

CARO GÁNDARA, R., *La fiducia como garantía en el comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 218 pp.

Los que nos hemos acercado al estudio de los derechos reales de garantía sabemos que es un reto académico singular. *La fiducia como garantía en el comercio internacional* es una obra valiente, clara y útil que trata un tema complejo en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, plantea si resulta posible que la finalidad de aseguramiento de un crédito justifique la transmisión de la propiedad en Derecho común; y si existe un desequilibrio entre el fiduciante que transmite la plena propiedad del bien y el fiduciario que solo tiene la obligación de devolverlo una vez extinguida la deuda que la transmisión garantiza. En segundo lugar, la postura en nuestro ordenamiento resulta clave para poder admitir que la fiducia constituida bajo una ley extranjera sea reconocida en España. La obra que reseñamos tiene dos partes. La primera se compone de los tres primeros capítulos y la segunda parte está integrada por el capítulo cuarto. Los capítulos segundo y tercero resultan introductorios para el análisis conflictual realizado en la segunda parte compuesto por el capítulo cuarto. Debe destacarse que el libro de la Doctora Caro Gándara se centra en la fiducia sobre bienes corporales, aunque la fiducia también podría establecerse sobre intangibles.

El primer capítulo presenta la configuración de la fiducia en garantía desde una perspectiva histórica, en particular, partiendo del Derecho romano y llegando al Derecho español vigente. La autora es metódica en sus explicaciones al respecto. En la fiducia *cum creditore* como negocio solemne y abstracto, el fiduciario podía optar entre la adquisición inmediata y solemne de la cosa fiduciada o en la reclamación del crédito, por lo que se renunciaba a la garantía. Resulta significativo la evolución de la figura por motivos religiosos dentro del propio Imperio romano con la conversión al cristianismo, origen de la famosa prohibición del pacto comisorio. La profesora Caro Gándara recoge las diversas teorías que afloran en España desde la clásica del doble efecto, que permite que la fiducia sea un contrato mediante el cual el fiduciante transmite la propiedad de un bien con la obligación del fiduciario de retransmitirle el mismo bien, pasado un periodo de tiempo determinado. No obstante, se mantiene que la fiducia carece de causa al faltar el precio de la compraventa. La fiducia *cum creditore* es más bien un contrato de garantía simulado bajo una enajenación. La autora concluye que la fiducia es admisible en virtud de la libertad de pactos del artículo 1255 del Código Civil con el límite de la prohibición del pacto comisorio, basándose en diversas sentencias del Tribunal Supremo desde la de 25 de mayo de 1944. La crítica de la falta de reciprocidad entre las prestaciones como contraria a la justicia se defiende con el principio de buena fe, cuya consecuencia es que solo se considera tercero protegido el que adquiere de buena fe a título oneroso, de forma que la mala fe vicia la adquisición de tercero y; por tanto, queda abierta la posibilidad de acción personal del fiduciante contra él, a pesar de que haya adquirido de un auténtico propietario (el fiduciario). Finalmente, no siendo propietario, el fiduciario no podrá ejercer la tercería de dominio ni la separación sobre el bien de la ley concursal. Frente a las críticas de la debilidad del fiduciante ante posibles embargos de acreedores del fiduciario sobre el bien fiduciado y el concurso del fiduciario, parte de la doctrina reconoce al fiduciante también la tercería de dominio y un derecho de separación de la masa del concurso por analogía con el vendedor en la reserva de dominio. Requiere por tanto la división entre la propiedad material y formal, para

poder justificar que el fiduciario es propietario *erga omnes*, menos frente al fiduciante, que se mantiene como el verdadero propietario en las relaciones con el fiduciario y contra el tercero de mala fe.

Como contrapunto a la falta de reconocimiento de la fiducia en Derecho español común, se estudia el paradigmático caso del Derecho foral navarro y la ley de garantías financieras. Destaca la regulación de Derecho foral navarro, ya que actualmente es el único reducto donde se regula la fiducia en garantía, donde la causa *fiduciae* se considera válida y lícita; porque no atenta contra las leyes ni las buenas costumbres. La *traditio* requiere otorgamiento en escritura pública y en caso de bien inmueble, la inscripción en el Registro de la propiedad. Dichos elementos no solo otorgan validez a la transmisión, sino que aportan la protección a tercero de buena fe, esencial en el ordenamiento español. Desde nuestra perspectiva, el diferente tratamiento entre el fiduciario y el acreedor pignoraticio resulta clave para el análisis del reconocimiento de figuras constituidas mediante leyes extranjeras.

El segundo capítulo expone la misma cuestión en dos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno: el alemán y el francés. El estudio del Derecho comparado permite apreciar cómo los sistemas jurídicos europeos intentan ser eficaces en la contemplación de la fiducia en garantía, ya sea jurisprudencial o legislativamente. La obra nos adentra en el clásico análisis de Derecho material. Primero con respecto al Derecho alemán, donde no ha habido cambios profundos en su legislación, sin embargo, se ha permitido la fiducia por vía jurisprudencial. El *constitutum possessorium* (*Besitzkonstitut*) permite que el adquirente obtenga la posesión mediata mientras que el otorgante está legitimado a conservar la posesión inmediata de forma temporal. De esta manera se sustituye la entrega de la cosa por una mediación posesoria. Otros modos de adquisición son el mero acuerdo de garantía y la cesión al tomador de la acción reivindicatoria. No obstante, la falta de publicidad resulta su principal obstáculo para que pueda tener eficacia en otros Estados, entre ellos España. En la insolvencia se pueda observar como el fiduciario no es un verdadero propietario, por el principio de conversión, como muy bien transcribe la autora de la clásica obra *Garantías mobiliarias en Derecho alemán. Perfiles y principios* (1990), de R. Serick “el derecho pleno transmitido al fiduciario pasa de nuevo sin solución de continuidad al fiduciante, mientras el fiduciario se constituye como un acreedor pignoraticio” (p. 70). No faltan en este capítulo las referencias a la *verlängerte Sicherungübereignung* (transmisión de propiedad en garantía prolongada) y la *erweiterte Sicherungübereignung* (transmisión de propiedad en garantía ampliada), cuya remisión resulta necesaria en el último capítulo de la obra, ya que la autora considera con acierto que dichas formulas no tendrían eficacia en España (p. 201).

El Derecho francés es resumido por la profesora Caro para dar cuenta de la evolución de este ordenamiento, que, tras la crisis económica de 2007, empezó a liberalizar su ordenamiento. Sin embargo, no se entra a valorar la postura del legislador francés ni si efectivamente estas reformas han posibilitado mayor constitución de fiducias, así como las incoherencias internas de haber firmado, pero no ratificado el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre ley aplicable al *trust*. La autora podría haber entrado a exponer el *trust* anglosajón como una figura destacable y necesaria de Derecho comparado, pues es efectivamente lo que se intenta emular desde las reformas del Derecho francés. Asimismo, el estudio del Derecho inglés lo incluyó en su monografía *La reserva de dominio en el comercio internacional. Ley aplicable y eficacia*

en España, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, fruto del mismo proyecto de investigación que la obra reseñada.

El tercer capítulo es de naturaleza comparada sobre las garantías mobiliarias en Derecho transnacional, en particular la Ley Modelo de UNCITRAL sobre garantías mobiliarias (2016), el Convenio de Ciudad del Cabo y el *Draft Common Frame of Reference*. Debe hacerse referencia a que no todos tienen el mismo valor jurídico, aunque se trate de normas uniformes, como acertadamente expone la profesora Caro. La Ley Modelo de UNCITRAL es claramente un texto de *soft law* con inspiración estadounidense que intenta exportar un modelo al resto del mundo. El concepto de garantía funcional se recoge en este texto y también en el Convenio de Ciudad del Cabo. La ratificación por España en 2013 de este Convenio lo convierte en Derecho vinculante. Sin embargo, mientras la Ley modelo de UNCITRAL está pensada para todo tipo de garantías, el Convenio de Ciudad del Cabo se centra en un sector específico, la financiación aeronáutica, por lo que no sería aplicable al resto de los bienes corporales.

Finalmente, el capítulo cuarto examina la validez y eficacia en España de los negocios fiduciarios de garantía constituidos conforme a los ordenamientos jurídicos alemán y francés. La autora parte de la premisa de que la creación o transmisión de los derechos reales exige distinguir entre aspectos obligacionales y reales, con su consiguiente división entre los aspectos que regulan la *lex contractus* y la *lex rei sitae*. Primero se estudia la *Sicherungsübereignung* alemana que necesita el *constitutum possessorium* (o mediación posesoria) y que no parece vulnerar normas imperativas ni de orden público españolas, justificándolo en el artículo 1463 del Código Civil. Segundo, la *fiducie-surété* francesa necesita un contrato solemne y ciertas menciones obligatorias (valor estimado del bien transferido al patrimonio fiduciario, deuda garantizada, etc.), e inscripción en el Registro nacional de fiducias. Se mantiene que debe reconocerse en España la *fiducie-surété* constituida según la ley francesa. No obstante, la cuestión es qué garantía española resulta más próxima. Si pensamos en una prenda sin desplazamiento regida por el Derecho español, existen determinados requisitos de forma e inscripción en el Registro de Bienes muebles, que resultan necesarios para su adquisición como derecho real y también para su oponibilidad frente a terceros, lo cual es especialmente relevante una vez se ha trasladado el bien a España. El registro de fiducias francés no cumple una función de publicidad frente a terceros ni siquiera requiere un control formal. Su falta de equivalencia con respecto al Registro de Bienes muebles no hacen que la *fiducie-surété* sea válida sin más en España. La postura de la Doctora Caro es que estas formas extranjeras son válidas por el principio de libertad de pactos y el principio de *numerus apertus*, donde lo relevante es la *lex rei sitae* de constitución, por lo que el Derecho español no debería intervenir a no ser que se vulneren normas imperativas o normas de orden público que reduce a buena fe y justicia contractual (p. 157). Por tanto, según esta postura solo existe un problema de eficacia.

No obstante, incluso admitiendo estos postulados hasta ahora la ley de la nueva situación del bien resulta relevante para una mayor previsibilidad, como recoge el Grupo Europeo de Derecho internacional Privado en la Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a los derechos sobre bienes corporales (2023); ya que en su artículo 4 no hace referencia a una concreción temporal. También el artículo 8 de la citada Propuesta se refiere a los derechos adquiridos, donde el derecho de real adquirido de conformidad a la *lex rei sitae* sigue rigiendo la existencia del derecho, pero la nueva *lex rei sitae* rige el alcance y el ejercicio de ese derecho real, así

como la prioridad entre ese derecho real y otro derecho real que pudiera constituirse bajo la nueva ley. Según la autora, la remisión a la nueva *lex rei sitae* supone un desequilibrio a favor de la seguridad del tráfico local, protegiendo a los acreedores locales del fiduciante. Según esta tesis, no deberían prevalecer los acreedores del fiduciante, porque no son terceros protegidos frente al derecho del fiduciario. A nuestro juicio, la falta de armonización europea ayudaría a usar la movilidad de los bienes corporales para constituir ventas en garantía de las que no habría forma de conocer, ni en origen ni en destino, si admitiéramos tal postura. Este razonamiento obliga a legitimar el sistema de *notice filing* sin un análisis profundo de las limitaciones de este, a la vez que se hace alusión al coste del crédito, pero sin tener en cuenta el coste de la justicia a la que se necesita recurrir a falta de la calificación registral del Derecho español.

En definitiva, la obra de la Doctora Caro resulta imprescindible para reflexionar sobre el actual sistema de garantías español y para evaluar la continuidad jurídica de la eficacia de las garantías mobiliarias constituidas en otro Estado miembro de la UE, donde se exponen los argumentos a favor de un tipo de modelo jurídico que difiere del actual a tres niveles (material, registral y conflictual).

Briseida Sofía Jiménez-Gómez
Universidad Complutense de Madrid