

Doctrina

Por Juan Carlos Rodríguez Maseda, abogado experto en Derecho societario, insolvencia y reestructuración empresarial, socio de Dictum.

La fiducia como negocio jurídico idóneo para la empresa familiar

Una de las consecuencias que se derivan del reconocimiento del poder de la autonomía de la voluntad, es la admisión de la licitud de los negocios fiduciarios ([1]) eventualmente mercantiles ([2]). En estrecha relación con la figura de la causa, en el marco de la autonomía contractual. Debiendo comprender, que la Jurisprudencia más reciente, en materia de titularidades fiduciarias nos enseña que *“no existe una fiducia negocial típica. Por lo que es preciso acudir, en cada caso, al contenido del negocio concreto que la establece”* (SAP. Tarragona, Secc. 3ª, nº 123/2020, de 07/05/2020, rec. 868/2018). Por ello, es difícil fijar y definir la fiducia, porque puede tener diversas manifestaciones: propias del Derecho de familia; en el ámbito patrimonial; en el plano de la creación de relaciones jurídicas reales; y en el ámbito de la creación y gestión de relaciones jurídico-societarias, que, vinculadas al vínculo familiar, aportan soluciones muy interesantes en la estructuración del patrimonio de una familia con intereses empresariales.

Debemos entender que, con la fiducia, no se produce una verdadera transmisión dominical, porque el título no es traslativo del dominio. La jurisprudencia nos aclara que la atípica *causa fiduciae*, que se identifica con el fin de garantía o de administración perseguidos, no provoca una

verdadera y auténtica traslación dominical, sino que tiene una «limitada eficacia real», esto es, que sólo es apta para producir una transmisión formal. Una hipótesis que, cuenta con el apoyo de una numerosa Jurisprudencia [SSTS 8 marzo 1963, 28 diciembre 1973, 19 mayo y 2 junio 1982, 6 abril y 9 octubre 1987, 25 febrero y 8 marzo 1988, 19 mayo 1989, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 6 julio 1992, 14 julio 1994, 14 febrero y 3 diciembre 1996, 31 marzo y 27 julio 1999, 26 abril 2001, 1 febrero, 14 marzo y 4 diciembre 2002, 13 febrero, 15 julio, 17 septiembre y 31 octubre 2003, 26 julio 2004, 17 febrero 2005, 23 junio y 27 julio 2006, 27 febrero y 7 mayo 2007, 30 mayo 2008, 20 enero, 2 marzo y 13 julio 2009 y 1 diciembre 2010].

En este sentido, podemos ver el Auto del TS, Sala Primera, Secc. 1ª, de 14/09/2022, relativo a un supuesto de *“fiducia cum amico”*, que dice: *“El primer extremo no es correcto en tanto que la audiencia provincial declara de forma expresa que fueron los padres del Sr. Mariano quienes adquirieron la titularidad formal del inmueble, pero que este abonó a sus progenitores lo pagado en su nombre, así como el importe de la hipoteca que gravaba el bien, lo cual le confiere el carácter de propietario real. Dichos extremos son propios de la “fiducia cum amico”, si bien en su modalidad de “puesta a nombre de otro” tal y como se razona en*

la sentencia recurrida. ... Respecto de la causa del pacto fiduciario, la audiencia provincial declara que no consta acreditada la finalidad fraudulenta pues "no consta acreditado que el Sr. Mariano tuviera otras deudas... La recurrente no justifica que la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia de la sala en materia de causa de los contratos ni de la fiducia cum amico en tanto que, como ya se dijo, entre otras, en la STS de 5 de marzo de 2001 (rec. 674/1996) -cuya doctrina se recoge en la posterior de fecha 31 de octubre de 2003-, y como asimismo se precisa en la de fecha 16 de julio de 2001: "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. En esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero -beneficiario-, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la "fiducia cum amico" la forma pura o genuina del negocio fiduciario - Sentencia de 16 de julio de 2001-. En otros términos: en el negocio fiduciario el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia - sentencia de 31 de octubre de 2003-".

A estos sólidos argumentos jurisprudenciales incorporar la consideración de que la jurisprudencia y la doctrina españolas son cada vez más proclives a reconocer que el conjunto de los derechos reales debe constituir un "numerus apertus". Por ello, debemos admitir la posibilidad de derechos reales atípicos; y, en su seno, reconocer la posibilidad, la licitud y la virtualidad de las relaciones jurídico-reales fiduciarias, con causa y fundamento en negocios jurídicos fiduciarios, sea "inter vivos" o "mortis causa" (sustituciones fideicomisarias, previstas en los arts. 781 y ss. CC). Un negocio jurídico fiduciario que, en el caso de la PYME familiar, encuentra su causa en el vínculo existente y su fin, en la defensa de la integridad del patrimonio de la familia. En la mutua confianza, que determina la designación de un fiduciario para articular la tenencia de determinados bienes, en beneficio del interés familiar. Porque la posibilidad y validez de los negocios fiduciarios, ha sido reiteradamente reconocida por nuestra Jurisprudencia, que pone de manifiesto que "la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista" (STS., Sala 1ª, de 4.07.1998).

Esta estructura objetivo-causal puede darse en el seno de un contrato de sociedad familiar. En cualquier tipo de operación estructural, por ejemplo. Un socio fiduciante, puede efectuar una atribución patrimonial de un activo societario o de las propias participaciones o acciones, a un familiar fiduciario para que este "utilice..., para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista". Por ejemplo, para evitar riesgos correspondientes al familiar o familiares que encarnen el órgano de

administración. La articulación fiduciaria de la defensa del patrimonio familiar permitirá la mejor conservación. Procede recordar que, de forma habitual y muy consolidada, con el propósito de reforzar los vínculos entre los socios o accionistas sindicados, se recurre a transmisiones fiduciarias de las acciones ([5]) o participaciones sociales, mediante la sindicación del voto. Se limita libremente la libertad de voto, a través de pactos o acuerdos con otros socios o con terceras personas, mediante pactos de sindicación en los que se acepta la orientación del voto ([6]), o en forma de sindicato de bloqueo [7].

En definitiva, el negocio jurídico fiduciario está admitido por la jurisprudencia y se considera válido y eficaz. Por ello no es correcto alegar para favorecer al fiduciario en su posible afán de apropiación, una hipotética intención fraudulenta. Esta posición llevaría a rozar una donación a favor del fiduciario que no puede ser válida cuando faltó la intención de donar en el fiduciante. Así, la STS de 10 de febrero de 2003, que considera la no concurrencia de un *“animus donandi”*, sino una clara intención fiduciaria, dado que – dice la Sentencia- *“... nos encontramos ante un negocio simulado, en que la causa aparente no es verdadera, y el negocio disimulado se configura como un acto fiduciario, ya que las partes pretendieron crear la fiducia “cum amico”, sin finalidad perceptible, pero que podía responder a razones indeterminadas, bien fiscales o bien instrumentales, en todo caso, irrelevantes...”*. El Tribunal Supremo abunda en la autonomía causal del negocio jurídico de fiducia en Sentencia número 353/2016, de 30 de mayo de 2016, recurso 537/2014. Dice que los fiduciarios no pueden oponer la previsión contenida en el artículo 1306.1 CC, respecto de la concurrencia de causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación asumida en el negocio fiduciario de restituir las participaciones y acciones. Reitera la jurisprudencia anterior, confirmando que no se

puede pretender aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de *fiducia cum amico*, para negar toda eficacia interpartes a dicho pacto y consolidar, con evidente ánimo apropiatorio sin causa, de la propiedad aparente en manos del fiduciante.

He aquí uno de los aspectos que queremos destacar en este comentario. Aunque se acuda a la articulación fiduciaria de la tenencia de determinados bienes en la determinación de la estructura patrimonial familiar, con la finalidad, lícita, de controlar el riesgo frente a eventuales acreedores, tal organización no podrá ser opuesta. No podrá ser alegada para cuestionar la licitud causal del negocio fiduciario que, naturalmente, tendrá por finalidad la defensa de determinados bienes. Quizás, también, su gestión alternativa, al resto del patrimonio.

Ergo sin poder alegar la concurrencia de causa torpe, siempre y en todo caso, el fiduciario está obligado a restablecer, con carácter esencial, la situación real mediante la atribución de la titularidad correspondiente al fiduciante. Si se han celebrado negocios con terceros, deben ser considerados nulos, siempre que dichos terceros no hayan adquirido de buena fé y a título oneroso. El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2010, que abunda en la consideración -con abundante cita jurisprudencial- de que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, acentúa la nota de la confianza. Confianza que, en el ámbito de la empresa familiar, constituye un elemento esencial puesto que las transmisiones de titularidad formal tienen lugar entre hermanos, cónyuges, padres e hijos. Son diversas las Sentencias dictadas por Audiencias Provinciales que toman en consideración la fiducia entre familiares, fundamentalmente entre cónyuges en régimen de separación de bienes. La AP de Alicante, sección 6ª. 25.09.2006, número

e-DICTVM

434/2006, rec. 163/2006, en cuyo proceso, la causa que da origen a la fiducia, vino determinado por los reparos de la entidad bancaria vendedora del inmueble al fiduciante por la mala imagen ante el impago de unos intereses de un préstamo anterior, decidiéndose que figurase su esposa (fiduciaria) con la que se hallaba casado en régimen de separación de bienes, siendo los fondos destinados a la compra privativos del esposo.

La AEAT deberá ser respetuosa con la autonomía de la voluntad, no aplicando el régimen fiscal de transmisión de bienes a las estructuras fiduciarias. Entendiendo que no concurre causa traslativa, sino de mera tenencia en beneficio de otro, para la finalidad pactada. Únicamente tendrá relevancia fiscal los rendimientos que se generen en beneficio del fiduciante o del fiduciario, evidenciando capacidad económica en la generación de flujo. Pero estimamos irrelevante fiscalmente, el mero movimiento del patrimonio o cambio, con causa fiduciaria, de la titularidad formal. Todo ello sin perjuicio de recordar, con intensidad, el riesgo de blanqueo de capitales, en el marco de la Ley 10/2010, que nos llevaría a otros ámbitos que exceden del contenido de este trabajo.

En conclusión, a través de un protocolo familiar, o de forma más o menos directa, la organización fiduciaria de un patrimonio aparece como un elemento recomendable e idóneo para una estructura empresarial familiar. Otorga flexibilidad, al amparo de la autonomía de la voluntad y de su propia atipicidad- Permitiendo la articulación de negocios, que, fiscalmente, deberían ser muy neutros al no establecer la transmisión de bienes o derechos.

[1].- DE CASTRO y BRAVO, F.: "Tratado práctico y crítico de Derecho civil", vol Xº, "El Negocio Jurídico", edit. INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS, Madrid, 1967, ps. 379 y ss. y 443 y ss. Ya Federico DE CASTRO manifestaba que la concepción e incluso la aceptación de la figura del

negocio Fiduciario que se tuviese, habría de depender fundamentalmente de la adhesión o del rechazo que se mostrase, frente a la formulación originaria de esta figura, debida a Ferdinand REGELSBERGER, que formuló la llamada "teoría del doble efecto": para REGELSBERGER lo que define al Negocio Fiduciario es que se trata de un negocio jurídico en el que las partes eligen, para llevar a cabo su fin práctico, un negocio jurídico cuyos efectos exceden; resultan más fuertes que los que produciría el negocio que, regularmente, permitiría alcanzar el mismo fin práctico perseguido. Por el contrario, lo que define al Negocio Jurídico Indirecto es que, mediante un negocio jurídico dado, las partes tratan de alcanzar unos fines que son "diversos de aquellos típicos de la estructura del negocio mismo". El Negocio Jurídico Indirecto lo es -es "indirecto"- porque persigue un "resultado indirecto"; es decir: un "resultado de aspecto jurídico exactamente individualizado, ajeno al negocio utilizado en el caso concreto, y que, cuando este negocio haya recibido completa ejecución, sustituirá prácticamente en todo o en parte al resultado inmediato del mismo". De todos modos, lo que se acaba de exponer merece una doble reflexión: por una parte, no debemos interpretar las palabras de estos autores como significativas de que Negocio Fiduciario y Negocio Indirecto sean dos figuras radicalmente distintas e incluso incompatibles, cuya regulación legal -la que sea- es diferente en el uno y en el otro: más bien entre los negocios, operaciones o contratos fiduciarios y los negocios, operaciones o contratos indirectos media una relación género/especie, siendo el género o categoría más amplia, la de los negocios indirectos, dentro de cuyo ámbito se englobarían los negocios, operaciones o contratos fiduciarios. Incluso hay quien sostiene que los negocios, operaciones o contratos fiduciarios son la variedad lícita de los negocios, operaciones o contratos indirectos. De hecho, cuando se citan ejemplos de negocios jurídicos indirectos, los

e-DICTVM

primeros que se incluyen son -precisamente- los negocios fiduciarios.

[2].- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil”, edit. CIVITAS,S.A., reimp. De la 2ª reedición, Madrid, 1991, ps. 9, 11 y 12.

[3] La figura de la “*fiducia cum amico*” la encontramos -igualmente- en el Auto.TS, Sala Primera, Secc. 1ª, de 26/10/2022; Excmos. Sres. Magistrados: D. Francisco Marín Castán, presidente, D. Pedro José Vela Torres y D. Antonio García Martínez; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, en rec. casación nº 4562/2020; Roj: ATS 14870:2022; Ecli: ES:TS:2022: 14870ª; Documento TOL9.274.421; <<https://www.tirantonline.com/accedys.udc.es/tol/documento/show/9274421?searchtype=ol&general=%22negocio+fiduciario%22++O+fiducia+cum+amico+O+propiedad+fiduciria&concepts=%22&concepts=negocio&concepts=fiduciario&concepts=fiducia&concepts=cum&concepts=amico&concepts=propiedad&concepts=fiduciria&index=3&lastLoggedRedirectController=login&lastLoggedRedirectAction=login>> o en la SAProv. Tarragona, Secc. 3ª, nº 123/2020, de 07/05/2020; lltmos. Sres.: presidente: Don Joan Perarnau Moya; Magistrados: Doña Matilde Vicente Díaz y Don Luis Rivera Artieda; dictada en rec. apelación nº 868/2018; Roj: SAP T 403/2020; Ecli: ES: APT:2020:403; Documento TOL7.956.290; <<https://www.tirantonline.com/accedys.udc.es/tol/documento/show/7956290>>, cuyo F.J. Segundo contiene -entre otras- las siguientes manifestaciones:

[4].- STS., Sala 1ª, de 4.07.1998; Ponente.. Sr. Morales Morales.

[5].- No puedo por menos de hacer referencia al extensísimo trabajo de ALCOVER GARAU, G.: “La Sustitución fideicomisaria de acciones y los sistemas de protección del socio frente al aumento de capital social con emisión de nuevas acciones”, en V.AA.: “Derecho de Sociedades Anónimas”, dirigida por A. Alonso Ureba y R. García Villaverde, t. II, “Capital y acciones”, vol. 2º, edit CIVITAS,S.A., Madrid, 1994, ps. 849 a 959.

[6].- ROBLES MARTÍN-LABORDA,A.: “Sindicación de acciones y Mercado del Control Societario”, edit. THOMSON – ARANZADI,S.A., Cizur menor (Navarra),

2006, p. 11. LOJENDIO OSBORNE, I.: “Capítulo 17. La Acción. Los derechos del Socio”, en VV.AA.: “Derecho mercantil”, t, I, “I. Concepto, método y fuentes. Empresa. Estatuto del empresario. Empresario individual. II. Las sociedades mercantiles. III. Derecho industrial y régimen jurídico de la competencia”, coord. por G. J. Jiménez Sánchez, edit. ARIEL, S.A., 9ª ed., Barcelona, 2004, p. 287.

[7] Estas últimas vías suponen la celebración probable de contratos traslativos del dominio –por lo menos, en apariencia- que aparecen configurados como compraventas de acciones, pero que tienen como finalidad propia, no la de enajenar, sino la de concentrar el poder de voto, para asegurar que se vota en el sentido que desea el sindicato, porque –ciertamente- los pactos de sindicación solo producen meros efectos obligacionales, lo cual significa que no comprometen de modo absoluto la libertad de voto, de forma que el si accionista sindicado vota en contra de la política de voto del sindicato, o enajena sus acciones infringiendo las prohibiciones o limitaciones previstas en el sindicato de bloqueo, su voto o el acto de disposición son válidos y eficaces, aunque el infractor terminará asumiendo una responsabilidad civil por incumplimiento contractual. Pero que este sea un ejemplo paradigmático... no tiene por qué significar que sea el único; todo lo contrario: la Autonomía de la Voluntad permite utilizar el recurso a técnicas fiduciarias o negociales con efectos o propósito indirectos, en otros muchos casos y de muchas otras formas, para los más diversos fines.