

Revisión de las principales doctrinas civilistas que impiden la incorporación del *trust* en España

por

ANA CRISTINA GÓMEZ PÉREZ
Catedrática Asociada
Universidad de Puerto Rico

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. PATRIMONIOS *EX LEGE*:
 - 2.1. DELIMITACIÓN Y ORIGEN MODERNO DEL CONCEPTO «PATRIMONIO»:
 - 2.1.1. *El patrimonio separado.*
 - 2.1.2. *Patrimonio separado de afectación.*
 - 2.1.3. *Patrimonio autónomo sin sujeto titular.*
 - 2.2. LA INTERVENCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO EN LA CREACIÓN DE PATRIMONIOS SEPARADOS:
 - 2.2.1. *Postulaciones doctrinales en torno al concepto de Orden Público y la libertad de pacto en el contexto de creación de patrimonios separados.*
 - 2.2.2. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo v. Dirección General del Registro y el Notariado: Dicotomía en la cuestión de la relación de Orden Público y la autonomía de la voluntad.*
 - 2.2.3. *La doctrinal moderna en torno al planteamiento de Orden Público como límite a la voluntad contractual.*
 - 2.4. REVISIÓN DEL PRINCIPIO *FAVOR CREDITORE*.
3. LA NOCIÓN UNITARIA DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL:
 - 3.1. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD.

3.1.1. *La unidad en el Derecho real de propiedad.*

3.2. ANOMALÍAS EN EL CONCEPTO UNITARIO DE PROPIEDAD:

3.2.1. *Usufructo con facultad de disposición.*

3.2.2. *Enfiteusis.*

3.2.3. *Multipropiedad.*

3.2.4. *Los fondos bursátiles.*

4. CONCLUSIONES.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Uno de los temas de mayor estudio en el Derecho moderno es la internacionalización de las instituciones jurídicas. La comparación de soluciones adoptadas por otros sistemas y la posibilidad de incorporarlas en el ordenamiento interno. En ese ámbito se encuentra el *trust*, una institución de impronta anglosajona que por su versatilidad y utilidad se ha ido introduciendo en varios ordenamientos civilistas de Latinoamérica¹ y Europa².

En contraste, la doctrina clásica del Derecho Civil español aduce la presencia de cuatro barreras jurídicas que impiden la incorporación del *trust* en España: 1. El *numerus clausus* de Derechos reales. 2. La ausencia de una causa contractual³. 3. La imposibilidad de crear patrimonios separados por autonomía de la voluntad⁴, y 4. La imposibilidad del desdoblamiento de la propiedad en el

¹ Algunos ejemplos son Argentina. Ley 24.441 de 22 de diciembre de 1994, Bolivia. Ley de 25 de febrero de 1977, Ecuador. Ley de Mercado de Valores, núm. 107 del 23 de junio de 1998 (arts. 109 a 138) y México, núm. 24562, Cap. V. De fideicomisos.

² Entre estos se encuentran Italia. El 9 de febrero de 2006, la Cámara de Diputados aprueba la questione di fiducia, il disegno di legge n. 6323, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 diciembre 2005, n. 273. Francia. Loi nûm. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (Journal Officiel de la République Française du 21 février 2007).

³ El Derecho español civilista incorpora, del Código Civil francés de 1804 la teoría de la causa como un requisito esencial del contrato. Esta teoría esboza que es necesaria una causa propia y adecuada para que exista una trasmisión real y formal de la propiedad.

Según fue interpretado por el STS, de 30 de junio de 1987: «*En nuestro ordenamiento jurídico la sola voluntad de adquirir y trasmitir no basta para provocar el efecto traslativo perseguido: es preciso la concurrencia de una causa suficiente que justifique el reconocimiento del fin práctico querido por los contratantes.*

El *trust* de acuerdo a su concepción en el derecho angloamericano, consiste en un negocio mediante el cual una propiedad, que originalmente pertenece a un sujeto denominado fideicomitente, transmite su titularidad a un fiduciario quien debe cumplir con un fin determinado. La relación entre el fideicomitente y fiduciario es una de crédito, la transmisión de la propiedad puede ser temporal o permanente, pero siempre está obligado a cumplir con el fin encomendado en beneficio de un tercero.

⁴ Como expone VIRGOS SORIANO, Miguel, *El trust y el Derecho español*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pág. 62: «*Un resultado extraño para el ordenamiento español que arranca del principio de responsabilidad patrimonial universal (...) En efecto el Derecho español no*

ordenamiento español⁵. Las dos últimas aun se mantienen vigentes y requieren una revisión actual a la luz de la evolución del derecho.

2. PATRIMONIOS *EX LEGE*

La teoría general del patrimonio surge del movimiento social-económico del siglo XIX que intentó circunscribir la responsabilidad del deudor a la esfera civil y liberarlo de la responsabilidad penal (cárcel por deuda). El patrimonio nace, así, como una «proyección económica de la personalidad».

Dos siglos después de que apareciera en escena, el patrimonio ha pasado de ser una mera abstracción dogmática⁶ de algunos elementos jurídicos (responsabilidad universal, transmisión de derechos hereditarios...), a ser una noción práctica que responde a cambios sociales y económicos. En el siglo XXI, el concepto del «patrimonio» se diferenció de la esfera personal, para incluir nuevas *estructuras financieras* (Instituciones de Inversión Colectiva⁷ —en adelante IIC— Fondos de Titulización Hipotecaria⁸) *organizaciones públicas* (Patrimonio Municipal de Suelo⁹), condonar actividades económicas (arts. 252 y 295¹⁰ del Código Penal, en adelante CP) y orientar *inversiones sociales* (patrimonio protegido del incapacitado¹¹ y el *Trust funds at the*

autoriza que se formen por autonomía privada patrimonios separados y, menos aún, patrimonios separados que sólo respondan de deudas determinadas y no pueden ser alcanzados directo indirectamente (en sus cuotas o participaciones) por los acreedores de su titular».

⁵ Discutido en el capítulo IV.

⁶ La cual fue definida en su momento como «una categoría falsa, que se podía borrar impunemente de la dogmática civil o, mejor todavía, se debía reducir a su mera significación social, metajurídica, absolutamente inaprovechable o más bien innecesaria para la construcción científica del Derecho». FAIRÉN MARTÍNEZ, J., «Patrimonio y responsabilidad», en *RDN*, 1962, núm. 36, pág. 303.

⁷ España. Regulados por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de noviembre de 2003, núm. 262; Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, el reglamento de la Ley 35/2003. *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de noviembre de 2005, núm. 280. Modificado por Real Decreto 1820/2009, de 27 de noviembre, Real Decreto 361/2007 y Real Decreto 217/2008.

⁸ España. Regulados por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria. *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de julio de 1992, núm. 168. Modificada por la Disposición Final cuarta de la Ley 5/2009, de 29 de junio.

⁹ España. Artículo 276.2 del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/1992, que fue declarado vigente por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo. *Boletín Oficial de Estado*, 13 de febrero de 1993, núm. 38.

¹⁰ España. El Nuevo Código Penal incorpora en su Título XIII, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», específicamente Sección 2.^a sobre apropiación indebida.

¹¹ España. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. *Boletín Oficial del Estado*, de 19 de noviembre

*Inter-American Development*¹² como el que tiene el Gobierno español en el Banco Mundial).

Estos «nuevos patrimonios» —la mayor parte de ellos normalizados en las últimas tres décadas— se caracterizan por una estructura interna compleja, que precisa de una administración especializada y se caracterizan por la completa segregación e incomunicabilidad con el patrimonio general de su titular, la consecución de un fin y la existencia de un régimen fiscal especial. Lo que plantea una noción completamente renovada de lo que puede ser denominado como un «patrimonio segregado de su titular».

El tema de patrimonio separado que se pretende desarrollar ha sido objeto de múltiples interpretaciones y corrientes doctrinales, algunas superadas por las nuevas aportaciones del Derecho positivo y la jurisprudencia. Como se expondrá a continuación, las necesidades sociales y económicas exigen que se atemperen las aproximaciones doctrinales de la figura. El conflicto entre la autonomía de la voluntad patrimonial y la garantía crediticia no puede resolverse con una simple remisión a la estructura tipificada. Es necesaria una elaboración doctrinal que reconozca —como ya lo hacen algunas manifestaciones jurisprudenciales— una mayor libertad contractual individual.

2.1. DELIMITACIÓN Y ORIGEN MODERNO DEL CONCEPTO «PATRIMONIO»

El término «patrimonio» no es unívoco para todos los ámbitos del Derecho. Tampoco se encuentra definido por ninguna ley que haga alusión directa o circunstancial al término. Para comprender su exégesis es necesario analizar los caracteres que el ordenamiento jurídico le atribuye:

Unidad: Es un conjunto que proporciona cohesión a la diversidad de elementos que lo componen y que sirve para explicar el estado jurídico de algunos bienes y derechos en cuanto a: 1) su relación como garantía crediticia (art. 1911 del CC); 2) la transmisión de derechos y obligaciones por el causante (art. 657 y sigs. del CC); 3) el fenómeno de subrogación real. Como explica GARCÍA GARCÍA, «[e]ste tratamiento unitario lo tiene el patrimonio por razón de la responsabilidad, la gestión y la administración del conjunto de bienes»¹³.

La normativa erige al patrimonio como epicentro con legitimación activa procesal (arts. 6 y 7 LEC), con un régimen tributario específico (art. 35.8 de la

de 2003, núm. 277. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de marzo de 1995, núm. 281.

¹² Disponible en internet: <http://www.iadb.org> (última consulta 24 de abril de 2005).

¹³ Véase, GARCÍA GARCÍA, José, «Teoría General del Patrimonio», en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2002, pág. 581.

Ley General Tributaria¹⁴, en adelante LGT) y con acciones de protección de su integridad (Ley Concursal¹⁵, acción pauliana¹⁶—art. 1111 del CC— entre otras).

Subrogación real: Relacionado con la unidad e identidad que se le reconoce al patrimonio, está el concepto de subrogación real. En esencia, supone la sustitución de un elemento de la masa por otro, recibiendo el bien que le sustituye el mismo destino y afección¹⁷ del anterior.

*Valoración económica*¹⁸: El significado completo de su sustancia económica sólo se adquiere cuando se considera que el patrimonio es el objeto sobre el que se ejecuta la responsabilidad derivada por el incumplimiento de lo prometido, para restaurar el perjuicio patrimonial causado al acreedor por el mismo. El ordenamiento busca satisfacer el interés del acreedor de ser posible en igual sustancia (*in natura*) que el interés o expectativa incumplida, pero de no ser posible se ha de entregar el equivalente que le hubiera reportado la ejecución *in natura*¹⁹. Por lo tanto, no cabe la ejecución de la propia persona, la única compensación posible es la de tipo patrimonial.

En conclusión, los elementos que integran su noción son:

- Conjunto unitario de bienes y derechos,
- susceptibles de una valoración económica,
- sujetos a un régimen de responsabilidad y subrogación específica.

¹⁴ España. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *Boletín Oficial del Estado*, de 18 de diciembre de 2003, núm. 302.

¹⁵ España. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de julio de 2003, núm. 164.

¹⁶ España. El artículo 1111 del Código Civil prevé: «*los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho*».

¹⁷ La STS de 20 de noviembre de 1991, Sala de lo Civil (ponente: VILLAGÓMEZ RODIL), dispone sobre el principio de subrogación real que «*las nuevas fincas tienen la misma consideración que las antiguas*».

En la STS de 17 de septiembre de 2001, Sala de lo Administrativo, se resolvió que «*a efectos de tope de ingresos, no cabe considerar renta los incrementos patrimoniales por venta de acciones, pues al igual que ocurre con las plusvalías generadas por la venta de inmuebles, también en la venta de acciones lo que ocurre es que un elemento patrimonial es sustituido por otro*».

¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS entiende que el patrimonio «[e]s posible la valoración económica o estimación dineraria de los bienes y deudas (activo y pasivo) que forman su contenido. Quedan extraños al patrimonio los demás bienes y derechos; así los bienes de la personalidad y lo concerniente al estado civil de la persona». CASTÁN TOBEÑAS, José, «En torno a la teoría del Patrimonio», en *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1950-1952, núms. 1, 3 y 4, pág. 38.

¹⁹ Señala CORDÓN MORENO que en el Derecho práctico procesal, «*la ejecución específica resulta frustrada la mayoría de las veces, al optar el deudor ejecutado por el resarcimiento del equivalente económico. El legislador, consciente de la inevitabilidad de esta realidad práctica, se ha preocupado de adoptar medidas para asegurar el cumplimiento de este equivalente económico*». CORDÓN MORENO, A., «Ejecución de condenas no pecuniarias», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, pág. 2635.

Por lo tanto, el patrimonio puede ser definido como epicentro organizado de bienes, derechos y pasivos²⁰, sujetos a una valoración económica, y que forman una unidad para su gestión, tratamiento y responsabilidad.

2.1.1. *El patrimonio separado*

Existen muchas interpretaciones doctrinales en torno a los tipos de patrimonio²¹ y su adscripción a una titularidad. Sin embargo, existe consenso sobre el hecho de que algunos conjuntos gozan de un estado de segregación del patrimonio general. Su creación responde a un momento de pendencia determinado (*concepturus*, ausente, concurso...) o a la existencia de intereses específicos (fondos de pensiones, de inversión...) y su extinción a la muerte de su fundamento jurídico.

En la búsqueda de características propias, estas masas se presentan como una entidad independiente de cualquier otro conjunto, ostentan un régimen diferenciado de responsabilidad respecto al patrimonio personal y una completa incomunicabilidad con las obligaciones de éste. Además, requieren por

²⁰ En el Derecho español no existe controversia sobre la inclusión de los elementos pasivos en el patrimonio. Denominada teoría del patrimonio neto, tal y como destaca RIVERO HERNÁNDEZ, y menos considerando su explícita mención en legislaciones como la LC de 2003 y la LF de 2002. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Teoría General del Patrimonio». FUGARDO ESTIVILL, J. M. y GARRIDO MEDERO, M., *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial*. Madrid, Bosch, 2007, vol. I, pág. 122.

²¹ De forma que DE CASTRO, «El patrimonio», *ob. cit.*, pág. 35 y sigs., considera que son cinco los tipos de patrimonio (personal, separado, colectivo, con titular interino y el afectado a un fin); DE LOS MOZOS, José L., «Aproximación a una teoría general del patrimonio», en *Revista de Derecho Privado*, 1991, año núm. 75, mes 7-8, pág. 810, sólo contemplan dos tipos de patrimonio (general personal y el patrimonio separado compuesto por destinados a un fin y separado por otras consideraciones); DÍEZ-PICAZO, Luis, «Autonomía privada y derechos reales», en AA.VV., *Libro homenaje a Ramón Roca Sastre*, Madrid, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1974. págs. 299-303. Por su parte argumenta que son cuatro los tipos de patrimonio (personal, colectivo, separado y en situación interina) y para LACRUZ, José, *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General*, Madrid, Bosch, 1984, pág. 650, sólo existen dos tipos (el personal y el autónomo compuesto por el colectivo y el separado).

Un tratamiento más confuso es el que ha mantenido el Tribunal Supremo refiriéndose al «patrimonio separado» cuando se trata de «aportaciones o bienes, que pasan a formar un patrimonio separado que no necesariamente significa que existe autonomía patrimonial entendida como persona jurídica propia» (5/7/1999 y 25/10/1999); para diferenciar los patrimonios personales de los fundadores y el patrimonio particular de persona jurídica (8/7/2002, 25/10/2001, 11/10/1999, 31/12/1999, 21/12/1998, 24/10/1995, 27/1/1995, 31/1/1995, 31/12/1993 y 17/3/1990); para establecer la separación patrimonial entre los bienes privativos y la comunidad de gananciales (20/11/1999, 19/11/1992 y 3/12/1984). El TS se expresa en términos de «patrimonio autónomo» para denominar la situación de los bienes cuando se constituye una persona jurídica (27/1/1995) y la situación en que se encuentran los bienes en la sociedad irregular (23/10/1990, 16/5/1990, 13/2/1985, 21/12/1970).

lo general de la intervención de unas reglas concretas de gestión y control (realizar un inventario —arts. 1010-1034 del CC, art. 75 LC, art. 3.3 de la Ley 41/2003, prestar una caución, art. 791 del CC—, representación en los procesos judiciales —arts. 5,6,7 y 798 de la LEC—, rendir cuentas —art. 799 de la LEC—) y su administración corresponde a veces a su titular (por ejemplo, heredero fiduciario) o a veces a otro sujeto (por ejemplo, administrador concursal o societario).

2.1.2. Patrimonio separado de afectación

El destino le dota de unidad y le atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas. Esa afectación requiere del reconocimiento de un interés jurídico tutelado por el ordenamiento. Actúa independiente del patrimonio general de la persona, con una vida jurídica propia y un régimen de responsabilidad diferenciado, que sólo atiende a sus obligaciones concretas. Como datos característicos se encuentran:

- La exigencia de una delimitación de los bienes y derechos que forman parte del patrimonio separado.
- Una separación respecto de cualquier otro patrimonio. Lo que en ocasiones significa que en un mismo titular se encuentren varios conjuntos de patrimonios que son independientes entre sí.
- Su adscripción a un fin que sirve para darle unidad a la masa, lo que puede ser vía *ex lege* o *ex contratus*. En esta característica adquieren primacía las reglas relativas a la subrogación real. El patrimonio no puede considerarse como un objeto a efectos de su enajenación conjunta, pero los bienes singulares que lo componen sí lo son. En otras palabras, gracias a la operación de subrogación real está protegida la identidad de las cosas que forman parte la masa.
- Está sometido a unas medidas particulares de administración y conservación. Esta condición se justifica en la independencia de su titularidad, lo que requiere de unas reglas de control sobre las acciones que puedan afectar su integridad.
- Se rige por normas que ofrecen publicidad en cuanto a las condiciones del patrimonio y su fin. Este principio es necesario para la protección de los terceros que se relacionan con la masa. Es evidente que para cumplir con este propósito, se necesita que se acredite mediante acto documentado —por lo general susceptible de inscripción²²— la fecha que señalará el inicio de la responsabilidad independiente. Este motivo lleva a BOSH CARRERA a plantear que para evitar el fraude de acreedores,

²² De acuerdo a los artículos 1278 y 1285 del Código Civil y el artículo 3 LH.

es necesario que en su constitución se «requiera habitualmente de una triple garantía: escritura pública o sentencia judicial, inscripción en un Registro no administrativo —si es el caso— e inscripción en el Registro Administrativo a los efectos de supervisión y control»²³.

- A pesar de que múltiples legislaciones se expresan en términos de patrimonios separados adscritos a un fin, no existe un tratamiento homogéneo para la figura.

Entre sus variantes se encuentran:

- Los que se amparan bajo el concepto de «personas jurídicas». En este supuesto están las sociedades mercantiles y civiles, y las personas jurídicas sin carácter lucrativo, como asociaciones (art. 35 del CC), fundaciones (Ley de Fundaciones²⁴, en adelante LF) y agrupaciones de interés económico (Ley 12/1991²⁵).
- El patrimonio fiduciario como una entidad económica independiente de su constituyente, destinada a un fin y sin personalidad jurídica propia. En el Derecho español no está regulado, aunque una figura similar es el fideicomiso (art. 781 y sigs. del CC). En el Derecho Foral existe la institución de la gestión de la herencia por el albacea universal (art. 316 de CS²⁶) y el fideicomiso de elección y distribución (art. 148 y 149 CS) en el Derecho catalán; la fiducia sucesoria en el Derecho de Aragón (Ley 1/99²⁷); el fiduciario fideicomisario (arts. 281-288 de la Compilación²⁸) en el Derecho de Navarra; el comisario (art. 32 y sigs. Compilación Foral y Ley 3/92²⁹) de Derecho del País Vasco en Vizcaya; heredero o legatario distribuidor (arts. 18-23 de la Compilación) y el cónyuge fiduciario (arts. 71 y sigs. de la Compilación³⁰) en el Derecho de Baleares.

²³ Véase, BOSH CARRERA, Antonio, *La admisión a nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust y los fideicomisos)*, Madrid, Bosch, 2007, pág. 595.

²⁴ Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. *Boletín Oficial de Estado*, de 27 de diciembre de 2002, núm. 310.

²⁵ Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico. *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de abril de 1991, núm. 103.

²⁶ Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de febrero de 1992, núm. 50.

²⁷ Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. *Boletín Oficial de Navarra*, de 3 de septiembre de 1982, núm. 106.

²⁸ Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco. *Boletín Oficial del País Vasco*, de 7 de agosto de 1992, núm. 153.

²⁹ Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco. *Boletín Oficial del País Vasco*, de 7 de agosto de 1992, núm. 153.

³⁰ Decreto Legislativo 79/1990, del Gobierno de las Islas Baleares, de 6 de septiembre. Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de mayo de 1993, núm. 127.

- Los fondos (de inversión, pensión y titulización), en los que el conjunto formado por las participaciones forman un todo independiente administrado profesionalmente por una entidad financiera.
- Los bienes y derechos separados para la constitución de una fundación o una sociedad. Hasta el momento en que se transforme en una persona jurídica, la masa patrimonial está afecta a una finalidad (art. 11 LF y arts. 15 y 16 de Ley de Sociedades Anónimas —en adelante LSA—³¹). En el Derecho Autonómico de Madrid la afectación puede, incluso, extenderse hasta después de la extinción de la personalidad jurídica (Ley 1/1998³², art. 27.2 de la Comunidad Autónoma de Madrid en adelante CAM)³³.

2.1.3. Patrimonio Autónomo sin sujeto titular

En estos patrimonios la titularidad del conjunto pertenece al propio patrimonio y, por lo tanto, existe una completa segregación entre las obligaciones adquiridas por éste y las de cualquiera de los sujetos que intervengan en su constitución, administración o beneficios. Mediante su reconocimiento jurídico, no sólo se excluye este patrimonio de la garantía crediticia de su constituyente, sino que se derogan sus facultades de libre utilización para adscribirlos a un fin³⁴.

El comportamiento de estas masas, descritas por LUPOI³⁵ bajo el término de *patrimonio segregado*, es que no existe ningún grado de comunicación con otros patrimonios. A diferencia de otras figuras, como por ejemplo el patrimonio separado donde la comunicación se desarrolla en una vía (*one-way*), lo que implica que:

³¹ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. *Boletín Oficial del Estado*, de 1 de febrero de 1991, núm. 28.

³² Ley de 1/1998, de 21 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, de 12 de agosto de 1998, núm. 192.

³³ Tal afirmación ha sido respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que interpreta la legislación autonómica al marco de los principios constitucionales sobre fundaciones y concluye que: «*Los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador*».

La fundación es «*una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados*

³⁴ Como expresa LISOPRAWSKI, «[l]a afectación guarda similitud con el usufructo en el sentido de que impera como un desmembramiento de la propiedad». LISOPRAWSKI, Silvio y KIPER, Claudio, *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Buenos Aires, DE PALMA, 1996. 142 págs.

³⁵ LUPOI, Maurizio, *Trust: A comparative study*. CamBRIDGE: CamBRIDGE University Press, 2000, págs. 377-386.

- En algún momento las obligaciones del titular del patrimonio general podrán gravar al patrimonio separado —fenómeno que se produce cuando las razones de existencia de dicho patrimonio desaparezcan y los bienes regresen a la masa general o cuando los acreedores se subroguen en la posición del deudor-titular patrimonial—.
- El patrimonio separado es un supuesto de enriquecimiento del patrimonio personal, puesto que por lo general al completarse el fin regresa al patrimonio de su titular.

Estas razones justifican la inexistencia de una completa incomunicabilidad entre el patrimonio general y el patrimonio separado. En cambio, un patrimonio autónomo —carente de personalidad jurídica— se presenta como una entidad completamente independiente de cualquier sujeto, en la cual se requiere, para el ejercicio de las facultades de disposición de los bienes y el cumplimiento del fin, de un órgano administrativo.

Para ARROYO AMAYUELAS³⁶, en esta situación se encuentra la herencia yacente³⁷ o el *trust*. En este último la segregación implica que aunque existe un disponente inicial del patrimonio (*settlor*), un administrador y titular de sus derechos (*trustee*) y un tercero que se enriquece de la masa (*beneficiary*), no existen canales de comunicación entre los patrimonios de los sujetos involucrados. Como expresa LUPOI, «*There is a total and definitive separation*»³⁸.

En el *common law* esta separación patrimonial se obtiene con la división de la propiedad entre dos sujetos (*trustee* y *beneficiary*); el patrimonio está al margen de las obligaciones personales de ambos. Por lo cual ha sido considerado como una institución compuesta de Derechos *sui generis* con una división horizontal del Derecho de propiedad.

La principal crítica al reconocimiento de esta institución es que todo Derecho es *a fortiori* facultad jurídica de un sujeto. El hecho de que el

³⁶ Véase, ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial*, V. 1. *ob. cit.*, pág. 629.

³⁷ En la herencia yacente es una *universitas rerum*, definida por la STS de 21 de junio de 1943, como «la masa o comunidad de interesados, en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser una verdadera persona jurídica, se le otorga transitoriamente y para fines limitados, una consideración unitaria» y que puede ser declarada en concurso (arts. 1.2, 3.4, 6.2.2 LC) o ser objeto de anotaciones en el Registro, «cuando se plantean anotaciones preventivas de embargo contra la herencia yacente y los herederos ignorados. O bien cuando resulta imprescindible la inscripción de los bienes en esa situación (...) Las soluciones de la práctica en estos casos, pasan por aplicar alguna de las teorías sobre la herencia yacente: o bien practicar la inscripción a nombre del causante, expresando que queda pendiente de aceptación de los herederos; o bien, expresando que la inscripción se practica como bien de la herencia yacente de la persona del causante». GARCÍA GARCÍA, José, «Teoría General...», *ob. cit.*, pág. 590.

³⁸ LUPOI, Maurizio, *Trust*, *ob. cit.*, págs. 377-386.

patrimonio tenga un fin determinado no lo asciende a categoría de objeto de derechos³⁹.

En resumen, existe una construcción moderna sobre el patrimonio y es su consideración como un ente autónomo al margen de cualquier titularidad. Sólo le corresponden cargas y responsabilidades propias y no se requiere para este propósito su transformación en una persona jurídica. Este modelo ha permitido que se introduzca una figura como el *trust* en lugares donde se aplican estrictas normas sobre el Derecho de propiedad.

2.2. LA INTERVENCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO⁴⁰ ECONÓMICO EN LA CREACIÓN DE PATRIMONIOS SEPARADOS

Uno de los temas de discusión jurídica moderna es la protección del principio *favor creditoris* en la creación de patrimonios segregados. Permitir que ciertos bienes o derechos formen un nuevo conjunto con sus propias responsabilidades e inmune a los ataques de los acreedores de su constituyente exige, para la doctrina mayoritaria, que la unidad patrimonial no pueda ser alterada por el simple arbitrio de su titular; se requiere del reconocimiento *ex lege*⁴¹. Como ha puesto de relieve ARROYO AMAYUELAS, la creación de estas masas

³⁹ Como señala FERRARA, Francisco, «Teoría de las personas...», *ob. cit.*, pág. 147: «[E]l derecho es un poder de voluntad, no de una determinada persona, sino de un determinado género. Si pues, al derecho no le es esencial un determinado sujeto, no será tampoco en general esencial algún sujeto. Pero en esta última consecuencia es donde anida el sofista. De no ser esencial un determinado sujeto, no se puede deducir que no sea esencial, en absoluto, el sujeto: de la indiferencia de la indivisibilidad del ente, la superfluidad del ente mismo. Sería, como dice Unger, querer argumentar que como es indiferente cuál sea el actor que desempeña una parte secundaria de un drama, de aquí se siga que no hace falta ningún actor. Y Bohlau dice, en forma asaz viva; la boca broncinea de la artillería habla palabras de muerte, ya sean Linz o Kuntz los cañoneros. Pero, ¿quién vio jamás disparar un cañón sin que un artillero disparase?».

⁴⁰ El tema de orden público ha cobrado vigencia en el ámbito europeo sobre todo en cuanto a la interpretación del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. Como explica GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R., «Límites a la construcción de un orden público en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE, de 28 de marzo de 2000, Krombach c. Bammerski)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2000), año núm. 4, núm. 8, págs. 593-618, existen en el Derecho comunitario varios «parámetros constitucionales de «orden público» en materia de derechos fundamentales (los dos Estados implicados) y un tercer parámetro de «orden público comunitario», que debe interpretar el Tribunal de Justicia de manera uniforme a los efectos de la aplicación del Convenio de Bruselas».

⁴¹ La generalidad de la doctrina entiende que es necesario la legalidad para reconocerle el carácter de patrimonio separado. Plantea RIVERO HERNÁNDEZ, J., «Teoría General»..., *ob. cit.*, pág. 83, «únicamente hay patrimonio cuando y en cuanto un ordenamiento determinado lo considera y le da tratamiento como tal». CÁMARA DE LAPUENTE expresa que es «imposible que la autonomía de la voluntad privada forme un patrimonio autónomo en vulneración del principio de responsabilidad universal». CÁMARA DE LAPUENTE, Sergio, «El trust y la fiducia,

reguladas por la libertad individual «generalmente se niega, por considerar que el artículo 1911 del Código Civil es de Orden Público»⁴².

Esta interpretación se basa en la concepción estricta del Orden Público⁴³ como límite a la libertad contractual entre particulares⁴⁴ (art. 6 y 1255 del CC). Como expresa DE CASTRO:

«Los legisladores franceses del *Code inventaron la cláusula de Orden Público con la finalidad de poner un límite a la autonomía de la voluntad que el mismo Código reconocía y protegía»*⁴⁵.

En este sentido, es necesario detenerse en la naturaleza del Orden Público⁴⁶ como restricción a la autonomía privada, puesto que algunas de sus consideraciones jurídicas han variado. La protección de la seguridad del tráfico económico no requiere, a mi entender, en la actualidad de medidas tan extremas como sancionar la nulidad de los pactos limitativos de la responsabilidad universal.

posibilidades para una armonización», en CÁMARA DE LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003. Capítulo 39, págs. 1108-1109.

⁴² ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España. Patrimonio Familiar, profesional...», *ob. cit.*, pág. 629.

⁴³ IZU BELLOSO, José, «Los conceptos de Orden Público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58 (abril-junio de 1988), pág. 237 y sigs.

⁴⁴ La relación entre la noción de Orden Público y la de autonomía de la voluntad es planteada inicialmente por el alemán NIPPERDEY bajo la denominación de la *Drittewirkung*. Dicha teoría afirma que la protección de los derechos fundamentales del ser humano no sólo existe para el poder público, sino que regula las relaciones entre particulares. Consiste en la protección de los derechos constitucionales en los contratos, fijando parámetros a la libertad de pactos y capacidad de renunciar a dichos derechos (*Gestaltungsfreiheit*). Cuando se vulnera el principio de igualdad entre los contratantes, al afectado sólo le queda la vía de la impugnación por lesión a sus derechos fundamentales. En este caso, se plantea un problema sobre la capacidad que tienen los entes particulares para pactar validamente renuncias a los derechos protegidos por la Constitución, es aquí donde interviene el Orden Público y sanciona esta actuación privada (art. 6.2 de CC y 1255 del CC) al impedir, por estar fuera del comercio, la renuncia a cualquier derecho fundamental. Al mismo tiempo, se sanciona como nulo cualquier ejercicio abusivo de los derechos (art. 7 del CC), pues se consideran como no válidos los contratos con condiciones discriminatorias para alguna de las partes.

Tal y como ha sido planteado por ALFARO, intervienen como límites de la autonomía privada el reconocimiento en la Constitución de los derechos fundamentales de la persona y específicamente, en el mandato del artículo 10.1 de CE, sobre dignidad de la persona. Sobre la doctrina alemana y la introducción en España, véase ALFARO, A., «Autonomía de la voluntad privada», en *ADC*, 1993, tomo XLVI, fascículo I, enero-marzo, págs. 121-122.

⁴⁵ DE CASTRO, Federico, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El Orden Público. La protección del consumidor», en *ADC*, 1982, vol. IV, págs. 1030-1031.

⁴⁶ Las primeras alusiones al Orden Público se remontan al periodo clásico romano, en el que se aplicaba la fórmula *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, como principio imposible de derogar por la voluntad de los particulares.

A pesar de las alusiones al Orden Público por el Código Civil (arts. 6, 1255 y 594.47 del CC), el término no ha sido explicado por el legislador. La única referencia a su contenido se encuentra en la Exposición de Motivos de la derogada Ley de Arbitraje de 1988⁴⁸, que al dar instrucciones sobre la impugnación de las decisiones de acuerdo arbitral, se refería al Orden Público⁴⁹ en atención a los *principios contenidos en nuestra Constitución*. Esta disposición normativa zanja, definitivamente, la discusión doctrinal que intentaba atar la noción a principios tan indeterminados como la moral⁵⁰.

El Orden Público, según DÍEZ-PICAZO⁵¹, consiste en el conjunto de «*aquellos normas donde se cristalizan las convicciones básicas de un grupo humano respecto a su propia organización fundamental*». Su «desconocimiento desnaturalizaría» el sistema jurídico. Por tanto, constituye un orden fundamental de la comunidad. Se compone de principios similares al concepto de *valores superiores*⁵² reconocidos por la Constitución (art. 1 y art. 10.1 CE) sobre la dignidad de la persona e interviene como límite de la autonomía.

⁴⁷ La única institución jurídica codificada de Derecho privado que tiene mención explícita sobre el Orden Público es el artículo 594 del Código Civil sobre servidumbres prediales. Dice así: «*Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público*».

⁴⁸ España. Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de arbitraje. *Boletín Oficial del Estado*, de 7 de diciembre de 1998, núm. 293 (derogada por la Ley 60/2003, de arbitraje. *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de diciembre de 2003, núm. 309), que aunque en su artículo 41 reconoce la impugnación del laudo arbitral por ser contrario al Orden Público, no hace ninguna referencia específica al contenido del término. Es probable que esta exclusión, según explica la Exposición de Motivos de la Ley, responda a la necesidad de que el concepto se adecue a la «*incorporación de nuestro país al etenzo creciente de Estados que han adoptado la Ley Modelo*».

Como explica GONZÁLEZ SORIA: «*[l]a nueva (...) viene a consolidar ese desarrollo del arbitraje tanto nacional como internacional y a posibilitar especialmente el desarrollo de este último en nuestro país*». Lo que en definitiva requiere de la incorporación de conceptos más internacionales que estén acorde con los principios generales de la Ley Modelo de UN CITRAL [en línea]. [ref. de 1 de octubre de 2006] Disponible en la Web: Comentarios a la Ley de arbitraje <http://www.aranzadi.es/>

⁴⁹ En cuanto a la situación práctica de impugnación de laudos arbitrales por ser contrarios al Orden Público, las sentencias de la SAP de Guipúzcoa de 28 de julio de 2000 (AC 2001/944) y de 18 de abril de 1998 aclaran que en el caso de acuerdos sociales por una Sociedad de Responsabilidad Limitada pueden ser sujetos al proceso arbitral puesto que no procede considerar que sus normas procesales sean de Orden Público y como expresa la sentencia de la SAP de Pontevedra, de 10 de febrero de 2003 (AC 2003/431) sobre estos acuerdos, sus normas «*no quedan excluidas de arbitraje*».

⁵⁰ Con esta afirmación normativa se descarta la discusión doctrinal que por años acompañó al concepto de Orden Público relacionándolo con conductas morales predeterminadas. El artículo 16 de la CE al proclamar la libertad ideológica y religiosa, impide que un concepto basado en afirmaciones morales pueda ser impuesto a los particulares.

⁵¹ DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1986, Tomo I, Vol. 2, pág. 746.

⁵² IZU BELLOSO, José, «*Los conceptos...*», *ob. cit.*, pág. 240.

El Tribunal Constitucional, sentencia número 19/1985, de 13 de febrero, expresa que:

«El respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del Orden Público, y que, en consecuencia, han de tener por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto» (énfasis suprido). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo indica que son: *«el conjunto de principios jurídicos (...) que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada»*⁵³.

Esta aproximación refleja el carácter temporal imperante en el Orden Público. Como otras normas del Ordenamiento Jurídico, tiene que ser interpretada por el artículo 3.1 del Código Civil —en su Título Preliminar— acorde con *«la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»*⁵⁴. El término, por lo tanto, responde a circunstancias cambiantes, propias de cada tiempo y lugar, así como a ideas políticas y sociales imperantes en una sociedad en un momento determinado⁵⁵.

En definitiva, el Orden Público es el conjunto de normas de rango superior que rigen los pactos entre individuos y actúa como límite al autonomía de la voluntad⁵⁶, en aras de excluir la trasgresión del interés público, sancionando cualquier vulneración al principio de igualdad o lesión de los derechos fundamentales de los contratantes (art. 6 y 1255 del CC) declarándolos estas estipulaciones como nulas⁵⁷ (art. 7.2 del CC). Se conduce como un mecanismo para corregir

⁵³ En la STS de 5 de abril de 1966 que lo define, criterio que ha sido sostenido por la STS de 31 de diciembre de 1979, Sala de lo Civil (ponente: CASTRO GARCÍA, J.).

⁵⁴ Uno de los ámbitos donde más se refuerza su carácter temporal es el familiar. Los conceptos de Orden Público han variado significativamente a través de los tiempos con la inclusión de nuevos valores sociales. Ejemplos de esto es el reconocimiento de la igualdad entre los hijos, la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo, la validez del acto de separación entre los cónyuges, el reconocimiento de los efectos legales de los actos realizados por la mujer casada en representación de su propio patrimonio, entre otros.

⁵⁵ Ese carácter temporal y dinámico del término impide que se pueda establecer con precisión sus predicamentos generales. Su variabilidad impide que pueda cifrarse su contenido que está *«siempre en constante revisión»*. ACEDO PENCO, Ángel, «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 14/15 (1996/1997) pág. 341.

⁵⁶ «Aspira a proteger a la comunidad de los ataques que sufren sus más esenciales valores, actuando en tal caso como límite a la autonomía de la voluntad», ACEDO PENCO, Ángel, «Orden...», ob. cit., pág. 341.

⁵⁷ Postura que ha sido respaldada por las STC 19/1985, de 13 de febrero, y la STC de STS 112/1986, de 30 de septiembre, sobre acuerdos laborares que vulneren los principios constitucionales.

y orientar el pacto y proteger los derechos de la parte más débil —contractual o extracontractual—⁵⁸.

Es preciso advertir, que por modificaciones normativas pueden variar los intereses protegidos por el Orden Público. A manera de ejemplo, se encuentran el estado jurídico pretérito sobre la intervención de terceros en reclamaciones judiciales, a los cuales la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no le reconocía legitimación activa, ni pasiva —a menos que fuera un tercero registral—. En este sentido, los Tribunales no se pronunciaron sobre si correspondía o no a un supuesto de Orden Público, como protección a sus Derechos⁵⁹. El cambio de concepto ocurre con la nueva LEC de 2000, donde específicamente se reconoce en los artículos 13 y 14 LEC dos nuevos supuestos para la protección de los Derechos de los terceros que son: la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados y la intervención provocada.

2.2.1. Postulaciones doctrinales en torno al concepto de Orden Público y la libertad de pacto en el contexto de creación de patrimonios separados

Conviene ahora precisar las razones doctrinales que vinculan al Orden Público con el patrimonio separado. Generalmente se ha considerado al Orden Público como mecanismo de sanción de las disposiciones patrimoniales (art. 1255 del CC)⁶⁰. Anulando sus efectos o reconociendo su validez, luego de la nulidad inicial, para la protección de intereses imperativos (buena fe, derechos adquiridos...).

Esta concepción denominada como «Orden Público económico», se fundamenta en la intervención de las normas superiores imperantes, en un momento determinado, que garantiza la seguridad en el tráfico jurídico. Actúa como mecanismo de protección del acreedor, pues se considera que no se encuentra en una situación de igualdad para la protección de sus intereses, como DÍEZ-

⁵⁸ La protección de los intereses de los más débiles justifica la intervención estatal en los acuerdos laborales, de consumidores y acreedores. En algunos casos a través de la sanción sustantiva como la nulidad de los contratos (el art. 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril) o mediante mecanismos procesales que permitan la acción colectiva de los interesados (arts. 71-98 de la LEC).

⁵⁹ Esta es la doctrina seguida por el Derecho Procesal norteamericano que entiende que se viola el debido proceso de ley si los terceros interesados no se les permite participar de los procedimientos en los que puedan verse afectados sus derechos.

⁶⁰ Incluso, en las jurisdicciones que reconocen la constitución de *trust*, se les exigen unos predicamentos básicos que limitan la autonomía de la voluntad en la creación de estos nuevos patrimonios. Así por ejemplo, las disposiciones del Código Civil de Puerto Rico, artículo 840 —en adelante CCPR— exigen que el fin no contravenga la ley o la moral pública; el fideicomiso no puede estar sujeto a una condición que dure más de treinta años (art. 841 del CCPR); no puede existir fideicomisos secretos; no puede utilizarse el fideicomiso para permitir heredar a personas que están incapacitadas para suceder (art. 847 del CCPR).

PICAZO, expresa que: «[l]a creación de derechos reales afectan al Orden Público (económico), en tanto que constituye un freno a la libre circulación de bienes y hace sufrir a terceros cargas a cuyos nacimientos fueron ajenos y de las cuales ellos no van a obtener ninguna utilidad»⁶¹.

Para compensar esta situación, se plantea el principio de responsabilidad universal, entendido como «la situación de sumisión del deudor y de su patrimonio al poder coercitivo del acreedor con el fin de que éste logre la satisfacción de su interés en la obligación»⁶².

La dogmática recurre a su referencia para justificar el sometimiento del patrimonio al principio de legalidad. «Las normas que lo regulan son imperativas, por razón de la seguridad jurídica —pues hay en el patrimonio y en su regulación intereses sociales que trasciende a los de su titular—»⁶³. La seguridad jurídica (art. 9.3 CE) requiere de la certeza que ofrece la normativa para garantizar el *favor creditoris*⁶⁴. Esta postura fue asumida por autores como DE CASTRO⁶⁵, DÍEZ-PICAZO⁶⁶, DORAL GARCÍA⁶⁷ y PRADA GONZÁLEZ⁶⁸ y ubica el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 del

⁶¹ DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistemas de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 49.

⁶² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», *ob. cit.* (1986), pág. 746.

⁶³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Teoría general del patrimonio», en *Patrimonio familiar...*, *ob. cit.*, pág. 83.

⁶⁴ BOSH CARRERA, Antonio, «La admisión»... *ob. cit.*, pág. 595.

⁶⁵ En uno de sus últimos trabajos el profesor DE CASTRO examina el contenido del Orden Público a partir de su valoración histórica y social. Concluye fundamentalmente que se justifica la protección de ciertas clases sociales consideradas como las partes más débiles, como ocurre en el caso de la protección de los consumidores. Afirma además que por el carácter variable del Orden Público, permite que el ordenamiento se mueva al reconocimiento de que en ciertos contratos se permita la inclusión de exenciones a la responsabilidad. Como admite, en cuanto a los límites de la autonomía de la voluntad en cada momento de la historia la «*balanza se puede inclinar hacia el uno o hacia el otro polo*». DE CASTRO, Federico, «Limitaciones...», *ob. cit.*, págs. 1056-1058.

⁶⁶ El profesor DÍEZ-PICAZO entiende que aunque existe la posibilidad de que la autonomía privada pueda crear nuevos derechos reales atípicos, no basta para ello la simple voluntad, la mera libertad o la pura apetencia, sino que es necesario de que existan otros controles sociales entre los cuales identifica: el objeto, la forma y la publicidad. DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, «Fundamentos de Derecho Patrimonial», III, *ob. cit.*, pág. 131.

⁶⁷ Para DORAL GARCIAL, el Orden Público trabaja desde una doble esfera, la primera como mecanismo sancionador de los actos jurídicos al declararlos como nulos cuando no responden a los intereses sociales imperantes y al mismo tiempo le da validez a ciertos hechos jurídicos como mecanismo para proteger ciertos principios jurídicos. DORAL GARCIAL, José A., *La noción del Orden Público en el Derecho Civil*, Pamplona, 1967, pág. 62.

⁶⁸ Este autor entiende que es necesario que el ordenamiento reconozca ciertos atributos jurídicos a la constitución del patrimonio de manera que justifiquen su existencia. Aunque explica que no está claro en ninguna de las regulaciones relativas a patrimonios separados las normas relativas a la responsabilidad del artículo 1911 del Código Civil. Lo que en ocasiones permite que el tema pueda ser regulado por la libertad particular. PRADA GONZÁLEZ, José M., «Patrimonios adscritos a fines», en *Revista Jurídica de Derecho Notarial*, 1992, pág. 184.

CC) como materia protegida por el Orden Público, que sólo puede ser alterada por disposición legal.

El acreedor se considera como una parte débil, debido a que el sistema es deficiente en la provisión de recursos que permitan la efectiva ejecución de sus intereses en el patrimonio del deudor. Por lo tanto, requiere de la previsión de otros recursos sustantivos que garanticen la satisfacción de su crédito. Esos remedios, según fueron previstos por el Derecho Histórico⁶⁹ Civil, requieren de la nulidad de actos voluntarios que restrinjan la responsabilidad universal⁷⁰.

Tal y como ha sido expresado por la DGRN, «*la responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la ley misma; esta función quedará eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no sólo la importancia del patrimonio del deudor sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico*

En conclusión, la responsabilidad universal se interpreta como materia del Orden Público en ausencia de otros recursos procesales o sustantivos que permitan al acreedor la completa satisfacción de la deuda en los casos en que se han realizado disposiciones fraudulentas y el patrimonio ejecutado sea insuficiente.

2.2.2. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo v. Dirección General del Registro y el Notariado: Dicotomía en la cuestión de la relación de Orden Público y la autonomía de la voluntad*

Por ser el Orden Público un concepto mutable, la jurisprudencia (art. 1.6 y 1.7 CC)⁷¹ tiene un papel fundamental en ofrecer los criterios de su contenido

⁶⁹ La remisión de las teorías generales de los contratos desarrollada para interpretar el Código Civil napoleónico. En su redacción original, el artículo que disponía sobre el Orden Público era el número 9 y establecía que «la infracción de las leyes que interesan al público no podrá ser amparada ni por convenios ni por desestimación».

⁷⁰ El principal problema de esta interpretación reside en que «es que ningún texto jurídico ofrece una definición del contenido de la libertad de disposición; y los intentos doctrinales dirigidos a tal fin remiten a nociones como “la autonomía de la voluntad”, o “el orden público”, incurriendo en un círculo tautológico que nada aclara». NUL ESTUDIO, «La anulación del laudo arbitral en la Ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje», en *Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos [en línea]* [ref. de 1 de octubre de 2006]. Disponible en web: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=93>.

⁷¹ Artículo 1 (6) y (7): «6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar

en cada caso, acordes con los principios imperantes en un momento particular en la sociedad. Por ende, es necesario revisar las aproximaciones que ha tenido la jurisprudencia en esta materia⁷².

La jurisprudencia en torno al tema es confusa por más que, aparentemente, sea uniforme. La postura más estricta es la asumida por la DGRN, que en sus diferentes pronunciamientos ha mantenido que «*en los derechos reales predominan los criterios de Orden Público, al contrario de lo que ocurre con el derecho de obligaciones presidido, casi por completo, por la autonomía de la voluntad de los particulares*»⁷³ (Resolución de 23 de octubre de 1987). La responsabilidad patrimonial es «*materia excluida de la autonomía de la voluntad*»⁷⁴, según la RDGRN de 22 de febrero de 1989.

El Tribunal Supremo⁷⁵, en cambio, ha mantenido una postura más flexible, expresando que cuando el juzgador se encuentra ante una acción por nulidad

la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

⁷² Sobre el reconocimiento legislativo a estas potestades judiciales, véase, MIQUEL, José María, «Comentarios al artículo 7.1 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, I, dirigido por PAZ-ARES. Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1991, págs. 36-39.

⁷³ El asunto del que versa la Resolución es la inscripción de unos tipos de interés variable que contravienen a la usura, así como una cláusula que amplía los remedios coactivos del acreedor estableciendo una compensación adicional en caso de pago anticipado.

⁷⁴ En este caso se trata de inscripción de una cláusula de limitación de responsabilidad impuesta en una transmisión *mortis causa*. «*Entender que cabe en el momento de disponer de un bien a título gratuito, substraer el bien a la ocasión de los acreedores del donatario, en conjunción con la potencial amplitud de esta vía de excepción, desdibujaría gravemente el principio de responsabilidad patrimonial universal, con evidente detrimento del crédito y las negativas consecuencias para la economía del país*».

⁷⁵ El término Orden Público procesal en la mayoría de las ocasiones se utiliza por los Tribunales de Casación para admitir argumentos que no fueron originalmente esgrimidos en las instancias originales. En este sentido se encuentran las decisiones del TS en cuanto a cosa juzgada, STS de 21 de junio de 1988, 3 de marzo de 1990, 7 de octubre de 1991, 25 de octubre de 1991; costas procesales de 4 de abril de 1987, 7 de mayo de 1990, 31 de enero 1992; procedimientos especiales, STS de 7 de julio de 1989 (LAU) y reglas relativas a la jurisdicción, STS de 1 de julio de 1986, 16 de octubre de 1990, 4 de abril de 1992, entre otros planteamientos.

El Tribunal Constitucional también ha hecho referencia al término al reiterar el carácter de Orden Público que reviste actos procesales, sentencia número 20/1986, de 12 de febrero. RTC 1986/20, sentencia número 20/1986, de 12 de febrero. RTC 1986/20, sentencia número 38/1988, de 9 de marzo. RTC 1988/38. Pueden citarse una inmensa cantidad de sentencias sobre normas procesales y su carácter de Orden Público, en los últimos años solamente están STS de 12 de abril 1996, 8 de abril de 1994, 2 de julio de 1992, 12 de noviembre de 1993 y a precisar qué asuntos corresponden o no a materia de Orden Público como por los conceptos de filiación-paternidad de 3 de diciembre de 1988, 19 de enero de 1990, 28 de noviembre de 1992 y 5 de noviembre 1987, la nulidad absoluta de acuerdos inmorales adscrito por la Junta de Condominios de 25 de noviembre de 1988 y la institución de la legítima, STS de 8 de mayo de 1989.

de actos, «*No puede aplicarse indiscriminadamente como determinante la nulidad, sino que hay clasificar los actos*». En este sentido, se puede distinguir tres diferentes grupos:

- En primer lugar, se encuentran los actos jurídicos que son nulos por disposición expresa de la ley (por ejemplo, los actos de dominio realizados por el declarado insolvente, sin autorización judicial, art. 40 LC).
- En segundo lugar, aquellos actos que aunque contrarios a Derecho, la ley dispone su validez o *contra leguen* (por ejemplo, la protección de los terceros registrales, art. 34 LH).
- En tercer lugar, los actos contrarios a preceptos legales, sin que se disponga de manera expresa su nulidad o validez. En este último supuesto, en el cual estaría el artículo 1911 del Código Civil debiendo entonces «*el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público*»⁷⁶.

Pero la elaboración de esta doctrina no suscita mayores inconvenientes, el cómo ha de implementarse en la práctica sí que presenta algunas dificultades. En relación con los patrimonios separados que operan al margen de la ley, el Tribunal Supremo no se ha referido a estos predicamentos.

Sin embargo, sí ha reconocido los efectos de masas separadas reguladas por pacto. Este es el caso en que se encuentra la STS, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2001⁷⁷, que reconoce la creación de unos *fondos internos* con el propósito de gestionar una mejora voluntaria de la Seguridad Social. Aunque estos patrimonios no cuentan con el respaldo normativo, «*el patrimonio generado por el Plan es objeto de contabilización separada dentro del balance del Promotor*». En igual circunstancia se encuentran las masas resultantes de un proceso de transición de entes públicos a privados, en cuyo caso sin gozar de consideración de persona jurídica, sí son al menos catalogados como una:

⁷⁶ STS de 17 de octubre de 1987, Sala de lo Civil (ponente: SERENA VELLOSO, C.).

⁷⁷ En este caso se reconoce que un patrimonio separado creado por el acuerdo colectivo «[q]ue el régimen de previsión de los empleados de “Caja de Ahorros B” no tiene naturaleza de plan de pensiones sometido a la Ley 8/1987 de Planes y Fondos de Pensiones EDL 1987/11479, sino que es, como ya señalara una sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1995 EDJ 1995/5130, una mejora voluntaria de Seguridad Social gestionada por un “fondo interno”». STS de 31 de enero de 2001, Sala de lo Social (ponente: MARTÍN VALVERDE, A.).

«Entidad jurídica (...) carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o patrimonio separado, susceptible de imposición». STS, Sala de lo Administrativo, de 8 de febrero de 2003⁷⁸ (aclaración normativa suplida).

De las interpretaciones jurisprudenciales transcritas no queda claro cómo opera el concepto de Orden Público como mecanismo de sanción del patrimonio separado. Lo que sí es cierto es que se observa una tendencia del Tribunal Supremo hacia el reconocimiento del patrimonio separado regulado mediante pacto.

2.2.3. *La doctrina moderna en torno al planteamiento de Orden Público como límite a la voluntad contractual*

Un comentario actual sobre el tema es presentado por las profesoras ARROYO I. AMAYUELAS⁷⁹ y SANTISTEBAN MARTÍN⁸⁰, quienes han sugerido que se puede flexibilizar la apreciación doctrinal que sanciona como nulos los contratos que crean patrimonios independientes. Esto permitiría justificar la inclusión en el ordenamiento de supuestos como el *trust*. En síntesis, los argumentos sobre los que estriba su crítica, y que explican y documentan profusamente, son tres:

1. El apoyo del Derecho Comparado específicamente por las soluciones adoptadas para la protección al acreedor por el Derecho⁸¹ Civil (Italia, Francia y Quebec) y el *Common Law*, en los últimos, amparados por el principio de *favor debitoris*⁸².
2. El reconocimiento en el Derecho español⁸³, de algunos derechos o bienes que quedan sustraídos de la garantía crediticia de los acreedores. En este supuesto se encuentran:

⁷⁸ STS de 8 de febrero de 2003, Sala de lo Administrativo (ponente: MATEO DÍAZ, J.).

⁷⁹ ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España». *ob. cit.*, págs. 565-600.

⁸⁰ MARTÍNEZ SANTISTEBAN, Sandra, *El Instituto del trust en los Sistemas de Derecho Legales Continentales y su compatibilidad con los Principios de Civil Law*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2005, pág. 285.

⁸¹ Para la protección del tráfico jurídico. Argumento que se apoya en la base Primera de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, que entre sus fuentes del Código Civil cita precedentes del Derecho extranjero que hubieran obtenido asentimiento entre los jurisconsultos.

⁸² El *Favor Debitoris* es el principio no escrito que impera en un ordenamiento determinado, que ante la ausencia de algún precepto legal o una laguna en el mismo, se inclina a favor de la protección de los intereses del deudor como la parte más débil del contrato. Aparece en el siglo XVIII en Francia para eliminar los efectos penales del incumplimiento de las obligaciones y se extiende hasta la incorporación de algunos preceptos en el Código Napoleónico. Actualmente se interpreta que en España se extiende a las aplicaciones de los artículos 1132, 1214, 1289, 1837 y 1339 del Código Civil.

⁸³ A mi entender, es particularmente paradójico el recurrir a supuestos legales —por cierto de carácter extremadamente extraordinario— para argumentar a favor del reconocimiento de limitaciones en la responsabilidad fuera del marco legal.

- a) Límites convencionales a la responsabilidad universal donde la ley permite que se concrete a determinados bienes la ejecución de los acreedores. Entre estos están el pacto de no agresión de bienes distintos a los hipotecados (art. 140 LH) y el artículo 1807 del Código Civil sobre renta vitalicia, a título gratuito.
 - b) El reconocimiento de bienes indispensables para la subsistencia del deudor (art. 607 y sigs. de la LEC, Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 19/95, de 4 de julio, y el art. 76.2 LC).
 - c) Sujeción de ciertos bienes y derechos al cumplimiento de determinados créditos. El caso más destacado es el heredero que acepta a beneficio de inventario (art. 1023 del CC).
3. La situación en que se encuentran ciertas masas patrimoniales que, sin transformarse en una persona jurídica, gozan de independencia de su titular. Ese es el caso en que un constituyente separa unos activos para la formación de una fundación o una sociedad (art. 11 LF y art. 15 y 16 de LSA).
 4. En un caso al margen de la discusión de estas autoras, pero que se encuentra en el mismo supuesto de exclusión de la responsabilidad universal mediante pacto, se plantea el tratamiento jurisprudencial ofrecido al garante hipotecario por deuda ajena. Este caso denominado como «fianza real» se recoge en las STS de 6 de octubre de 1995⁸⁴, 23 de marzo de 2000⁸⁵ y 9 de marzo de 2006⁸⁶.

2.4. REVISIÓN DEL PRINCIPIO *FAVOR CREDITORE*

Aunque respaldo los planteamientos esbozados por esta nueva corriente doctrinal, considero que se le escapa el principal argumento. Me refiero a que las condiciones que motivaron a considerar la protección de los acreedores como un asunto de Orden Público, han variado. Nuevas aproximaciones normativas, en particular la Ley Concursal de 2003, amplían el universo coactivo del acreedor sobre las actuaciones patrimoniales de su deudor y lo alejan de su consideración como la parte débil. El ordenamiento español cuenta ahora con las herramientas suficientes para la protección del tráfico jurídico que permiten ampliar los supuestos que pueden ser regulados por la autonomía del convenio.

⁸⁴ STS de 6 de octubre de 1995, Sala de lo Civil (ponente: MARINA MARTÍNEZ-PARDO J.).

⁸⁵ STS de 23 de marzo de 2000, Sala de lo Civil (ponente: MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.).

⁸⁶ STS de 9 de marzo de 2006, Sala de lo Civil (ponente: MONTES PENADÉS, V.).

Para comprender mejor lo que postulo es necesario remitirse a las condiciones jurídicas pretéritas⁸⁷ sobre las que se elaboró la doctrina de Orden Público económico. Cuando el profesor DE CASTRO en 1988 postulaba que el «*Orden Público será el que hace que se vaya negando validez a las cláusulas de exención de responsabilidad*»⁸⁸, aludía a la protección de un contratante que no se encontraba en una situación de igualdad, con el objetivo de reforzar su posición. Su estado de debilidad se debía a recursos sustantivos y procesales insuficientes para recuperar lo pactado en un patrimonio alterado.

En concreto, por mencionar los efectos de las disposiciones del deudor en los casos de ejecución universal, el derogado artículo 808 del Código de Comercio establecía una presunción *iuris et de iure* de fraude sobre todas las transmisiones de bienes inmuebles realizadas a título gratuito por un comerciante⁸⁹, dentro de los treinta días precedentes a su quiebra. Y en los demás supuestos, se consideraba que sólo podían impugnarse los actos de disposición posteriores a la presentación del procedimiento de insolvencia. Todos los actos anteriores a estos plazos se catalogaban como transmisiones jurídicamente correctas —a menos que el acreedor probase los presupuestos del derogado art. 878.2 del Cdec—. Lo que, en efecto, pone en una situación de indefensión al acreedor sobre las disposiciones patrimoniales anteriores a dichos términos, sobre todo, en los supuestos en que el deudor los realizará en previsión de que su patrimonio sería insuficiente para subvenir la satisfacción de todo lo adeudado y que fuese improbable probar su intención.

Previendo los efectos que tendría en la seguridad del tráfico, la dogmática elabora una serie de presupuestos que intentan proteger del fraude a los acreedores (por ejemplo, la causa, legalidad contractual...) y asegurar el tráfico jurídico. Con el mismo propósito, la práctica judicial⁹⁰ amplía excesivamente los plazos para las acciones de rescisión establecidas en el artículo 878.2 del Código de Comercio. Los jueces, según explica ROJO, «han venido haciendo un

⁸⁷ En este sentido, MORILLAS JARILLO ha manifestado cuando se encontraba en vigencia la Antigua Ley concursal que: «[el] Derecho concursal español es fiel reflejo de una larga tradición histórica que concibe al empresario, convertido en deudor insolvente, como un defraudador (decoctor ergo fraudator) de las confianzas restantes de las operaciones económicas». MORILLAS JARILLO, María J., «La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002», en *Derecho de los Negocios*, año 14 (2003), núm. pág. 149.

⁸⁸ DE CASTRO, Federico, «Notas sobre...», *ob. cit.*, pág. 1058.

⁸⁹ Las llamadas por GARRIGUES, acciones paulinas reforzadas basadas en el principio *nemo liberalis nisi liberatus*. GARRIGUES, Joaquín, *Negocio fiduciario en el Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1991.

⁹⁰ En este sentido destaca la STS de 11 de septiembre de 1965, que en la aplicación del artículo 878 del Código de Comercio entiende que se produce la nulidad *ipso iure* sin que sea necesario tener en cuenta la buena o mala fe de los terceros que fueron parte en los actos de administración y disposición del quebrado.

uso de sus facultades muy generosos con los acreedores, pero profundamente perturbador para el tráfico»⁹¹.

Por consiguiente, ante la ausencia de otros recursos jurídicos —sustantivos y procesales— que garantizaran la protección del crédito, la dogmática, seguida de la jurisprudencia, sancionó cualquier intervención de la autonomía contractual en la creación de nuevos supuestos patrimoniales⁹².

Ahora bien, las disposiciones de las Concursales, aprobadas en recientes años, amplían los recursos coactivos con los que cuentan los acreedores para lograr la satisfacción de su interés en la obligación. Bajo la denominación de *acciones de reintegración*, el artículo 71.1 de LC reconoce como «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración*»⁹³ —un término superior incluso al reconocido por el *common law*⁹⁴— y se extiende a todos los actos lesivos de la masa activa, incluyendo aquellos en que no existe una intención fraudulenta.

El referido artículo incluye además una serie de presunciones a favor de la nulidad de los actos cuando estos «*se realizan a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado*» o cuando constituyen «*garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*». Para que este recurso sea efectivo, el artículo 82.4 de LC obliga a la administración concursal a inventariar todos los bienes presentes de la masa, así como las acciones que deban «*promoverse para la reintegración de la masa activa*». Con el objeto de que la ejecución sea lo más cercano a la realidad global del patrimonio ejecutado⁹⁵.

⁹¹ ROJO, Ángel J., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de quiebra», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 151 (1979), pág. 72 y sigs.

⁹² Esto se funda, como explica MORILLAS JARILLO, María J., «La reforma del Derecho Concursal español...», *ob. cit.*, en que: «*L[le]va idea fundamental que preside la regulación de las situaciones empresariales concursales en el Código de 1885 (libro IV, título I, arts. 870-941) es la protección a ultranza de los derechos de los acreedores*».

⁹³ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁹⁴ En EE.UU. este plazo es de entre noventa días y un año antes de la declaración de insolvencia (11 USCA sec. 547, *Bankruptcy Code*) o luego de que el deudor deviene insolvente [sec. 547 (e)]. Para facilitar este mecanismo, el Derecho norteamericano ha reconocido al juez la potestad legal para solicitar la entrega de información, no privilegiada, a cualquier agente, abogado, contador o cualquier tercero; sobre la mutación patrimonial del deudor [11 USCA sec. 542(e)].

En el Reino Unido el término es de dos años desde la declaración de insolvencia o cinco, si el deudor estaba insolvente. *Insolvency Act*, 1986.

⁹⁵ La acción de reconstrucción patrimonial no es ajena al Derecho Civil español, es utilizada en el Derecho de Sucesiones (art. 654 y sigs. del CC) o de familia (art. 1410 del CC). Con este mecanismo, los afectados pueden realizar un inventario con los actos dispositivos del deudor anteriores, y establecer cuál es el carácter —oneroso o gratuito— de todos los negocios realizados.

Además, existen otros recursos jurídicos que garantizan el cumplimiento de las obligaciones del deudor ya que los acreedores cuentan ahora con la publicidad que ofrecen los diferentes Registros —muebles e inmuebles, administrativos o no—, para precisar las transmutaciones del patrimonio sujeto a la obligación⁹⁶.

En el mismo sentido, se encuentran las regulaciones mercantiles que permiten establecer el contenido y mutación de las obligaciones que recaen sobre los diferentes patrimonios separados que actúan en el mercado financiero. Se requieren cumplir con estrictas normas de información —Real Decreto 926/1998⁹⁷— y evaluación por entidades externas —Agencias de Calificación Crediticia—. Lo que le permite a los acreedores-inversores estar informados sobre las transformaciones de la masa y fundar sus decisiones basadas en el riesgo.

En el ámbito del Derecho Penal se reconoce el castigo de ciertas actividades consideradas como «fraudulentas» por el deudor. En el capítulo VII, título XII del CP se castiga la insolvencia culposa, como una categoría diferente, aunque relacionada, con las actuaciones fraudulentas. Corresponde a aquellas situaciones que buscan, según son descritas por MUÑOZ CONDE, «quebrantarse la confianza y la buena fe en la capacidad de pago del deudor que los acreedores tenían»⁹⁸. Lo que se pretende con la tipificación de estos actos es proteger los derechos de crédito del acreedor y castigar las acciones patrimoniales que tienen su base en una obligación inexistente⁹⁹.

Como si lo anterior no fuera suficiente, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil ha ampliado la legitimación que tienen las masas patrimoniales separadas que operan *ex lege*. Me refiero al artículo 6.2 de la LEC, que expresamente dispone que; «[s]in perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado».

⁹⁶ En este punto es necesario recordar las discusiones doctrinales en torno al reconocimiento por el sistema registral de un *numerus apertus* de los derechos reales y las expresiones teóricas que lo rechazan y postulan que aunque formalmente se reconozca, el *numerus clausus* es el que rige. Autores como SERVET hablan del *numerus apertus* de contenidos innombrados. Una de las principales elaboraciones doctrinales al respecto es la del profesor DÍEZ-PICAZO, Luis, «Fundamentos de Derecho Patrimonial, III», *ob. cit.*, pág. 131.

⁹⁷ España. Real Decreto 926/1998. *Boletín Oficial del Estado*, de 15 de mayo de 1998, núm. 116.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996. pág. 460.

⁹⁹ El artículo 259 del CP sobre actos patrimoniales del concursado sin autorización judicial, su pena fluctúa entre 12 y 24 meses.

La situación normativa descrita permite reconocer que a diferencia de las condiciones existentes al momento de elaborar la doctrina de Orden Público, los intereses de los acreedores en un patrimonio insolvente se encuentran actualmente asegurados. En primera instancia, con el conocimiento informado de los actos patrimoniales de su obligado y, posteriormente, con las acciones de reconstrucción del caudal y revocación de las disposiciones.

Ante los argumentos expuestos, parece inconveniente defender las posturas rigoristas que consideran como nulos los actos de creación patrimonial contractual. Similar postura ha sido asumida por las corrientes modernas del Derecho italiano¹⁰⁰, en donde se percibe una flexibilización de la jurisprudencia y la doctrina para justificar la inclusión de figuras «extrañas» como el *trust*.

En cualquier ordenamiento jurídico —independientemente del sistema *favor creditoris o favor debitoris* que se adopte— es necesario que se garantice la efectividad de la ejecución de las obligaciones para la seguridad del tráfico económico. La fórmula adoptada depende de los recursos jurídicos con los que cuentan los acreedores para la satisfacción de su crédito. La nulidad *a priori* de los actos de disposición sólo tiene sentido cuando existe un verdadero desequilibrio entre las obligaciones de las partes y los mecanismos que tutelan su cumplimiento.

De lo dicho se deduce que en el Derecho español existen recursos cautelares suficientes para la protección jurídica del crédito, sin que sea necesario sancionar como nulo todos los actos de disposición *atípicos*. Esta expresión la hago, sin perjuicio de reconocer que se pueden adoptar otras fórmulas adicionales que amplíen la protección del acreedor¹⁰¹. El Derecho positivo moderno realiza una distribución aritmética de derechos y deberes entre los sujetos de la relación crediticia imponiendo, por regla general, amplios derechos coactivos a los acreedores.

Los principios económicos y sociales reconocidos en la Constitución deben atemperar las viejas instituciones jurídicas reguladas por el Código Civil

¹⁰⁰ Por lo que MARTÍN SANTISTEBAN, S., «El patrimonio...», *ob. cit.*, pág. 114 y sigs., reconoce como «relación equitativa entre la autonomía de la voluntad y el Orden Público». Estos cambios en el concepto de patrimonio corresponde en el ordenamiento italiano a los movimientos doctrinales posteriores a la firma del Tratado de la Haya de 1985.

En donde a pesar de que su artículo 2740 del Código Civil italiano reconoce el principio de responsabilidad universal símil al artículo 1911 del Código Civil. Añade además que las limitaciones de responsabilidad no se admiten sino en los casos establecidos por ley. Ese ordenamiento jurídico, «se puede hablar de una corriente doctrinal y jurisprudencial predominante que define la posibilidad de una armónica coexistencia entre las exigencias de la tutela del crédito y la constitución de patrimonios separados o autónomos al amparo de la autonomía de la voluntad».

¹⁰¹ Me refiero particularmente a algunas instituciones interesantes del Derecho Mercantil norteamericano como el *Credit Report* que permiten antes de pactar una obligación conocer el estado financiero del deudor y determinar el nivel de riesgo de incumplimiento. Con esta herramienta el acreedor tendrá un conocimiento informado sobre la relación pactada.

permitiendo, por la vía de la libertad contractual, la consecución del objetivo más importante del Orden Público: conseguir un Derecho justo para las partes.

3. LA NOCIÓN UNITARIA DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Corresponde ahora analizar las teorías sobre la titularidad de los derechos de propiedad en el Derecho español y la barrera doctrinal que se ha sembrado alrededor de la imposibilidad de su desdoblamiento. Sin embargo, desde la codificación hasta la bursatilización se han reconocido instituciones que poseen una difusa configuración sobre las facultades de «dominio».

Luego de analizadas las vías de incorporación de la fiducia en el Derecho Comparado, se hace preciso detenernos en el desarrollo histórico del negocio fiduciario en España.

3.1. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD

La principal barrera jurídica para la introducción del *trust* se cifra en el concepto tradicional de propiedad¹⁰². El artículo 348 del Código Civil describe a este Derecho como el de «gozar y disponer de la cosa sin más limitaciones que las establecidas por Ley».

No existe un concepto unívoco sobre el contenido del Derecho de propiedad. Pero el artículo 348 del Código Civil la define como la reunión de sus tres facultades: disponer, gozar y revindicar. Alertan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que: «*Han sido innumerables las críticas que tal definición ha sugerido centradas todas ellas sobre la idea básica: las facultades dominicales son muchas más, no se pueden encerrar en tres verbos*»¹⁰³.

¹⁰² El concepto de propiedad en el Código Civil no se reduce a las prerrogativas que tiene una persona sobre los bienes, sino que es la base de la actividad jurídica. Por eso, el Código presenta materias como sucesiones, contratos, obligaciones, garantías y prescripción como las diferentes formas de adquirir la propiedad. Como expone ZENATI-CASTAING, F., «*La propriété, mécanisme fondamental du droit*», en *RTDciv.* (2006), Juillet/Septembre, n. 3, pág. 445: «*Le code civil a fait de la propriété un système qui rend compte des principales notions fondamentales du droit. Les biens sont des propriété. Les droit sont tous des droit de propriété, sauf les droit incorporels, qui n'en sont que l'assiette. Les personnes constituent une technique d'appropriation quand elle ne sont pas, ce que devait révéler le droit postérieur, elles-mêmes objet de propriété*».

¹⁰³ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistemas de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, (2003), pág. 162.

Sin embargo a pesar de los caracteres particulares que dispone el Código Civil sobre el concepto¹⁰⁴, la doctrina ha intentado abstraerlo y construir una noción abstracta y omnicomprensiva¹⁰⁵. Se identifican como sus principales atributos:

*Unidad*¹⁰⁶. Existe un solo tipo de dominio y es el derecho más pleno sobre la propiedad, lo cual no es óbice para que su contenido se encuentre limitado por otros derechos. Como explica MONTES PENADÉS: «*En términos escolásticos diríamos que mudan los accidentes, pero no la esencia*»¹⁰⁷.

Perpetuidad. En este sentido, se vislumbra desde dos vertientes: uno, el concepto de propiedad se encuentra atado a la duración de la cosa sobre la que recae o a diferencia de otros derechos reales como la enfitesis, el usufructo o, el uso y la habitación; no tienen limitaciones temporales.

Exclusividad. Consiste en la oponibilidad y exclusión de terceros. Limitado sólo por los límites impuestos por la Ley y las doctrinas de abuso del derecho, artículo 7 del Código Civil. Característica que comparte con otros Derechos reales y que es descrita por CASTÁN como «*la facultad de persecución inherente a los derechos reales (...) y la facultad de realización directa, es decir, de utilización, goce y disfrute de la cosa. Confiere también a su titular la facultad de exclusión que le permite reclamar que se ponga fin a una amenaza a su derecho o a una perturbación ya realizada*»¹⁰⁸. Énfasis suprido.

Elasticidad. El contenido puede verse configurado a partir de formas indeterminadas y amplitud de posibilidades, «sin más limitaciones» que las contempladas en la Ley. Esta última característica impide que pueda agotarse mediante una definición dogmática y taxativa el contenido mínimo de la propiedad. Lo

¹⁰⁴ El artículo 348 del Código Civil español procede del artículo 544 del Código francés y que fue reproducido por el artículo 832 del Código Civil italiano, que aborda el concepto de propiedad a partir de una enumeración de sus principales facultades o conjunto de facultades como son el goce y disposición. Distinta es la solución legal planteada en el Código alemán, artículo 903, y el suizo, artículo 641, que intentan abstraerse del concepto en un sentido amplio de facultades de disposición del individuo sobre la cosa.

¹⁰⁵ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. II, 14.^a ed., Madrid, Reus (1987), pág. 95, lo caracterizan como el «*derecho real más comprensivo y que sirve de tipo a los demás*» y como «*cualquier relación jurídica de apropiación, plena o limitada, de las cosas corporales*». En este sentido, se encuentra la STS de 3 de diciembre de 1946 (Sala de lo Civil).

¹⁰⁶ LA STS de 27 de junio de 1991 lo expresa en los siguientes términos: «Es doctrina reiterada de esta Sala que teniendo el dominio un contenido unitario, global y elástico, distinto de sus facultades, no puede haber incompatibilidad entre la propiedad y la atribución del ejercicio de algunas de esas facultades por persona distinta, pues con ello no pierde su integridad potencial determinante de la posibilidad de recuperación, en su día, toda las facultades».

¹⁰⁷ MONTES PENADÉS, «Artículo 348 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia (1993), pág. 952.

¹⁰⁸ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil, ob. cit.*, pág. 111. Véase, además, a MANRESA y NAVARRO, «Artículo 700 y 702», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil español*, 7.^a ed., Madrid, Reus (1972).

que permite que pueda adaptarse a las características físicas del bien, los derechos de terceros sobre la cosa y las limitaciones sociales y legales impuestas al propietario para el ejercicio de sus derechos¹⁰⁹.

Como resultado de lo anterior, el concepto de propiedad permite ser descrito como un «señorío¹¹⁰ abstracto y unitario que recae sobre una cosa». Siendo su naturaleza el ser Derecho de real más pleno y subjetivo¹¹¹.

3.1.1. *La unidad en el Derecho real de propiedad*

De las características anteriormente descritas, la exclusión del dominio dividido en el *Civil law* es el resultado de una larga evolución jurídica¹¹² que culmina con la Revolución Francesa y su efecto en la codificación napoleónica. Autores galos como RIPERT¹¹³, CAPITANT¹¹⁴ y POTIER¹¹⁵ interpretan que el gran avance en la incorporación del *Code* es que elimina la división feudal de la propiedad.

Retrospectivamente¹¹⁶, el Derecho de propiedad pasa del concepto romano de *plena in re potestad* y *dominum ex iure quiritium*, que reconocía al titular de la cosa derechos plenos e ilimitados. Al derecho medieval, que se distingue

¹⁰⁹ Es un derecho elástico porque implica que el dueño pueda despojarse de algunas de sus facultades, pero mantiene el derecho a reivindicar la cosa. Además reabsorbe las facultades, si estas no las tienen otro titular.

¹¹⁰ En la partida 7, título XXXIII, Ley 10 dispone que «propiedad es el señorío de la cosa, e posesión, es la tenencia della».

¹¹¹ Algunos autores interpretan que se trata de un poder subjetivo y exclusivo que tiene una persona sobre la cosa y que es indisoluble del sujeto. Véase, por ejemplo, las Institutas de Justiniano 2,4,4 y ZENATI-CASTAING, F., «La propriété...», *ob. cit.*, pág. 452, que indica al distinguir la propiedad del dominio que: «Le droit de propriété que nous a légué le droit sacant médiéval est, il est vrai avatar de la qualité propre de la chose évoquée plus haut, une chose que l'on aurait artificiellement transformée en un droit».

¹¹² Como expresa ENNECCERUS, KIPP, WOLF, *Tratado de Derecho Civil. Derechos de cosas*, T. 3. v. 3, 3.^a ed., Barcelona, Bosch (1971), pág. 321, sobre la característica unitaria del dominio en los Derechos continentales, se trata de «la tendencia iniciada en nuestra Patria desde principios del siglo XIX para liberar a la propiedad de las desmembraciones y cargas que había sufrido anteriormente por consecuencia del feudalismo».

¹¹³ Para RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (1949), pág. 195, la justicia consiste en darle a cada uno lo que es suyo, por lo que la exclusividad es la característica de la propiedad.

¹¹⁴ CAPITANT, *Sur la nature des droit réels*. SIREY, *Mélanges Sugiyama* (1940), pág. 31, indica que los derechos privados contienen una apropiación por lo que constituyen una ventaja para su titular y que es exclusiva y reservada para sí frente a terceros.

¹¹⁵ POTIER, *Traité du Droit de Propriété*, n.^o 134.

¹¹⁶ Se identifican históricamente cuatro diferentes períodos evolutivos del concepto de propiedad. El primero es el tiempo primitivo, caracterizado por la propiedad comunal y colectiva. Ejemplo de esto es el *Kohler* de la India y el *Brunner* germano.

Posterior a esta época, se encuentra el derecho romano en el que existía un derecho pleno.

por presentar diferentes modalidades de propiedad individual como lo eran: la alodial, beneficiaria, censal y servil. La primera que se adquiría de forma libre; la segunda era un beneficio o concesión sobre la tierra a cambio de servicios; la tercera o censal implicaba un intercambio del uso de la propiedad por el pago de rentas o cánones; y la servil que se presentaba como una relación de dependencia entre el siervo y la tierra¹¹⁷.

El dominio en el medioevo se identificaba con una relación de jerarquía entre señores y vasallos. La propiedad se hallaba dividida¹¹⁸ por el *dominio directo*¹¹⁹ (el señor feudal) y la sumisión del *dominio útil*¹²⁰ (vasallo). Por ende, los derechos sobre la cosa dependían exclusivamente de las características de la persona¹²¹.

Con la Revolución Francesa se plantea la igualdad entre los sujetos y un único y absoluto concepto de propiedad¹²². El resultado es que en el derecho continental, como explica ENNECCERUS, «*Se ha prescindido también de la división de la propiedad que aun en el derecho común reconocía en propiedad superior e inferior, si una cosa tiene varios propietarios, estos sólo pueden participar en el dominio con derechos iguales en cuanto al contenido, y no con derechos distintos*»¹²³.

En el tercer periodo, el Derecho medieval, la propiedad se encuentra dividida en dos dominios y existe una combinación entre los derechos personales y reales, porque la propiedad estaba ligada a un sistema personalista.

Finalmente, el artículo 348 del Código Civil español responde a una elaboración de la «Escuela de la Exégesis», que representa la idea de la propiedad como un derecho fundamental, en donde el propietario ostenta un «Señorío abstracto».

Sobre la propiedad en su aspecto histórico y social: GROSSI, *Historia del derecho de propiedad*. Barcelona, Ariel (1986). LALINDE, «El concepto de propiedad en el Derecho Histórico español», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado* (1962), julio-diciembre.

¹¹⁷ Para su desarrollo puede verse SCAEVOLA, «Artículo 348 del Código Civil», en *Código Civil*, Madrid, Reus (1949).

¹¹⁸ La relación jurídica entre señor y vasallo era dentro de un *contrat de fief*, que como expresa ELLUL, *Histoire des institutions de l'antiquité*. Tomo III, 6.^a ed., París: Presses Universitaires de France (1969), pág. 101. «*Contrat solennel qui se noue par l'hommage et se confirme par un serment de fidélité*».

¹¹⁹ El dominio directo era, como expresa CANDIAN ALBINA, «La propriété», en AA.VV., *Property, propriété, Eigentum. Corso di diritto comparato*, Padova, Cedam (1992), pág. 202, «era il diritto “superiore” del suvrano sulla terra che veniva concessa ad un altro soggetto, chiamato vassallo, per recompensarlo dei servizio resi o per assicurarsene la fedeltà futura».

¹²⁰ Sobre el dominio útil, CANDIAN ALBINA, «La propriété», ob. cit., pág. 202, se trata de «si traduceva perciò nella concessione od investidura fatta dal sovrano al vasallo il quale a sua volta si trovava nel godimento di una tenure».

¹²¹ Como expresa CANDIAN, ob. cit., pág. 194, «*Dal domonio orgoglioso ed esclusivo della proprietas romana si passa perciò ad una tecnica di appartenenza sulla terra a carattere personale e frazionato*».

¹²² SCAEVOLA, «Artículo 348 del Código Civil», ob. cit., pág. 368, «*La Revolución francesa podía ser definida “la sustitución del derecho personal por el derecho real”*».

¹²³ ENNECCERUS, KIPP, WOLF, «Tratado de Derecho Civil», ob. cit., pág. 329.

A la luz de las consideraciones anteriores, se puede fácilmente concluir que mediante la codificación napoleónica se introduce la idea de que existan varios titulares o copropietarios, siempre y cuando, estos ostenten los mismos derechos sobre la cosa en proporción de sus participaciones. Por lo que cuando dos o más personas comparte el dominio, «*cada propietario tiene un derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, pero limitado en lo referente a su intensidad por la concurrencia de los demás, de manera que a cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales*» (STS de 28 de mayo de 1986).

No es posible conceptualmente, por ende, como en el caso del *trust* que la propiedad se *desdoble*, de forma que el fiduciario obtenga la propiedad formal y el beneficiario la material. Sin embargo, esta visión del dominio como absoluto y unitario ha sufrido un paulatino declive¹²⁴, fundado en las siguientes situaciones:

Uno. La inviolabilidad y plenitud del libre ejercicio del derecho de propiedad ha quedado subordinado a deberes superiores sobre la «función social»¹²⁵ de la propiedad. Y actúa «*no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo (...) la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido*» (STC 37/1987, de 26 de marzo).

Dos. A pesar de que las nociones de unidad y exclusividad de la propiedad son el resultado de la interpretación doctrinal, el derecho positivo regula instituciones que configuran dos titulares con diferentes facultades de dominio sobre el mismo bien. Ejemplo de esto son enfiteusis, el usufructo con facultad de disposición y la multipropiedad.

¹²⁴ La esencia de la propiedad, predicada por el Código Civil, se encuentra en crisis no sólo en España, sino en otros países de tradición civil. Puede verse a autores como PATAULT, A. M., *Introducción historique au droit des biens. Droit civil*, Paris, Presses Universitaires de France (1989), pág. 261, y GAMBARO, A., *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano: Dorr. A. Giuffrè Editore (1975), núm. 17, pág. 398.

¹²⁵ En la actualidad el derecho de propiedad se distancia del concepto individual que caracterizó la propiedad del código napoleónico. En dicho articulado se trata como el «modo más absoluto» de gozar y disponer de la cosa, artículo 544 del Código Civil y es visto a partir de un pluralismo normativo que recoge un concepto más social. En este sentido, se encuentran disposiciones como el artículo 33.2 de la CE, que protege el concepto de propiedad basado en la utilidad social que ésta preste.

Para ver cómo ha variado este concepto en Europa, puede verse el trabajo de HAUMONT, «*Les limitations du droit de propriété immobilière*», en *Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale*, Bruxelles, Academia-Bruylant (1995), págs. 86-123.

Tres. La evolución del concepto de dominio en otras jurisdicciones civistas como Francia¹²⁶, Italia¹²⁷ y varios países en Latinoamérica que han incorporado la fiducia desdibujando las características vitales del dominio unitario.

3.2. ANOMALÍAS EN EL CONCEPTO UNITARIO DE PROPIEDAD

La propiedad como concepto unitario tiene sus debilidades en el reconocimiento de figuras jurídicas que plantean dos o más titulares con facultades de dominio distintas sobre un mismo bien. Algunas de estas instituciones son clásicas del derecho civil y otras, son el resultado de adaptaciones de derecho extranjero.

3.2.1. *Usufructo con facultad de disposición*

De ordinario todo usufructo «da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia», artículo 467 del Código Civil. El usufructuario es el único legitimado para «percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles con el complemento del también derecho a disfrutar de toda clase de utilidad de la cosa, aunque no sean los frutos»¹²⁸. Mientras que el nudo propietario conserva la titularidad dominical de la propiedad, simplemente que sus facultades se encuentran suspendidas hasta la extinción del usufructo¹²⁹.

¹²⁶ Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (Journal Officiel de la République Française du 21 février 2007).

¹²⁷ Legge n. 6323, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, añadiendo al artículo 2645 del Codice civile.

¹²⁸ STS de 18 de julio de 1990, sobre el usufructo de acciones de una sociedad y el derecho de suscripción de acciones por aumento de capital. Al respecto del caso en participar, el Tribunal Supremo indica que la suscripción de acciones nuevas es: «normalmente uno de los medios empleados por las Sociedades Anónimas para concederle más beneficios a sus accionistas, no resultaría justo que el nudo propietario hiciera exclusivamente suyo todo el beneficio producido por la suscripción de nuevas acciones, ya que implicaría un enriquecimiento sin causa, o cuando menos sin toda la causa, con un indudable perjuicio al usufructuario, cuando lo lógico es que las ganancias se repartan o distribuyan en proporción de los respectivos derechos, adquiriendo uno el dominio de la nuda propiedad —el nudo propietario suscriptor de las nuevas acciones— y el otro el usufructuario de las originarias o antiguas de que aquéllas traen causa —el usufructo—».

¹²⁹ En este sentido, la solución del Código Civil y la LSA difieren sustancialmente, en el ejercicio de la facultad de administración dependen en exclusiva del usufructuario, de acuerdo al Código Civil, mientras que por el artículo 41 LSA se le reconoce el derecho de voto al nudo propietario.

Así como expresa GARRIDO CHAMORRO, P., «Problemática jurídica de las reservas de las sociedades anónimas», en AA.VV., *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Madrid, Civitas

Lo que permite calificar el usufructo como un derecho real sobre cosa ajena, ya que no es parte del dominio y no implica de ordinario un *desdoblamiento* o *desintegración* del dominio (STS de 19 de noviembre de 1925, 3 de diciembre de 1946, 26 de mayo de 1951, 7 de junio de 1960 y 4 de abril de 1970). Es porque como explica DORAL GARCÍA DE PAZOS, no existen entre el usufructuario y el nudo propietario «*facultades propias de la cotitularidad o comunidad de bienes, como el retracto, y son inaplicables las reglas de la comunidad relativas a la administración y disposición de las cosas comunes*»¹³⁰.

Sin embargo, el usufructuario tiene como principal restricción la conservación de la sustancia de la cosa (arts. 467, 487 y 489)¹³¹. Este principio se altera por el artículo 467 del Código Civil, al permitir la enajenación de cosa por el usufructuario, si se dispone así en «el título de su constitución o la Ley». Esta modalidad de usufructo, se considera como de disposición y, sólo se reconoce si: 1. Está en los términos del acto constitutivo. 2. Es fruto de negocio oneroso¹³², y 3. Se requiere para las necesidades del usufructuario¹³³.

Tal y como expone la STS de 9 de octubre de 1986 en el usufructo con facultad de disposición, el usufructuario goza de un *iura in re aliena*, lo que implica una distribución entre «*distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio (...) yuxtaponiendo el derecho de usufructo tal poder dispositivo*». Ya que el poder de disposición de la cosa, es exclusivo del titular de dominio y resulta un contrasentido otorgárselo al usufructuario¹³⁴.

Este argumento es fácilmente probable a partir de los efectos que produce para el nudo propietario. Ante la enajenación por parte del usufructuario con poder de disposición, el nudo propietario sólo conserva el *crédito de restitución*

(1993), pág. 266: «La doctrina separaría en dos niveles las relaciones en materia de usufructo de acciones: las relaciones internas o sustantivas, que se regirían por el régimen del Código Civil (...) y las externas o de legitimación frente a la sociedad, que se rigen por las normas de las LSA».

¹³⁰ DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Artículo 467», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VIII, vol. I, Madrid, EDERSA, D. L. (2002), pág. 4.

¹³¹ Interpretando esta restricción se encuentra la STS de 27 de junio de 1969, en la que se sanciona como nula cualquier reclamación del inquilino que efectuó cambios que alteraron el destino de la propiedad, con la autorización de su arrendador, que era el usufructuario. Y la STS de 14 de enero de 1969, sobre la prohibición de destruir la cosa.

¹³² ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, Tomo II, Madrid, Revista de Derecho Privado (1940), pág. 71.

¹³³ Para esto se tendrán en cuenta criterios como la posición económica del usufructuario y las restricciones impuestas en el documento de constitución (STS de 9 de octubre de 1986, 4 de mayo de 1987, 13 de diciembre de 1988 y 2 de julio de 1991).

¹³⁴ Sobre la propiedad en el usufructo de disposición se recomienda estudiar a SÁNCHEZ CALERO, F. J., «El usufructo con facultad de disponer», en *RDP* (1982), marzo, pág. 215 y sigs. JORDANO BAREA, J. B., «Pseudousufructo testamentario y sustitución fideicomisaria», en *ADC* (1957), pág. 1177 y sigs.

que en este caso no se funda en una cosa identificable, sino que se configura como «*un simple derecho de crédito*»¹³⁵.

Existen algunos autores como CÁMARA¹³⁶ y SERRANO DE NICOLÁS¹³⁷ que plantean que el usufructo con facultad de disposición podrían alcanzar la estructura del *trust*. Incluso SERRANO equipara a las partes considerando al usufructuario como un *trustee* y al nudo propietario como el beneficiario. Sin embargo esta aproximación no es del todo precisa, porque el *trust* se crea para un propósito en función del beneficiario, mientras que en el usufructo el nudo no recibe ningún beneficio del usufructo.

3.2.2. *Enfiteusis*

En un segundo caso se encuentra el censo enfítéutico. El artículo 1605 del Código Civil indica que se produce cuando «una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio»¹³⁸.

Como plantea ALBALADEJO¹³⁹, la finca se encuentra dividida entre dos personas: el dueño útil o enfiteuta con poderes casi plenos, sólo restringidos por el pago de un canon o pensión y el censualista, o dueño directo, con derecho a cobrar la pensión. Las principales razones en las que se basa O'CALLAGHAN¹⁴⁰ para entender que se trata de un dominio dividido son: la referencia terminológica del Código Civil al disponer que ambos —dominio útil y dominio directo— son dos codueños; los derechos de enfiteuta como dueño directo¹⁴¹, y no como simple titular de derecho real sobre cosa ajena, en cuanto a los tesoros encontrados (art. 1632 del CC) y la recuperación —en ciertas circunstancias— de la plena

¹³⁵ DORAL GARCÍA, «Artículo 467», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil...*, ob. cit., tomo VIII, vol. I, pág. 10.

¹³⁶ «El *trust* y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en AA.VV., *Derecho Privado europeo*, Madrid, Editorial Constitución y Leyes, COLEX (2003), pág. 1146.

¹³⁷ SERRANO DE NICOLÁS, A., «*Trust* y Derecho de Sucesiones», en AA.VV., *El trust en el Derecho Civil*, Barcelona, Bosch (2007).

¹³⁸ Como expresa O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Artículo 1605», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Tomo XX, vol. 3, Madrid, 1982, pág. 24, este artículo «tiene la indudable influencia medieval del dominio dividido».

¹³⁹ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, Tomo I y II, Barcelona, Bosch (2002), pág. 159.

¹⁴⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Artículo 1605», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Tomo XX, vol. 3, Madrid, EDERSA (1982), págs. 26-27.

¹⁴¹ Interpreta DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, Madrid, Civitas (1996), págs. 98-99, que el verdadero dominio corresponde al útil y de lo que se trata en el negocio enfítéutico es la transmisión de la propiedad conservando el titular de dominio material sólo el derecho a la prestación de un canon.

Esta postura ha sido criticada por ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo II, 8.^a ed., Barcelona, Bosch (1997), pág. 460, que indica que los derechos de tanteo y retracto configuran la naturaleza de dominio dividido.

propiedad (art. 1644 del CC); los derechos del dueño directo a recuperar la plena propiedad ante la ausencia de sucesión intestada del enfiteuta (art. 1653 del CC) y al pago del laudemio (art. 1644 del CC); los derechos comunes de ambos titulares al tanteo y retracto recíprocos (art. 1636 del CC), el requisito de consentimiento común para constituir una servidumbre legal (art. 596 del CC); la absorción de las facultades por parte del dominio subsistente sobre el extinguido, y la posibilidad de que se pueda consolidar la propiedad en una sola, mediante condominio (art. 1522 del CC).

Los Tribunales se refieren a la titularidad dominical en la enfiteusis como «dos dominios» (STS de 22 de julio de 1988) y como una «escisión de las facultades soberanas de dominio» (STS de 8 de octubre de 1991).

3.2.3. *Multipropiedad*

Con el fin de evitar el abuso de consumidor-adquirente, se promulga la Directiva Europea 94/97/CEE¹⁴² que luego fue transpuesta por la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias —en adelante LAT¹⁴³—. Esta regulación modifica la interpretación doctrinal de multipropiedad, al señalar que se trata de un real limitado sobre cosa ajena, en el cual «*cada unos de los derechos reales de aprovechamiento por turno se constituyen sobre un departamento y gravan en conjunto la total propiedad del mismo*».

Este concepto jurídico importado¹⁴⁴ no tiene un concepto unívoco, sino que es identificado por sus características. Se encuentran como elementos comunes para ÁLVAREZ ARZA, «*la obtención del derecho de uso y disfrute del bien, por un tiempo determinado, derecho que se ejerce por turnos entre los diversos titulares del mismo*»¹⁴⁵.

¹⁴² Directiva Europea 94/97/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 1994.

¹⁴³ Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias (*BOE* 300/1998, de 16 de diciembre).

¹⁴⁴ Existe controversia sobre el origen de este concepto. Algunos autores interpretan que proviene de una práctica adaptada en una estación de esquí en los Alpes franceses, *Superdévoluy*, que se publicita mediante la frase: «*No alquile la habitación, compre el hotel: es menos caro*». DÍAZ AMBRONA-BARDAJÍ, «Apuntes sobre la multipropiedad», en *RDCI* (2000), 658, pág. 1430.

¹⁴⁵ ÁLVAREZ ARZA, *El time sharing: Su configuración jurídica-tributaria en España*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda (1998), pág. 19.

HERRERO GARCÍA, *La multipropiedad*, Madrid, EDILEX, D. L. (1989), pág. 6, destaca como elementos indispensables el derecho al uso y disfrute en un término específico que tiene una periodicidad inalterable, como indica la multipropiedad «*es la división entre personas del uso del mismo inmueble en el tiempo, mediante un sistema de turnos, que en la práctica se realiza fraccionando el año solar en períodos de uso de igual o diferente duración. Cada adquirente*

Las principales razones caracterizarlo como un dominio dividido antes de la promulgación de la LAT y que aun tiene plena vigencia, son fundamentalmente dos: 1. El derecho del titular del Aprovechamiento de Turno a usar y disfrutar del inmueble, sin ninguna limitación, durante el periodo que le corresponda; y 2. Las facultades y derechos que conserva el promotor del complejo sobre la cosa.

En cuanto al titular, con sólo restricciones temporales, tiene plenas facultades de uso y disfrute sobre el bien; así como las de enajenación y transmisión de sus derechos sin que sea necesaria la intervención de un tercero (art. 15 LTA). Esto lo distingue del arrendamiento y del derecho real de uso y habitación. Cuenta además con la facultad de persecución, lo que permite instar acciones *erga omnes*¹⁴⁶ para proteger su derecho y le aplican supletoriamente las normas de Comunidad de Titulares del Régimen de Propiedad Horizontal [art. 15(40)(5) LTA].

Sobre el promotor del complejo —o propietario¹⁴⁷ de acuerdo al art. 16 de LTA— no tiene derecho a disfrutar de la cosa, ni a recibir los frutos de la misma durante el término del aprovechamiento de turno. Sin embargo, al igual que el nudo propietario con el transcurrir del tiempo reunirá todas las facultades de dominio (art. 3 LTA). El promotor mantiene una serie de obligaciones, durante la vida del aprovechamiento de turno, que la Exposición de Motivos de la LTA expresa como una obligación de ofrecer «un servicio durante la existencia del derecho, que es lo que explica la naturaleza necesariamente compleja de la relación entre el titular de un derecho de aprovechamiento por turno y el propietario del inmueble».

de un derecho que le permite el goce de una vivienda periódica anual, es decir, año por año, pero solo en aquel periodo de tiempo establecido en el momento de la adquisición. Este autor niega que sea posible identificar esta figura con el usufructo, porque no se trata de un «derecho de propiedad perteneciente a otro sujeto».

Mientras que la clave para ADROGUE, *El derecho de propiedad en la actualidad: Introducción a nuevas expresiones: Multipropiedad, cementerios privado, clubes de campo, centros de compras, parques industriales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1993), pág. 209, es el derecho a disfrutar unas facilidades con finalidad recreativa, por eso lo describe como «*El aprovechamiento de un complejo inmobiliario habitacional de finalidad recreativa o vacacional, en la que quienes disfrutan lo hacen por breves periodos de tiempo, que se renuevan periódicamente*».

Sumado a lo anterior, DÍAZ AMBRONA-BARAJÍ, «Apuntes sobre la multipropiedad», en *RDCI* (2000), año núm. 76, núm. 658, pág. 1431, «una serie de servicios complementarios que podríamos llamar hoteleros».

¹⁴⁶ «El titular tiene un poder *erga omnes*ponible a todo aquel que le perturbe en uso y disfrute», *supra*, pág. 1440.

¹⁴⁷ Desde antes de la LAT, autores como MUNAR BERNAT, *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, Tecnos (1992), pág. 114, señalaban sobre el retracto de comuneros que «*es más beneficiosa la disposición de la cuota sobre el bien que la totalidad del mismo, además de que tiene vocación hacia el disfrute por un número importante de personas del apartamento: argumento contradictorio con el fin último de este derecho de adquisición preferente cual es la acumulación de todos los derechos en unas solas manos*».

En resumen, el que existan titulares de Derechos enajenables y trasmisibles sin la intervención del titular de dominio, y el que el titular de dominio tenga está obligado a garantizar el mantenimiento de la cosa y el disfrute de los titulares del Derecho.

3.2.4. *Los fondos bursátiles*¹⁴⁸

Sin embargo, los casos más evidentes de dominio dividido son los fondos que operan en el ámbito del mercado de valores. Al analizar la naturaleza de estos entes jurídicos, surge plantear que, tal y como señala el artículo 7 Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, en adelante LIIC¹⁴⁹, «La participación es cada una de las *partes alícuotas* en que se divide el patrimonio de un fondo», y el artículo 2 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva¹⁵⁰, en adelante RIIC, expresa que, «Los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, *pertenecientes* a una pluralidad de inversores». Lo que, sin lugar a dudas, plantea que el legislador se refiere al inversor como un *co-propietario* del fondo¹⁵¹.

El participante del fondo adquiere la titularidad del patrimonio a través del acto de suscripción que de acuerdo con DOMÍNGUEZ DUQUE, es «*el negocio mediante el cual el suscriptor, a cambio de entregar el importe de la participación al depositario queda sometido al reglamento que rige el fondo y adquiere los derechos inherentes a la participación normalmente (...) emitid[a] conjuntamente por el depositario y la sociedad gestora*»¹⁵².

Una vez el participante se une al fondo, le pertenece en la porción aportada. Pero qué derechos le acompañan a ese dominio: de los reconocidos legisla-

¹⁴⁸ Para una discusión sobre su caracterización sobre la división de la propiedad en los fondos bursátiles, puede verse a BADOSA COLL, F., «Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el Derecho español», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, I, Madrid, Civitas (2003).

¹⁴⁹ Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

¹⁵⁰ Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

¹⁵¹ En el Derecho francés, que también clasifica a los participantes como propietarios, se señala que en el artículo L214-21 del CMF (introducido por la Disposición núm. 2000-1223, de 14 de diciembre de 2000, Diario Oficial de 16 de diciembre de 2000) que: «[e]n todos aquellos casos en los que disposiciones relativas a las sociedades y a los valores mobiliarios exijan la indicación de los apellidos, nombre y domicilio del titular del título, así como para cualquier operación realizada por cuenta de los copropietarios, la designación del fondo común de inversión podrá sustituir válidamente a la de todos los copropietarios».

¹⁵² DOMÍNGUEZ DUQUE, «Participación y certificados en los fondos de inversión mobiliaria», en AA.VV., *Coloquio sobre el Régimen de los Fondos de Inversión Mobiliaria*, Bilbao, (1974), pág. 347.

tivamente, destacan dos¹⁵³: información y *desinversión*. Este último legitima a los suscriptores para que «soliciten el reembolso de sus participaciones» (Circular de 3/2006¹⁵⁴, de 26 de octubre) en moneda o especie (art. 5 de la ORDEN EHA/1199/2006¹⁵⁵), de acuerdo a unas normas generales fijadas por la Ley (art. 12 LIIC) y por el Reglamento del fondo. El segundo es un derecho general que tienen todos los participantes del sistema bursátil.

Estos derechos de *propietario* se contraponen con las facultades de las sociedades de gestión que requieren que pueda, por sí misma o con la ayuda de la ED, seleccionar la estrategia de activos, comprar y vender acciones o derechos de acuerdo con el *market timing*¹⁵⁶, sin que sea necesario contar con la aprobación del inversor.

Lo que implica que los órganos de gestión disfrutan de todas las «facultades de dominio¹⁵⁷ sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario,

¹⁵³ Se determina como derecho además el poder exigir responsabilidad de los órganos de gestión y depósito por incumplimiento de la ley, pero de ordinario en el Reglamento de Gestión se traspone las obligaciones legales de estas instituciones. También se reconoce el derecho del partícipe a acudir al Comisionado de Defensa al Cliente (art. 22 a 35 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, sobre Reforma al Sistema Financiero —BOE 281/2002, de 23 de noviembre—) un ente administrativo con la función de asesorar e informar al cliente sobre sus derechos (art. 48 LIIC, Real Decreto 303/2004, BOE 54/2004, de 3 de marzo, de 20 de febrero y Orden ECO/734/2004 —BOE 72/2004, de 24 de marzo—).

¹⁵⁴ BOE 279/2006, de 22 de noviembre de 2006.

¹⁵⁵ BOE 99/2006, de 24 de abril de 2007.

¹⁵⁶ Por *market timing* se entiende tradicionalmente, como explica SOLDEVILLA, «Los fondos de inversión...», *ob. cit.*, pág. 79, «las estrategias de elección del momento en que deben comprarse o venderse los títulos a la vista de los indicadores económicos», estas decisiones dependen de minutos o segundos que pueden representar aumentos o disminuciones en el valor de los activos del fondo o variaciones de acuerdo a la volatilidad de los títulos. Este último término corresponde al cambio de precio de un determinado título en un periodo corto de tiempo.

En EE.UU., a partir de 2003, el término de *market timing* se ha utilizado también para describir una práctica de los fiduciarios de los fondos de inversión, que aprovechando la diferencia horaria de los mercados europeos y asiáticos especulan sobre sus capitales y acciones.

Como explica WARD, David, «Protecting Mutual Funds from Market-Timing Profiteers: Forward Pricing International Fund Shares, University of California», en *Hastings College of Law Hastings Law Journal*, núm. 3 (2005), vol. 56, pág. 585, funciona así: «mutual funds calculate the price of international securities or thinly-traded securities they hold at the last price at which they were traded, a price that is often hours old. Funds that hold shares of stock traded in Europe or Asia use the last available closing price, which is generally calculated when those markets have closed earlier in the day - 11:30 a.m. eastern standard time generally for European markets and 2:00 a.m. eastern standard time the previous evening for shares traded on Asian exchanges».

Esta práctica, aclara el autor, es «fraudulent and violates the funds' fiduciary duties to shareholders because the practice can cost the funds some profits, harming all the funds' other shareholders».

¹⁵⁷ En este punto diferimos de la apreciación de RICO ARÉVALO, Belén, «Tratamiento de responsabilidad de las Sociedades Gestoras de los Fondos de Inversión», en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid, McGraw-Hill,

y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos» (art. 3 LIIC)¹⁵⁸.

Con esta referencia se intenta, normativamente, superar la discusión doctrinal relativa a los actos jurídicos que podían desempeñar las sociedades de gestión sobre el patrimonio del fondo¹⁵⁹ y proteger la gestión, prohibiendo que puedan «impugnarse por defecto *las facultades de administración y disposición de los actos y contratos realizados por la SGIIC con terceros en el ejercicio de las atribuciones que les correspondan, conforme a lo establecido en la ley y en este reglamento*» (art. 2 RIIC) (énfasis suprido). Este carácter reviste a las actuaciones de gestión de un efecto *erga omnes*, que imposibilita al partícipe a ejercitar acciones de dominio o reivindicación sobre los bienes dispuestos por la Sociedad de gestión.

2002, pág. 4345, que entiende que las facultades de la SGIIC se limitan a «*la administración, representación, gestión de inversiones y gestión de suscripción y reembolsos de los fondos y sociedades de inversión*». Los actos de gestión abarcan entre otros supuestos: realizar las suscripciones, emitir los certificados de participación, seleccionar los valores, representar los derechos políticos y económicos del fondo (art. 46 LIIC), ordenar las operaciones bursátiles, la compra y venta de activos, llevar la contabilidad y rendir cuentas, responder ante la CNMV sobre los movimientos del fondo, contratar a los terceros para la realización de operaciones, calcular el valor de las participaciones, cobrar las comisiones, pagar los impuestos, cumplir con las obligaciones asumidas en representación del fondo, repartir dividendos, modificar el reglamento, aprobar la emisión o reducción de las participaciones y la suspensión, cuando corresponda, de los reembolsos, exigir responsabilidad de la ED (art. 46), autodisolverse, sustituir a la ED y liquidar el fondo, entre otros.

¹⁵⁸ Sobre esta facultad jurídica, plantea CASTILLA, Manuel, «*Titulización*», *ob. cit.*, pág. 202, a propósito de los FTH: «[r]esulta muy difícil explicar cómo la Sociedad Gestora puede integrar el contenido del fondo sino es titular del mismo».

¹⁵⁹ La doctrina científica ha tratado de cifrar los actos que pueden ejercitarse sobre las cosas ajenas de acuerdo a tres tipos: conservación, disposición y administración. Por los primeros se entienden aquellos actos que, según explica AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, Motecorvo, 1973, pág. 305, «no dejan libertad de elección y se encaminan a mantener la cosa en su función propia» (por ejemplo, art. 801 LEC). En el segundo tipo se encuentran los actos reservados al titular del dominio en el ejercicio de su derecho y para los cuales se requiere una autorización expresa del titular (STS de 30 de abril de 1992) o del Tribunal (art. 236.1 del CC, art. 5.3 de LPPD, art. 1396 del CC, entre otros). En el tercero —presenta mayor discusión doctrinal— se encuentran los que tengan por objeto mantener la identidad patrimonial mediante el balance de sus activos y pasivos.

Según explica DE ARCO TORRES, Miguel A., *Diccionario de Derecho Civil I*, Madrid, Aranzadi, 1984, pág. 62, «para la realización de los actos de administración se siguen criterios de oportunidad, por el contrario, el acto de conservación se nos presenta como un acto debido, o como un acto concreto que se debe realizar, con la finalidad de mantener la cosas (o sea el patrimonio) en estado de seguir cumpliendo sus funciones propias». Para una mención moderna jurisprudencial sobre la doctrina de los actos, véase la STS de 21 de febrero de 1990.

Lo anterior conlleva por ende a concluir que el *dominio* planteado por los fondos bursátiles se caracteriza por una titularidad formal que sólo reconoce derechos que podrían clasificarse como de naturaleza obligación como son información y desinversión, con un único componente real que es el derecho a percibir los frutos que produzca el patrimonio. Por otro lado, existe una relación de gestión hacia el fondo que le permite a la sociedad de gestión ejercitar todas las facultades del dominio, sin derecho a frutos. Este es sin duda alguna una institución más símil al *trust* que al concepto de dominio unitario del derecho español.

CONCLUSIONES

Fundamentalmente se esbozan como dos las barreras jurídicas, que aun tienen vigencia, para excluir cualquier aproximación al *trust*: la primera, el Orden Público económico como límite a la autonomía de la voluntad y la segunda, la noción propiedad indivisa. Ambos postulados, sin disposiciones expresas del derecho positivo que los respalden, surgen como un intento de la hermenéutica por evitar la inequidad jurídica en caso de abuso en las relaciones envueltas.

El desarrollo conceptual de la primera barrera se ampara en las normas sobre responsabilidad civil del individuo. Ante la ineficiente protección de la acción pauliana (arts. 1111 y 1911 del CC) y el potencial menoscabo de las obligaciones del individuo, la dogmática científica recurre al concepto de «orden público económico» para sancionar como nula cualquier alteración del caudal económico en *pro* de crear un patrimonio separado *ex lege*. La lógica que subyace dicha relación es que, por principios superiores del ordenamiento y para proteger a los acreedores como parte contractual más débil, se requiere declarar la nulidad de aquellos pactos que crean un universo separado regido por la autonomía de la voluntad.

No obstante, las modernas normas de protección del *favor creditore* como la Ley Concursal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Penal, los sistemas de garantía y los registros mobiliarios e inmobiliarios, entre otros; constituyen herramientas suficientes para garantizar la equidad de las relaciones entre acreedor y deudor. Corresponde ahora, basándose en el desarrollo legislativo, desmarcar como *nulo* los patrimonios separados fundados en la voluntad negocial y corregir el rumbo del Orden Público económico.

Como segunda barrera jurídica para la introducción del *trust*, la hermenéutica del Código Civil interpreta que corresponde exclusivamente al titular dominical todas las facultades del derecho propietario. La incorporación del artículo 348 del Código Civil, se concibe como una corrección a la inequidad que resultaba de la división feudal de la propiedad. Las excepciones a esta postura se presentan en el propio Código Civil que reconoce algunas instituciones, como el censo

enfiteútico, el usufructo con facultad de disposición y los fondos bursátiles que plantean la división de las facultades propietarias entre diversos sujetos sobre el mismo objeto. No obstante lo anterior, se proclama la absoluta indivisibilidad del dominio y en contra partida, una hipotética exclusión de la propiedad fiduciaria. Esto ha dejado a dicha institución en una laguna legal y doctrinal sobre su propia naturaleza, responsabilidad, acciones y obligaciones.

RESUMEN

*FIDEICOMISO, FONDOS DE
INVERSIÓN, PROPIEDAD*

La figura símbolo de la brecha jurídica entre el common law y el Derecho Civil es el trust. Durante el pasado siglo se han publicado numerosos estudios científicos que niegan la posibilidad de que esta institución jurídica pueda ser incorporada en el Derecho español. Las premisas en las que se fundan dichas afirmaciones están atadas a una compleja elaboración teórica de nociones tales como patrimonio y propiedad. Este artículo hace una revisión de la actualidad de esas teorías bajo la regulación actual española.

ABSTRACT

*TRUST
INVESTMENT FUNDS
PROPERTY*

The trust is the symbol of the legal gap between common law and civil law. Over the last century numerous scientific studies have been published denying that trusts could ever become part of Spanish law. The premises on which such statements are grounded are tied to a complex web of theories concerning notions such as «estate» and «property». This article reviews the current state of these theories under current Spanish legislation.

(Trabajo recibido el 5-9-2012 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)