

DR 20 73

Título, Negocio fiduciario y negocio en fraude de ley en derecho tributario. Asignatura, Derecho financiero y tributario. Carrera, Derecho.

Curso cuarto. Autor, Carlos Palao Taboada. Fecha de grabación, 23 de marzo de 1984.

Fecha de emisión, 11 de abril de 1984. Estimados alumnos, buenas noches. Vamos a dedicar la charla de hoy a un tema al que la doctrina jurídico tributaria española ha dedicado muy escasa atención.

Se trata de las relaciones y los negocios fiduciarios y, más concretamente, de su relación con los negocios en fraude a la ley. Y vamos a hacerlo al hilo de una resolución reciente del Tribunal Económico Administrativo Central en la que se plantea un problema relacionado con estas figuras. Como saben ustedes, por sus estudios de Derecho civil y mercantil, se denomina relación fiduciaria aquella que descansa en la confianza, fiducia, que una de las partes, el fiduciante, tiene en la otra, el fiduciario, en el sentido específico de que éste, el fiduciario, dispone de facultades jurídicas que le han sido confiadas por aquel y que van más allá de los fines perseguidos por ambas partes, en la confianza de que el fiduciario sólo hará uso de ellas de conformidad con estos fines.

Negocio fiduciario es pues el que da origen a una relación de esta naturaleza. Un ejemplo típico es el de la venta de un bien, una finca pongamos por caso, con el fin de garantizar la devolución de un préstamo. El comprador aparece frente a todos como propietario y podría, de acuerdo con esta posición jurídica, disponer de la finca.

Si no lo hace, es sólo por la relación de confianza que le une al vendedor. Por eso dice el profesor Garrigues que la característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía. Y esta potestad de abuso deriva, sigue diciendo el citado profesor, de la transmisión al fiduciario de resortes jurídicos que éste puede utilizar o en interés del fiduciante, y esto es lo que debe hacer, o en interés propio, y esto es lo que no debe pero puede hacer.

La característica del negocio fiduciario es pues la interna desarmonía entre el fin que se proponen las partes, simple garantía o conservación de la cosa o del derecho, y el medio jurídico empleado, transmisión de la propiedad de la cosa o del derecho. Se provoca un efecto jurídico más fuerte para conseguir un fin económico más débil. La naturaleza y los efectos del negocio fiduciario suelen explicarse mediante lo que el profesor Federico de Castro denomina teoría del doble efecto de vida al pandectista alemán Regelsberger, que fue también al parecer quien dio el nombre a esta clase de negocios.

Según esta construcción, en el negocio fiduciario hay por un lado un negocio real que produce la plena transmisión de la propiedad o del crédito, eficaz erga omnes, y un negocio obligacional cuyo contenido es la obligación del fiduciario de usar la titularidad plena adquirida en virtud del

negocio anterior de acuerdo con el fin de la transmisión, garantía, administración, etc. Este negocio obligacional produce sólo efectos interpartes y no limita por tanto la plena titularidad del fiduciario. Si éste fuese infiel a la confianza en él depositada, disponiendo del derecho para fines distintos de los pactados, esta disposición sería plenamente válida y no le quedaría al fiduciante más que un derecho al resarcimiento de los daños causados.

Ahora bien, esta teoría del doble efecto tropieza con importantes dificultades y ha sido sometida a una severa crítica por una doctrina muy autorizada. Así se observa, en primer lugar, que resulta difícilmente compatible con los preceptos que permiten separar de la masa de la quiebra los bienes confiados al quebrado para que los administrase, custodiase o vendiese en su propio nombre, o los créditos que le fueron cedidos para su cobro. En efecto, el artículo 908 del Código de Comercio dispone que los bienes cuya propiedad no se hubiera transferido al quebrado por un título legal e irrevocable se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños.

Por el contrario, la citada teoría, al reconocer plenos efectos reales a la transmisión fiduciaria, conduciría en buena lógica a la inclusión en la masa concursal. Señala, por otra parte, el profesor de Castro, cuyo profundo análisis del negocio fiduciario en su monografía sobre el negocio jurídico seguimos aquí, que la plena eficacia real de dicho negocio, según la teoría del doble efecto, no puede basarse, como pretenden algunos de sus defensores, en la autonomía de la voluntad, pues el que vende una finca en garantía de un préstamo no quiere realmente enajenarla de manera definitiva. Resulta así que la eficacia real absoluta de la transmisión es un postulado de la teoría misma, pero no una consecuencia necesaria del negocio fiduciario.

Es posible, en efecto, como certeramente ha señalado Messina, que la utilización fiduciaria del negocio impida precisamente que éste produzca sus efectos normales, la transmisión de la propiedad si se trata de una compraventa. Pero la dificultad principal para la admisión de la construcción del negocio fiduciario criticada en los sistemas jurídicos causalistas reside en determinar justamente la causa de este negocio. Así, en el ejemplo de la venta en garantía, la transmisión de la propiedad carece de causa en sí misma considerada, pues no hay precio.

Para salvar este escollo se considera el negocio fiduciario unitariamente y se cree descubrir una causa atípica, llamada causa fiducie, en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho conforme a lo pactado y restituirlo de acuerdo con estos pactos. No obstante, como certeramente observa el profesor de Castro, el fiduciante no recibe nada por lo que ha dado. Luego no es posible encontrar, en el caso de la venta en garantía, una causa onerosa que justifique la plena atribución de la propiedad al fiduciario.

La compraventa se revela entonces como simulada, con simulación relativa, encubriendo un negocio de garantía con su propia y verdadera causa. Al escudriñar, dice el profesor de Castro, las interioridades del negocio fiduciario, se descubre su carencia de propio sentido y su naturaleza de artificio empleado para servir resultados que caen dentro del ámbito de otras figuras jurídicas las que le imprimen distinto y específico carácter. Frente a la titularidad plena

postulada por la teoría del doble efecto, prefiere hablar el ilustre civilista citado de una titularidad fiduciaria, es decir, una titularidad ajustada a la finalidad fiduciaria del negocio, garantía, administración, custodia, etc., y por tanto de mayor o menor alcance según los casos.

La trascendencia real de esta titularidad fiduciaria se manifiesta en el hecho de que, como en todo negocio simulado, los actos dispositivos que realice el fiduciario como titular dominical serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso, en virtud de la responsabilidad del fiduciante al haber creado tal situación. El abandono de la teoría del doble efecto y la idea de una titularidad fiduciaria, al prestar atención preferente a la realidad jurídica subyacente al negocio de transmisión, aproxima notablemente los planteamientos civilistas a los tributarios. Al derecho tributario le interesa fundamentalmente la realidad de las situaciones económicas, prescindiendo de las formas jurídicas cuando éstas han sido empleadas de manera artificiosa, no ajustada a aquellas situaciones reales.

Esto es una consecuencia del principio de capacidad económica. Las manifestaciones de riqueza hay que grabarlas allí donde efectivamente se encuentran, prescindiendo, si fuese necesario, de las titularidades jurídicas que no se correspondan con las relaciones realmente existentes. Y con mayor motivo se prescindirá de las formas jurídicas si éstas no son más que una apariencia creada muchas veces para eludir la imposición.

No se reconocen por ello, en derecho tributario, los negocios simulados. La ordenanza tributaria alemana de 1977 contiene un precepto expreso en este sentido, el parágrafo 42, apartado segundo. Los negocios simulados, dicen, y las actuaciones ficticias son irrelevantes a efectos tributarios.

Cuando, mediante un negocio simulado, se encubra otro negocio jurídico, será el negocio encubierto el decisivo a efectos tributarios. Este mismo código tributario alemán contiene un precepto especial para las relaciones fiduciarias. En efecto, en el parágrafo 39, después de establecer en su apartado primero que los bienes se imputarán al propietario, dispone en su apartado segundo, como excepción, lo siguiente.

Cuando una persona distinta del propietario ejerza el dominio efectivo sobre un bien, de modo tal que, por regla general y durante la vida útil ordinaria de éste, pueda excluir al propietario en el aspecto económico de toda actuación sobre el bien, éste se imputará a dicha persona. En los casos de relaciones fiduciarias, continúa el precepto, los bienes se imputarán al fiduciante, en los de propiedad en garantía al dador de ésta y en los de posesión civil al poseedor. Como se ve, se contemplan en este precepto diversos supuestos que tienen en común la falta de coincidencia entre la titularidad jurídica sobre un bien y el efectivo dominio económico sobre el mismo.

El primero de ellos da lugar a la llamada por la doctrina alemana propiedad económica. Los dos siguientes contemplan relaciones fiduciarias, primero genéricamente y luego el supuesto especial de la propiedad en garantía. Y en ambos casos se establece que se considerará propietario al fiduciante, es decir, como afirma un sector de la doctrina civilista, al titular de la

propiedad material, ya que el sólo una propiedad formal.

En el derecho tributario español no existen preceptos tan explícitos como los que acabamos de citar. Sin embargo, se llega a los mismos resultados partiendo del artículo 25 de la ley general tributaria. Y ello, tanto si el hecho imponible descrito en la ley es de naturaleza jurídica, como si es, empleando los términos de la ley, de naturaleza económica.

Así, por ejemplo, en un negocio simulado, tanto la verdadera naturaleza jurídica del celebrado como la relación económica efectivamente existente son las que corresponden al negocio disimulado y análogamente respecto de los negocios fiduciarios. Una cuestión relacionada con esta última figura es la que se planteó el Tribunal Económico Administrativo Central en la resolución de 26 de diciembre de 1983. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera.

Los accionistas de la sociedad A venden todas sus acciones a la sociedad B. Simultáneamente, los accionistas de A y la sociedad B celebran un contrato privado en el que exceptúan de la transmisión los bienes afectos a una explotación agraria, el activo circulante y el pasivo de la sociedad A. Es decir, según parece, todos los bienes ajenos a las explotaciones mineras que constituían el objeto social principal de A. La sociedad B se comprometía en este documento privado a transmitir dichos bienes a los accionistas de A, vendedores de sus acciones. Mediante estas operaciones se producía un vaciamiento del patrimonio de la sociedad A que quedaba reducido a las explotaciones mineras. El resultado económico era pues equivalente a la venta directa de A a B de estas explotaciones, seguida de la disolución y liquidación de la primera de estas sociedades.

Pero similmemente se trataba con este complejo procedimiento de eludir el pago del impuesto de sociedades sobre las plusvalías de las explotaciones mineras que hubieran aflorado con la venta de las mismas. El problema se planteó principalmente por la liquidación hecha por la inspección de las retenciones que, en su opinión, la sociedad A hubiera debido practicar a efectos del impuesto sobre la renta sobre la distribución del neto patrimonial que quedaba a sus accionistas tras las referidas operaciones, considerado como beneficio distribuido. Pues bien, el Tribunal Económico Administrativo Central califica estas operaciones de negocio fiduciario según la teoría del doble efecto, en el que existe, dice, un negocio traslativo real indiscutible, consistente en la transmisión de las acciones de A, y un negocio obligacional, pactum fiduciae, entre las partes contratantes, o sea, antiguos y nuevos socios, que limita y modera los efectos traslativos anteriores.

En cuanto a creado una obligación de hacer a cargo de los nuevos accionistas, accipiens, consistente en que éstos, una vez cumplidas ciertas estipulaciones, actuarán en nombre de la sociedad y a través de sus órganos para transmitir a los antiguos accionistas parte del activo, activo ganadero y activo circulante, y el pasivo exigible en una fecha predeterminada. Recoge también fielmente el Tribunal Central la construcción de la causa del negocio fiduciario antes examinada. Dice, en efecto, el Tribunal, que la doctrina científica española más autorizada, coincidente con los puntos de vista jurisprudenciales, mantiene que no existe una causa

jurídica independiente y propia de cada uno de los negocios, porque tal conclusión sería imposible en el negocio traslativo, respecto del cual se desea algo distinto de lo que se deduce de los efectos propios, sino que existe una causa fiducie única para todo el complejo negocio fiduciario, y que, en el caso que se analiza en el presente recurso de alzada, consiste en la pretensión de transmitir unos activos industriales cuya titularidad pertenece a la sociedad a pagar el pasivo correspondiente, disolver la sociedad y repartirse el activo ganadero y el activo circulante, más el neto patrimonial que reste después de pagar el pasivo.

Esta causa fiducie no se ha exteriorizado, continúa diciendo el Tribunal Económico Administrativo Central, no se ha exteriorizado a través de los contratos y negocios típicos que el derecho español admite y regula, como sería, de una parte, venta por parte de la sociedad de los activos mineros y, de otra, los acuerdos societarios conducentes a la disolución de la sociedad y reparto de los bienes resultantes después del pago del pasivo, sino que se ha utilizado el complejo negocio fiduciario que se ha expuesto. Se plantea después el Tribunal Económico Administrativo Central el problema de si, a efectos de los impuestos sobre la renta de las personas físicas y de sociedades, es posible partir de la causa fiducie, en cuyo caso habría que liquidar los impuestos correspondientes a los propósitos expuestos, prescindiendo por completo de los negocios jurídicos utilizados, es decir, de la compra-venta de acciones y del pacto en fiducie. Para responder a esta cuestión, el Tribunal Central se pregunta por la distinción entre negocio fiduciario y negocio en fraude de ley, seguramente por estimar que si ambos vinieran a identificarse, la aplicación de la ley tributaria a la causa fiducie hubiera debido seguir los cauces formales del procedimiento de declaración del fraude de ley.

El Tribunal cree ver la distinción en que, cito literalmente, en el primero, la causa jurídica se deduce del juego recíproco y contradictorio de sus partes, cualesquiera que sean los motivos inmediatos, evitar la rigidez contractual, eludir leyes prohibitivas, contravenir leyes fiscales, etc., mientras que en el negocio in fraudem legis hay una causa típica, si bien el motivo, la intencionalidad, es ir contra el espíritu y fin de la ley. Se trata, pues, de negocios conceptualmente distintos, si bien puede un negocio fiduciario, al igual que un negocio típico, ser realizado en fraude de ley. Esta última observación coincide con la doctrina más autorizada.

El Tribunal, en consecuencia, llega a la conclusión de que pueden grabarse por los impuestos sobre sociedades y sobre la renta los hechos imposables que se deriven de la causa fiducie, es decir, de las alteraciones patrimoniales que realmente se producen una vez consumado el negocio fiduciario, basándose para ello en el apartado 3 del artículo 25 de la Ley General Tributaria. No es posible, en el tiempo que nos queda, analizar todos los problemas que plantea esta tesis del Tribunal Económico Administrativo Central. La consecuencia a que ésta lleva es la de grabar todas las operaciones como si se tratase de una venta de la explotación minera, seguida de una liquidación de la sociedad.

Nos limitaremos, por ello, a expresar nuestra duda de que tal cosa pueda hacerse basándose simplemente en el artículo 25 de la Ley General Tributaria. Una calificación como la indicada pensamos que sólo puede hacerse si el negocio, además de fiduciario en su caso, acerca de lo

cual caben ciertas dudas, es calificado también como en fraude a la ley, recurriendo, pues, al artículo 24.2 de la Ley General Tributaria y normas complementarias. Es una cuestión que someto a la reflexión de ustedes.

Hasta el día próximo.