fiduciario mismo, y se prefiere hablar de «titularidad fiduciaria», aparente o formal, que cumple una

⁴² Se trata de la Conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 1966 ya mencionada: «El negocio fiduciario. Estudio Crítico de la Teoría del doble efecto», *op. cit.*, pp. 8-39, donde pone de manifiesto que esa teoría es insostenible porque contradice y puede minar los fundamentos mismos del sistema español, como «engendro advenedizo y forastero, ajeno y contrario a nuestra secular tradición jurídica». Y también en Revista de Derecho Notarial (1966) núms. 53-54, pp. 7 ss.

⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, (t.X, *Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil*, reimpr.1991), pp. 388 y 409 ss.

⁴⁴ DE CASTRO, *ibid.*, pp. 409 y 421.

⁴⁵ Como bien dice CÁMARA, «Operaciones fiduciarias...» *op. cit.*, p. 1779, la expresión «titularidad fiduciaria» sólo es una hábil estratagema nominal para conseguir los efectos de la propiedad formal sin mancillar la venerable designación de «propiedad».

función legitimadora para el tráfico jurídico frente a terceros, pero que no es esgrimible *inter partes*⁴⁶.

Las ideas de De Castro han ido calando en la doctrina y en la jurisprudencia a partir de los años ochenta fundamentalmente, superándose de forma progresiva el clásico planteamiento del doble efecto.

4.1. *Percepción del negocio fiduciario por la doctrina y jurisprudencia contemporánea*

En efecto, la revisión que hizo De Castro ha influido poderosamente en la doctrina. De un lado, autores que en el pasado habían defendido que el negocio fiduciario convertía al fiduciario en auténtico propietario, han cambiado su opinión. No falta incluso quien ha hecho incluso abandono público y expreso del doble efecto. Es el caso de Jordano Barea⁴⁷ y de Albaladejo⁴⁸ que se retractaron en la década de los ochenta de las opiniones que mantuvieron en otro tiempo. Puede decirse que se ha ido consolidando la opinión mayoritaria de que la transmisión fiduciaria no entraña una verdadera transferencia de propiedad. La expresión *causa fiduciae*, cuando aparece en el discurso jurídico, no lo es como causa de transmisión alguna. No hay más causa que aquella que responde al fin *inter partes* que persigue el negocio en cuestión y que

⁴⁶ Es el caso de CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, p. 204, que declara abiertamente la inadmisibilidad de aquella teoría. Otros no se posicionan tan claramente como E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. por A. Martín Pérez, Madrid, s.f., o en «Negozio fiduciario», en *Nuevo Digesto Italiano*, XI, 1965, p. 220 e *Idem*, *Teoría generale del negozio giuridico*, 2.^a ed. corr. por G. Crifó, Napoli, 1994, pp. 315-320. En este país se ha propuesto para salvarlo una teoría próxima a la *treuhand*: Se ha pensado en la condición resolutoria, es decir, el fiduciario adquiere exclusivamente en función de un fin y si éste no se cumple, el fiduciante tiene la condición resolutoria que resuelve automáticamente su adquisición. Ver LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, § 69 pp. 420-427. Puede verse la recensión de la obra de LIPARI a cargo de M. FAIREN, *RDN*, núms. 45-46 (1964) pp. 502-506. La construcción de la teoría del doble efecto se apoyaba en la autonomía de la voluntad, es decir, en la idea de que las partes querían la transmisión de propiedad. Pero eso no es cierto, el propósito es lograr el fin de mandato, administración, consecución de crédito,... Este es uno de los argumentos que más han ayudado a refutar aquella teoría (Véase G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, en *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 101).

⁴⁷ JORDANO, en un comentario a una sentencia relativa a un mandato no representativo para adquirir: «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria (Notas sobre la STS de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro)», *ADC* (1983) pp. 1435-1436, se retracta de su opinión de juventud. Confiesa que cayó en un estéril conceptualismo por influencia de la doctrina italiana y desnaturalizó el sistema realista y causalista de nuestro Derecho en el que ha de prevalecer la verdad de lo querido y tiene primacía la causa. Se ratifica recientemente en «Las obligaciones solidarias», *ADC* (1992) pp. 847-873.

⁴⁸ Ver M. ALBALADEJO, «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», *AC*, núm. 36/4, octubre (1993) pp. 663-675.

básicamente, puede ser de garantía de una obligación (*fiducia cum creditore*), o de bien gestión, administración o mandato (*fiducia cum amico*).

La jurisprudencia, por su parte, también ha experimentado una evolución similar a la que ha vivido la doctrina. Durante mucho tiempo se dejó sentir la influencia de Castán, aún después de abandonar la presidencia del Alto Tribunal, de suerte que las resoluciones judiciales acudían al modelo del doble efecto para describir el negocio fiduciario, si bien es cierto que en raras ocasiones han sido coherentes con ella hasta llegar a mantener sus consecuencias más graves. Esto es, en supuestos de ejecución del fiduciario sobre los bienes objeto de *fiducia*, los fallos judiciales no le consideran normalmente como propietario verdadero y permiten al fiduciante la recuperación de los mismos. Lo que significa que la consideración de dueño no va más allá de lo formal o instrumental. En este sentido es claro el fallo de 8 de marzo de 1963 que habla de *dominium impropium dictum* y no consideró al fiduciario en las relaciones *inter partes* como propietario⁴⁹. Eso no obsta para que puedan citarse algunas sentencias en las que se le califica como propietario *erga omnes*, pero en su conjunto puede decirse que este criterio ha sido excepcional⁵⁰.

La absorción definitiva de la tesis de De Castro se produce en los años ochenta, cuando se difunden sus ideas. En concreto, dos sentencias del Tribunal Supremo de comienzos de esa época, de 19 de mayo de 1982 y de 2 de junio de ese mismo año⁵¹, proclaman claramente el abandono de la teoría del doble efecto, simultáneo al retroceso doctrinal de la misma que se produce en esa época⁵². No obstante, durante un tiempo la jurisprudencia sigue describiendo al negocio fiduciario con las líneas principales del doble efecto⁵³, como si fuera una rémora nominal de la que le cuesta desprenderse y abdicar de ella, algo que va haciendo en los últimos tiempos⁵⁴.

⁴⁹ RJ 1963/1628. Llega a idéntica conclusión C. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997, que considera que la mayoría sólo siguen la doctrina del doble efecto aparentemente.

⁵⁰ Pueden citarse las SSTS de 14 de marzo de 1964 (RJ 1964/1422); 11 de junio de 1964 (RJ 1964/3533); 18 de febrero de 1965 (RJ 1965/8822); 4 de diciembre 1976 (RJ 1976/5249, un caso de *fiducia cum amico*) y otras posteriores como la STS de 27 de junio de 1980 (RJ 1980/2414) y la más reciente de 9 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5153).

⁵¹ Cfr. STS de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982/2580) y 2 de junio de 1982 (RJ 1982/3402). Véase el estudio al respecto de CÁMARA, «Operaciones fiduciarias,...», *op. cit.*, p. 1785.

⁵² Cfr. los estudios de JORDANO y ALBALADEJO (notas 47 y 48).

⁵³ Cfr. SSTS de 14 de febrero de 1996 (RJ 1996/1253) o 5 de julio de 1996 (RJ 1996/5576).

⁵⁴ Cfr. Entre las sentencias más recientes: STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/4462) y STS de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6149).

Las resoluciones más actuales consideran que el negocio fiduciario «consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado “fiduciario”, para que éste utilice la cosa o 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»⁵⁵. Aclaran otras resoluciones que el fiduciario «no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al “fiduciario” para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos “negocios” de que el “fiduciario” abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del “fiduciario” [...]».⁵⁶

4.2. La eficacia jurídico-real de las operaciones fiduciarias

Por lo tanto, la tesis de que el fiduciario no se convierte en propietario, es la que prevalece en la actualidad; sin perjuicio de que la *fiducia* tenga una cierta eficacia real muy limitada, que se traduce de forma diferente según los tipos de *fiducia* (de garantía y de gestión). Y ciertamente es obligado distinguir entre una y otra porque la de garantía responde principalmente al interés del fiduciario, que impone el negocio fiduciario al fiduciante que quiere conseguir su propósito (de ordinario, un crédito); mientras que en la *fiducia* de gestión, el interés principal suele ser el del fiduciante⁵⁷. En adelante presentaremos el perfil de cada una de las dos especies fiduciarias teniendo en cuenta la jurisprudencia dictada en los últimos años:

a) FIDUCIA DE GARANTÍA (*FIDUCIA CUM CREDITORE*)

La validez de esta operación es reconocida por la jurisprudencia de forma explícita y reiterada como modalidad de *fiducia cum creditore*. Se trata de un negocio atípico de garantía, muy frecuente en la práctica,

⁵⁵ Cfr. STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001/3972) y 17 de julio de 2001 (RJ 2001/6860).

⁵⁶ Cfr. STS de 22 de febrero de 1995 (RJ 1995/1700) y STS 28 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10283).

⁵⁷ Destaca en la delimitación de ambas figuras los estudios realizados por S. CÁMARA LAPUENTE. Véase al respecto y principalmente: «Operaciones fiduciarias,...», *op. cit.*, pp. 1795-1814.

que utiliza la fórmula de la compraventa simulada. Esto es, una escritura pública de compraventa a favor del acreedor (fiduciario) y un documento privado, normalmente firmado en la misma fecha que queda oculto *inter partes* en el que se reconoce que el verdadero propietario es el deudor (fiduciante), el cual tiene derecho a la restitución del bien cuando cumpla la obligación garantizada⁵⁸.

Respecto a la cuestión de la transmisión dominical entre deudor y acreedor, los tribunales afirman que no puede entrañar verdadera transferencia de propiedad porque falta el título idóneo, ya que si la venta se realiza en función de garantía, carece de eficacia transmisiva. A lo que da lugar ese negocio es a una titularidad formal y no definitiva⁵⁹. De esto se deduce que el fiduciario *inter partes* no es propietario ni puede llegar a serlo por usucapión (le faltaría justo título, buena fe y posesión a título de dueño)⁶⁰.

No obstante, es posible la inscripción registral a nombre del fiduciario, a pesar de la existencia del pacto fiduciario, que a tenor del art. 38 de la Ley Hipotecaria sólo tiene el valor de presunción *iuris tantum* y, por consiguiente, se neutralizaría por prueba en contrario⁶¹. Si el fiduciario no es propietario del bien, no debería disponer del mismo a favor de terceros. Si lo hace, la transmisión sería nula en atención a que nadie puede dar más de lo que tiene (*nemo dat quod non habet*), sin perjuicio de la protección a la apariencia jurídica en el caso de que hubiese una enajenación a título oneroso a una persona que desconociese la mera titularidad formal del enajenante (buena fe)⁶².

Cuestión diferente es la dinámica del negocio fiduciario como negocio de garantía. Cuando el fiduciante cumpla con la obligación garantizada, el fiduciario debe restituir el bien o derecho, y aquél tiene un derecho «de rescate» o «de recuperación», que podría hacer efectivo

⁵⁸ Pueden citarse la STS de 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474); STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/4462); STS de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9934); STS de 26 abril de 2001 (AC, núm. 35, 2001); STS 14 de mayo de 1990 (RJ 1990/3729) que afirman la validez de la venta en garantía, porque se admiten en nuestro Derecho las garantías atípicas, incluso mediante la formulación de negocios complejos, la utilización de negocios indirectos u otros mecanismos jurídicos.

⁵⁹ En este sentido véanse las SSTS siguientes: 14 de marzo de 2002 (RJ 2002/2476); 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1586); 17 de julio de 2001 (RJ 2001/ 6860); 7 de mayo de 1991 (RJ 1991/3583); 14 de febrero de 1996 (RJ 1996/1253); 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7919); 19 de mayo de 1989 (RJ 1989/3780).

⁶⁰ En este sentido: STS 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4088); STS 16 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8612); STS 5 de marzo de 2001 (RJ 2001/3972) y STS 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6419).

⁶¹ Cfr. STS de 31 de octubre de 2003 (RJ 2003/7977).

⁶² Cfr. STS 6 de junio de 1995 (RJ 1995/5054).

mediante la acción reivindicatoria. Los tribunales suelen reconocer al fiduciario un *ius retentionis* (derecho de retención oponible *ope exceptionis*)⁶³. El problema se plantea cuando el fiduciante no cumple con su obligación, entonces debe desplegar sus efectos. Al respecto ha de tenerse presente que está prohibido el pacto comisorio, que se considera aplicable a todos los negocios de garantía, y por lo tanto también a éste (por analogía del art. 1.859 CC), en orden a evitar un fraude de ley. Así se ha pronunciado la DGRN, que no admite el pacto comisorio en la venta en garantía⁶⁴. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, no es unánime. En alguna ocasión ha admitido la apropiación (utiliza la expresión «consolidación») del dominio del acreedor fiduciario⁶⁵, si bien en muchas lo ha rechazado y condena el pacto comisorio⁶⁶, de modo que el fiduciario no puede hacer suyo el dominio sobre el bien que tiene en garantía, sino que debería acudir a las normas que regulan los procedimientos legalmente establecidos para la realización forzosa del crédito y devolver el *superfluum* al fiduciante. Esas normas son de *ius cogens* y de interés público⁶⁷.

Por último, es obligado hacer alusión a la hipótesis que siempre ha sido piedra de toque en materia fiduciaria: una posible ejecución, universal o particular que afectase al titular fiduciario⁶⁸. En el caso de quiebra de éste, el fiduciante debe tener derecho de separación de los bienes dados en *fiducia* para poder recuperarlos, porque es el verdadero dueño. Si se tratase de un embargo de los bienes en cuestión, podría ejercitar una tercería de dominio. No obstante hay jurisprudencia que ha considerado embargable los bienes fiduciados por deudas del fiduciario, en contra de lo que a mi juicio debe ser una interpretación fidu-

⁶³ Este derecho de retención se ha admitido en las SSTS siguientes: de 8 marzo de 1988 (RJ 1988/1607); 7 de marzo de 1990 (RJ 1990/1674); 6 julio de 1992 (RJ 1992/6186); 13 de mayo de 1998 (RJ 1998/5413); 4 de julio de 1998 (RJ 1998/5413); 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474).

⁶⁴ Véase la resolución de la DGRN de 5 de junio de 1991 (RJ 1991/4649).

⁶⁵ Pueden citarse las SSTS de 30 de junio de 1998 (RJ 1998/5294) y 7 de marzo de 1990 (RJ 1990/1674) sobre consolidación de dominio por el fiduciario.

⁶⁶ Cfr. STS de 22 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9748); 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474); 13 de mayo de 1998 (RJ 1998/3687); STS de 26 de abril de 2001 (AC núm. 35, 2001) y 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10424).

⁶⁷ Ver SSTS de 10 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10135) y 13 de mayo de 1998 (RJ 1998/3687). En alguna ocasión sí parece haberse admitido la variante del pacto comisorio, el llamado «pacto marciano», en el que el valor del bien o derecho transmitido en garantía sea proporcionado al de la deuda, y se pacta con los plazos oportunos la consolidación correspondiente, siempre que se haga una valoración objetiva de la cosa.

⁶⁸ Al respecto la clásica obra de JAEGER, P. G., *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.

ciaria ortodoxa⁶⁹. Así, recientemente la sentencia de 17 de septiembre de 2003 no admite la tercería de dominio del fiduciante ante el embargo por parte de la Agencia Tributaria del bien dado en fiducia en poder del fiduciario por entender que el pacto fiduciario privado no puede producir efectos contra terceros, sólo *inter partes*, y por lo tanto, que no puede ser opuesto a tercero que lo desconociese en aras a la protección a la buena fe⁷⁰. Vuelve el viejo problema que en su día se planteaba la pandectística alemana. Parece que según esta resolución judicial «para los terceros de buena fe existe una transmisión real, no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconozcan». Además la buena fe se presume, y deberá probar el fiduciante que el tercero conocía la existencia del pacto fiduciario.

b) FIDUCIA DE GESTIÓN O ADMINISTRACIÓN (*FIDUCIA CUM AMICO*)

Como hemos dicho antes, esta modalidad de *fiducia* se establece en interés del fiduciante, para que el fiduciario realice determinadas gestiones (puede ser un mandato de enajenar —como antes se ha visto en la adjudicación para pago de deudas—, de adquirir⁷¹, tareas de administración⁷² o en relaciones societarias⁷³...).

La jurisprudencia sobre esta modalidad presenta un abanico de situaciones variadas que se presentan como negocios relativamente simulados, que esconden donaciones entre cónyuges, parientes, o personas ligadas por razones afectivas⁷⁴; o bien transmisiones motivadas por razones fiscales o instrumentales como las STS de 10 de febrero de 2003⁷⁵, 13 de

⁶⁹ Véase las SSTS de 12 de febrero de 1988 (RJ 1988/9934); 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474); 17 de julio de 2001 (RJ 2001/6860); 5 diciembre de 2001 (RJ 2002/9934).

⁷⁰ RJ 2003/6149.

⁷¹ Por ejemplo para litigar en subasta y obtenido el remate, transmitir la propiedad al mandante (STS 24 de marzo de 1997, RJ 1997/2477).

⁷² Ver STS de 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9494) acerca de la titularidad formal o fiduciaria de una expendedoría de tabaco; o la STS de 19 de junio de 1992 (RJ 1992/5362) sobre fundadores fiduciarios de una sociedad mercantil.

⁷³ Como es la cesión de acciones a una persona de confianza para ejercer el derecho de voto en interés del fiduciante, figura próxima al *voting trust* (sobre ésta y otras figuras de aplicación de la *fiducia* en el ámbito societario, véase CÁMARA, «Operaciones fiduciarias», ... *op. cit.*, pp. 1822-1833 ss). Pueden citarse varias sentencias sobre contratos por los que se ponen acciones de una sociedad a nombre de otro: STSJ Cataluña de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/6509); STS 4 de julio de 1998 (RJ 1998/5413); STSJ Navarra 23 de octubre 1997 (RJ 1997/8274) y del mismo tribunal, 20 de febrero de 1997 (RJ 1997/834).

⁷⁴ STS de 14 de julio de 1994 (RJ 1994/6395) sobre donación fiduciaria a una hija.

⁷⁵ AC núm.27, 2003.

febrero de 2003⁷⁶, o 31 de octubre de 2003⁷⁷, en las que se escritura a nombre de persona distinta del comprador por razones extrajurídicas existiendo un documento privado a favor del comprador. Estamos en estos casos ante la figura del «testaferro» como explícitamente lo reconocen los tribunales⁷⁸.

Y en ese sentido está legitimado para actuar frente a terceros con la apariencia de titularidad que le confiere la *fiducia*. Actuará *proprio nomine* como si fuera dueño del bien dado en *fiducia* y no habrá conexión entre terceros y fiduciante. Es el caso clásico de la adjudicación para pago de deudas hereditarias a través del cual se produjo la primera recepción de la *fiducia* en nuestro Derecho (art. 1.717.2.º CC)⁷⁹.

Ese interés del fiduciante justifica, a juicio de Cámara Lapuente, que tenga más posibilidades de recuperar el bien. Desde luego, podrá hacerlo si hay incumplimiento de lo pactado, pero a su entender también puede hacerlo cuando lo desee, sin necesidad de alegar causa alguna, basta con que lo requiera el fiduciante o los herederos⁸⁰. Si el fiduciario se opone, podrá ejercitar el fiduciante una acción reivindicatoria amén de la indemnización por incumplimiento (art. 1.101 CC), sin derecho de retención salvo para garantizar el reembolso de gastos generados durante su gestión⁸¹. En realidad, la esencia de esta figura no es otra que el mandato. En cuanto a posibles procedimientos ejecutivos de terceros acreedores: en caso de quiebra del fiduciario, el fiduciante tiene derecho de separación y procederá la restitución del bien.

5. El legislador frente al negocio fiduciario

Como se ha podido ver a lo largo de este trabajo, doctrina y jurisprudencia han elucubrado a lo largo del siglo XX acerca del alcance de la *fiducia*. Las diferentes tesis van y vienen buscando una explicación que permita admitir en nuestro sistema una institución que siendo ajena al mismo penetra para dar encaje a ciertas operaciones negociales.

⁷⁶ AC núm. 29, 2003 o RJ 2003/1046.

⁷⁷ RJ 2003/7977.

⁷⁸ Ver las SSTs de 5 de julio de 1989 (RJ 1989/5396); 21 de marzo de 1995 (RJ 1995/2051); 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8784) y 19 de junio de 1997 (RJ 1997/5418).

⁷⁹ O bien de deudas no hereditarias como el caso visto en la STS de 16 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10770) sobre transmisión de fincas para pago de todas los acreedores con el producto de la explotación e incluso con el de su venta, si resultara insuficiente.

⁸⁰ STS 30 octubre de 10003 (RJ 2003/7977).

⁸¹ STS 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8784).

La legislación civil, entre tanto, se ha mantenido al margen de todo pronunciamiento sobre la posibilidad de transmisión dominical que pudiera contener el negocio fiduciario. Solamente lo ha hecho en una ocasión, a fin de que la Iglesia, Ordenes y Congregaciones religiosas pudieran recuperar los bienes que habían traspasado durante la Segunda República a terceras personas para ponerlos a salvo de la persecución del poder republicano. Eran claros ejemplos de *fiducia cum amico*. Las leyes de 11 de julio de 1941 y de 1 de enero 1942 establecieron un procedimiento especial para rectificar las inscripciones hechas en el Registro de la Propiedad u otros Registros públicos, bancarios, mercantiles o particulares, a nombre de los interpósitos o testaferros que hubieran desaparecido⁸². Estas normas no fueron dictadas con pretensiones dogmáticas pero es claro que dejaban en evidencia que el fiduciario no podía alegar una posición dominical y tanto él como sus herederos debían restituir los bienes a la entidad religiosa correspondiente. Años después, el Decreto-ley 24/62 de 28 junio de 1962, amplió el procedimiento a toda persona natural que hubiera realizado una operación de este tipo para que pudiera recuperar sus bienes o derechos⁸³.

El Código civil español carece de una declaración determinante acerca de la eficacia jurídico real de las operaciones fiduciarias, a pesar de que es y sigue siendo un negocio muy utilizado en la práctica, tanto en la modalidad de venta en garantía, antes visto, como en la modalidad de gestión-administración, sobre todo en el ámbito mercantil⁸⁴. Merecería por ello más atención del legislador.

Fuera del Derecho común, debe destacarse el Derecho civil de Navarra (Compilación o Fuero Nuevo de Navarra de 1973) que regula la *fiducia cum creditore* en la Ley 466 en los términos siguientes: «Por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terce-

⁸² Ley de 11 de junio de 1941 (*Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi* núm. 1295) sobre inscripción de bienes en los Registros de la Propiedad que aparezcan inscritos a nombre de personas interpuestas y ley de 1 de enero de 1942 (*Ibid.*, núm. 57) sobre declaración de propiedad y libre disposición de sus valores y bienes muebles.

⁸³ *Ibid.*, núm. 1228.

⁸⁴ Según MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, «Repercusiones fiscales de algunos negocios fiduciarios», Ponencias y Comunicaciones al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1987, pp. 147-152, en los últimos años, a resguardo del desarrollo económico están proliferando ciertas compañías financieras que siguen la pauta de los negocios fiduciarios, es decir, del engranaje de una transmisión de propiedad y de un pacto *inter partes*, reconociendo que el dominio sigue detentándolo el transferente, mientras que el ente financiero aparece externamente como adquirente. Ver también el dictamen de L. DíEZ-PICAZO titulado: «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», en *Dictámenes jurídicos*, Madrid, 1981, pp. 25-65.

ro». Se trata de una institución singular abierta a cualquier tipo de bienes y con admisión de cualquier fórmula para la transferencia de los bienes o derechos al fiduciario. Según opina Cámara Lapuente, sigue los rasgos de la *fiducia* romana, de transmisión *erga omnes* o de la teoría del doble efecto y permite la apropiación del bien por el acreedor en el caso de impago por parte del deudor⁸⁵.

6. La aproximación del negocio fiduciario al negocio simulado

Tal y como se concibe en la actualidad la «titularidad fiduciaria», como mera apariencia de propiedad, el negocio fiduciario presenta en la práctica un perfil próximo al del negocio relativamente simulado⁸⁶, así lo llegó a calificar el propio Profesor De Castro⁸⁷, opinión que comparten otros juristas, como Albaladejo⁸⁸ y Clavería⁸⁹, hasta el punto de pensar que el negocio fiduciario viene a disolverse en éste. Si esto es así, el negocio fiduciario como tal no existiría (art. 1.276 CC).

⁸⁵ Ver el estudio de S. CÁMARA LAPUENTE, «La fiducia de garantía en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, XIV (1992) pp. 633-673 e *Idem* (coord.), «El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, p. 1147. Además el derecho de Navarra regula un tipo de *fiducia cum amico* en la Ley 163, la llamada «donación fiduciaria». Ver la STSJ Navarra de 23 de mayo de 1997 (RJ 1997/4469); 3 de marzo de 1994 (RJ 1994/2115) y 9 de febrero de 1994 (RJ 1994/1605).

⁸⁶ Parece que a la *fiducia* se le objetó desde sus orígenes la simulación y Regelsberger negó que así fuese por entender que el negocio fiduciario es un negocio realmente querido (Cfr. COING, *op. cit.*, p. 527). En Derecho español, puede verse HERNÁNDEZ GIL, *Obras...*, *op. cit.*, p. 601 y en «La promesa de venta, la simulación relativa y el negocio fiduciario: Problemas de interpretación y de calificación jurídica», en *Obras Completas*, III (Obligaciones), Madrid, 1988, pp. 605-619. En Italia intentó marcar la diferencia FERRARA, *op. cit.*, p. 77, en su obra sobre la simulación. Pero lo diferenciaba de la absoluta, no de la relativa. Algunos autores le siguen como F. GALGANO, *El negocio fiduciario*, trad. P. Blasco Gascó y L. Prats Albertosa, Valencia, 1992, pp. 441-449 e *Idem*, *Diritto civile e commerciale*, 1-2.ª, 2.ª ed., Milano, 1993, pp. 409-421. También en España M. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, p. 57 que sigue aún la línea marcada en su día por JORDANO, «Negocio fiduciario, negocio simulado, negocio indirecto», *RDP* (1958) pp. 1019-1032.

⁸⁷ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 423-424, en nota 164. Sigue el criterio que en Italia marcó A. BUTERA, «Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis», en *Della frode e della simulazione*, Torino, 1936, p. 35.

⁸⁸ ALBALADEJO, «El llamado negocio fiduciario,...» (*op. cit.*, n. 28) y más recientemente en el Prólogo a FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997, pp. 11-14, sobre todo p. 14. La autora de esta obra comparte con ALBALADEJO la idea de que el negocio fiduciario no es más que un negocio relativamente simulado.

⁸⁹ CLAVERÍA, «Comentario al art. 1.276», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Albaladejo, XVII-1-B, Madrid, 1993, pp. 602-603.

Ciertamente en muchos casos esto es cierto, porque la mayor parte de los negocios fiduciarios que se realizan en la práctica se presentan habitualmente como la combinación de dos actos jurídicos que suelen hacerse el mismo día e incluso en la misma Notaría: uno suele ser una escritura pública en la que se transfiere la titularidad del bien o derecho, y acto seguido se otorga un documento privado en el que se expresan los motivos y sobre todo la finalidad que persiguen las partes, aclarando la verdadera titularidad de lo transmitido. En este sentido, si se presenta como la conjunción de una transmisión aparente de propiedad y un pacto fiduciario oculto que refleja lo verdaderamente querido por las partes, ello no es otra cosa que un negocio simulado.

La jurisprudencia no obstante mantiene la diferencia entre el simulado y el fiduciario⁹⁰. Y además desde mi punto de vista, el esquema de ambos no siempre es el mismo. En ocasiones no se oculta el pacto fiduciario e incluso forma parte de su *nomen iuris*, que con el mismo incluso accede al Registro, como ocurre en la adjudicación para pago de deudas, con la que se abrió el proceso de recepción histórica de la *fiducia* en España. En ese caso no habría simulación en sentido estricto⁹¹, aunque en rigor el ejemplo emblemático de negocio fiduciario es el anteriormente descrito, que coincide ciertamente con el esquema del negocio relativamente simulado.

7. Recapitulación

De lo dicho se desprende que la historia de la recepción de la *fiducia* en Derecho español ha sido larga y azarosa a través de un camino que puede escalonarse en tres periodos. El primero de ellos, en el que la *fiducia* aparece como institución jurídica que permite explicar la naturaleza de una figura cual es la adjudicación para pago de deudas hereditarias y así se considera en una resolución de la DGRN (14 junio de 1922)

⁹⁰ Considera que hay diferencias como las siguientes: a) el simulado es un negocio ficticio, no real, mientras que el fiduciario es querido con todas sus consecuencias; b) el simulado es un negocio simple, mientras que el fiduciario es complejo, resultado de la combinación de dos negocios distintos; c) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo ninguna trascendencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido (STS 28 de octubre de 1988, RJ 1988/7746; STS 17 de septiembre de 2002, RJ 2002/8558).

⁹¹ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 190. Se adhiere a su criterio R.M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV, 8.ª ed., Barcelona, 1997, p. 508, nota 153. Sin embargo, puntualiza FELIU REY, *op. cit.*, p. 113, quien cree que en realidad la existencia de una manifestación expresa de la finalidad perseguida no se puede elevar a rasgo diferenciador entre el negocio fiduciario y el relativamente simulado.

y en una sentencia del TS (23 de mayo de 1935) cuyo mentor es el hipotecarista Jerónimo González. Primera recepción tímida, de ascendencia germánica, en la que ni siquiera se cita la palabra *fiducia*, pero se deja entrever la idea de patrimonio que se transfiere formalmente a una persona con una finalidad concreta y determinada a la que queda subordinada, en aquellos casos, el cumplimiento de un encargo (*fiducia cum amico*).

Esta primera aproximación sería superada años más tarde, a través de una jurisprudencia que comienza con la resolución de 25 de mayo de 1944, relativa a negocios de transmisión en garantía (*fiducia cum creditore*). Se construye entonces una tesis fiduciaria que se ha conocido con el nombre de teoría del doble efecto. Su principal divulgador, José Castán, influido por las ideas de Francesco Ferrara, acuñará la expresión «negocio fiduciario», resultado de la combinación de dos actos independientes entre sí, uno real de transmisión definitiva de propiedad y un compromiso personal u obligacional. Estamos ante una segunda recepción de la *fiducia* que resulta ser de más difícil compatibilidad con nuestros principios jurídicos pero que sin embargo se propaga entre la doctrina y la jurisprudencia en la década de los cincuenta en la que experimenta un verdadero auge.

Finalmente, Federico De Castro replantea en 1966 los términos en los que puede hablarse de negocio fiduciario en un sistema causalista como el nuestro, en el que ni garantizar una obligación ni cumplir con un encargo ajeno puede ser causa de una transmisión dominical. Siendo esto así, carece de fundamento el doble efecto, el fiduciario no puede convertirse en dueño, sino que ostenta una «titularidad fiduciaria», es decir su relación jurídica con los bienes está subordinada al fin que persiguen las partes del negocio.

Esta formulación se ha difundido en la doctrina y en la jurisprudencia desde los años ochenta. Recientemente asistimos a una cierta expansión de operaciones fiduciarias, sobre todo con finalidad de gestión o de administración y quizás ello sea la explicación de que en los últimos años hayan llegado al Tribunal Supremo más asuntos calificados como negocios fiduciarios⁹². Eso no significa que siempre que se alega por las partes proceda su calificación en tal sentido. La jurisprudencia sostiene de forma reiterada la validez de la venta en garantía, como modalidad de *fiducia cum creditore*, tal y como se ha visto anteriormente. Sin embargo, por lo que respecta a la *fiducia cum ami-*

⁹² C. FUENTESECA, *op. cit.*, detecta hasta 1995 unas 50 sentencias; por su parte CÁMARA, «Operaciones fiduciarias,...», *op. cit.*, en su estudio hasta 1999, recoge unas 90 sentencias. Y sostiene que la litigiosidad ha crecido en los últimos años (p. 1797).

co, hay mayor variedad de criterio, y en no pocas ocasiones el referente fiduciario suele ser el molde en el que se proyectan negocios con testafierros, o transferencias patrimoniales que buscan eludir las consecuencias patrimoniales de ejecución por deudas, colocándose el deudor fiduciante en situación de insolvencia para defraudar a los acreedores.