

SERGIO NASARRE AZNAR
MARTÍN GARRIDO MELERO

Coordinadores

**LOS PATRIMONIOS
FIDUCIARIOS Y EL *TRUST***

III Congreso de Derecho Civil Catalán

**ELS PATRIMONIS
FIDUCIARIS I EL *TRUST***

III Congrés de Dret Civil Català

THE TRUST

III Conference on Catalan Civil Law

COLEGIO NOTARIAL DE CATALUÑA

**MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2006 BARCELONA**

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
PARTE I. EL TRUST Y LA FIDUCIA	21
Capítulo I. EL TRUST	23
Breve compendio geo-conceptual sobre trusts	25
<i>Sergio Cámara Lapuente</i>	
The Common Law Trust and its Utility for Civil Law Systems	53
<i>Gerwyn Griffiths</i>	
Trusts in Catalonia	69
<i>John Goldsworth</i>	
The Common Law Controversy over the Nature of the Trust	75
<i>James E. Penner</i>	
La responsabilidad del trustee en el trust inglés. En particular, las llamadas <i>tracing rules</i>	85
<i>Reyes Barrada Orellana</i>	
El renovado interés por el <i>Quistclose trust</i> : las nuevas perspectivas de acercamiento al concepto de <i>trust</i>	93
<i>Joan Rius Riu</i>	
Estudi comparatiu entre la figura de la persona o entitat especialit- zada prevista a l'art. 641 LEC i l' <i>anomenat receiver</i> anglès	105
<i>Elisabeth Cerrato Guri</i>	
El <i>trust</i> i la fidúcia com a forma de fundacions. Experiència a Ca- nadà i Québec	121
<i>Maria Font i Mas</i>	
El <i>trust</i> en el Derecho internacional privado	135
<i>Benedetta Ubertazzi</i>	

Capítulo II. LOS PATRIMONIOS FIDUCIARIOS Y SUS APLICACIONES	155
La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución .	157
<i>M.^a Carmen Gómez Buendía</i>	
El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus aplicaciones prácticas	173
<i>Héctor Simón Moreno</i>	
Finalidades del patrimonio fiduciario: fiducia y persona jurídica . .	193
<i>Belén Trigo García</i>	
El fideicomiso en la República Argentina	207
<i>María José Cristià</i>	
La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa	223
<i>Adolfo Calatayud Sierra</i>	
Los patrimonios fiduciarios en el Derecho civil aragonés	243
<i>José Antonio Serrano García</i>	
El patrimoni hereditari sotmès a distribució a la Compilació balear com a patrimoni fiduciari	267
<i>Francisca Llodrà Grimalt</i>	
Trust y patrimonio protegido de las personas con discapacidad . . .	283
<i>Esther Muñoz Espada</i>	
Algunos puntos críticos en la regulación del patrimonio especialmente protegido del discapacitado	297
<i>Rafael Martínez Díe</i>	
De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar	307
<i>José Cerdá Gimeno</i>	
Fiducias, sustitución fideicomisaria y empresa familiar. El caleidoscopio legal	367
<i>Víctor Manuel Garrido de Palma</i>	
The Funding Register –on the Insolvency Remoteness of the Land Charge Held in a Fiduciary Capacity–	399
<i>Otmar M. Stöcker</i>	
En torno a la protección patrimonial personal, familiar y empresarial. Especial consideración del Derecho francés	411
<i>Josep Maria Fugardo Estivill</i>	
 PARTE II. LA REGULACIÓN DEL TRUST Y DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN. ASPECTOS FISCALES Y REGISTRALES	461
La regulación de los fideicomisos en el Código Civil catalán	463
<i>Martín Garrido Melero</i>	

¿Por qué el <i>trust</i> en Catalunya?	525
<i>Esther Arroyo i Amayuelas</i>	
La gestión de los patrimonios fiduciarios	595
<i>Antoni Bosch Carrera</i>	
Patrimonio fiduciario y sucesión en la empresa familiar	625
<i>Teresa Hualde Manso</i>	
La custòdia del territori: una fidúcia que espera reconeixement legal	639
<i>Hernan Collado i Urieta</i>	
La proposición de ley francesa nº 178/2005 instituyendo la fiducia: interés para el Derecho catalán, aspectos coincidentes y principales diferencias	651
<i>Elsa Sabater Bayle</i>	
El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral	671
<i>Antoni Pau Pedrón</i>	
Notas sobre la administración y disposición de los bienes fiducia- rios ante el Registro	695
<i>Joaquín Larrondo Lizarraga</i>	
Los patrimonios fiduciarios: aspectos tributarios	715
<i>Ángel Urquizu Cavallé</i>	
Régimen fiscal de los patrimonios fiduciarios: el impuesto sobre sociedades	727
<i>M^a Estela Rivas Nieto</i>	
CONCLUSIÓN	737
El patrimonio fiduciario y el <i>trust</i> . La experiencia internacional aplicada a Cataluña. El III Congreso de Derecho Civil Catalán 2005	739
<i>Sergio Nasarre Aznar</i>	

PRESENTACIÓN

I. Los días 6,7 y 8 de noviembre de 2001 tuvo lugar en la Ciudad de Tarragona el denominado I Congreso de Derecho civil de Cataluña que se dedicó al Derecho Patrimonial en el futuro Código civil de Cataluña. El Congreso fue co-organizado entre la URV y la Revista “*La Notaria*” (publicación oficial del Colegio Notarial de Cataluña) y contó con la colaboración de numerosas entidades oficiales y del Departamento de Justicia de la *Generalitat de Catalunya*. Se trataba de una experiencia piloto en el que se pretendía reflexionar sobre diversos proyectos, en ese momento en tramitación en el Parlamento, pero con la particularidad que no se quería exclusivamente una visión academicista y cerrada sino también y al mismo tiempo, práctica y abierta. El resultado fue un éxito. La Revista “*La Notaria*” publicó en su número correspondiente a los meses de noviembre y diciembre la totalidad de las ponencias y comunicaciones del Congreso que fueron repartidos entre la casi totalidad de las notarias existentes en España y demás suscriptores, difundiendo, de esta forma, fuera de Cataluña, los textos legales que aquí se estaban elaborando.

Dos años después tuvo lugar, siguiendo el mismo formato, el II Congreso de Derecho civil catalán, en este caso dedicado a los trabajos preparativos del Libro V del Código civil de Cataluña (Derechos Reales). Nuevamente la conmixtión entre el mundo académico, representado por la Universidad, y los profesionales del Derecho dedicados a la aplicación de las instituciones, representado por los notarios y demás profesionales del Derecho, creó un producto de máxima utilidad. También en esta ocasión la totalidad de las ponencias y comunicaciones pasaron a ser publicadas por la Revista “*La Notaria*” en su número de noviembre-diciembre del año 2003.

Las experiencias acumuladas en los dos Congresos anteriores sirvieron para continuar en la línea empezada y proponer la celebración de un III Congreso. En esta ocasión se decidió que se dedicase a un tema específico (*Los patrimonios fiduciarios y el trust*), aunque sin perder de vista la finalidad y objeto de estos Congresos: reflexionar y dar a conocer las novedades del Derecho privado catalán. Como no podía ser menos, la Revista “*La Notaria*” (publicación oficial del Colegio Notarial de Cataluña) decidió hacerse cargo

de la correspondiente publicación de las ponencias y comunicaciones del Congreso. Éstas son el contenido del presente libro que estamos seguros va a interesar a cualquier lector mínimamente preocupado por las nuevas realidades jurídicas.

II. El presente libro queda dividido en dos partes diferenciadas: una primera, dedicada al estudio del *trust* y las fiducias en general; y una segunda, dedicada al estudio de estas instituciones en el Derecho catalán, con especial atención a los aspectos registrales y fiscales. A su vez, la primera parte se subdivide en dos secciones (una, relativa al *trust*; otra, relativa a la fiducia y a los patrimonios fiduciarios con especial análisis de la empresa y la protección patrimonial).

¿Qué es el *trust*? ¿Se trata de una figura unitaria o es, por el contrario, una “forma” o “manera de entender” el Derecho? ¿Se trata de una figura sólo aplicable a las legislaciones de Derecho anglosajón o, por el contrario, admite, con más o menos retoques, su juego en las legislaciones de Derecho continental o de Civil Law? ¿No existen nuestros derechos instituciones similares, paralelas o clónicas a las diferentes variedades de *trust*?

Para CÁMARA LAPUENTE la figura del *trust* posee unos rasgos esenciales que la han convertido en un recurso muy útil para distintas finalidades. Para este autor hablar de *trust* denota «*un reduccionismo que no da fe de su realidad negocial, pues, ciertamente, entre el trust anglosajón y sus múltiples usos (familiares, financieros, contractuales) y la recepción o transformación de esta figura en diversos ordenamientos del Civil Law, con sus múltiples características genuinas y algunas comunes, existe un amplio muestrario de instituciones*».

III. Los primeros capítulos van dedicados a centrar y determinar los elementos básicos del *trust* o de los *trusts* y su estructura elemental así como su diversa funcionalidad, con especial atención a las legislaciones que regulan a nivel internacional o interno la figura, empezando por el Convenio de la Haya sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento de 1 de julio de 1985 (CÁMARA LAPUENTE). Nos ha interesado especialmente el análisis de su naturaleza, a caballo entre el derecho de propiedad y el derecho de obligaciones, y su utilidad para las legislaciones relativas al Civil Law (GOLDSWORTH, PENNER). El problema de “exportar” *el trust desde “equity jurisprudente of de common law”* al Derecho continental no nos ha pasado desapercibido (GRIFFITHS).

Tras una visión que podemos considerar generalista nos ha parecido conveniente analizar distintos problemas concretos que puedan ayudarnos a tener una visión más inductiva de los contornos del *trust*. En esta línea de trabajo se enmarcan los estudios dedicados a la responsabilidad del *trustee* (BARRADA); a la distinción y paralelismo entre el “*appointed receiver*” del Derecho inglés

y la entidad o persona especializada prevista en el nuevo artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a quien se puede encargar la realización forzosa de los bienes embargados, aunque siempre del marco judicial (CERRATO); y al llamado “*quistclose trust*” que permite en el ámbito comercial que un capital sea transmitido en préstamo bajo la condición de que tal capital sea usado de forma exclusiva para la satisfacción de la finalidad pactada (RIUS RIU).

No hemos querido acabar este primer capítulo sin tratar dos temas muy importantes desde el punto de vista dogmático y práctico que se sitúan en el campo del Derecho comparado. El primero hace referencia a la interdependencia y paralelismos existente entre fundación y *trust*. Se ha partido de dos ordenamientos jurídicos existentes en un mismo Estado: para el Derecho canadiense, de base anglosajona, la fundación puede adquirir dos formas distintas según se acuda a la persona jurídica o a la *trust* (“*charity corporation*” y “*charity trust*”); mientras que para el Derecho de Québec la fundación puede crearse mediante una persona jurídica o una fiducia (FONT I RIUS). Nada lejos, sino muy próximo, a la fiducia continuada del Derecho navarro o a ciertas formas de albaceazgo universal de realización dineraria o la herencia de confianza con finalidades benéficas del ordenamiento catalán.

El segundo de los temas de cierre del capítulo dedicado al *trust* tiene una importancia básica porque viene a plantear los problemas que pueden derivarse de las relaciones transfronterizas y, en general, de aquellas relaciones en las que alguno o todos los elementos subjetivos y objetivos del *trust* se conectan con un espacio determinado y más en concreto con una legislación concreta. En este punto es necesario distinguir entre aquellas legislaciones que han ratificado el Convenio de la Haya, como Italia, y aquellas otras que no lo han hecho, como es el caso de España. ¿Hasta qué punto pueden jugar las normas imperativas y el recurso al orden público para desconocer un *trust* “*extranjero*” cuyo reconocimiento es invocado ante los jueces españoles? (UBERTAZZI).

IV. En el segundo capítulo de la primera parte nos situamos dentro de los Derechos continentales para analizar determinadas figuras e instituciones que bajo distintos nombres vienen a servir, aunque no siempre, a necesidades similares al *trust*.

Como no podía ser menos, el estudio comienza con un análisis de la fiducia en el Derecho romano, en donde ya encontramos la diferencia entre fiducia-gestión y fiducia-garantía. ¿Nos encontramos ante un contrato? ¿Se produce una verdadera transmisión de la propiedad *ex iure Quiritum* o, por el contrario, la *mancipatio fiduciae* causa tenía simplemente como finalidad el traspaso del dominio únicamente con una finalidad concreta basada en el *pactum fiduciae*” (GÓMEZ BUENDÍA). A estas consideraciones sigue un trabajo sobre el negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y sus aplicaciones prácticas (SIMÓN MORENO).

De nuevo volvemos a la intersección que se produce entre el patrimonio fiduciario y la persona jurídica. Compartimos con TRIGO GARCÍA sus consideraciones sobre la íntima relación que se advierte entre crisis de la propiedad y crisis de la persona jurídica en sus concepciones clásicas: «*de una parte, se disocia la titularidad nominal de la riqueza y el poder de gestión (vid. A.A.BERLE y G.C.MEANS en su clásico estudio *The Modern Corporation and Private Property*); y otra se admite la fragmentación del patrimonio personal sin recurrir a su personificación*». Y también compartimos su pregunta: ¿puede el patrimonio fiduciario sustituir con ventaja a ciertos tipos de persona jurídica?

A continuación, se entra en el estudio de determinadas fiducias para analizar su utilidad en el tráfico actual. Es el caso del fideicomiso argentino regulado en la Ley 24.441/1995, que se instrumenta como una eficaz herramienta para canalizar el ahorro y la inversión (CRISTIÁ). Es también el caso de la fiducia aragonesa que aparece en la nueva regulación sucesoria de Aragón de 1999 como una eficaz herramienta para gestionar el patrimonio empresarial, con la posibilidad de nombrar como fiduciarios a expertos, incluso no familiares, pero desgraciadamente no cuenta con un apoyo fiscal adecuado, verdadero problema de las instituciones fiduciarias (CALATAYUD SIERRA). La similitud o paralelismo entre ciertas instituciones sucesorias aragonesas, entre ella la fiducia, y el *trust* ha sido resaltada por la doctrina, que se ha llegado a plantear las «*potencialidades del principio standum est chartae para configurar voluntaria o legalmente el trust*» (SERRANO GARCÍA). No hay que olvidar que en este sentido el Código civil de Cataluña establece como principio básico el de libertad civil, sin más limitaciones que las normas imperativas del ordenamiento catalán.

La ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre, configura la posibilidad de un patrimonio “*independiente*” de las personas con discapacidad (“*patrimonio protegido*”), paralelo en cierta forma al *trust for the disable* (MUÑIZ ESPADA), pero que presenta ciertos problemas y dilemas en su regulación (MARTÍNEZ DÍE).

El tema de la discapacidad sobrevenida del empresario y, más ampliamente, el de la sucesión de la empresa familiar va muy unido a las fiducias y a través de ellas al *trust*. En dos cuidadosos estudios se analizan de forma esquemática desde la práctica notarial numerosas cuestiones que van ligadas a esta problemática: «*estamos en fin, ante necesidades a satisfacer y ante intereses no siempre armonizados: poderes; albaceas, profesionales y expertos colaboradores; cónyuge viudo, hijos y descendientes. Discapaces, Sustituciones fideicomisarias; patrimonios especiales, Contrato de alimentos ad hoc*» (GARRIDO DE PALMA). Fideicomiso, empresa familiar y sucesión contractual empieza a vislumbrarse como un marco digno de consideración (CERDÁ GIMENO).

Finalmente, desde el punto de vista financiero, las fiducias y *el trust* aparecen como instrumentos válidos y útiles. Una aplicación concreta en el Derecho alemán ha sido objeto de nuestro estudio (STÖCKER).

El último de los capítulos de la primera y que cierra la misma sirve para situar el problema de la responsabilidad patrimonial y las medidas de protección del crédito con sus excepciones. De una manera más o menos clara nos vamos encontrando con un escollo importante en sede de *trust*: la protección de los terceros ante el “*blindaje*” patrimonial que puede llegar a suponer la figura. Por lo tanto, es necesario investigar hasta qué punto y en que manera el principio de la responsabilidad universal es un principio axiomático de nuestro sistema y de que manera o en que forma pueden los legisladores establecer excepciones al mismo. El estudio que se presenta parte de determinadas excepciones a dicho principio, especialmente en el nuevo Derecho francés, y plantea sugerentes preguntas para el futuro (FUGARDO ESTIVILL).

V. La segunda parte de esta obra se encuentra dedicada propiamente a situar todo la problemática anterior en el marco del ordenamiento catalán.

El actual Código de Sucesiones catalán contiene múltiples instituciones que de una manera u otra son paralelas a las que se sitúan en la órbita del *trust*. No podía faltar en este libro un estudio del fideicomiso de sustitución o sustitución fideicomisaria, que sin ser propiamente una institución fiduciaria sino más bien una institución sucesiva, ha servido de base normativa para solucionar múltiples cuestiones ligadas a las fiducias. La regulación de los fideicomisos de sustitución en el ordenamiento catalán representa el cuadro normativo más elaborado y extenso de los ordenamientos europeos, sólo seguido por el Derecho alemán. No obstante, es necesario preguntarnos sobre la viabilidad actual de diversas soluciones del legislador en el momento actual. El estudio propone, partiendo del mantenimiento íntegro de los principios básicos de la institución, diversas modificaciones para su adaptación a las nuevas realidades jurídicas, y que afectan fundamental a la cuarta trebeliánica, los fideicomisos presuntos, los límites de la sustitución, las facultades de enajenación de los bienes del fideicomiso y, especialmente, a la configuración del fideicomiso de residuo (GARRIDO MELERO).

La introducción de una regulación de la fiducia en general, en el sentido de crear un régimen jurídico de los patrimonios fiduciarios y de proyectar una dimensión unitaria de figuras heterogéneas, ha sido abordada por la doctrina y, en concreto, por el grupo de trabajo redactor de la “*Propuesta de regulación de los Patrimonios Fiduciarios*”, constituido como Subcomisión en el marco de los Trabajos Preparatorios del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña (publicado por el Departamento de Justicia e Interior de la Generalitat de Cataluña). Dicha propuesta no pasó al Proyecto definitivo pero se ha retomado dentro de las enmiendas parlamentarias y de las políticas programáticas del

Departamento de Justicia. Una de las personas integrantes de dicho grupo reflexiona sobre el texto propuesto y en general sobre la conveniencia de una regulación catalana de la fiducia y el posible modelo a seguir (ARROYO I AMAYUELAS). Otra de las personas del grupo nos da una visión general de los diversos patrimonios fiduciarios en el ordenamiento catalán, resaltando la utilidad de estos patrimonios fiduciarios como instrumentos adecuados para distinguir entre gestión y titularidad (BOSCH CARRERA).

Se complementa los anteriores trabajos con un análisis comparativo entre la propuesta catalana de regulación de los Patrimonios fiduciarios y la proposición de ley francesa número 178/2005 instituyendo la fiducia presentada ante el Senado francés en sesión de 8 de febrero de 2005. El texto francés, como nos dice SABATER BAYLE, se mueve entre dos objetivos contrapuestos: asegurar la permanencia de los capitales de inversiones en el territorio francés, evitando la fuga hacia otros Estados, especialmente los países fiscales; y al mismo tiempo intenta luchar contra los fenómenos derivados del blanqueo de capitales. Es interesante destacar igualmente que el texto francés se diferencia de la propuesta del grupo de trabajo catalán en varios temas (su constitución contractual, la imposibilidad de acumular en una misma persona las funciones del constituyente o *settlor* y administrador o *trustee*; la limitación temporal, etc.).

En esta parte volvemos a retomar el tema del patrimonio fiduciario y la sucesión en la empresa familiar pero visto más específicamente sobre la órbita de las empresas catalanas y del ordenamiento de Cataluña. Nuevamente vuelve aparecer el llamado “*protocolo familiar*” como un “*recurso*” adecuado para establecer las reglas futuras de gestión y el sistema de recambio de los administradores (HUALDE MANSO).

Un ejemplo muy concreto de aplicación del *trust* se encuentra en las políticas dirigidas a la custodia del territorio, que tiene sus antecedentes en el mundo anglosajón con el *Trustees of Preservation* (Nueva Inglaterra, 1891) y el *Nacional Trust* (Reino Unido, 1891) (COLLADO I URIETA).

Acabamos esta segunda parte con dos estudios dedicados a cuestiones relativas a la inscripción (PAU PEDRÓN y LARRONDO) y fiscalidad (URQUIZU y RIVAS) del *trust* o, en general, de los patrimonios fiduciarios, que tienen una indudable importancia práctica y un alcance general. En este campo, PAU PEDRÓN reflexiona en su trabajo sobre tres puntos básicos: la posibilidad de inscripción del patrimonio fiduciario en nuestra legislación hipotecaria, el juego de la doble publicidad registral (publicidad de la situación y publicidad de la responsabilidad) y el alcance de la oponibilidad de los “*convenios fiduciarios internos*”.

El libro se cierra con el trabajo del Dr. Sergio NASARRE AZNAR, director del III Congreso de Derecho Civil catalán, en el que se nos da una visión general y global de las perspectivas del *trust* y de las fiducias en nuestros orde-

namientos; de los propósitos, finalidades y conclusiones de este Congreso; y de algunas aplicaciones prácticas y utilidades especialmente en el campo financiero y crediticio.

VI. Estamos convencidos que la obra que presentamos, que recoge prácticamente la totalidad de las ponencias y comunicaciones del III Congreso de Derecho Civil catalán, va a ser una herramienta muy útil tanto para todos los profesionales del Derecho y de la Economía (abogados, magistrados, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, fiscalistas, etc.), como para el público en general .

Sólo me resta felicitar a todos y cada uno de los autores participantes en esta obra por su interés y disciplina que ha permitido que el importante trabajo realizado en este III Congreso de Derecho Civil catalán pueda ser conocido por todos los operadores del Estado. Muchas gracias a todos y hasta el próximo Congreso.

Tarragona, marzo, 2006
Martín GARRIDO MELERO

BREVE COMPENDIO GEO-CONCEPTUAL SOBRE *TRUSTS**

Sergio CÁMARA LAPUENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: *TRUST*, FIDUCIA Y FIDEICOMISO. – 1.1. Una aproximación retrospectiva. – 1.2. Una aproximación terminológica. – 2. LA SEDUCCIÓN INTERNACIONAL DEL *TRUST*: ¿ES PRECISO REGULARLO? – 3. MODALIDADES DE *TRUSTS*: UN RECUENTO GEOGRÁFICO Y JURÍDICO. – 3.1. El *trust* del *Common Law*. – 3.2. El *trust* «internacional». – 3.3. El *trust* «mixto» o «civilizado». – 4. OBSTÁCULOS «DOGMÁTICOS» Y LÍMITES IMPERATIVOS EN LA RECEPCIÓN DEL *TRUST*. – 5. CONCLUSIÓN. ALGUNAS IDEAS CLARAS, AUNQUE DISCUTIBLES.

1. INTRODUCCIÓN: *TRUST*, FIDUCIA Y FIDEICOMISO

La renovada “fiebre del oro del *trust*” se manifiesta tanto en la vida comercial diaria de todas las latitudes como en la expectante ansiedad de múltiples legisladores. Así, por una parte, los particulares de cualesquiera ordenamientos jurídicos emplean esta institución con harta frecuencia, tanto para transacciones internas como internacionales, con independencia del reconocimiento legal que el *trust* tenga en sus respectivos sistemas (en ocasiones empleando

* Esta contribución constituye una versión de las ideas expuestas por el autor como síntesis introductoria a los *trusts* en la primera ponencia del “III Congreso de Derecho civil catalán: Los patrimonios fiduciarios y el *trust*”. Por esta razón mantiene cierta estructura apta para la presentación oral, va despojada de notas al pie y está animada por el afán didáctico que contiene toda recapitulación. Para el desarrollo de las nociones aquí expuestas, así como mayores detalles bibliográficos y legales, se recomienda la lectura de los trabajos anteriores del autor, y otros ensayos ajenos estrictamente seleccionados, que se recogen en la bibliografía final.

hábilmente los recursos que ofrece el Derecho internacional privado). Por otra parte, los legisladores de bastantes ordenamientos de *Civil Law* o bien han consumado ya el trasplante legal del *trust* genuino del *Common Law* a su propio tejido jurídico, o han introducido normativamente varias de sus manifestaciones financieras (piénsese en el caso de los fondos de inversión, los fondos de pensiones o la titulización) o están en vías de dar el paso, con una usual mezcla de ilusión y recelo, mediante la confección de proyectos de ley que proporcionen un marco general a la institución fiduciaria.

Tanto en la aproximación al *trust* “desde abajo” (es decir, desde la realidad del tráfico jurídico al uso) como “desde arriba” (desde las instancias legislativas), la confrontación con las instituciones jurídicas propias deviene inexorable para tomar la decisión acerca del instrumento que resulta más abonado para los fines perseguidos. Y en este cotejo, como ya revela el título de este congreso, la comparación entre los “patrimonios fiduciarios”, los contratos fiduciarios y el “trust” resulta particularmente socorrida. Para deslindar los rasgos esenciales del *trust* resulta muy clarificador acudir a algunas precisiones de sesgo histórico y terminológico.

En una reciente tesis italiana sobre el *trust* en Francia, Italia y Quebec se puede leer: «quien estudia la fiducia desde el punto de vista histórico se ve compelido a hablar de la muerte de una institución, quien estudia la fiducia desde el punto de vista del jurista moderno puede hablar, en cambio, del nacimiento de una institución nueva».

1.1. Una aproximación retrospectiva

Partamos de esta *dicotomía entre lo histórico y lo moderno*. Desde un *punto de vista histórico*, “en el principio era la *fides*”. En el Derecho romano clásico, una serie de actos jurídicos partían de esa especial confianza reforzada socialmente; de ese tronco común nacerían, en el ámbito de los negocios *inter vivos*, la *fiducia*, y en el ámbito de las sucesiones *mortis causa*, el *fidei-commissum*.

- a) Por su parte, la *fiducia* romana, que podía emplearse con fines de gestión (*fiducia cum amico*) o con fines de garantía (*fiducia cum creditore*), consistía en la transferencia de la propiedad por medio de un negocio formal (*mancipatio* o *in iure cessio*) al que se añadía la obligación personal del fiduciario de cumplir los fines consignados en el *pactum fiduciae*. Este esquema fiduciario con dos ingredientes complementarios (transferencia real más obligación personal) cayó en desuso en la época de los compiladores justinianos y vino a ser sustituida, por un lado, por el mandato, el comodato o el depósito y, por otro lado, por la prenda y la hipoteca.

- b) En cuanto al *fideicommissum*, considerado como un encargo realizado en virtud de un ruego para que una persona haga llegar ciertos bienes después de la muerte del causante a un tercero, se mantuvo y evolucionó durante el Derecho intermedio, hasta el siglo XIX.

Desde un *punto de vista moderno*, la *fiducia* encontraría su aliento de resurrección en el pandectismo tardío alemán de finales del siglo XIX a través de dos construcciones jurídicas que revelarían su pujanza en este ámbito de forma cronológicamente sucesiva. Así, en primer lugar, suele ser lugar común atribuir a REGELSBERGER la formalización del moderno negocio fiduciario en 1893, basado en lo que se ha llamado “teoría del doble efecto” (transmisión real y obligación personal) o *Vollrechtstheorie* (pleno traspaso de la propiedad al fiduciario, de forma que los bienes se integran en su patrimonio, sin separación ni segregación alguna, con los consiguientes riesgos, derivados de tan extrema confianza, de abuso del fiduciario y de agresión de tales bienes por sus particulares acreedores). En segundo lugar, de forma casi coetánea, aunque en tal momento no aplicada a los negocios fiduciarios, surgiría de la pluma de autores como BRINZ (1873), BECKER (1886) y otros la teoría de los “patrimonios destinados a un fin” o *Zweckvermögen*, con la que se impugnaba la ya consolidada tesis del “patrimonio unitario”; esta última trae su origen de las ideas de ZACHARIÄ VON LINGENTHAL (1808), que fueron posteriormente seguidas y difundidas con gran éxito en la obra de los franceses AUBRY y RAU desde comienzos del siglo XX: el patrimonio es tan indivisible como la personalidad, cada persona es titular de un patrimonio, de un solo patrimonio, no existen patrimonios autónomos, sin titular. Sólo pasados los años se aplicaría la teoría de los patrimonios de afectación a los modernos negocios fiduciarios (y únicamente en algunos ordenamientos) para corregir las indeseables consecuencias de la teoría del doble efecto en la “fiducia romana pura”.

Así, por lo tanto, a finales del siglo XIX la doctrina europea más avanzada había comenzado a consolidar las construcciones jurídicas del “negocio fiduciario” y de los “patrimonios de afectación” o patrimonios destinados a un fin. Desde un punto de vista legislativo y con perspectiva coetánea, cabe citar a dos sistemas legales, que, de forma extravagante para los cánones de la época, habían acogido en sus Códigos una noción fiduciaria vagamente cercana a los mimbres romanos apuntados: el Código civil chileno diseñado por el humanista y romanista Andrés BELLO incorporó en 1855 la institución de la “propiedad fiduciaria”, que suponía una propiedad limitada sometida a condición resolutoria; el Código civil de Quebec de 1866 fue reformado por ley de 1879 para incorporar el *trust* o *fiducie* –según la doble versión lingüística del Código–, que sólo se aplicaba a liberalidades y que generó interminables discusiones acerca de quién era el auténtico propietario de los bienes fiduciarios.

Mientras tanto, los orígenes del *trust* anglosajón no conocieron una falta de continuidad tan prolongada como la descrita para la *fiducia*. Desde el si-

glo XIII inglés, el precedente inmediato de los *trusts*, los *uses*, fueron empleados con diversas finalidades: eludir cargas feudales, evitar los riesgos de expropiación ante las guerras dinásticas, asegurar la gestión y transmisión de los bienes en favor de la familia antes de partir a las cruzadas, etc. La evolución de los *uses* es paralela a la conformación de la jurisdicción especial de la *equity*, que garantizaba los derechos de los beneficiarios de los *uses* (y posteriormente de los *trusts*) frente a los abusos o inconvenientes que la transmisión de la titularidad había producido en virtud del Derecho estricto o *common law*. Para atajar el uso fraudulento de algunos *uses*, éstos fueron incluso legalizados (en lugar de prohibidos) y regulados mediante la Ley de usos de 1535. Sin embargo, rebautizados como *trusts* y en continuo desarrollo mediante las reglas de la *equity*, estos instrumentos han adquirido una firme implantación hasta nuestros días a través de la experiencia de los operadores jurídicos y los tribunales, la consolidación de las reglas de *equity* (pese a la moderna refundición de los tribunales ingleses en una sola jurisdicción que aún aplica como cuerpos distintos las reglas de la *equity* y del *common law*) y las diversas delimitaciones legislativas en el Reino Unido o en el reciente Derecho uniforme de Estados Unidos (*Uniform Trust Code* de 2000, reformado en 2004).

Por lo tanto, cabe concluir que la *fiducia* moderna (*inter vivos*) cuenta hoy con un abundante uso práctico en sus aplicaciones comerciales, financieras, bancarias o personales. En busca de su aproximación al *trust* anglo-americano ha sufrido una redefinición contemporánea a partir de la teoría de los patrimonios de afectación, donde se ha encontrado la mejor forma de imitar en sistemas civilistas el funcionamiento del *trust* anglosajón sin tener que copiar su intrínseca arquitectura (basada en una dualidad de titularidades sobre la misma cosa, el *beneficial interest* protegido por las reglas de la *equity* y el *legal interest* fundado en las reglas del *common law*). Esta redefinición es la que se puede constatar en el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre “la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento”, en los *Principios de Derecho Europeo de Trust* de 1999 o en diversas leyes (como ocurre en Escocia, Liechtenstein, Luxemburgo, etc.) o proyectos de Ley (Francia, Cataluña) sobre el *trust*.

Por lo que respecta al *fideicomiso*, no se produjo en su empleo el lapso histórico descrito para la *fiducia*, aunque sufrió una profunda transformación histórica, hasta el punto de operarse una suerte de transmutación del originario *fideicommissum* (donde el fiduciario sólo era un intermediario y el fideicomisario el único y auténtico beneficiario) en la sustitución fideicomisaria (donde ambos son beneficiarios sucesivos). Podría decirse que la base del fideicomiso romano gozó de gran pujanza práctica hasta el siglo XIX en varios formatos, como la mencionada sustitución fideicomisaria, las diversas plasmaciones de la confianza sucesoria con mayor o menor arbitrio del fiduciario en la distribución de los bienes, el testamento por comisario, etc., en bue-

na medida paralelos a algunos empleos sucesorios del *trust* o a la figura del *power of appointment*. Sin embargo, el siglo XIX trajo consigo el problema de las manos muertas y, con las indeseadas vinculaciones, la desconfianza del legislador. De esta forma, los fideicomisos en todas sus manifestaciones quedaron prohibidos en Francia o en Italia y bastante restringidos en la España del Código civil. En cambio, los Derechos forales mantuvieron y mantienen en sus legislaciones diversas variantes oriundas del *fideicommissum* teñidas de importantes elementos germánicos. Incluso en el ámbito del Derecho común español, cabe apreciar un último reverdecimiento legislativo de estas manifestaciones, como pone de relieve la reciente reforma de la fiducia sucesoria en favor de los descendientes comunes en el reformado art. 831 del Código civil, o la potenciación de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima para proteger a los descendientes incapacitados (Ley 41/2003, de 18 de noviembre).

Paradójicamente, en España las ramificaciones del fideicomiso siguen gozando de atención legislativa a cambio de una desigual aplicación práctica (salvo para algunas figuras y regiones), mientras que la fiducia carece de una regulación global, correspondida, en cambio, con un recalcitrante e “indisciplinado” empleo práctico.

1.2. Una aproximación terminológica

La disparidad de esquemas fiduciarios aconseja fijar técnicamente una terminología que evite confusiones entre figuras con sesgos tan afines. Así, en primer lugar, el vocablo “fiducia” queda reservado para el entorno de los negocios *inter vivos* como sinónimo de los negocios fiduciarios en sentido amplio; constituye, en buena medida la traducción más cercana del *trust* angloamericano en los sistemas de tradición romano-germánica. Esta afirmación gana en precisión o inexactitud dependiendo del adjetivo con que se corteje al sustantivo “fiducia”. Cabe distinguir entre:

- *Fiducia pura romana*, construida sobre las bases expuestas de la teoría del doble efecto, con un fiduciario propietario pleno sometido tan sólo al cumplimiento de lo pactado por una obligación personal hacia el fiduciante. Dicho pacto refleja las finalidades del negocio, que pueden ser de gestión, de liberalidad o de garantía. Es el esquema que en la actualidad sigue existiendo en la práctica negocial y jurisprudencial de Bélgica, Francia, Italia, Países Bajos (al margen de la *Bewind* como esquema legislado que pretende acercarse al *trust*) o Suiza. También es el patrón que modela las únicas plasmaciones generales de la fiducia dentro de España, esto es, en el Fuero Nuevo de Navarra, la “fiducia de garantía” (ley 466) y la “donación fiduciaria” (ley 163).

- *Fiducia (romana) corregida* (o, como otros prefieren motejarla, fiducia “atrastada”). Se trata de los casos en que algunos ordenamientos han reaccionado contra los inconvenientes de la teoría del doble efecto y los han superado con diversas construcciones. Es el caso de Alemania, cuya *Treuhand* se entiende descompuesta en una propiedad jurídica (*rechtliches Eigentum*) y una propiedad económica (*wirtschaftliches Eigentum*), o también el supuesto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que, desde 1982 –asumiendo la crítica y corrección de la teoría del doble efecto realizada por DE CASTRO en 1966– viene calificando la posición del fiduciario como una “titularidad fiduciaria” con limitada eficacia real. A través de vías como las descritas se consiguen dos objetivos capitales: limitar la propiedad del fiduciario para evitar abusos y separar esa propiedad del patrimonio del fiduciario en caso de sobrevenir situaciones concursales. Por supuesto, un tercer expediente para “corregir” la fiducia pura romana estriba en aplicarle la estructura de los patrimonios de afectación.
- *Fiducia legal*, en los casos en que el legislador incide en un concreto sector o negocio, de forma usual, precisamente, a través de los patrimonios de afectación. Tal es el caso de los fondos que menciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (secc. 3ª) de 17 de febrero de 2005 (ponente NASARRE AZNAR), cuyas palabras merece la pena transcribir:

«El negocio fiduciario en España, de confusa configuración y tratamiento jurídico, es, por un lado denostado por la jurisprudencia, incluso como de carácter defraudatorio, pero luego es utilizado por el legislador, aunque ocultándolo bajo otros ropajes del derecho civil, para conseguir finalidades deseables, como el ahorro colectivo (con los Fondos de Inversión Colectiva de carácter financiero, arts. 29 a 31 Ley 35/2003), la promoción de la propiedad en alquiler (con los Fondos de inversión inmobiliaria, arts. 35 a 38 Ley 35/2003) o la refinanciación hipotecaria (fondos de titulización hipotecaria, art. 5 Ley 19/1992) o la financiación de proyectos (como los bonos de titulización de activos, RD 926/98). El legislador catalán, por su parte, parece mostrar su interés por una regulación global de la fiducia, según consta en los Trabajos Preparatorios del Libro 5º del Código Civil de Cataluña, arts. 514-1 a 514-13. En cualquier caso, todos estos fondos, entre otros existentes en nuestro derecho, no son más que fiducias inspiradas en el *trust* anglosajón, pero adaptadas a nuestro derecho civil, deficientemente en la mayoría de ocasiones».
- *Fiducie* es la palabra que en el *Ancien Droit* francés se empleaba para referirse a las derivaciones de los fideicomisos tácitos o secretos romanos; es decir, lo que en el Derecho catalán y navarro vigente serían las herencias y legados de confianza o en el mundo del *Common Law* los *secret trusts*. La *fiducie* moderna, tal y como la conciben aún hoy los tri-

bunales franceses, sería un trasunto de la fiducia romana pura, pese a su reformulación “corregida” en 1981 en la influyente tesis de WITZ. En la actualidad existe una proposición de Ley de 8 de febrero de 2005 introducida en el Senado, que recoge algunos de los rasgos del decaído proyecto de ley sobre fiducia presentado por el Ministerio de Justicia en 1992 (y se ha anunciado la nueva presentación de otro proyecto concurrente del mismo Ministerio, presumiblemente para 2006), en la cual el núcleo de la figura es transponer el *trust* al Derecho francés por medio de la idea de un patrimonio separado afectado a los fines fiduciarios.

En segundo lugar, el término “*fideicomiso*”, en atención a sus orígenes históricos, ya explicados, tiene un preciso significado circunscrito técnicamente al ámbito de la sucesión *mortis causa*. Del fideicomiso son derivación las diversas manifestaciones de la “confianza sucesoria” antes citadas (aunque la práctica ha acabado imponiendo, para apelar a este conjunto de instrumentos, el calificativo de “fiducia sucesoria”). Las contorsiones del término “fideicomiso” no terminan ahí, puesto que ya desde la Edad Media en diversos textos (por ejemplo, en las Partidas) vino a confundirse con la sustitución fideicomisaria; incluso en Cataluña, donde su Compilación de Derecho civil respetaba la distinción entre ambas figuras, la decantación de la praxis y, a la postre, la eliminación del fideicomiso puro y el empleo del término para referirse a las sustituciones fideicomisarias en el Código de Sucesiones de 1991 han enturbiado su sentido original. Asimismo, en Latinoamérica se conoce como “fideicomiso” bancario al mecanismo instaurado en diversas leyes para gestionar patrimonios de afectación en los que un banco o entidad financiera, a modo de *trustee*, asume tal encargo.

En tercer y último lugar, el *trust*. El *trust* es el *trust* –plenamente intraducible si no se desea incurrir en confusión con otras figuras– o, por mejor decir, “los” *trusts*, pues en efecto existen varios modelos, como después se verá. En todo caso, existen algunos rasgos comunes a los *trusts* (matizables según ordenamientos e incluso aplicables a algunas fiducias), como son: *a)* Los derechos de gestión y disposición están separados de los derechos de goce, radicados en personas distintas; existe, por tanto, una disociación subjetiva entre la gestión de los bienes y la ventaja económica que éstos procuran. *b)* Transmisión de bienes a otro patrimonio (autónomo, separado o, acaso, único). *c)* Una persona de confianza administra con grandes poderes el conjunto de bienes y derechos en favor de otras personas o para la consecución de unos fines.

Por supuesto, en cada sistema legal que conoce el *trust* cada uno de estos rasgos admite diversas inflexiones como, por ejemplo, si se admite que el fiduciario (*trustee*) pueda ser también el propio constituyente (*settlor*) o también el beneficiario (*cestui que trust* o *beneficiary*) o uno de los beneficiarios; o incluso si se admite o no unir en una sola persona las tres cualidades; o si se

permiten o no de forma general los *trusts* destinados a cumplir una finalidad (*purpose trusts*) en lugar de tener beneficiarios concretos.

Igualmente, las *finalidades* para las que se emplea el *trust* pueden variar según el ordenamiento en que se incardine, aunque en términos generales puede decirse que con el *trust* se atiende a múltiples finalidades, por un lado de tipo “tradicional” (relacionadas generalmente con la familia, como el *trust mortis causa*; el *estate planning* por el que se constituye normalmente *inter vivos* un *trust* con el fin de que siga produciendo sus efectos en favor de determinadas personas después de la muerte del constituyente, tratando de atenuar el impacto fiscal; los *trusts for the disabled*, en beneficio de los discapacitados; los *charitable trusts* para fines de caridad, etc.) y, por otro lado, finalidades de tipo “moderno”, de índole comercial o financiera (para fines de inversión como los *investment trusts* o los *unit trusts*; para garantizar una jubilación digna, como los *pension trusts*; para garantizar la toma de ciertas decisiones societarias mediante pactos de voto sindicado, como los *voting trusts*; para garantizar los intereses de los acreedores, como los *debenture trusts*, garantizar el pago de deudas mediante transferencia de bienes al fiduciario para que lo enajene o entregue a los acreedores en caso de incumplimiento de una obligación, como los *trust indentures*, o para garantizar los pagos de una empresa en caso de insolvencia, segregando ciertos bienes mediante el *hold-back trust*; para entregar determinados bienes en garantía del cumplimiento de una obligación, como los *security trusts*; para gestionar la participación en sistemas de aprovechamiento de inmuebles por turno –*timesharing*– mediante el *club trustee*; y un largo etcétera). Su versatilidad es tan clara que incluso determinados legisladores se han planteado emplearlo para nuevas finalidades, como ocurrió con el proyecto de ley italiano de 22 de marzo de 1998, que pretendía crear a imagen del *trust* unos fondos separados con los patrimonios de los titulares de cargos públicos para, al gestionarse por terceros, evitar el conflicto de intereses (si bien el problema se resolvió finalmente mediante un listado de incompatibilidades en la Ley de conflictos de intereses de 11 de marzo de 2004).

2. LA SEDUCCIÓN INTERNACIONAL DEL TRUST: ¿ES PRECISO REGULARLO?

¿Por qué resulta tan atractivo el *trust*? Fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque con un solo instrumento jurídico cabe alcanzar múltiples finalidades, debido a la versatilidad y adaptabilidad que acaba de mencionarse. En segundo lugar, y sobre todo, porque permite *segregar patrimonios*, crear nuevos patrimonios para fines diversos y predeterminados con una gestión y constitución ágil, flexible y económica. Como recientemente

declaró el senador MARINI con ocasión de la proposición de ley francesa de regulación de la fiducia de febrero de 2005, con el *trust* se consigue una entidad intermedia entre la persona física (con un poder limitado) y la persona jurídica (con una gestión pesada y compleja).

Evidentemente, en los sistemas civilistas ya tenemos otros mecanismos (funcionalmente similares, pero estructuralmente distintos), como la persona jurídica –sociedades, fundaciones–, la representación, el mandato, el depósito, el negocio fiduciario, las liberalidades modales o el contrato a favor de tercero. Sin embargo, cada uno de ellos presenta algún problema, de mayor o menor calado por comparación con el *trust*. Así, la persona jurídica, que también produce una segregación patrimonial, supone una solución más costosa en dinero y tiempo y debe tolerar una injerencia administrativa digna de consideración; la perspectiva del Derecho fiscal y del Derecho público no debe ser tampoco desatendida en este entorno. Las otras fórmulas citadas, en principio, no cuentan de forma tan prominente con el rasgo de la separación de patrimonios y entrañan otros problemas, como, por tomar a modo de ejemplo la representación, los límites del apoderamiento, su extinción en caso de fallecimiento, la dudosa garantía de los derechos de los terceros, etc. Parece que la fórmula de la segregación patrimonial que presentan los *trusts* puede generar dos grandes ventajas respecto a otros esquemas: los menores costes de constitución y gestión y, muy especialmente, *la mejor protección de los titulares de derechos sobre el trust*. Estos beneficiarios cuentan con una sólida protección frente a cualquier apropiación de bienes por el *trustee*, frente a enajenaciones fraudulentas, frente supuestos terceros adquirentes o frente a cualesquiera acreedores que no deriven sus derechos directamente de una gestión correcta del patrimonio del *trust*.

Las razones que se han aducido en las recientes propuestas para regular el *trust* en Francia bajo el ropaje de la *fiducie* pueden resultar ilustrativas de los motivos que empujan a los legisladores a dar este (siempre incierto) paso: así, se mencionan una serie de *ventajas de carácter internacional*, como el propósito de evitar la deslocalización de capitales; atender a los constantes requerimientos de distintos operadores como bancos, empresas, abogados o notarios, que vienen usando en la práctica una gran diversidad de fiducias atípicas; conseguir un tipo de *trust* exportable para encabezar la existente competencia jurídica; insertar la fiducia en el Código civil para dotar a éste de centralidad, modernizarlo y obtener el beneficio de la supletoriedad de otras reglas; converger con la previsible armonización del Derecho privado europeo, en el cual se detectan algunos intentos de proponer una regulación del *trust* (como en la Resolución del Parlamento de 2001 sobre Derecho contractual europeo, en los llamados *Principios de Derecho Europeo de Trust* o en los trabajos del Grupo de VON BAR sobre un Código civil europeo); adaptar el ordenamiento al Derecho internacional privado existente o proyectado, dados

los problemas que el reconocimiento de los *trusts* foráneos producen en su calificación a la Administración, jueces o registradores; en este sentido, Francia firmó el Convenio de la Haya sobre *trusts* y en caso de ratificarlo, contar con una regulación sustantiva propia atajaría los problemas de los llamados *trusts* internos, que se están produciendo, por ejemplo, en Italia; o también, la regulación sería un cauce idóneo para establecer con claridad cuál es su tratamiento fiscal para evitar el blanqueo de capitales y la evasión fiscal y dotar de seguridad impositiva a la institución, lejos de la aleatoriedad del actual sistema en relación con fiducias atípicas.

Además, con su tipificación podrían conseguirse una serie de *ventajas internas*, como dotar de flexibilidad al *trust*, a través de un balance entre el Derecho dispositivo y el imperativo; realizar una incorporación segura de la institución a través del imprescindible patrimonio afectado a un fin, que ofrece garantías suficientes para los intereses de las partes, los beneficiarios, los terceros y los acreedores; evitar con la nueva figura tener que recurrir a mecanismos más formalistas, complejos o frágiles (hasta el punto de constituir una alternativa a seguros de vida, planes de pensiones, comisiones o hipotecas) y englobar así a distintas manifestaciones fiduciarias atípicas; dotar al ordenamiento de un buen recurso para la protección de las personas vulnerables, los menores, los ancianos y otras personas necesitadas de tutela patrimonial.

Con estas pistas sobre la mesa es posible entender ahora la gran expansión mundial del *trust* y la auténtica competición entre diversos ordenamientos jurídicos, en la cual ha primado de forma muy sobresaliente el argumento económico. En efecto, la regulación de algún tipo de estructura pareja al *trust* fue debida fundamentalmente al comercio con los Estados Unidos de América en diversos países latino-americanos (Panamá, Méjico, Venezuela, Argentina, Uruguay), así como en otros territorios como Quebec, Louisiana, Santa Lucía o Jersey. Similar argumento de atraer capitales se esgrimió expresamente, como en los casos anteriores, en la regulación del *trust* en Japón (1922), Rusia (1993) o China (2001), así como en las diversas jurisdicciones donde se regulan *trusts off shore*. Y, desde el punto de vista inverso, se aduce como motivo para regularlo el evitar la deslocalización, es decir, la fuga de activos y empresas, en Francia (donde el conocido caso Peugeot, que recurrió a un *trust* estadounidense, dejó profunda huella).

A mi modo de ver, hay dos soluciones para conseguir ese fin de atraer inversiones a través del cauce del *trust*. Una que, en sencillos términos económicos, podemos calificar de “barata” y otra de “cara”. La primera consistiría en establecer las adecuadas normas de Derecho internacional privado para permitir la circulación de *trusts* sin ninguna traba en el Derecho interno y, singularmente, mediante la ratificación del Convenio de la Haya sobre *trusts* de 1985 (como hicieron, por ejemplo, Italia o los Países Bajos). De esta forma se permitiría sin alterar ni interferir en el propio sistema el funcionamiento de los

trusts foráneos. A esta solución asequible se enfrentan, cuando menos, dos problemas: en primer lugar, la decisión acerca de la validez de los *trusts* internos (que el Convenio de la Haya, art. 13, declaradamente quiso excluir); es decir, la posibilidad de que los nacionales del sistema jurídico desconecedor del *trust* puedan constituirlo con elementos objetivos y subjetivos nacionales y con el único elemento de extranjería de la ley foránea elegida. En segundo lugar, el reconocimiento de *trusts* extranjeros mediante normas de conflicto adecuadas no deja de conjurar toda aleatoriedad e inseguridad en su uso, puesto que determinadas cautelas de orden público les serán igualmente aplicables y además algunas (a veces imprevisibles) interpretaciones de la administración fiscal nacional no siempre coincidirán con lo esperado o podrían ocasionar problemas de doble imposición. En la actualidad, como recuerda GAMBARRO, la globalización y el surgimiento del mercado único dentro de Europa hace posible plantearse soluciones más atrevidas que en el momento de la firma del Convenio de la Haya sobre *trusts* de 1985, cuando la restricción a la circulación de capitales era más notoria.

En este sentido, es posible adoptar una solución “cara” (por supuesto, compatible y combinable con la anterior), que consista en confeccionar una normativa sustantiva para competir jurídica y económicamente con los *trusts* foráneos. Por supuesto, también esta decisión comporta algunos riesgos y costes inciertos, como son el hecho de legislar bien el fenómeno (con la adecuada flexibilidad y con un tratamiento fiscal idóneo, calibrando la posibilidad de pasar de un régimen cuando menos neutro a un régimen ventajoso), la necesidad de sacrificar algunos absolutismos dogmáticos (*vid. infra*) y la incógnita de la interpretación normativa (y, en su caso, consultiva) que sucedería por unos tribunales sin experiencia sobre este particular.

3. MODALIDADES DE *TRUSTS*: UN RECUENTO GEOGRÁFICO Y JURÍDICO

Trazar un mapa veraz de los varios tipos de *trusts* y su distribución geográfica requiere trazar una línea divisoria entre el *trust* propio del *Common Law* por un lado y el *trust* de tipo internacional y su versión adaptada a los sistemas civilistas que lo reciben, por otro.

3.1. El *trust* del *Common Law*

El *trust* oriundo de Inglaterra arraigó asimismo en los demás países de *Common Law* a partir de la distinción entre *equity* y *common law*. Sin embargo, pese a contar con legislación complementaria de esta jurisprudencia en el

Reino Unido o en Australia (por citar solo dos ejemplos), o haber sido sometido tanto a *Restatement* (que sí incluye una descripción) como a Derecho Uniforme (*Uniform Trust Code* de 2000) en Estados Unidos, carece de una definición legal y tampoco existe una definición jurisprudencial definitiva. Quizás la clásica definición de UNDERHILL y HAYTON pueda arrojar luz sobre su concepto:

«Un *trust* es una obligación de equidad que vincula a un sujeto (que es llamado *trustee*) a gestionar la propiedad sobre la que él tiene el control (que es llamada propiedad fiduciaria [*trust property*]), en beneficio de personas (que son llamadas beneficiarios o *cestuis que trust*), de las cuales él mismo puede ser una, y cualquiera de ellas puede exigir el cumplimiento de la obligación».

Entre las diversas clases de *trusts* anglo-americanos por su forma de constitución (*express, implied, resulting, constructive* y *statutory trusts*) cabe destacar la distinción entre los *express trusts*, que se constituyen expresa y unilateralmente por el disponente, bien *inter vivos*, bien *mortis causa*, y los *constructive trusts*, que son creados judicialmente para corregir los actos ilícitos o perjudiciales para los legítimos titulares de un derecho.

Una síntesis de los rasgos más característicos de los *express trusts* (que son los de constitución voluntaria con los que se puede establecer realmente la comparación con otros *trusts* implantados en sistemas jurídicos civiles, que usualmente sólo tratan de reproducir éstos) sería la siguiente: 1) Existen *dos titularidades* sobre el *trust*, tuteladas por dos cuerpos jurisprudenciales distintos (aún hoy aplicados como fuentes jurídicas distintas por la única jurisdicción existente, tras la fusión de los dos tipos de tribunales que antes operaban): un *legal interest*, derivado de la transferencia de la titularidad sobre los derechos que componen el *trust* y tutelados por las reglas del *common law*; y un *equitable interest* para proteger los derechos de los beneficiarios mediante las reglas de la *equity*. 2) También debe distinguirse entre el *negocio constitutivo* del *trust* y los *actos dispositivos* de bienes en favor del mismo. Dicha constitución es un acto unilateral, no un contrato en el que se fijan los criterios que regirán la actuación del fiduciario; no está sometido a forma alguna y puede ser oneroso o gratuito. En cambio, el o los actos dispositivos producen la transferencia de “la propiedad” (*sic*, en términos civiles) al *trustee*, esto es, el *legal interest* y están sometidos a la forma que el ordenamiento exija para la transferencia de cada tipo de bienes; por ejemplo, la inscripción registral electrónica para la transferencia de inmuebles en el Derecho inglés tras la *Land Registration Act* de 2002. Estas transferencias están sometidas a las reglas usuales que reprimen cualesquiera actos fraudulentos. 3) El *trust* carece de personalidad jurídica; es una universalidad jurídica que funciona como un patrimonio de destino bajo titularidad del *trustee*. 4) Se requieren tres “certezas”: de intención, bien expresa, bien presunta (*resulting trusts*), de benefi-

ciarios, que deben ser al menos determinables, y de objeto, pues los bienes del *trust* deben quedar identificados y separados de otros patrimonios.

A partir de estos rasgos es sencillo elaborar un sumario catálogo de diferencias del *trust* del *Common Law* con cualesquiera equivalentes propios del mundo del *Civil Law*: 1) Existe una doble “propiedad” o titularidad sobre el patrimonio del *trust*. 2) Existe un doble ámbito de reglas que protegen cada una de esas titularidades: *common law* y *equity*. 3) El papel de los tribunales es de suma importancia en la vida del *trust*, puesto que no sólo tienen una función de estricto control de los actos del *trustee*, sino también una función asesora sobre sus poderes y actividades. 4) La posición jurídica de los beneficiarios es muy sólida, teniendo una suerte de derecho real (con las prevenciones con que este término puede usarse en estos sistemas legales) especialmente protegido sobre los bienes y rendimientos del *trust*. 5) Una de las herramientas más poderosas para defender esos derechos es el *tracing*, sin equivalente en los sistemas de *Civil Law*, por el cual los bienes y derechos indebidamente utilizados pueden ser recuperados en favor del *trust*, incluso imponiendo un *constructive trust* a la persona que por derecho estricto (*common law*) pueda tener su titularidad actual o estableciendo complejas reglas de subrogación real. 6) El *trust* se constituye por acto jurídico unilateral. 7) El *trustee* está dotado de una autonomía casi total en la toma de decisiones sobre la gestión, sin poder ser corregido ni siquiera por el constituyente (salvo que se hubiese reservado esa prerrogativa). 8) El *trust* se constituye como tal sin formalidades especiales.

3.2. El *trust* “internacional”

También llamado por algunos autores *trust* “amorfo” (*shapeless*), se trata del *trust* delineado en el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre «la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento». Aunque este convenio constituye una norma uniforme de conflicto para conseguir la eficacia de los *trusts* en ordenamientos jurídicos donde no están regulados, también recoge una definición de su objeto y establece ciertos efectos mínimos que producirán las instituciones que caigan bajo su ámbito. Así la noción de *trust* internacional puede deducirse del art. 2 del Convenio:

«A los efectos del presente Convenio, el término «*trust*» se refiere a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente –por actos entre vivos o a causa de muerte–, cuando los bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario [*trustee*] en interés de un beneficiario o para un propósito específico”.

El *trust* posee las características siguientes:

“a) los bienes del *trust* constituyen una masa distinta [fondo separado] y no son parte del patrimonio del fiduciario;