

FIDEICOMISO INTER VIVOS, FUNDACIÓN DE INTERÉS PARTICULAR Y FIDUCIA EXPRESA: UNA PROPUESTA DE POLÍTICA JURÍDICA.

por

Pablo Salvador Coderch
Académico de Número

Leída en sesión ordinaria de fecha 11 mayo de 2021

1. El fideicomiso *inter vivos* como patrimonio separado, como persona jurídica y la exclusión legal de las fundaciones de interés particular: ¿también de *lege ferenda*?

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.

Hay muchos supuestos de patrimonios separados en el derecho vigente. Por solo citar el más característico y cercano al que es objeto de esta Comunicación, véanse arts. 998 y 1010 y ss. del Código Civil español y art. 461-20 del Codi Civil de Catalunya, sobre el beneficio de inventario, cuyo efecto básico es la separación patrimonial.

Para gozar, además, de personalidad jurídica, el fideicomiso habría de poder constituirse como una fundación de interés particular o familiar, pero, probablemente, de duración temporal para evitar objeciones históricas relacionadas con la propiedad vinculada.

A ello se oponen obstáculos de nota, pero ninguno es de naturaleza constitucional: la figura 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 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 los acoja, ni, incluso, desconoce salvedades a la exigencia legal de perseguir fines de interés general y en beneficio de colectividades genéricas de personas.

Véase, en relación con la doctrina comentada, la síntesis de Jesús Alfaro, *La fundación como persona jurídica*, en El Almacén de Derecho, 7 de julio de 2015. Para el autor, las finalidades de las fundaciones de interés particular, excluidas *a radice* por nuestro sistema jurídico, pueden conseguirse en España mediante las sociedades unipersonales.

Ciertamente, 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 a continuación 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 a, por ejemplo, 50, 75 o 99 años. 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, Hacienda Pública, cuestión que desarrolla en otra sede.

En todo caso, una regulación futura del fideicomiso *inter vivos* habría de partir de una paralela regulación general de la fiducia, de la propiedad fiduciaria.

2. Fiducia de gestión y de seguridad o garantía.

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 con efectos transmisivos de la propiedad plena (aunque 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 (véase Ramón Durán Rivacoba, *La propiedad en garantía; prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998. Recientemente: Sergio Tudela Chordá, *La prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios cum creditore*. Revista de Derecho UNED, 17, 2015, pp. 511 y ss.). Pero la fiducia no transmite la propiedad real, pura y simple, sino que tiene una finalidad de garantía más estricta y que no lleva aparejado el pacto comisorio, antes bien el pacto que instrumenta la fiducia conlleva la exigencia de retransmisión de la titularidad formal. Un pacto comisorio adicional está sujeto al art. 1859 CC (véase STS, 1ª, 312/2020, de 4 de febrero y las allí citadas). El derecho civil catalán, en cambio, desconoce una prohibición general del pacto comisorio (véanse, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de febrero de 2019 y 28 de febrero de 2019).

3. Modelos regulatorios de la fiducia: preferencia por los modelos del Civil Law. Doctrina española.

Y a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de las jurisdicciones del *Common Law*, donde se regula el *trust*, y en muchas jurisdicciones del *Civil Law*, donde se regulan el *trust* mismo, o instituciones funcionalmente análogas, como la fundación de

interés particular, la fundación familiar, el fideicomiso *inter vivos*, o los patrimonios protegidos, el derecho español no acoge generalmente una regulación típica de la propiedad fiduciaria.

En cambio, 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 mercedoras de tutela legal y evitar los riesgos, tradicionalmente asociados a esta figura, de fraude derechos de terceros.

No se contempla en estas líneas, la recepción de los modelos angloamericanos del *trust*, propios del *Common Law*, como el amplísimamente contemplado en el *Restatement of the Law Third, Trusts*, vols. 1 a 4, del *American Law Institute*. En este apunte, se considera preferible un modelo del *Civil Law*, como concretamente, el ejemplo francés de la Loi n° 2007-211, du 19.2.2007, arts. 2011 y ss. del *Code Civil*.

El artículo 2 de la Ley Hipotecaria permitiría la inscripción de una futura regulación de la propiedad fiduciaria inmobiliaria en el Registro de la Propiedad.

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 mercedores 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.

En estas líneas 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*.

El negocio jurídico fiduciario fue entendido tradicionalmente como uno tal que generaba un doble efecto jurídico, real, el primero y transmisivo de la propiedad, y obligatorio el segundo, el cual limitaba entre las partes las facultades del fiduciario, en beneficio de un tercero (*fiducia cum amico*), o en garantía del pago de una deuda (*fiducia cum creditore*). Por todos, puede verse la obra clásica editada por Richard Helmbold y Reinhard Zimmermann, *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker & Humblott, Berlín, 1998.

En España, hace poco más de medio siglo, el gran civilista Federico de Castro y Bravo (1903-1983), unificó la figura del negocio fiduciario con base en la *causa fiduciae* y caracterizó al fiduciario como un propietario o titular formal limitado por el pacto fiduciario (*El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, capítulo IV, pp. 379 y ss.). Pero la institución nunca acabó de emanciparse del entorno de los negocios anómalos.

Al respecto, la obra de referencia es el libro de Sergio Cámara Lapuente, *La fiducia sucesoria secreta*, Dykinson, Madrid, 1996. Del mismo autor: *Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión*. En: Consejo General del Notariado, “*La autonomía de la voluntad en el Derecho privado (Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado)*, Tomo I, *Derecho de la persona, la familia y la sucesión*”. Wolters-Kluwer, Madrid, 2012. También: Sonia Martín Santisteban, *La afectación de bienes en el ámbito del Derecho de la persona, la familia y la sucesión*, Tirana, 2020.

Pese a los años transcurridos desde la construcción de la tesis de la *causa fiduciae*, la asimetría entre el efecto real, transmisivo del dominio formal, y el pacto fiduciario obligacional, limitativo de aquél -privado y, a menudo, reservado o secreto- permanece en la práctica real del negocio fiduciario, con el riesgo de fraude de derechos de terceros, fundamentalmente de los acreedores del fiduciante, o del fiduciario mismo y, señaladamente, de la Hacienda Pública. Así, en nuestro derecho, la fiducia es un negocio marginal, situado fuera de los perfiles típicos de la regulación del derecho de propiedad. Como en la obra mencionada de F. de Castro, la fiducia aparece horquillada entre el negocio simulado, o no querido como expresado, y el negocio indirecto, querido ciertamente, pero con finalidades distintas de las que le son típicas. Y así ocurre en la nutrida jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la cual, la fiducia es considerada válida en función de las circunstancias del caso y, siempre, en ausencia de fraude a terceros.

La fiducia en sentido propio -*Treuhand* en la tradición jurídica alemana- se diferencia de la representación indirecta, aunque coincide con ella en su finalidad de salvaguarda de intereses ajenos por parte del fiduciario, quien actúa en nombre propio, pero en interés del fiduciante mismo o de otras personas. Basta con que el fiduciario no esté facultado para ejercer el derecho que le ha sido transferido en interés exclusivamente propio, pero puede estarlo parcialmente (*Volrechtstreuhand*). Cabe también la posibilidad de que el fiduciario haya recibido únicamente el poder de disposición de los bienes o derechos que se le ha encargado gestionar (*Ermächtigungstreuhand*). Típicamente, la fiducia, en cualquiera de las formas anteriores, no se constituye, como la representación, para un solo acto o negocio, o para un tiempo limitado, sino para la realización de una actividad duradera (cfr., por ejemplo, Karl Larenz/Manfred Wolf,

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, (8. Aufl. München, Beck, 1997, parágrafo 46, nº 28 y ss, pp. 866 y ss). La fiducia de pura gestión y administración -sin facultades de uso ni disfrute, ni dispositivas en favor del fiduciario- es concebible como un tipo distinto al mandato, incluso irrevocable, si se establece como tal Y con una duración lo suficientemente larga como para configurar la posición jurídica del fiduciario como mucho más fuerte que la del mandatario típico.

4. El modelo regulatorio del *Code Civil* francés: la fiducia expresa.

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.

El art. 2011 del *Code Civil*, en relación con su art. 2016, definen la fiducia de modo similar a como se ha hecho en las líneas anteriores (“*La fiducie est l’opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires que, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d’un ou plusieurs bénéficiaires*”. “*Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l’un des bénéficiaires du contrat de fiducie*”).

La fiducia, legal o contractual, ha de ser necesariamente expresa y, en determinados casos, ha de constituirse en escritura pública: no hay fiducias tácitas. Se excluye además la fiducia con ánimo liberal en beneficio de un tercero, la cual es radicalmente nula (art. 2012).

Si los bienes transmitidos son inmuebles o derechos reales inmobiliarios, rigen estrictos requisitos de registro y publicidad fiscales y el fiduciario asume obligaciones contables muy rigurosas.

Solo pueden ser fiduciarios los establecimientos de crédito y las entidades financieras que determina la ley, las compañías de seguros y los abogados (art. 2015). Los fiduciarios disponen de amplios poderes de gestión presuntos.

El fiduciante que sea persona física no puede renunciar a la facultad de designar a una tercera persona que asegure la preservación de sus intereses en la ejecución de la fiducia y que pueda disponer de los poderes y facultades del fiduciante art. 2017).

El contenido mínimo de la fiducia requiere para su validez:

- 1) La determinación de los bienes, derechos o garantías transmitidos.
- 2) La duración de la fiducia, que no puede exceder los 99 años.
- 3) La identidad de los constituyentes de la fiducia.
- 4) La identidad de los fiduciarios.
- 5) La identidad de los beneficiarios, o, en su defecto, las reglas que establezcan su determinación. Y,
- 6) La misión de los fiduciarios, así como la extensión de sus poderes de gestión y disposición (art. 2018).

La cesión de créditos derivada de la fiducia produce efectos desde la fecha de esta, pero es inoponible al deudor al que no se le haya notificado (art. 2018-2). La exigencia de registro a efectos fiscales es condición de validez de la fiducia, la cual es nula si no se lleva a cabo en un mes. Igualmente rigen requisitos muy estrictos de designación de beneficiarios, a efectos tributarios, pues, so pena de nulidad, el contrato de fiducia y sus accesorios deben ser registrados en el plazo de un mes, a contar de la fecha de su constitución, en el servicio de impuestos del domicilio del fiduciario, o en el servicio de impuestos de no residentes, si el fiduciario no tiene domicilio en Francia (art. 2019). Se constituye un registro nacional de fiducias (art. 2020). El fiduciario ha de indicar siempre cuando actúa por cuenta de la fiducia (art. 2021).

La fiducia supone la constitución de un patrimonio separado, de afectación, pero carece de personalidad jurídica. En todo caso, el patrimonio fiduciario no responde ante los acreedores personales del fiduciario, los acreedores personales del constituyente tampoco pueden acceder al patrimonio fiduciario salvo fraude, como tampoco pueden hacerlos los acreedores de los terceros beneficiarios. Sin embargo, los acreedores del patrimonio fiduciario que no hayan aceptado la limitación de responsabilidad de este pueden agredir el patrimonio del fiduciante si aquel es insuficiente.

En sus relaciones con terceros, se presume que el fiduciario tiene las facultades y poderes más amplios disponibles sobre el patrimonio fiduciario, a menos que resulte probado que los terceros conocían las limitaciones de sus poderes (art. 2023).

El patrimonio fiduciario responde por las deudas nacidas de su conservación y gestión, salvo fraude o por aquellas deudas del constituyente nacidas antes de la constitución de la fiducia. Igualmente, en el caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, salvo estipulación contraria en el contrato de fiducia, en virtud de la cual, se excluya la responsabilidad subsidiaria del patrimonio del fiduciante; el contrato de fiducia puede limitar la responsabilidad por el pasivo fiduciario al patrimonio fiduciario, pero esta cláusula solo es oponible a los acreedores que la hayan aceptado expresamente (art. 2025). El fiduciario responde con su propio patrimonio por dolo o culpa en el ejercicio de su misión (art. 2026) y, en todo caso de incumplimiento de sus obligaciones o de puesta en peligro de los intereses que le han sido confiados, el fiduciante, los beneficiarios, o el tercero designado por aplicación del art. 2017 pueden pedir al juez la sustitución del fiduciario o el nombramiento de un fiduciario provisional (art. 2027).

La fiducia se extingue por el fallecimiento de su constituyente que sea persona física, la finalización de su duración, la realización de las finalidades perseguidas por la fiducia, la renuncia de los beneficiarios a la fiducia, el concurso y liquidación del fiduciario persona física, o su disolución y liquidación si es persona jurídica, o su inhabilitación profesional si es abogado (art. 2029).