

Editorial

Por una regulación general del fideicomiso inter vivos y de la fiducia expresa en el derecho español

-

El negocio y la propiedad fiduciarios expresos y formalmente constituidos no están regulados con carácter general en el derecho español. En estas líneas se propone su regulación expresa, con independencia de toda relación con los negocios simulados o indirectos, es decir, con referencia explícita a la causa de la fiducia, constitutiva de una titularidad formal, de gestión o garantía.

Sí se admite en derecho español la figura del negocio fiduciario, con *causa fiduciae*, pero al no exigirse constitución formal y expresa, la figura misma no acaba de desembarazarse del entorno de los negocios jurídicos anómalos, simulados e indirectos, ni, por lo tanto, de la sombra del posible fraude de derechos de terceros y, en particular, de la Hacienda Pública. En estas páginas se propone la regulación formal de la fiducia expresa: para su validez, las fiducias deberán ser expresas y formalmente constituidas en escritura pública, *forma ad solemnitatem*.

Siguiendo la experiencia francesa de 2007, es defendible la exclusión de la causa gratuita en la fiducia: a efectos del art. 1911 del Código Civil, la constitución de un patrimonio separado y que no ha de responder por deudas del constituyente posteriores a la fiducia puede justificar la necesaria onerosidad del negocio constitutivo de la fiducia. Parecidamente y a ejemplo de legislaciones comparadas muy próximas a la nuestra, la posición jurídica de fiduciario podría reservarse a entidades financieras, compañías de seguros y profesionales del derecho colegiados.

Finalmente, la fiducia de gestión debe diferenciarse claramente de la fiducia de financiación o garantía, esta última muy problemática en el derecho del art. 1859 del Código Civil español.

En el fideicomiso *inter vivos*, el fideicomitente, persona física o jurídica, dispone de bienes de su propiedad a favor de un propietario fiduciario, quien habrá de administrarlos y, en su caso, disponer de ellos, en beneficio de una o varias personas beneficiarias, durante un tiempo limitado por el título de constitución dentro del máximo determinado por la ley.

El fideicomiso constituye un patrimonio de afectación, separado y distinto del patrimonio del fiduciario, no responde por las deudas anteriores de este y, en la propuesta que aquí se formula, habría de ser de constitución expresa y formal, en escritura pública. Al igual que en el caso de la fiducia es defendible la exigencia de causa onerosa.

Para gozar, además, de personalidad jurídica, en esta editorial se propone que el fideicomiso habría de poder constituirse como una fundación de interés particular o familiar, pero temporal. A ello se oponen obstáculos de nota, pero ninguno es de naturaleza constitucional: la regulabilidad del fideicomiso inter vivos, entendido como fundación de interés particular, no está prohibida por el derecho español, no hay una prohibición constitucional de su constitución. Es cierto que la legislación actualmente vigente en materia de fundaciones prohíbe la constitución de fundaciones de interés particular o familiar, pero incluso y como veremos tal legislación reconoce una salvedad de nota. Una cosa es que el derecho vigente excluya, *de lege lata*, las fundaciones de interés particular o familiar; otra que ello sea así *de lege ferenda*.

En efecto, en el derecho español, el art. 34 de la Constitución Española reconoce “el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley”. Luego la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, establece que las “fundaciones deberán perseguir fines de interés general” (art. 3.1), añadiendo que “[n]ingún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general” (art. 3.3).

Pero, con independencia del *nomen* “fundación”, no hay ninguna buena razón para excluir la regulabilidad del fideicomiso inter vivos, con personalidad jurídica. El derecho español regula las fundaciones para fines de interés general, pero no prohíbe la constitución de fideicomisos *inter vivos*, ni por supuesto la de fundaciones en sentido estricto – de interés general- cuyo patrimonio incluya la propiedad de acciones o participaciones en compañías mercantiles. En todo caso, la exclusión histórica de las fundaciones de interés particular no obedece a razones de orden público, como pone de manifiesto la circunstancia de que el derecho español no rechaza la constitución de tales fundaciones de interés particular, de acuerdo con, por ejemplo, el sistema legal de un ordenamiento nacional de un Estado miembro de la Unión Europea que así lo haga.

Un ejemplo de referencia es un tipo de fundación holandesa, la *Stichting Administratienkantoor* (STAK), en inglés “*Trust Foundation*”. Cumpliendo sus requisitos legales, la fundación es un instrumento utilizado para separar el control de los beneficios financieros, permite la planificación multigeneracional de compañías familiares y provee una alternativa civil al *trust* del *Common Law*. El derecho civil holandés de fundaciones (arts. 2:285 del Código Civil holandés y concordantes) permite la constitución de una fundación cuya finalidad sea la tenencia, gestión y disposición de activos en interés de terceros, que no sean los fundadores, o los miembros de sus órganos de administración o control.

A veces, la doctrina no parte de la base de que las fundaciones de interés particular no están reguladas en el derecho español, sino de que no son regulables, es decir, que están prohibidas, pero no es así, pues ni son contrarias al orden público, ni el derecho español desconoce patrimonios separados, ni patrimonios personificados de acuerdo con un sistema jurídico que os acoja, ni, incluso, desconoce salvedades a la exigencia legal de perseguir fines de interés general

y en beneficio de colectividades genéricas de personas. Ocurre, ciertamente, que el art. 3.3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones dice que “[e]n ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador, a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”, pero inmediatamente el siguiente apartado 4 del mismo art. 3 establece un caso en el cual sí podrán constituirse tales fundaciones: aquel en el cual “la finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español”. En todo caso, en este texto se propugna *de lege ferenda* la ampliación a los negocios *inter vivos* de las alternativas que el derecho sucesorio reconoce en materia de sustituciones fideicomisarias, aunque siempre con una duración limitada.

Exigencias de transparencia, de constitución expresa y formal, de aplicación rigurosa de las disposiciones aplicables a la fiducia en el derecho tributario español deberían bastar para alejar la sospecha de fraude a terceros. Asimismo, un adecuado tratamiento tributario de la figura descartaría el fraude a un tercero cualificado, la Hacienda Pública.

Sin embargo, una regulación futura del fideicomiso *inter vivos* habría de partir de una paralela regulación general de la fiducia, de la propiedad fiduciaria.

A diferencia del derecho de propiedad, que es derecho naturalmente perpetuo, la fiducia es temporal. Pero, a diferencia también del mandato representativo, que es instrumental y suele ser naturalmente constituido para la realización de uno o más actos o negocios jurídicos concretos, la fiducia establece una posición jurídica subjetiva formal y duradera. Dos contenidos posibles y muy básicos son la fiducia de gestión (*Verwaltungstreuhand*), en cuya virtud, el fiduciario gestiona los bienes fiduciarios en beneficio del fiduciante o de terceros, y la fiducia de seguridad o garantía (*Sicherungstreuhand*), por la cual, “se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros y, cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho cedido” (Ley 466 de la Compilación Navarra), (Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2. Aufl. Mohr, Siebeck, Tübingen, 2006, n 1312, pp. 499 y ss.).

La prohibición del pacto comisorio en el art. 1859 del Código Civil español obsta claramente a la venta en garantía; no, en cambio, a aquella que tiene lugar tras la concesión del crédito. A la venta se asimila la concesión de una opción de compra, pero no necesariamente la constitución de un derecho de tanteo o retracto a favor del acreedor para el caso en que el deudor resuelva vender a un tercero.

En la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos, la figura del fideicomiso, como trasunto del *trust*, es ampliamente conocida y regulada. Por ejemplo, en el derecho argentino, la Ley 24.441, de 22 de diciembre de 1994, de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, estableció que “habrá fideicomiso cuando una persona fiduciante transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”. El contrato establece un patrimonio de afectación, sin personalidad jurídica por una duración no superior a treinta años. Esta regulación, con algunos cambios, pasó a integrar los arts. 1666 a 1700 del Código Civil y Comercial de la Nación, en vigor desde 1 de agosto de 2015. Véanse además el art. 733 del

ejemplar Código Civil de Chile o, para México, el art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de la Federación, de 27 de agosto de 1932, última actualización, 1.3.2021, o los artículos 794 y ss. del Código Civil de Colombia.

Urge un modelo regulatorio general, pero expreso, de la fiducia. El derecho español es, en este punto, una anomalía: no hay ninguna buena razón para que el derecho español sea uno de los pocos ordenamientos europeos continentales que carezcan de una regulación genérica de la fiducia y de sus efectos. La fiducia está regulada en sistemas tan próximos al nuestro como el francés o el italiano. Y no la hay porque se pierde sin ella una institución que, razonablemente regulada, permite alcanzar finalidades merecedoras de tutela legal y evitar los riesgos, tradicionalmente asociados a esta figura, de fraude derechos de terceros.

En esta editorial, así como en trabajos posteriores ahora en curso de elaboración, se propone regular la posibilidad de que una persona física o jurídica, el fiduciante, constituya formal y expresamente -en escritura pública- y de acuerdo con otra u otras, como fiduciarios, un patrimonio separado en propiedad temporal de estos últimos y en interés, al menos parcialmente, del fiduciante mismo o de una o varias terceras personas como beneficiarios. No se excluye el que la fiducia sea también constituida en interés parcial del fiduciario, pero sí que lo sea en el suyo exclusivo. No se contempla la constitución de un patrimonio fiduciario por acto o negocio unilateral *inter vivos*. Pero todo es opinable, aquí.

Una solución razonable es establecer en el Código Civil una regulación típica de la fiducia, formalmente constituida, transparente y normativamente delimitada en sus efectos. Un modelo próximo, históricamente muy cercano lo ofrece el *Code Civil Français*, el cual acogió la fiducia en 2007 (art. 2011 en relación con art. 2016). Por su parte, otro modelo también muy cercano al nuestro, el art. 2645-ter del *Codice Civile Italiano* prevé la transcripción de los actos y negocios en forma pública por los cuales bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos son destinados, por una duración no superior a 90 años o durante la vida de una persona física beneficiaria, a la realización de intereses merecedores de tutela referidas a personas con discapacidad, administraciones públicas u otros entes y personas físicas en el sentido del art. 1322, segundo párrafo, a fin de permitir la oponibilidad a terceros del vínculo de la destinación. Los bienes afectados únicamente pueden ser empleados en la realización de la finalidad prevista y pueden ser objeto de ejecución únicamente por las deudas contraídas con tal finalidad.

Es tiempo de remediar una anomalía del derecho privado español: la falta de regulación general del fideicomiso *inter vivos* y de la fiducia expresa.

Pablo Salvador Coderch