

De la fiducia gestión

por

ÍÑIGO MATEO Y VILLA
*Registrador de la Propiedad
Abogado*

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.

1. CONCEPTO DE NEGOCIO FIDUCIARIO.
2. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA FIDUCIARIA EN GENERAL.
3. CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.
4. CLASES DE FIDUCIA GESTIÓN.
5. SIMILITUD DE LA FIDUCIA GESTIÓN CON OTRAS FIGURAS DE NUESTRO ORDENAMIENTO.
6. ¿QUÉ ELEMENTOS FORMAN PARTE DEL NEGOCIO DE FIDUCIA GESTIÓN?:
 - i) ELEMENTOS PERSONALES:
 - a) *¿Quién puede ser fiduciante?*
 - b) *¿Quién puede ser fiduciario?*
 - c) *¿Quién es el beneficiario?*
 - ii) ELEMENTOS REALES:
 - a) *Cuestiones teóricas previas:*
 1. La concepción unitaria de la propiedad dentro de los sistemas continentales y del Derecho español en particular. Evolución de la concepción del negocio fiduciario en nuestro país.
 2. La concepción causalista de nuestro Derecho.
 3. El principio de responsabilidad personal universal del deudor.
 4. Consecuencias prácticas del reconocimiento de un patrimonio separado.
 - b) *Obligaciones de las partes:*
 1. Obligación del fiduciante de transmitir el bien al fiduciario.
 2. Obligación del fiduciario de recibir e inventariar los bienes transmitidos fiduciariamente.

3. Obligación del fiduciario de administrar el patrimonio fiduciario. El problema de la autocontratación.
 4. Obligación del fiduciario de entregar al beneficiario las rentas generadas y los bienes fiduciarios resultantes a la terminación de la fiducia. Contenido y forma del contrato de transmisión de los bienes fiduciarios resultantes.
 5. Vigencia de los derechos constituidos por el fiduciario sobre los bienes fiduciarios una vez concluida la fiducia-gestión.
 6. Régimen de responsabilidad.
 7. Concurso del fiduciante, fiduciario y beneficiario.
 8. Retribución del fiduciario.
- iii) ELEMENTOS FORMALES.
 - iv) ELEMENTOS TEMPORALES.
7. REFLEJO REGISTRAL DE LA FIDUCIA GESTIÓN.
 8. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El mercado busca constantemente el desarrollo de nuevas figuras económicas que le permitan encontrar nichos de negocio. Pero este mismo mercado necesita, obviamente, del amparo legal. No sólo en cuanto a la autorización para materializar una determinada operación económica sino también en cuanto al desarrollo de una regulación específica que más allá de autorizar la operación en sí misma, determine las obligaciones de cada una de las partes con carácter supletorio respecto de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Sólo a través de una regulación rigurosa, casuística, pero lo suficientemente general y flexible, puede darse respuesta a los supuestos que se producen en la realidad.

El objeto de este artículo no es otro que repasar someramente la fiducia gestión —*trust* en su denominación anglosajona— y por la que una persona, denominada fiduciante, desea que otra, denominada fiduciario, administre todo o parte de sus bienes y para lo cual la primera transmite a favor de la segunda la titularidad dominical de estos mismos bienes que serán administrados.

El mercado anglosajón ya ha comprobado el carácter idóneo de esta figura para obtener un beneficio económico. Ahora corresponde a los juristas españoles descubrir y perfilar la forma más adecuada para que la fiducia gestión pueda tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico y dotarla de la mayor seguridad jurídica posible. En cuanto al primero de los objetivos —la adaptación de la fiducia gestión a nuestro ordenamiento jurídico—, es necesario determinar qué problemas genera la naturaleza de la fiducia respecto del carácter causal de nuestro ordenamiento jurídico, la forma de protección de los acreedores y la posibilidad de que una persona sea, a la vez, titular de dos patrimonios —el personal y el fiduciario— sin que exista confusión entre ambos. En este punto es preciso deslindar —si aceptamos que una misma persona puede ser titular

de dos patrimonios a la vez—, qué centro de imputación de beneficios y cargas —y más específicamente de responsabilidad— se puede aplicar a cada uno de los patrimonios citados. En cuanto a la segunda de las cuestiones —la necesidad de dotar de la máxima seguridad jurídica a las operaciones realizadas al amparo de la fiducia gestión—, debe vincularse directamente a los Registros con efectos jurídicos existentes en nuestro ordenamiento y, especialmente, al Registro de la Propiedad. La inscripción en los citados Registros provoca varios efectos: determinar qué bienes forman parte del patrimonio fiduciario, declarar a los acreedores del patrimonio fiduciario sobre qué bienes podrán solicitar anotación preventiva de embargo o qué bienes deben formar parte de la masa activa en caso de concurso, declarar a estos mismos acreedores qué bienes forman parte del patrimonio personal del fiduciario y por tanto no responden de las deudas de la administración del mismo patrimonio fiduciario y, por último, y sin perjuicio de otros efectos que veremos, hacer saber a la Agencia Tributaria correspondiente sobre qué bienes debe hacerse la tributación y en qué concepto.

Si bien trabajos anteriores se han centrado en cuestiones previas como la admisibilidad o no de una verdadera transmisión dominical del fiduciante al fiduciario basada en la administración de un bien o en la posibilidad o no de constituir diversos patrimonios plenamente independientes bajo un mismo titular y con diferentes centros de imputación de responsabilidad, este trabajo pretende —sin perjuicio de que también nos refiramos a estos temas— atender a otras cuestiones: aceptando como premisas la posibilidad de transmitir dominicalmente un bien a los efectos de que sea administrado —tomando como base la que denominaremos como *causa fiduciae* y modulada respecto de su concepción jurisprudencial y doctrinal— y que una misma persona pueda ser titular de dos o más patrimonios absolutamente independientes entre sí, perfilaremos cómo, a nuestro entender, debe desarrollarse esta figura y cuáles son los elementos en que debe centrarse la legislación al respecto (1).

1. CONCEPTO DE NEGOCIO FIDUCIARIO

La fiducia es aquel negocio por el que una de las partes —el fiduciante— transmite un bien o derecho a la otra —el fiduciario— para que este último

(1) En cuanto a la necesidad de establecer un régimen jurídico único en materia de fiducia gestión, se pronuncia la Exposición de Motivos del Convenio de La Haya, Convenio de 1 de julio de 1985 (en adelante, el Convenio de La Haya), relativo a la legislación aplicable al *trust* y a su reconocimiento y que señala que «*desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with the most important issues concerning the recognition of trusts, [the States signatory of the present Convention] have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions...*».

lo emplee en la realización de un fin convenido por ambas partes y acordando que, una vez cumplido dicho fin, el fiduciario retransmitirá el bien en favor del beneficiario que podrá ser el mismo fiduciante o un tercero. El negocio fiduciario tiene su origen en el convencimiento —fe, según señala la DOC-TRINA históricamente— por parte del fiduciante de que el fiduciario empleará el bien transmitido en la realización del fin acordado (2) y de que se lo devolverá al término de éste. Esta definición irá siendo matizada a lo largo del presente trabajo en tanto que nos refiramos a la fiducia gestión (3), a la fiducia de garantía o a la fiducia sucesoria (4).

(2) JORDANO BAREA define la figura como «transmisión de la propiedad, limitada por la presencia de un vínculo meramente obligatorio —pacto fiduciario— que constriñe al fiduciario a hacer uso de su titularidad para el fin propuesto y a retransmitirla al fiduciante una vez alcanzado dicho fin» («Dictamen sobre la recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en ADC, 1966, pág. 625); CÁMARA LAPUENTE señala —citando la SSTs de 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998— que este negocio consiste en «la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el llamado fiduciante, realiza a favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista» («Operaciones fiduciarias o trust en el Derecho español», en RCDI, núm. 654, págs. 1757-1865, 1999, pág. 1763).

(3) En el presente trabajo emplearemos preferentemente el término de fiducia gestión con carácter general. Teniendo en cuenta la clasificación de la fiducia gestión, que, como veremos, puede ser de gestión y de inversión, cuando nos refiramos a la primera lo señalaremos expresamente. En caso contrario, por fiducia gestión debe entenderse la figura en sentido general y no referida expresamente a la fiducia gestión de, valga la redundancia en este caso por imprescindible, gestión. Dentro del concepto de fiducia gestión debemos englobar el de *trust* continental previsto en el Convenio de La Haya. Esto no obstante, la noción de *trust* anglo-americano no coincide exactamente con el de *trust* continental y las diferencias teóricas existentes entre el sistema de *Civil Law* y el del *Common Law* hacen inaplicable en España el *trust* anglo-americano. Las diferencias entre ambas figuras pueden resumirse —siguiendo a CÁMARA LAPUENTE— en las siguientes: a) tutela de los intereses de las partes: derivado del desdoblamiento de la propiedad existente en el *Common Law*, se establece una posición fuerte para el fiduciante que no se produce en los sistemas del *Civil Law*; b) forma de constitución: el *Common Law* permite la constitución tanto unilateral como bilateral del *trust*, mientras que en el sistema continental se entiende el *trust* como un acto negocial que impide su constitución unilateral; c) diferente función del *trust*: el sistema del *Common Law* permite una aplicación mucho más amplia del *trust* que en el caso del *Civil Law*; d) distinto tratamiento de los conflictos con terceros: esta consecuencia deriva de la posición sólida del constituyente —el fiduciante— en el caso del *trust* anglosajón frente a los regímenes continentales donde la diferencia entre derechos personales o de crédito y derechos reales hacen que el fiduciante, una vez transmitida la propiedad de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario, no ostente ninguna suerte de derecho real sobre dichos bienes; e) las funciones del tribunal asignadas por cada sistema para el caso de conflicto: el régimen anglosajón, mucho más acostumbrado a la figura del *trust*, permite una mayor flexibilidad en cuanto a las facultades de los jueces para la toma de decisiones respecto de los eventuales conflictos que puedan surgir entre fiduciante, fiduciario y beneficiario (cfr., *op. cit.*, pág. 1763 y sigs.).

(4) Nótese que en esta primera definición no hemos hecho referencia a: i) cuál es la posición jurídica del fiduciario, esto es, si lo que adquiere el fiduciario es la propiedad del

De lo anterior resulta que: un sujeto (A) transmite a otro (B) un bien con el objeto de que este último (B) lo dedique al fin previsto y no a otro distinto. Una vez cumplida la finalidad convenida, el fiduciario (B) procederá a transmitir dicho bien al fiduciante (A) o, en su caso, a un tercero (C) —denominado beneficiario— en los términos convenidos por A y B (5). La razón principal que impulsa la primera transmisión es, generalmente, la gestión o administración de un bien o su empleo como garantía de un préstamo anterior, y la segunda de las transmisiones tiene como razón la conclusión de la finalidad convenida por las partes.

Por tanto, los elementos aceptados generalmente como fundamentales del negocio fiduciario son:

- i) *La fe del transmitente en el adquirente*. En su virtud, el fiduciante confía en que el fiduciario realizará con el bien el fin acordado por las partes procediendo posteriormente a su devolución. Los negocios fiduciarios son esencialmente contratos de fe, en el sentido de que el negocio que las partes llevan a cabo nace de la confianza mutua que los contratantes se tienen o, más concretamente, por la confianza que el adquirente-fiduciario genera en la persona del transmitente-fiduciante. Es, por tanto, un contrato *intuitu personae*, es decir, celebrado con una persona por la confianza que esta misma inspira en el otro contratante dadas las características —profesionales, familiares o de otra índole— del primero de los contratantes (6). Esta fe o confianza consiste en que el fiduciante cree que el fiduciario destinará el bien o derecho transmitido al fin propuesto y que posteriormente se lo entregará a la persona del beneficiario. De ello resulta que la fe caracteriza a la fiducia dándole nombre y diferenciándola frente a otro tipo de contratos. No obstante, enten-

bien transmitido, sólo su posesión o un mero mandato, y ii) la naturaleza específica de la causa del negocio jurídico. Dichos puntos se desarrollarán más abajo y constituyen, en nuestra opinión, las cuestiones teóricas capitales para resolver la posibilidad de existencia de la fiducia gestión en nuestro ordenamiento jurídico.

(5) En cuyo caso nos encontraríamos eventualmente ante una estipulación en favor de tercero del artículo 1.257.2 del Código Civil.

(6) No obstante, debemos señalar que pese a la posibilidad de que cualquier persona se constituya en fiduciaria-gestora de un patrimonio fiduciario, entendemos que, generalmente el fiduciario será una persona física o jurídica dedicada profesionalmente a la gestión de patrimonios ajenos, es decir, que se dará un carácter marcadamente especializado y profesionalizado de esta figura. Esto no obsta para que, sin perjuicio de lo que determine la norma legal que eventualmente regulara esta figura jurídica en nuestro país, cualquier persona que reúna los requisitos generales de capacidad a que se refiere el artículo 322 del Código Civil pueda desempeñar esta tarea, lo que se entiende siempre sin perjuicio de las obligaciones fiscales diferenciadas para personas físicas y jurídicas. En cuanto a las obligaciones fiscales que debe cumplir el fiduciario, fiduciante y beneficiario, nos referiremos a ellas más abajo.

demos que hoy en día debe superarse tal caracterización del negocio fiduciario por el elemento de la fe, ya que esta misma fe no puede separarse del concepto de buena fe que propugna nuestro Código Civil (7). Si bien es cierto que inicialmente se hizo referencia a la buena fe ante la falta de medios legales frente a eventuales abusos del fiduciario, no es menos cierto que la existencia de sistemas de seguridad jurídica actualmente como es el caso del Registro de la Propiedad hacen que ésta, la fe, no sea, en nuestra opinión, un elemento explicativo ni especificativo.

- ii) *El uso de un medio aparentemente desproporcionado al fin jurídico que se desea lograr.* Sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante, los negocios fiduciarios se caracterizan porque las partes emplean un negocio jurídico para una finalidad distinta de aquélla prevista por el ordenamiento. El negocio jurídico empleado supera ampliamente las expectativas o previsiones del mismo sistema legal. Así, en la fiducia de garantía, las partes, en vez de constituir una suerte de derecho personal o real de garantía que asegure el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor y manteniendo a la vez la titularidad dominical de éste sobre el objeto que sirve de garantía —la finca hipotecada, por ejemplo—, optan por transmitir la propiedad a favor del prestamista-fiduciario para que éste se asegure el cumplimiento de la obligación principal (8). Por tanto, emplean el negocio de la compraventa que produce, por ende, la transmisión dominical de un bien, frente a los derechos reales típicos de garantía que mantienen la titularidad dominical del bien o bienes que sirven de garantía en la persona del deudor (9), limitándose el negocio a garantizar la deuda.

(7) Véase, en este sentido, en materia del libro IV del Código Civil, el artículo 1.107 —de los daños y perjuicios de que debe responder el deudor—, artículo 1.164 —del pago al poseedor del crédito—, artículo 1.258 —de las consecuencias del incumplimiento del contrato—, artículo 1.473 —de la compraventa—, artículos 1.529 y 1.530 —de los efectos en venta o cesión de créditos—, artículo 1.540 —de los derechos de un tercero en pérdida por evicción de una cosa permutada—, artículo 1.688 —de las obligaciones contraídas por uno de los socios en el cumplimiento de los fines sociales—, artículo 1.705 —de la renuncia del socio y de la disolución de la sociedad—, artículo 1.738 —del mandato—, artículo 1.778 —de la venta por el heredero del depositario del mismo depósito—, artículos 1.897 y 1.898 —del cobro de lo indebido—, artículo 1.940 —como requisito para la prescripción ordinaria—, artículos 1.950 y 1.951 —de la buena fe en la prescripción— y artículo 1.959 —de la prescripción del dominio y de los derechos reales—.

(8) Como es lógico, y sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante en relación con el artículo 1.859 del Código Civil, no entramos en este trabajo a debatir si en la *fiducia cum creditore* se produce o no una verdadera transmisión del dominio. En todo caso, remitimos a lo dicho en la nota 4.

(9) Respecto del mantenimiento de la titularidad dominical por parte del deudor en el caso de la prenda, hipoteca y anticresis, téngase en cuenta, dentro del Derecho Común,

- iii) *La transmisión de un bien o derecho.* En cuanto a la transmisión del bien o derecho, se plantean serias dudas sobre si efectivamente nos encontramos ante una verdadera transmisión dominical del fiduciante al fiduciario o ante una suerte de transmisión no plena o de carácter condicionado. A lo largo del presente trabajo trataremos de esbozar: *a)* si existe una efectiva transmisión dominical entre fiduciante y fiduciario, *b)* si existiendo efectivamente dicha transmisión dominical ésta es plena o limitada, *c)* cuál es el contenido de las facultades de cada una de las partes contratantes derivado de dicha transmisión, *d)* cómo se produce dicha transmisión y, por último, *e)* cómo se hace contar registralmente la eventual transmisión dominical fiduciaria del bien.
- iv) *El destino del bien o derecho transmitido al fin convenido por las partes.* En cuanto a la realización del fin propuesto por las partes, éstas, como es lógico, deben cumplir lo convenido en el contrato, esto es: transmitir el fiduciante al fiduciario la propiedad de un bien o derecho, destinar el fiduciario el objeto a la finalidad pactada (garantía o administración) y una vez realizado el fin propuesto por las partes, el fiduciario debe transmitir al beneficiario el bien fiduciario y, en su caso, las rentas generadas. Pero ¿cuál es el conjunto de facultades de que dispone el fiduciario para la realización de dicho fin, especialmente en el caso de fiducia gestión? o, lo que es lo mismo y de forma más práctica: ¿administrar implica enajenar dentro del negocio fiduciario? En este artículo nos centraremos en los límites de actuación de cada una de las partes: las facultades de enajenación y administración que eventualmente corresponden al fiduciario y las facultades de control del cumplimiento del contrato por parte del fiduciante y, en su caso, del beneficiario si es que dichas facultades existen.
- v) *La devolución del bien una vez cumplida la finalidad pactada* (10). Una vez cumplida la finalidad de garantía o la administración con-

el artículo 1.859 del Código Civil, sin perjuicio de lo dicho en la nota 8 y de lo que diremos respecto del pacto comisorio como prohibición de la transmisión del dominio, en favor del acreedor de la garantía dentro del mismo Derecho Común.

(10) La mayor parte de la DOCTRINA ha añadido, como característica del negocio fiduciario, la existencia de una titularidad aparente que no corresponde con la real lo que, según algunos autores, no implica *per se* que el negocio sea simulado ni absolutamente —dado que no carece en absoluto de causa— ni relativamente —dado que las partes no expresan una causa falsa—. Se trataría más bien —según esta misma opinión— de un negocio indirecto, ya que las partes utilizan un negocio para una finalidad contractual distinta de aquélla prevista por el propio ordenamiento jurídico, y no fraudulento (GÓMEZ GÁLLIGO, «Titularidades fiduciarias», en AC, núm. 33, 14-20 de septiembre de 1992, págs. 533-557, 1992, págs. 534 y 535).

venida, el fiduciario debe transmitir el bien fiduciario —o aquél que lo sustituya por subrogación real— al beneficiario —que puede coincidir en la persona del fiduciante o de un tercero en cuyo caso nos encontraríamos con una estipulación a favor de tercero—. Siguiendo la argumentación que señalábamos más arriba y por la que parte de la DOCTRINA entendía que el fiduciante no transmitía una verdadera titularidad dominical al fiduciario, estos mismos autores entienden que nada debe transmitir el fiduciario al beneficiario —el mismo fiduciante o un tercero como acabamos de ver—, dado que el dominio del bien nunca salió del poder del fiduciante al no haber existido una verdadera transmisión dominical. No obstante, la DOCTRINA que entiende que efectivamente existió una transmisión dominical del bien, señala como elemento fundamental para la conclusión del negocio la salida del bien fiduciario del patrimonio fiduciario y su entrada en el patrimonio del fiduciante o beneficiario. En este ámbito se plantean otros problemas añadidos como: a) *quid* en caso de que el fiduciario transmitiera a un tercero el bien incumpliendo su obligación de restituir en favor del fiduciante, y b) cuándo debe considerarse cumplida la finalidad convenida que determinará la obligación del fiduciario de entregar el bien al beneficiario.

2. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA FIDUCIARIA EN GENERAL

Dentro del Derecho romano, la fiducia tenía una frecuente aplicación en tiempos de CÍCERÓN, constituyéndose como un contrato formal por el que el titular de un bien —denominado fiduciante— transmite la propiedad del mismo a una segunda persona —denominada fiduciario—. Realizada la transmisión, el fiduciario se obliga a restituir dicho bien al fiduciante una vez que se realizó el fin para el cual fue transmitido. Dicha restitución podía hacerse a la misma persona del fiduciante o de un tercero.

De la transmisión —que no del contrato (11)— nace una *actio fiduciae* que es el prototipo de las acciones de buena fe y a las cuales sirve de base. Esta *actio fiduciae* era una de las acciones *in ius* de carácter infamante (12), en cuya fórmula se ordena al Juez que compruebe si el demandado ha observado en la conservación y restitución de la cosa una conducta que «entre

(11) D'ORS PÉREZ-PEIX, *Derecho Privado Romano*, novena edición revisada, Euns, 1997, pág. 527 y sigs.

(12) GAYO, 4.182.

personas honestas conviene justamente observar y sin defraudación» (13). Por el contrato mismo de fiducia se establecía la obligación de restituir pero no se determinaba cómo ni cuando debía realizarse dicha restitución salvo que resultara de pacto especial de las partes al constituir el negocio que a su vez servía para determinar el objeto de la fiducia —que en el caso del derecho romano, y como veremos, era de garantía o de administración—. Mediante el ejercicio de la *actio fiduciae* se producía dicha determinación en defecto de las partes y actuando, por tanto, como norma supletoria.

En el Derecho romano se tiene en cuenta el elemento de la fe como base del mismo contrato, resaltando la misma en los diferentes textos legales como en la *Fórmula Bética* y al que se hace referencia como *fidei fiduciae causa* (14). Sin embargo, esta figura desaparecerá en la época post clásica, siendo incluso olvidada por GAYO y sustituida, a su vez, por otras formas de garantía, como el *pignus*, al cual se refiere JUSTINIANO (15).

En la fiducia romana se transmite la propiedad para garantizar un crédito. Una vez se extingue la obligación garantizada, el acreedor fiduciario debe restituir la cosa, lo que limita la facultad de este último de disponer del bien como verdadero propietario. Era usual pactar que si el día señalado para el pago de la deuda principal el fiduciante no hacía frente a la deuda, éste sólo podía reclamar el excedente —denominado *superfluum*— (16) del precio obtenido por la venta de la cosa denominado.

En la construcción de la fiducia por parte del Derecho romano se plantea uno de los problemas básicos que han llegado a nuestros días: ¿qué consecuencias jurídicas produce respecto del fiduciante y de terceros el uso indebido del bien transmitido por parte del fiduciario? Esto es: si habiendo transmitido el fiduciante al fiduciario un bien o derecho —para, por ejemplo, ser transmitido a un tercero—, sin embargo el fiduciario lo transmitiera a una persona distinta incumpliendo por tanto el fin para el cual recibió dicho bien (17).

(13) GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado romano*. Edición abreviada, Ediciones Académicas, 1993, pág. 386.

(14) D'ORS PÉREZ-PEIX, *op. cit.*, pág. 527.

(15) D'ORS PÉREZ-PEIX, *op. cit.*, pág. 528.

(16) Cfr. GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, pág. 386, y D'ORS PÉREZ-PEIX, *op. cit.*, págs. 528 y 529.

(17) Es precisamente la seguridad jurídica de la operación de fiducia gestión uno de los ejes centrales del presente trabajo. Así como en el Derecho romano el vínculo meramente obligacional entre fiduciante y fiduciario no protegía a aquél de posibles violaciones del pacto fiduciario por parte del mismo fiduciario, en el Derecho germánico se lograba la seguridad concediendo al acuerdo entre fiduciante y fiduciario un carácter real. Esto no obstaba para que, en caso de que el tercero adquiriera el bien fiduciario por enajenación ilícita del fiduciario, aquel tercero adquirente de buena fe pudiera convertirse en titular por prescripción. Nosotros, como se verá a lo largo del presente trabajo, pretendemos que la fiducia gestión se mueva en torno a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles que constituyan el patrimonio fiduciario. Mediante la con-

En la fiducia germana el fiduciario adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de forma tal que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, produciendo *ipse iure* el retorno de la cosa al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio del tercer adquirente.

A diferencia de la fiducia romana en la que el poder de abuso del fiduciario está limitado imperfectamente por el vínculo obligacional negativo, en la fiducia germánica no existe posibilidad para el fiduciario de consumir el abuso, debido al remedio legal (18). De esta manera, nos encontramos con que el Derecho alemán da una vinculación de carácter real al pacto fiduciario, sujetando directa e inmediatamente el bien al cumplimiento del fin para el cual fue transmitido frente al carácter meramente obligacional del Derecho romano (19).

Hasta aquí hemos hecho referencia constantemente al régimen relativo a la fiducia con finalidad de garantía —también denominada fiducia *cum creditore*—. Ahora nos ocuparemos brevemente de la fiducia *cum amico* o con finalidad de gestión.

¿Cuál era la finalidad de la *fiducia cum amico*? Como señala GARCÍA GARRIDO, la *fiducia cum amico* se dirigía a cuestiones de carácter fiscal y de oscuridad respecto de la verdadera titularidad de los bienes que, sin embargo, se logró posteriormente a través de otro tipo de contratos como el de depósito, comodato o mandato (20).

En España, esta figura era aplicada en situaciones críticas de embargo o confiscación. Numerosas instituciones religiosas la emplearon para evitar las leyes confiscatorias que contra sus bienes se aprobaron durante la Segunda República española. La figura operaba de la siguiente manera: las instituciones religiosas enajenaban el bien a un particular de su plena confianza y que por las características de éste no era potencialmente susceptible de sufrir una confiscación por el gobierno republicano (21). Esta transmisión no era de carácter pleno sino limitado temporalmente hasta que la situación política fuera tal que no existiera ningún peligro por parte del fiduciante para mantener la titularidad

figuración de un sistema de inventario e inscripción en los Registros con eficacia jurídica de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario se logra el conocimiento por parte de los terceros de la naturaleza fiduciaria del bien (y, por tanto, de la existencia de la fiducia), de la existencia e identificación del beneficiario, del plazo de duración de la misma fiducia y de los bienes que en caso de concurso podrán formar el inventario.

(18) Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1770.

(19) Sobre el carácter meramente obligacional de la fiducia romana y del ejercicio de la *actio fiduciae*, téngase en cuenta D'ORS, *op. cit.*, pág. 526.

(20) Cfr. GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, pág. 386. Téngase en cuenta que numerosos autores estudian la similitud de la figura de la fiducia de administración con dichos contratos como, por ejemplo, ARESPACOCCHAGA, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, 2000, pág. 118 y sigs.

(21) En este mismo sentido, aunque referido de forma genérica a la fiducia *cum amico*, Boezio, ad. Cic. Top 10 citado por GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, pág. 386.

de dichos bienes. Una vez finalizada la Guerra Civil española, las instituciones religiosas, es decir, el sujeto fiduciante, reclamaban las propiedades a las personas que aparecían como titulares de dichos bienes amparándose en el argumento jurídico de que dicha transmisión era de naturaleza limitada.

En cuanto al reflejo registral del carácter fiduciario de las transmisiones del fiduciante al fiduciario, es preciso señalar que, por motivos lógicos, no se producía. Por tanto, al no hacerse constar en el Registro de la Propiedad la verdadera naturaleza del negocio realizado —que se escondía bajo la forma de una transmisión dominical sin condiciones—, los fiduciarios pudieron enajenar a terceros, quedando estos últimos amparados por el principio de la fe pública registral, por lo que el fiduciante resultaba perjudicado al perder sus propiedades.

Otra de las situaciones en que se aplicó la fiducia *cum amico* fue aquélla en la que se producía la ausencia de una persona por un periodo prolongado de tiempo y cuya vuelta era dudosa como, por ejemplo, el caso de los soldados que partían a las Cruzadas dejando la totalidad de sus bienes a una persona de su entera confianza (aquí vemos claramente cómo juega el principio de la fe o el carácter esencialmente *intuitu personae* de este contrato) para que, en caso de que aquél no volviera, transmitiera dichos bienes a los hijos u otras personas que deseara el fiduciante (22).

En estas coordenadas se plantea en España el problema de la configuración de la fiducia, especialmente la de garantía. Partiendo de criterios de justicia material se buscó, desde la jurisprudencia, evitar perjudicar al fiduciante en el caso de que el fiduciario enajenara a un tercero el bien fiduciario, incumpliendo de esta manera la finalidad fiduciaria. En esta misma línea, pero quizá con un carácter más teórico que práctico, la DOCTRINA negó la posibilidad de llegar a una suerte de acuerdo en la utilización de la figura para evitar el perjuicio del fiduciante y dotarle de las máximas garantías. La oposición de la DOCTRINA se basó históricamente en negar la existencia de una verdadera transmisión del fiduciante al fiduciario bajo la idea de que la causa de garantía no alcanzaba la transmisión dominical del bien, lo que se argumentaba mediante el artículo 1.859 del Código Civil y del que hablaremos más adelante.

En lo tocante al Derecho español, debemos señalar que el uso de la fiducia con fines de administración ha tenido poco éxito (23) frente al Derecho anglosajón donde su uso es constante (24). No obstante, no podemos

(22) Cfr. ARESPACOHAGA, *op. cit.*, págs. 30 y 31.

(23) Sin perjuicio de la existencia de una serie de figuras jurídicas que, sin constituir transmisiones fiduciarias de la propiedad, se asimilan notablemente a la fiducia de administración por cuanto que obtiene iguales o similares resultados. Cfr. ARESPACOHAGA, *op. cit.*, págs. 118 y sigs.

(24) No podemos olvidar, en este sentido, las sustituciones fideicomisarias en materia de sucesiones de los artículos 781 y sigs. del Código Civil.

olvidar la fiducia con fin de administración (y casi siempre de transmisión) existente en el Derecho Foral español y a la que nos hemos referido anteriormente. Tampoco podemos olvidar que cierto sector de la DOCTRINA ha señalado la posibilidad de configurar sistemas similares a los del *trust*, partiendo de las instituciones ya existentes en nuestro ordenamiento (25). Además, en determinados territorios de España existen instituciones que siguen el mismo espíritu, con reservas, del *trust* anglosajón (26).

Ante la falta de regulación legal específica sobre esta figura ha sido la DOCTRINA, por una parte, y la jurisprudencia, por otra, los que han configurado —con límites poco nítidos pero audaces en muchos casos— la fiducia gestión en nuestro Derecho (27). Esto no obstante, hemos de señalar la notable inseguridad jurídica existente en el caso de que un particular quisiera realizar este tipo de negocio en nuestro país, por lo que el objeto del presente trabajo es proponer una forma, lo más sencilla posible, de configurar —siempre a partir de nuestras instituciones jurídicas— un verdadero *trust*, eliminando las discordancias con el régimen anglosajón, pero que respete su espíritu y manteniendo principalmente: i) la posibilidad de que la administración sí sea causa suficiente para la transmisión dominical de un bien, y ii) la exclusión de responsabilidad del patrimonio fiduciario por deudas personales del fiduciario y del patrimonio personal del fiduciario por deudas del patrimonio fiduciario (28).

(25) Nuestro sistema jurídico dispone de una serie de instituciones propias que podrían ser utilizadas como vehículo de introducción del *trust*, tales como el mandato —arts. 1.709 y sigs. del Código Civil—, el contrato en beneficio de tercero, la donación —arts. 618 y sigs.—, el albacea —arts. 892 y sigs.— y la sustitución fideicomisaria —arts. 781 y sigs.—.

(26) Ley 163 del Fuero Nuevo de Navarra —Ley Foral 5/1987— relativa a la *donación fiduciaria* y que señala que «cuando el donante imponga al donatario una carga que requiera un cumplimiento continuado o periódico, podrá asegurar la ejecución de la donación fiduciaria nombrando sucesivos donatarios de confianza. A estas donaciones se aplicará lo dispuesto en la Ley 292 [relativa la fiducia continuada]».

(27) No podemos olvidar, en todo caso, la propuesta de regulación de los patrimonios fiduciarios hecha en los Trabajos Preparatorios del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales realizados por el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, Sección de Derecho Patrimonial, y en la que bajo el epígrafe de *Patrimonios Fiduciarios* define a esta figura como «...un acto de afectación de bienes y derechos a una finalidad, que puede consistir en el beneficio de personas determinadas o determinables. Puede tener carácter negociable o judicial como para garantizar el cumplimiento del pago de la pensión compensatoria y el derecho de alimentos entre parientes» (traducción del autor). (*Treballs Preparatoris del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya*. «Els Drets reals». Observatori de Dret Privat de Catalunya, Secció de Dret Patrimonial, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, 2003, pág. 33 y sigs.).

(28) En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1765.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

La finalidad que debe cumplir el bien transmitido fiduciariamente determinará la clase de fiducia ante las que nos encontremos y, así:

- i) *Fiducia para transmitir a un tercer sujeto*. Nos encontramos ante la denominada sustitución fideicomisaria y que, a su vez, puede ser *inter vivos* o por causa de muerte (en este último caso denominada fiducia sucesoria). Este es el supuesto en que el fiduciante (A) transmite al fiduciario (B) un bien para que éste, pasado un tiempo o cumplida una determinada condición, transmita nuevamente el mismo bien a una tercera persona (C) llamada fideicomisario. Esta institución tiene por objeto mantener determinados bienes —especialmente los denominados raíces— dentro del patrimonio familiar obligando al fiduciario (que es verdadero heredero del causante) a transmitir a una tercera persona (generalmente de la misma familia y heredero del primer heredero) dicho bien. A esta fiducia sucesoria se refieren los diversos ordenamientos jurídicos civiles españoles (29) dándoles, en el caso de los derechos forales, una gran amplitud de acuerdo con la tradición histórica jurídica de dichos territorios.
- ii) *Fiducia para garantizar o fiducia cum creditore*. En este caso debemos entender la fiducia como parte de un negocio más complejo. El primer negocio consiste en un préstamo que un sujeto (A) hace a otro (B). Posteriormente B, para asegurar a A la restitución del dinero del crédito, procede a transmitirle en propiedad un bien —generalmente inmueble— con la condición de que, una vez satisfecho el principal del préstamo con los eventuales intereses, A proceda a la retransmisión del bien a favor de B. En caso de que B no satisficiera el precio del préstamo en el plazo pactado, A se cobraría dicho precio, ora con el precio de la finca mediante su enajenación, ora con la finca misma reteniéndola en comiso. El negocio jurídico tiene, por tanto, una finalidad de aseguramiento: la enajenación del fiduciante al fiduciario sirve para garantizar un crédito de éste contra aquél o contra un tercero —en el caso del art. 1.857 *in fine* del Código Civil— de modo que el fiduciario queda obligado a retrans-

(29) Artículos 744 y sigs. del Código Civil —de la sustitución—, artículos 271 y sigs. de la Ley 40/1991 de Cataluña, y artículos 124 y sigs. de la Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte de Aragón —de la fiducia sucesoria— entre otros. Nótese que en los Derechos Civiles Forales existe una gran amplitud de instituciones fiduciarias, no sólo de aquéllas cuyo objeto es transmitir a un heredero para que a su vez administre y transmita a otro heredero, sino que también se contempla la figura del sujeto que sin ser heredero es nombrado por el causante para que transmita a terceros la herencia.

mitir el bien adquirido fiduciariamente una vez que se haya saldado la deuda (30), sin perjuicio de lo dicho respecto del comiso.

- iii) *Fiducia para administrar, fiducia cum amico o trust*. Sin perjuicio de las diferencias existentes entre la *fiducia cum amico* y el *trust*, ahora los englobaremos bajo un solo concepto. En este caso, nos encontramos ante un negocio jurídico en cuya virtud una persona transmite un patrimonio a otra para que esta última lo administre, entendiendo el término «administrar» en el sentido más amplio posible e incluyendo la posible enajenación de los bienes adquiridos fiduciariamente por el fiduciario, siempre dentro de los términos convenidos por las partes, para hacer aumentar el valor de dicho patrimonio. Concluido el plazo o cumplida la condición, el fiduciario transmitirá los bienes —o los que los sustituyan por subrogación real— a favor del beneficiario (31). Es, en definitiva, aquel supuesto en el que el fiduciante se obliga a transmitir el dominio de un bien o derecho al fiduciario para que éste realice la administración del mismo, ora conservándolo, ora obteniendo del mismo la mayor cantidad de beneficios económicos posibles mediante su administración y/o enajenación pero, en todo caso, actuando como verdadero titular dominical del bien (32).

El Convenio de La Haya, en su artículo 2 párrafo primero, define el *trust* como «*legal relationships created —inter vivos or on death— by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose*». Por tanto, esta definición determina un posible doble objeto de la fiducia gestión: el interés del beneficiario o una finalidad determinada.

(30) Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO ECHEVERRÍA, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, 1998, pág. 105.

(31) Esta definición que acabamos de dar contrasta con la que podríamos predicar del Derecho anglosajón y que sería: «*negocio jurídico en virtud del cual una persona deja de ser el propietario de un bien objeto de administración, transfiriendo la titularidad nominal a otra y la titularidad real a una tercera persona beneficiaria*» (ARESPACOCCHAGA, *op. cit.*, pág. 32); está claro que dentro del Derecho anglosajón, y sin perjuicio de lo que diremos más abajo, puede hacerse referencia al fundamental desdoblamiento de la propiedad o a los derechos que el beneficiario, sea o no el fiduciante, ostenta sobre el patrimonio fiduciario. Estas circunstancias no pueden predicarse de nuestro ordenamiento jurídico donde no existe un concepto de propiedad desdoblada y donde ningún titular ostenta derechos reales sobre una cosa sin que haya existido previa *traditio* (cfr. arts. 609 y 1.095 del Código Civil).

(32) La STS 2/12/1996 lo define como el negocio consistente «*en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa el derecho adquirido mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiese cumplido la finalidad prevista*».

En cuanto a las características de la *fiducia cum amico*, seguimos lo expresado en la misma Convención de La Haya que indica que: «*a trust has the following characteristics: a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ, or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the especial duties imposed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trust may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust*» (33). Ello implica, en definitiva, que se constituye un patrimonio separado bajo la titularidad del fiduciario, pero que no por ello constituye parte de su patrimonio personal, sino del fiduciario, que los activos están, por tanto, a nombre y bajo el control del fiduciario y que éste es el responsable de la administración y, en su caso, enajenación de los bienes que forman el patrimonio fiduciario al objeto de la realización del fin para el que se constituyó dicho patrimonio fiduciario.

Llegados a este punto debemos estudiar brevemente las diferencias existentes entre la *fiducia cum amico* y *cum creditore*:

- i) *Finalidad*: mientras la *fiducia cum amico* se constituye como una forma de administración de bienes ajenos, en la *fiducia cum creditore* el vínculo se sustancia, no en una administración, sino en la garantía de una obligación preexistente entre las mismas partes o con un tercero.
- ii) *Dependencia*: si bien en la *fiducia cum amico* existe una relación de comitente y comisario por la que el fiduciario se encuentra sujeto a las normas que sobre administración le dé el fiduciante, en la *fiducia cum creditore*, la relación no es de jerarquía sino de garantía, por lo que el fiduciario no se encuentra sometido a las órdenes del fiduciante, sino que simplemente debe conservar el bien con la diligencia propia de un buen padre de familia.

4. CLASES DE FIDUCIA GESTIÓN

- i) De acuerdo con su origen, la fiducia gestión puede ser *convencional*, *legal* (34) o *judicial*. La convencional puede ser, a su vez,

(33) Artículo 2 del Convenio de La Haya.

(34) En cuanto a la aplicabilidad del Convenio de La Haya al *trust* constituido judicialmente, señala el mismo Convenio en su artículo 20 que «*any Contracting State may, at any time, declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts*

unilateral (35) —el fiduciario únicamente puede aceptar o rechazar las condiciones impuestas por el fiduciante pero sin posibilidad de negociarlas— o bilateral. La judicial es la impuesta por el Juez para asegurar el cumplimiento de determinados fines económicos como, por ejemplo, las prestaciones económicas a favor de los hijos o discapacitados, la prestación de alimentos entre parientes, las pensiones compensatorias del artículo 97 del Código Civil, etc. (36). Puede plantearse la posibilidad de que la fiducia judicial sea aceptable únicamente en aquellos casos en que la ley expresamente lo establezca (37), si bien entendemos que, dada la gran flexibilidad de esta figura, debe ser el Juez quien determine en qué casos se realizará la administración de un patrimonio a través de un régimen fiduciario y sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico excluya expresamente ciertos supuestos de administración de patrimonios a través de la fiducia. De esta manera se amplían las facultades judiciales para resolver los conflictos prácticos que se le presentan y que no pueden ser íntegramente previs-

declared by judicial decisions. This declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and will come into effect on the day when this notification is received. Article 31 is applicable to the withdrawal of this declaration in the same way as it applies to a denunciation of the Convention».

(35) Un supuesto de fiducia unilateral sería el de los patrimonios que conforman una donación del fiduciante al beneficiario y en las que el donante-fiduciante establece reglas determinadas sobre la forma de administración de dicho patrimonio hasta que la titularidad dominical de los mismos bienes donados sea entregada al donatario. Otro supuesto sería que el testador estableciera formas determinadas y precisas sobre cómo administrar, a través de la fiducia gestión, el caudal hereditario. En este caso, nos acercaríamos mucho a la figura del albacea, si bien en la fiducia-gestión se convierte el fiduciario en titular dominical de los bienes frente al albacea que en nuestro derecho es un mero ejecutor.

(36) En este sentido, téngase en cuenta lo dicho más arriba respecto del régimen propuesto por el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña para los patrimonios fiduciarios y que señala que la fiducia «*puede tener un carácter negocial o judicial como para garantizar el cumplimiento del pago de la pensión compensatoria y el derecho de alimentos entre parientes*» (traducción del autor). Esta propuesta de regulación no reconoce la posibilidad de constituir patrimonios fiduciarios con carácter legal, si bien esta posibilidad puede resultar de interpretar que la autoridad judicial constituye el patrimonio fiduciario dentro del marco de una norma jurídica y no por silencio de ésta. La propuesta de la Sección de Derecho Patrimonial señala que «*el patrimonio fiduciario se constituye mediante un acto de afectación de bienes y derechos a una finalidad, en beneficio de personas determinadas o determinables. El acto de constitución [de la fiducia] podrá ser negocial o judicial. La finalidad [de la fiducia] podrá ser de inversión, de gestión o de garantía*» (traducción del autor). No se recoge tampoco en esta definición la posibilidad de constituir por ley patrimonios fiduciarios (*Treballs Preparatoris...*, pág. 33).

(37) En cuyo caso podríamos hablar de una situación intermedia entre la fiducia judicial y la legal, entendiendo que nos encontramos ante un supuesto autorizado por la ley pero aplicado al caso concreto por el Juez.

tos por la norma legal (38). La fiducia legal es aquella expresamente establecida en la ley y que establece de forma imperativa o dispositiva la administración de un determinado patrimonio fiduciariamente.

- ii) De acuerdo con la relación entre fiduciante y fiduciario, la fiducia gestión puede ser *gratuita u onerosa*. El carácter gratuito u oneroso de la fiducia gestión dependerá de que el fiduciario obtenga o no obtenga un beneficio económico derivado de su gestión. El ordenamiento jurídico trata de manera desigual los negocios onerosos y los gratuitos: en materia de interpretación del negocio —art. 1289.1.º del Código Civil—, de adquisición de la propiedad —art. 609 del Código Civil— o de extinción del contrato —el art. 1.124 hace referencia a la resolución de las obligaciones recíprocas, mientras que los arts. 644 y siguientes, todos ellos del Código Civil, hacen referencia a la revocación de los actos de liberalidad—. Por último, también en materia de tributación por cuanto que los actos a título gratuito están gravados de diferente forma que los actos a título oneroso.
- iii) De acuerdo con las partes que intervengan en el negocio, la fiducia gestión puede ser *con coincidencia o sin coincidencia de las personas del fiduciante, fiduciario y beneficiario*. Es importante determinar si la persona del fiduciante, fiduciario y/o beneficiario coinciden o no en una misma persona, ya que esta circunstancia podrá determinar una u otra forma de tributación del negocio. Así, si fiduciante y fiduciario coinciden, el bien fiduciario pasará del fiduciante al fiduciario y nuevamente al fiduciante que es el beneficiario. Por tanto, el patrimonio fiduciario no ha pasado a terceras manos, con lo que parece poco recomendable gravar esta transmisión con el ITPAJD. Ahora bien, si el fiduciante y el beneficiario no coinciden, el patrimonio pasará del fiduciante al fiduciario y de éste a un tercero, con lo que sí parece apropiado gravar dicha transmisión con el ITPAJD en cuanto que el patrimonio ha salido del fiduciante y ha llegado a manos de un tercero que es el beneficiario y que adquiere el mismo bien definitivamente. En todo caso, no parece apropiado gravar con el ITPAJD la transmisión dominical del fiduciante al fiduciario por cuanto que la adquisición

(38) En contra, PINTÓ, BADOSA, ROCA, BOSCH, ESPIAU, ARROYO y CORONAS, que entienden que no es aconsejable admitir la fiducia gestión judicial con carácter general y que siguen la regulación establecida por el Código Civil quebequés en el que la constitución judicial de la fiducia gestión se permite únicamente, como señalan los autores, en los casos establecidos en la ley y, en concreto, para asegurar el pago de las pensiones alimenticias en caso de separación o divorcio (*Treballs Preparatori*s..., pág. 34).

de éste es temporal y condicionada a la realización de un fin, por lo que la adquisición de este fiduciario no tiene por objeto aumentar su patrimonio personal sino únicamente la administración del patrimonio fiduciario (39).

- iv) De acuerdo con la relación que exista entre fiduciante y beneficiario, la fiducia gestión puede tener una *causa credendi* o *donandi*. ¿Por qué constituye el fiduciante un patrimonio fiduciario para que, después de gestionado, se transmitan los mismos bienes y los beneficios obtenidos a un tercero? La relación fiduciante/fiduciario puede basarse en el cumplimiento de una deuda o por una mera liberalidad del primero para con el segundo.
- v) De acuerdo con la naturaleza de los bienes transmitidos y que forman parte del patrimonio fiduciario, puede ser una fiducia *homogénea* o *heterogénea*. La fiducia es homogénea cuando todos los bienes son de la misma naturaleza como fungibles o no fungibles, muebles o inmuebles, divisibles o indivisibles, etc. La naturaleza de los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario determinará la forma de su transmisión o garantía.
- vi) De acuerdo con la razón que motiva el comienzo o terminación de la fiducia gestión, ésta puede ser *condicional* o *a término*. Las partes pueden convenir que el comienzo, terminación o suspensión de la fiducia queda establecido mediante un término o mediante el cumplimiento de una condición. En todo caso, es imprescindible que el término o la condición sean determinados o determinables, ex artículos 1.113 y siguientes del Código Civil.
- vii) De acuerdo con la continuidad de la gestión, la fiducia gestión puede ser *continua* o *discontinua*. Como hemos señalado más arriba, el cumplimiento de la condición o término pactado puede suponer el comienzo o terminación de la fiducia. Pero las partes también pueden pactar que la gestión quede temporalmente suspendida por otro término o condición y que la misma gestión se reanude llegado otro término o cumplida la condición estipulada. En este caso, nos encontramos ante una fiducia gestión discontinua o susceptible de suspensión frente a la continua que —una vez cumplida la condición o el término— no revive, sin perjuicio del posterior acuerdo de las partes.

(39) En cuanto a la distinción que hacemos entre el *patrimonio personal* y el *patrimonio fiduciario*, téngase en cuenta que en el presente trabajo partimos del concepto de patrimonio separado y por el que cada uno de los patrimonios del fiduciario, el denominado personal y el fiduciario, son absolutamente independientes, teniendo como único nexo de unión a su titular, pero sin que por ello exista un centro único de imputación de responsabilidades de ambos patrimonios como veremos más adelante.

- viii) De acuerdo con la actuación del fiduciario, la fiducia gestión puede ser *de mera gestión* o *de inversión*. El concepto *gestión, administración o inversión* en el caso de la fiducia gestión debe ser especialmente matizada, dado que no hay unanimidad en la DOCTRINA en cuanto a su uso (40). Entendemos que la fiducia es de gestión cuando el objeto de la misma no es desprenderse de los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario sino conservarlos, retransmitiéndolos al beneficiario y obteniendo, hasta que tenga lugar dicha transmisión, la mayor cantidad de beneficio posible a costa de los mismos bienes. Entendemos que la fiducia es de inversión, cuando la actividad del fiduciario no va encaminada a la conservación de los bienes que individualmente forman parte del patrimonio fiduciario, sino que el mismo fiduciario podrá enajenar todos o parte de los bienes durante su gestión (41) con el objeto de obtener el máximo beneficio. Esto no obstante, es claro que la fiducia puede ser mixta, es decir, el fiduciante obliga al fiduciario a conservar ciertos bienes en el patrimonio fiduciario mientras que le autoriza a enajenar otros.

5. SIMILITUD DE LA FIDUCIA GESTIÓN CON OTRAS FIGURAS DE NUESTRO ORDENAMIENTO

Históricamente la DOCTRINA ha intentado, a través de figuras preexistentes en nuestro ordenamiento jurídico, configurar un sistema por el que logrando los mismos efectos que la fiducia gestión no se viera, sin embargo, sometida dicha construcción a crítica por violar principios que se han considerado fundamentales, como, por ejemplo, el de causalidad.

En este apartado estudiaremos sucintamente las estructuras empleadas para asimilar —de forma imperfecta en nuestra opinión— la fiducia y aquellas otras que, por su naturaleza, pueden asemejarse a la fiducia y de las que podemos partir eventualmente para aceptarla en nuestro ordenamiento jurídico:

1. El *mandato* (42) *con facultad de administrar y enajenar los bienes administrados*. En este caso, el fiduciario-mandatario acepta contractualmente gestionar un patrimonio de acuerdo con las instrucciones

(40) Véase, a modo de ejemplo, PARDO NÚÑEZ, «Confusión de patrimonios y publicidad registral: el caso del *trust*», en *RCDI*, núm. 697, págs. 1909-1971, 2006, págs. 1940 y sigs., que diferencia no entre gestión e inversión, sino entre gestión estática y dinámica.

(41) En cuanto a la diferencia de poder para realizar actos de administración y poder para realizar actos de dominio, léase ÁVILA NAVARRO, *La representación con poder (Estudio de Derecho Notarial y Registral)*, Cuadernos Civitas, 1992, págs. 72-99.

(42) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1810, y RDGRN 14 de junio de 1922.

convenidas con el mandante-fiduciante. Esta construcción se aleja de los rasgos típicos de la fiducia, tanto de los que proponemos en este trabajo como de los principios básicos del Convenio de La Haya, ex artículo 2, ya mencionado más arriba, dado que el fiduciario no se constituye en titular dominical del patrimonio fiduciario sino en un mero servidor del mismo. Dado el carácter esencialmente revocable del mandato —art. 1.733 del Código Civil— esta configuración de la gestión de un patrimonio depende de la voluntad del mandante de mantener las facultades del mandatario. Esta situación no se da en la fiducia gestión, donde el fiduciario debe administrar como verdadero titular dominical el patrimonio durante un plazo determinado o hasta el cumplimiento de la condición, sin que el fiduciante pueda intervenir más allá de las cláusulas del contrato.

2. La *adjudicación para pago de deudas del artículo 45 LH*, por el que se transmiten uno o varios bienes a favor de un sujeto con la obligación de que los emplee para extinguir las deudas existentes: entendemos que, en este caso, nos encontramos ante un verdadero titular dominical del bien y no ante una mera propiedad formal (43) o ante un mero mandatario para enajenar los bienes (44) y satisfacer deudas sin perjuicio de que su propiedad haya sido transmitida para un objeto determinado. De lo anterior resulta, por tanto, que existe un patrimonio afectado a una finalidad que debe cumplirse (45). Para la seguridad de la realización del fin previsto se hace constar en el Registro de la Propiedad dicha finalidad mediante la anotación preventiva a que se refiere el párrafo segundo del mencionado artículo.

(43) Entiende que es una mera propiedad formal CÁMARA LAPUENTE, en *op. cit.*, pág. 1833, citando las RDGRN de 14 de junio de 1922 y 6 de diciembre de 1946, y SSTs de 23 de mayo de 1935 y 30 de octubre de 1965.

(44) Entiende que es un mero mandatario GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1, 1945, págs. 207, y sigs.

(45) La RDGRN de 14 de junio de 1922 hace referencia a que se trata de un *propietario formal* más que de un *propietario material* de los bienes, que puede enajenar los bienes inmuebles. De ello parece resultar el i) reconocimiento de un patrimonio constituido para un fin determinado y la ii) facultad de actuación de este supuesto «propietario formal» para enajenar los bienes y dar cumplimiento al fin. ¿*Quid* si una vez transmitidos los bienes al que a su vez debe enajenarlos para pagar las deudas cae en concurso? En nuestra opinión y partiendo del concepto de patrimonio autónomo, los bienes transmitidos no deberían incluirse en la masa concursal sino que, aunque como patrimonio carecen de personalidad jurídica propia, deberían continuar estando afectos al cumplimiento del fin para el cual se transmitieron quedando fuera, por tanto, del régimen de responsabilidad universal del deudor del artículo 1.911 del Código Civil. Dicho patrimonio separado respondería únicamente de las cargas generadas para el pago de las mismas deudas pero nunca por hechos ajenos al fin para el cual fueron transmitidos.

3. Los *fondos de inversión colectiva*, que son definidos por la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante la LIIC) como «*patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, 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*» (46). De lo anterior resulta que los partícipes ostentan un derecho sobre el patrimonio global de la institución colectiva a través de una participación en la totalidad del patrimonio y no en bienes concretos, por lo que dichos bienes han tenido que salir del patrimonio del partícipe. En este caso, el problema resulta de la propia ley, dado que expresamente señala que la sociedad gestora «*ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo*», es decir, sin ser propietaria de los bienes transmitidos, por lo que los bienes son transmitidos no a favor de otro sujeto —en este caso la sociedad gestora—, dado que expresamente la LIIC señala que no es la titular del dominio de los bienes, sino que la transmisión se realiza a un patrimonio, aunque éste carece de personalidad jurídica (47). Asimismo, los partícipes no pueden disfrutar ni disponer de los bienes transmitidos directamente y el fondo no responderá de las deudas personales de los partícipes (48). El objeto del negocio es, por tanto, la realización de un fin concreto constituyendo un patrimonio autónomo, concepto al que nos referíamos anteriormente, y que no se confunde con el patrimonio propio de la sociedad gestora, dado que los oportunos sistemas de contabilidad determinan en todo momento la procedencia del bien. En este caso, la ley constituye un patrimonio destinado a un fin que es, por una parte, la gestión del mismo patrimonio —enajenando si fuere necesario alguno de sus activos de dicho patrimonio para la obtención de un mayor beneficio— y, por otra, el reparto de este beneficio entre los partícipes del fondo. El hecho de que la ley determine que la sociedad gestora no

(46) Artículo 1.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

(47) Señala el artículo 5 LIIC que «*la condición de partícipe se adquiere mediante la realización de la aportación al patrimonio común*» y que dicha condición de partícipe «*confiere los derechos reconocidos en esta ley, en su normativa de desarrollo y en el reglamento de gestión del fondo...*».

(48) Artículo 6 LIIC.

es la que ostenta el dominio y que el patrimonio carece de personalidad jurídica ha hecho que la DOCTRINA determine la naturaleza jurídica del fondo en dos sentidos (49): o se trata de una i) copropiedad de los partícipes, supuestos transmitentes, con un mandato que recibe la sociedad gestora para la administración y eventual enajenación de los bienes, es decir, en definitiva un patrimonio destinado a un fin pero con unos copropietarios por cuotas del patrimonio constituido —por lo que en realidad la propiedad nunca salió de los titulares iniciales—, o se trata de una ii) suerte de sociedad en que los partícipes ostentan una especie de acciones sobre el capital. La ley es, en este sentido, equívoca. Quizá debió haber señalado que la sociedad gestora es efectivamente la titular dominical de los bienes transmitidos —lo que implicaría admitir que existe una verdadera enajenación a favor de la fiduciaria-gestora— y que los fiduciantes-partícipes ostentan un derecho a percibir el beneficio derivado de la actuación del fiduciario y no sobre los bienes que, en consecuencia, ya fueron transmitidos dominicalmente. En todo caso, y de acuerdo con la legislación actual, la propiedad no ha salido de los partícipes y el patrimonio es autónomo en cuanto que los partícipes no pueden realizar negocios jurídicos con los bienes aportados. Esto hace que podamos afirmar, con todas las cautelas teóricas, que efectivamente, parte de las facultades del dominio han salido de la esfera de los titulares dominicales y han pasado a la entidad gestora que puede enajenarlos aunque la entidad gestora no sea la titular dominical de estos bienes (50). En cuanto al régimen de responsabilidad por deudas, señala el artículo 3 de la LIIC que *«la parte del patri-*

(49) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1840 y sigs.

(50) La LIIC se centra en materia de gestión en el artículo 31, relativo al contenido de los estatutos sociales y reglamentos respecto de la política de inversión al señalar que *«todas las IIC de carácter financiero deberán incorporar a su reglamento o a sus estatutos sociales al menos los siguientes aspectos relativos a la política de inversión: ...b) reglas de utilización de instrumentos financieros derivados con la finalidad, entre otras, de asegurar una adecuada cobertura de los riesgos asumidos en la totalidad o parte de su cartera, como inversión para gestionar de un modo más eficaz su cartera, o en el marco de una gestión encaminada a la consecución de un objetivo concreto de rentabilidad»*. Esta normativa de gestión del fondo es citada constantemente en la LIIC: artículo 7.4 —respecto de las suscripciones y reembolsos de fondos de inversión—, artículo 8 —relativo a las comisiones de gestión—, artículo 10 —respecto de la autorización y registro de las sociedades y fondos de inversión y la obligación de los fondos de incorporar un reglamento de gestión—, artículo 11 —sobre la obligación de contar con procedimientos de gestión de riesgos para el acceso y ejercicio de la actividad—, artículo 12 —respecto de la modificación del reglamento de gestión—, artículo 15 —sobre la obligación del intermediario facultado de facilitar la traducción jurada al castellano del reglamento de gestión del fondo— y artículo 53 —sobre el efecto del concurso sobre la sociedad gestora—, entre otros.

monio del fondo que le sea atribuido a cada compartimento responderá exclusivamente de los costes, gastos y demás obligaciones expresamente atribuidas a ese compartimento y de los costes, gastos y obligaciones que no hayan sido atribuidas expresamente a un compartimento en la parte proporcional que se establezca en el reglamento del fondo». De esto resulta que el régimen de responsabilidad en el caso de los fondos es limitada. Sólo los bienes del fondo responden de las deudas generadas por el mismo fondo, lo que permite acercarnos a la configuración de la fiducia a partir de la idea de patrimonio separado con un centro independiente de responsabilidad.

4. Los *fondos de pensiones*, que son definidos por la ley como «*patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán de acuerdo con la presente ley*» (51). La Exposición de Motivos de la LPFP es la que se centra más en el aspecto de su naturaleza al señalar que los fondos de pensiones adoptan la «*naturaleza de patrimonios separados e independientes*» de las empresas o entidades que promueven los mismos planes de pensiones y «*carentes de personalidad jurídica e integrados por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los planes de pensiones adscritos*» (52). Nuevamente nos encontramos con la referencia a un patrimonio autónomo constituido para una finalidad concreta —el pago de las prestaciones— y nuevamente nos encontramos con que el legislador entiende que ese patrimonio carece de personalidad jurídica y que la entidad promotora del plan no adquiere la titularidad de las aportaciones. Por tanto, nos encontramos con el mismo problema que ya señalábamos respecto de los fondos de inversión colectiva: si el partícipe transmitió los bienes, ¿a quién lo hizo?, ¿a un patrimonio que carece de personalidad jurídica? o ¿a una entidad respecto de la que la ley expresamente señala que no es la titular del bien dado que se trata de un *patrimonio separado independiente*? En materia de gestión del patrimonio, establece la LPFP (53) un severo régimen que impida las situaciones de insolvencia y el incumplimiento de la obligación de pago de las prestaciones. En cuanto a la naturaleza jurídica se ha planteado un debate similar al que se planteaba

(51) Artículo 3 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los planes y fondos de pensiones (en adelante LPFP).

(52) En materia fiscal es interesante señalar cómo la propia Exposición de Motivos de la LIIC declara que «*el régimen fiscal [...] traslada el impuesto [...] al momento [...] en que perciban las prestaciones correspondientes, lo que podría facilitar al legislador, en el caso en que regule expresamente el negocio fiduciario, la determinación del hecho imponible y el devengo del impuesto*».

(53) Artículo 5 y sigs.

respecto de las IIC (54). Entendemos que se podrían articular eventualmente ambas figuras —las IIC y los Fondos de Pensiones—, a través del negocio fiduciario, haciendo que las instituciones promotoras de estos negocios se convirtieran en verdaderos titulares dominicales de los bienes para la realización de un fin concreto.

5. Las *Juntas de Compensación*. Existe similitud con la fiducia en cuanto que se produce la transmisión de un patrimonio —las fincas que entran dentro de la unidad de ejecución—, con el objeto de cumplir con la legislación urbanística. Sin perjuicio de la legislación autonómica, los interesados transmiten a la Junta de Compensación las fincas que forman parte de la unidad de ejecución urbanística para que esta misma Junta realice las actividades necesarias en orden a la ejecución del planeamiento urbanístico. Dichas actividades incluyen la enajenación, retención y/o gravamen de las fincas aportadas. En cuanto que existe un patrimonio afecto a un fin —un patrimonio aportado por los interesados para que sea gestionado, administrado o enajenado, por la Junta—, nos acercamos a la fiducia gestión. Pero la voluntad de la Junta de Compensación está formada, en proporción a sus aportaciones, por los dueños de los terrenos de la unidad de ejecución, por lo que administrado y administrador se terminan confundiendo. En la fiducia gestión existe plena independencia entre ambas figuras porque el fiduciante es aportante y el fiduciario es administrador, sin que se produzca confusión de voluntades (55).

6. ¿QUÉ ELEMENTOS FORMAN PARTE DEL NEGOCIO DE FIDUCIA GESTIÓN?

Como elementos personales de este negocio tenemos al: i) fiduciante-transmitente, que es el titular del bien o patrimonio por cualquier título (56) y que lo transmite al fiduciario; ii) el fiduciario, que es quien adquiere el bien y se encarga —dentro de los términos acordados por las partes o, eventual-

(54) Véase en este sentido, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1842.

(55) Entiéndase esto sin perjuicio de lo dicho más arriba respecto de la fiducia con coincidencia y sin coincidencia de las personas del fiduciante, fiduciario y beneficiario.

(56) Téngase en cuenta, en este sentido, que la transmisión que se produce del fiduciante al fiduciario para administrar no tiene que ser necesariamente de dominio sino que puede serlo también en concepto de usufructuario o como mero poseedor de la cosa. Lo fundamental para que el negocio pueda ser considerado como fiduciario y no como mandato para administrar es que, frente a terceros y respecto de las partes, el fiduciario sustituya al fiduciante en la misma posición jurídica de este último y que no suponga una simple delegación de facultades sin transmisión del mismo bien o derecho que deba ser administrado.

mente, establecidos unilateralmente por el fiduciante— a administrar y, en su caso, enajenar el bien para la realización del citado bien propuesto, transmite los bienes al beneficiario y, finalmente, recibe la contraprestación estipulada; y, por último, iii) el beneficiario, que es el sujeto a cuyo favor se constituye la fiducia y que percibe los beneficios de la gestión realizada por el fiduciario con el bien objeto de la transmisión. Como veremos, este beneficiario podrá, o no, coincidir con la persona del fiduciante o del fiduciario.

En cuanto a los elementos reales, tenemos por una parte la i) transmisión de la posición jurídica del fiduciante al fiduciario respecto de un bien determinado —mueble o inmueble lo que, en su caso, dará lugar a una diferente regulación legal según los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en lo que se refiere a su constancia registral— con el fin de que el fiduciario administre el mismo bien o su valor económico (57), y ii) el convenio entre las partes por el que el fiduciante acuerda con el fiduciario la realización o consecución de un fin —la administración— con el bien o conjunto de bienes transmitidos.

En cuanto a los elementos formales, éstos dependerán de la regulación jurídica y específica de cada estado, por lo que en este artículo nos limitaremos a señalar ciertas formas legales que consideramos necesarias para, fundamentalmente, cumplir con el principio de seguridad jurídica y evitar irregularidades en el empleo de esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, en cuanto a los elementos temporales del negocio fiduciario, no existen especialidades relevantes. Únicamente podemos hacer mención al supuesto en que las partes decidan suspender, sin extinguir, el negocio fiduciario debido a determinadas circunstancias económicas o de otra índole. Esta suspensión implicará que el fiduciario paralizará la administración del patrimonio fiduciario a la espera de que concurran determinadas circunstancias que le permitan reanudar nuevamente dicha administración.

(57) Nos referimos con esta distinción a la fiducia de gestión y a la de inversión, respectivamente. En la primera, como ya hemos visto más arriba, el fiduciario administrará los bienes que forman parte del patrimonio pero sin poderlos enajenar. Por tanto, sólo realizará aquellos negocios jurídicos que, asegurando la conservación del bien, produzcan un beneficio económico. Una vez concluido el negocio fiduciario, el fiduciario tiene obligación de entregar al beneficiario los mismos bienes que recibió de manos del fiduciante, sin que sea suficiente la entrega de su valor económico. En el segundo supuesto —fiducia de inversión—, el fiduciario debe administrar el valor de los bienes que ha recibido, sin obligación de entregar al beneficiario estos mismos bienes sino sólo su valor, ya que el fiduciante autoriza al fiduciario para que, en el ámbito de la administración, este último pueda, si lo considera oportuno a los efectos de obtener un rendimiento económico, enajenar los bienes fiduciarios o permutarlos por otros.

i) ELEMENTOS PERSONALES

a) *¿Quién puede ser fiduciante?*

Puede ser fiduciante toda aquella persona —física o jurídica— que: i) teniendo capacidad legal para transmitir, ii) sea titular de un derecho susceptible de aprovechamiento económico y que por su propia naturaleza sea transmisible a un tercero.

i) *Capacidad legal para transmitir.* De acuerdo con la ley y con el tipo de naturaleza —física o jurídica— del fiduciante, éste puede actuar de diversas maneras, a saber: (A) por sí mismo, (B) por representante voluntario, o (C) por representante legal. Por último, haremos referencia al caso del (D) emancipado.

Para el estudio de cada uno de estos supuestos —que en algunos casos se hará de forma conjunta para fiduciante y fiduciario— seguiremos este esquema: [1] quién debe determinar la idoneidad de la constitución del patrimonio fiduciario como forma de administrar el bien o derecho o el patrimonio transmitido fiduciariamente, [2] qué requisitos legales deben ser exigidos para la transmisión del patrimonio fiduciario en el caso de que la constitución del mismo fuera posible, y [3] qué plazo de duración deben tener los patrimonios fiduciarios constituidos por estos representantes o asistentes legales en razón de la minoría de edad o incapacidad del fiduciante a quien representan o asisten, según los casos:

- A) *Por sí mismo.* Nos referimos al supuesto en el que el fiduciante es una persona mayor de edad y sin ningún tipo de incapacidad. [1] En este caso, es el mismo fiduciante el único que puede determinar la idoneidad de gestionar su patrimonio de acuerdo con el régimen de la fiducia. Con este negocio, el titular pretende desligarse de la administración de su patrimonio haciendo que otro sujeto —el fiduciario— se dedique a esta labor y limitándose aquél a percibir los beneficios obtenidos. [2] Si aceptamos el esquema dado para la fiducia —y, más particularmente, que se produce una verdadera transmisión dominical del fiduciante al fiduciario—, la constitución del patrimonio fiduciario no exigiría ningún requisito particular a tenor de lo dispuesto en el artículo 322 del Código Civil. [3] Nos remitimos a lo que diremos más adelante con carácter general.
- B) *Por representación voluntaria.* [1] Debemos atender siempre al contenido del poder otorgado para determinar qué persona ha de decidir sobre la idoneidad de administrar un patrimonio de acuerdo con el esquema fiduciario. Es claro que la capacidad originaria deriva del poderdante, como fuente de todas las facultades del apoderado, pero el mismo poderdante puede señalar que sea el apoderado quien ejer-

za esta facultad. Es más, el poder se puede haber otorgado a favor del apoderado y establecerse un plazo durante el cual sólo el mismo apoderado podrá decidir sobre constituir un patrimonio fiduciario sin que el fiduciante pueda revocar dicho poder frente a lo establecido en el artículo 1.733 del Código Civil. El apoderado puede ser persona física o jurídica. En el primer caso, si la representación es mediata, es el apoderado quien deberá reunir los requisitos de capacidad necesarios para constituir el patrimonio fiduciario. Si la representación es inmediata, es el poderdante el que debe reunir los requisitos de capacidad necesarios para constituir el patrimonio fiduciario. En el caso de las personas jurídicas habrá que atender a qué órgano es el que tiene capacidad legal para tomar esta decisión. Así, en las Sociedades Anónimas y Limitadas es el órgano de administración el que precisamente debe gestionar la sociedad. En esta materia las leyes que regulan las Sociedades Anónimas y las de Responsabilidad Limitada delimitan claramente la función del órgano de administración ex artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas. A partir de estos artículos puede entenderse que es al órgano de administración a quien corresponde determinar si el patrimonio de la sociedad debe ser gestionado de forma fiduciaria por un tercero y sin límite alguno salvo el que pueda resultar de los mismos estatutos. Sin embargo, debemos plantearnos la posibilidad de que los administradores administren el patrimonio social encargando dicha administración del patrimonio, no de la sociedad —si es que es posible diferenciar ambos conceptos—, a un tercero mediante la figura de la fiducia gestión. Por motivos de brevedad no podemos extendernos más en esta materia, si bien se plantea un conflicto en materia de las competencias delegables por los administradores y en determinar si la administración del patrimonio de la sociedad es equivalente a administrar la sociedad misma. [2] En el caso de fiduciante-persona física, el mandante-fiduciante ya ha expresado en el poder su voluntad de constituir o no un patrimonio fiduciario, por lo que deberá estarse a dicho documento, no siendo, por tanto, necesaria ninguna otra declaración para constituir el patrimonio fiduciario. En el caso de fiduciante-persona jurídica, se plantea el problema de determinar quién debe expresar la voluntad de constituir el patrimonio fiduciario y a qué bienes puede afectar dicho esquema fiduciario. Tenemos que retomar el problema que hemos planteado más arriba, ¿pueden los administradores de una Sociedad Anónima o Limitada optar por administrar todo o parte del patrimonio social a través del esquema del negocio fiduciario? Si es así, no hay ningún problema. Ahora bien, si los administrado-

res no pueden hacerlo, ¿de dónde surge el impedimento? Podemos entender que surge de la ley en cuanto que establece que los administradores ejercerán la administración de la sociedad incluyendo su patrimonio social. Pero no es menos cierto que los administradores delegan en numerosas ocasiones determinadas funciones de la administración de la sociedad, para lo que otorgan poderes, por lo que una delegación de la administración no parece, a primera vista, prohibido. En contra de esto último, se puede argumentar que los poderes otorgados por los administradores se refieren siempre a funciones concretas relativas a la administración, pero no a la administración en sí misma considerada y que es a la que afectaría un negocio fiduciario. Si el consentimiento del administrador no es suficiente por exceder de sus límites, ¿podrían los estatutos sociales prever esta situación autorizando a los administradores a administrar el patrimonio fiduciario nombrando un fiduciario que no sea administrador? Si el administrador no tiene capacidad para nombrar a un fiduciario que administre el patrimonio de la sociedad, ya sea por previsión de los estatutos o por imperativo legal, ¿podría realizar dicho nombramiento la Junta General? Si entendemos que sí, resolveríamos el problema. Pero en contra se centra el argumento de que la creación de patrimonios fiduciarios es un acto de administración y, por tanto, reservado a los administradores de acuerdo con los artículos de la Ley de Sociedades Anónimas citados más arriba, lo que implicaría un entrometimiento de la Junta General en las funciones de los administradores de la Sociedad. En el caso de que el mandatario-fiduciario sea una persona física no existen especialidades por lo que remitimos a la legislación general, tanto en el ámbito mercantil como en el civil. En el caso de que el fiduciario sea una persona jurídica será necesaria la inclusión de las actividades fiduciarias en su objeto social. [3] En cuanto a la duración del contrato de fiducia, en el caso del apoderado persona física, habrá que atender siempre a la escritura del poder. Sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba, si se trata de representación de personas jurídicas, habrá que atender a los estatutos y al eventual acuerdo de la Junta. Si este acuerdo no fuera necesario y aceptamos que el órgano de administración *per se* puede constituirse en fiduciante o fiduciario, se suscita la duda de hasta cuándo puede vincular el órgano de administración el patrimonio de la sociedad. Entendemos que si el órgano de administración es capaz de disponer de todo el patrimonio de la sociedad sin necesidad de acudir a la Junta de Accionistas y sin perjuicio de los estatutos, debe afirmarse que el mismo órgano de administración puede constituir un patrimonio

fiduciario durante un plazo más largo que el de seis años que es el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas para la duración del cargo de administrador.

C) *Por representación o asistencia legal*

- a) *Patria potestad*. [1] Debemos determinar si el padre o la madre que ejerza la patria potestad tiene capacidad para decidir que el patrimonio del hijo sometido a esta forma de representación legal puede o no ser administrado de acuerdo con el esquema fiduciario o si este acto excede de sus competencias. De acuerdo con el artículo 164 del Código Civil: «*los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador...*». Únicamente quedan exceptuados de la administración paterna los bienes previstos en los puntos 1.º, 2.º y 3.º de este mismo artículo. Estos puntos no hacen referencia a formas de administrar el patrimonio sino a bienes concretos de los que no se puede disponer, lo que no constituye un impedimento para la formalización de la fiducia gestión sino para constituirla sobre estos mismos bienes. El verdadero fundamento para permitir o impedir que quien ostente la patria potestad pueda administrar el patrimonio del menor mediante la fiducia gestión, es el artículo 166 del Código Civil al señalar que: «*los padres no podrán... enajenar o gravar sus [los de los menores] bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal...*». En el párrafo tercero del mismo artículo se señala que «*no será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios, siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros*». Teniendo en cuenta que en el presente trabajo hemos defendido la verdadera naturaleza dominical de la transmisión del fiduciante a favor del fiduciario, debemos negar inicialmente la posibilidad de que el sujeto que ejerce la patria potestad pueda constituir una fiducia gestión con los bienes del sujeto a patria potestad si dicha fiducia incluye bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios».

rios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones del mismo menor sujeto a la patria potestad. Ahora bien, si la fiducia lo es de gestión y no de inversión y si el beneficiario de la fiducia, además de fiduciante, es el mismo menor sujeto a patria potestad, entendemos que se salvaría la previsión del artículo 166, aunque el patrimonio fiduciario estuviera formado por bienes de los citados en este mismo artículo. Esto es así porque la titularidad temporal del fiduciario quedaría extinguida a la terminación del negocio fiduciario y estos bienes —no ya los que le sustituyan por subrogación real al tratarse de una fiducia de gestión y no de inversión— volverían al fiduciante que es el mismo menor. En cuanto a los valores mobiliarios a que se refiere el párrafo tercero del artículo 166, entendemos que la fiducia gestión tampoco podrá tener por objeto dichos valores del menor salvo que el fiduciario sólo pueda invertir el producto de su venta en bienes o valores seguros. De esta manera, entendemos, se salvaría la previsión legal. Se exceptúa el caso del hijo mayor de dieciséis años que consienta en documento público la constitución del patrimonio fiduciario. Pese a lo que acabamos de decir, hay que observar el artículo 167 del mismo texto legal que hace referencia a una irregular administración del patrimonio del hijo por parte de quien ejerce la patria potestad. La ley es muy amplia en este sentido al señalar que el Juez *«podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes... o incluso nombrar un administrador»*. ¿Cabe dentro de este artículo la gestión del patrimonio de una persona sujeta a patria potestad mediante la forma de la fiducia gestión? Entendemos que sí, puesto que es un sistema tan fiable como cualquier otro para la administración del patrimonio del hijo para el caso de que quien ejerza la patria potestad no administre bien el patrimonio de aquél o exista la duda razonable de que no lo hará bien. En este caso, la fiducia deberá ser también de gestión y no de inversión, salvo que entendamos que el artículo 166 vincula a los padres que ejercen la patria potestad y no al Juez. Como reflexión final queremos expresar la necesidad de que en todo caso será necesario adoptar las garantías necesarias para que la forma elegida de administración satisfaga y beneficie al menor, a cuyo favor está constituida la institución de la patria potestad ex artículo 154 del Código Civil. [2] En cuanto a los requisitos legales necesarios para constituir el patrimonio fiduciario, sin perjuicio de lo dicho en el punto anterior, si dicho patrimonio no incluye nin-

guno de los bienes previstos en el artículo 166, podrá constituirse por los padres instituyendo al menor siempre como beneficiario. Si el menor ha cumplido los dieciséis años y consiente en escritura pública, será posible constituir el patrimonio fiduciario incluso sobre los bienes del artículo 166. ¿Cuándo será necesaria la autorización judicial para constituir el patrimonio fiduciario? En todo caso, en el supuesto del artículo 167 y que deriva de una situación efectiva o potencial de irregular o incorrecta administración. Obtenida la autorización judicial —que debe determinar claramente los bienes a que se refiere— podrá procederse a la constitución del patrimonio fiduciario. El Registrador de la Propiedad deberá identificar debidamente dichos bienes y proceder a la inscripción de la transmisión constituyente del patrimonio fiduciario en la forma que veremos más adelante. Deberá también hacer constar aquellas circunstancias de autorización, precio o tiempo respecto de las que se condicione una enajenación posterior del bien ya que las necesitará para realizar la ulterior calificación. Será mediante el Registro de la Propiedad y mediante la previa autorización judicial como se salvaguarden básicamente los derechos del hijo sujeto a la patria potestad. [3] En cuanto al plazo de duración de la fiducia, entendemos que para el caso de que se constituya por los padres sin intervención del hijo ni de la autoridad judicial en los supuestos mencionados más arriba, ésta deberá limitarse estrictamente al plazo en que el menor alcance la mayoría de edad y la plena capacidad legal en los términos del artículo 322 del Código Civil. Si la fiducia se constituye con intervención del menor en el caso del artículo 166.3.º, dicha fiducia tendrá la duración que el menor consienta. Si se constituye con intervención de la autoridad judicial, la fiducia debe tener como límite la mayoría de edad del menor, ya que a partir de ese momento el menor que en el momento de la constitución de la fiducia gestión está bajo la patria potestad, tendrá plena capacidad para administrar sus bienes a tenor del artículo 322 del Código Civil, por lo que no parece procedente que el Juez administre el patrimonio de una persona que tiene plena capacidad para hacerlo por sí misma.

- b) *Tutela*. [1] En cuánto a quién debe determinar la idoneidad de la constitución del patrimonio fiduciario como forma de administrar el patrimonio del sujeto a tutela, señala el artículo 236 del Código Civil que *«la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo que... convenga separar como cargos distintos el de tutor*

de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia...». Por tanto, cuando hacemos referencia al tutor, nos referimos siempre —para el caso de multiplicidad de tutores— al que ejerza la representación económica del tutelado, y que el Código Civil denomina en el artículo 270 «tutor de los bienes». Este mismo artículo señala que «el tutor... de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia». Dicho tutor necesita autorización judicial para «enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones... para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años... para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él [el tutor], o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado» como señala el artículo 271.2.º, 7.º y 10.º Por tanto, el tutor no podría constituir un patrimonio fiduciario en ningún caso sin autorización judicial si aquélla recae sobre cualquiera de los bienes señalados o produce finalmente alguno de los resultados dichos como el arrendamiento de un bien por plazo superior a seis años. Pero se plantea otro problema: dado que la fiducia implica la transmisión de la administración del patrimonio del tutelado del tutor de los bienes a un tercero, ¿puede dicho tutor de los bienes delegar su función en un tercero? Entendemos que la respuesta debe ser negativa dado que el cargo es personalísimo y el objeto del nombramiento de tutor de los bienes es precisamente la administración de dichos bienes. Si bien quien ejerce la patria potestad lo hace por ser progenitor del sujeto a dicha patria potestad, el tutor de los bienes lo es en cuanto que administra los bienes del tutelado. Si desaparece la causa que motivó el nombramiento del tutor de los bienes —la administración del patrimonio del tutelado— debe también desaparecer la persona del tutor de los bienes. Esta posibilidad no acontece en el caso de la patria potestad en el que ésta es ejercida no por nombramiento judicial sino por derecho propio. En otro orden de cosas, debemos determinar si la función del tutor de los bienes puede ser ejercida por un administrador fiduciario, es decir, que el Juez no nombre un tutor de los bienes sino directamente un

fiduciario que se encargue de la administración del patrimonio fiduciario y formado éste con el patrimonio del sujeto a tutela. Entendemos que la respuesta debe ser afirmativa dado que, siendo la tutela una institución de constitución judicial ex artículos 216, 218, 219 y 224 y siguientes del Código Civil entre otros, puede esta misma autoridad judicial determinar la mejor forma de administrar el patrimonio del menor o incapacitado, estableciendo que el tutelado quede bajo la salvaguarda del tutor, mientras que los bienes queden al cuidado de un administrador fiduciario. En cuanto a la posibilidad de que sea el mismo tutelado el que *per se* constituya el patrimonio fiduciario, debemos atender al artículo 267 y la Ley 41/2003, por el que eventualmente se comprendería dicha posibilidad. En este caso habrá que prestar atención a las circunstancias concretas del supuesto como, por ejemplo, la madurez personal del sometido a tutela, la naturaleza y cuantía de los bienes, etc. [2] En cuanto a qué requisitos legales serían exigidos para la constitución del patrimonio fiduciario, entendemos que el tutor de los bienes no puede, de acuerdo con la legislación actual, constituir una fiducia en la que el fiduciario supla el cargo *intuitu personae* de dicho tutor. La imposibilidad deviene no de la fiducia por sí misma, sino de la naturaleza del cargo de tutor de los bienes. Diferente supuesto es aquél en el que el Juez constituya un patrimonio fiduciario al entender que ésta es la mejor manera de administrar el patrimonio del incapacitado-fiduciante. En este caso será preciso el correspondiente auto declarando la constitución del patrimonio fiduciario como forma de administración y señalando uno a uno los bienes objeto de la administración fiduciaria. Se trataría de un sistema relativamente parecido al previsto en la Ley 41/2003. Al igual que señalábamos en el caso anterior, la resolución judicial —que revestirá la forma de auto, ex art. 206.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero— unida a la práctica de las pertinentes inscripciones y notas marginales en los Registros de la Propiedad correspondientes a los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario, se constituirá en el eje central de la protección patrimonial del sujeto a tutela. Sin perjuicio de lo que diremos más adelante, entendemos que el requisito de la inscripción de los bienes fiduciarios debe ser exigida por la ley y especialmente —incluso si fuere necesario con carácter constitutivo— para el caso de los patrimonios fiduciarios en los que el fiduciante es una persona sometida a patria potestad, tutela u otra forma de

asistencia o representación legal de esta naturaleza. En el caso de que sea el mismo sujeto a tutela el que, de acuerdo con sus condiciones personales, constituya el patrimonio fiduciario, habrá que atender fundamentalmente a la sentencia de incapacitación para ver la extensión de ésta. Si no existe ninguna prohibición al respecto, regirán las reglas generales. [3] En cuanto al régimen de duración de la fiducia gestión —descartada la constitución de esta figura por el tutor de los bienes—, nos centramos en la constituida por la autoridad judicial y por el mismo sujeto a tutela. En el primer caso, entendemos que la fiducia debe constituirse por el tiempo que previsiblemente vaya a durar la tutela —hasta que el tutelado alcance la mayoría de edad, por ejemplo—. Si este plazo de duración no pudiera determinarse, podrá establecerse como condición resolutoria de la fiducia la cesación de la tutela respecto del menor o incapaz. Si se trata de una fiducia constituida por el propio tutelado, la duración de ésta se regirá por lo convenido por las partes en los términos del artículo 1.255 del Código Civil, sin perjuicio de lo dicho más arriba sobre su capacidad.

- c) *Curatela*. Frente a la patria potestad y la tutela, en la curatela no nos encontramos ante una institución de representación sino de asistencia. Esto implica que frente a las dos primeras figuras en las que el menor o incapacitado no interviene en la toma de decisiones sino que son directamente los padres o el tutor quienes deciden en el marco de actuación de la ley o de la sentencia de incapacitación, en la curatela los actos son realizados por el sometido a dicha institución, siendo asistido, amparado o actuando con el concurso del curador. Esto es importante en cuanto que el curador, por sí mismo, no puede actuar constituyendo el patrimonio fiduciario, sino que es el sometido a curatela quien decide y constituye dicho patrimonio fiduciario. De lo anterior resulta que debemos cambiar el planteamiento respecto de lo que hemos dicho más arriba: [1] en cuanto a quién debe determinar la idoneidad de la constitución del patrimonio fiduciario como forma de administrar el patrimonio del sometido a curatela, es éste y sólo éste quien debe determinar dicha idoneidad. No serán otros quienes decidan por él, si bien será necesario el concurso del curador para la constitución de dicho patrimonio fiduciario. En todo caso, la actuación de éste se regirá escrupulosamente por lo establecido en la sentencia judicial por la que se constituya la curatela que *«determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona*

que debe asistirle», como reza el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; [2] en cuanto a qué requisitos legales serían exigidos para la transmisión del patrimonio fiduciario, debemos estar a lo que determine la sentencia por la que se constituya la curatela. Si nada se determina, entendemos que será de aplicación el régimen general, si bien no podrá practicarse ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad si no se acompaña la sentencia para comprobar su contenido o las condiciones que pudiera contener y la firma del curador asistiendo la constitución de dicho patrimonio y, por último; [3] en cuanto a qué plazo de duración debe tener el patrimonio fiduciario así constituido, dado que es el mismo titular de los bienes el que lo constituye, deberá regirse por la voluntad de las partes, por lo que nos remitimos al régimen general y del que hablaremos más abajo.

- d) *Defensor judicial*. En este caso nos encontramos ante un representante legal no continuo. El primer rasgo lo diferencia del curador por cuanto que este último no es un representante sino un asistente. El segundo rasgo —su temporalidad— lo diferencia de la patria potestad y de la tutela por cuanto que éstos son continuos. El defensor judicial representa al menor o incapaz para una operación concreta como en el caso de los hijos —art. 163—, del ausente —art. 181—, en los previstos en el artículo 299, o en la partición de la herencia —art. 1060.2.º—. Por tanto, será especialmente importante, a la hora de la calificación registral, la lectura de la sentencia en la que se determine qué operación u operaciones puede desempeñar el defensor judicial y durante cuánto tiempo o en qué condiciones. En todo lo demás, nos remitimos a lo dicho para el tutor.

- D) *Emancipación*. Señala el artículo 323 del Código Civil que «*la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador*». Este artículo limita, por tanto, los objetos que pueden ser transmitidos por el emancipado para constituir un patrimonio fiduciario. En sentido contrario, será válida la constitución por el emancipado de un patrimonio fiduciario que no contenga ninguno de los bienes enumerados en el artículo

lo 323 párrafo 1.º o que no se trate de una fiducia de inversión sino sólo de gestión y siempre que el beneficiario sea el mismo emancipado-fiduciante —siempre que en este último caso aceptemos que el emancipado puede enajenar al fiduciario dado que dicha transmisión está limitada temporalmente y, por tanto, no es definitiva—. Si el emancipado quiere incluir alguno de estos bienes necesitará el «*consentimiento de sus padres y, a falta de ambos... el de su curador*». La remisión al curador, de acuerdo con lo que hemos dicho más arriba, hace pensar que los padres no intervendrán como representantes del menor ya emancipado sino como meros asistentes legales, asimilándose a las funciones del curador.

Fundaciones. Debemos tener en cuenta los artículos 19 y siguientes correspondientes al capítulo cuarto de la Ley 50/2006, de 26 de diciembre, de Fundaciones. El artículo 19.2 establece que «*la administración y disposición del patrimonio [de la Fundación] corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley*». Por tanto, deberán ser los administradores quienes, en el ámbito de la administración de los bienes, decidan administrar éstos mediante una fiducia gestión. Pero frente a esta posibilidad se opone el artículo 20, por el que «*la fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual*». Dado que entendemos que el fiduciante pierde la titularidad dominical frente al fiduciario por la enajenación del patrimonio fiduciario, dichos bienes ya no constarán como titularidades del patrimonio de la Fundación sino del fiduciario. Por tanto, este artículo impediría la constitución de patrimonios fiduciarios por los administradores de la Fundación para gestionar el patrimonio de ésta. Esto no obstante, podría aplicarse un régimen similar a lo señalado respecto del emancipado en cuanto que consideremos la transmisión de la Fundación al fiduciario con carácter temporal y siempre que la Fundación conste como beneficiaria de la fiducia.

Personas extranjeras. La regla general es que toda persona —física o jurídica— con nacionalidad en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea puede realizar actividades económicas de una manera libre en España. En cuanto a los nacionales de otros Estados, deberá atenderse a los acuerdos específicos al respecto. En cuanto a la legislación en materia de inversiones extranjeras en España, la norma general es la de la libertad en materia de transacciones internacionales y de traslado de capitales. Vamos a hacer un breve repaso a la legislación básica en esta materia.

El Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, de liberalización de actos y operaciones que supongan cobros o pagos entre residentes y no residentes, o transferencias al o del exterior, parte de la premisa señalada más

arriba: libertad de las transmisiones de capital y operaciones económicas «*sin más excepciones que las que se deriven de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 del presente Real Decreto y de lo que dispongan las Leyes específicamente aplicables*» (58).

Se podrán limitar ciertas operaciones cuando éstas: i) afecten gravemente a los intereses de España, o ii) en aplicación de medidas adoptadas por Organismos Internacionales de los que España sea miembro y en caso de que iii) movimientos de capitales a corto plazo excepcionalmente amplios: a) provoquen fuertes tensiones en el mercado de cambios, y b) originen perturbaciones graves en la dirección de la política monetaria y de cambios española.

En cuanto a la salida y entrada de metálico de y en España, ésta es libre, si bien se establecen una serie de limitaciones en cuanto a la cantidad.

Asimismo, es libre la apertura y mantenimiento por residentes de cuentas denominadas en pesetas o en divisas en oficinas operantes en el extranjero tanto de «Entidades registradas» como de Entidades bancarias o de crédito extranjeras, así como los cobros y pagos entre residentes y no residentes mediante abonos o adeudos en dichas cuentas.

Sin embargo, los residentes que abran una de las cuentas están obligados a declararla, así como a facilitar información relativa a los movimientos al crédito y al débito de las mismas (59).

La Ley 18/1992, de 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España, adapta la Directiva del Consejo de la CEE (88/361/CEE), de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Esta última liberaliza los movimientos de capitales que tengan lugar entre personas residentes en los Estados miembros, «*siendo esta liberalización obviamente aplicable a las inversiones extranjeras*», como cita la Exposición de Motivos de la Ley.

Partiendo del nuevo clima de libertad de movimientos de capital derivado del Real Decreto 1816/1991 —que ya hemos citado más arriba—, se procede a la adaptación de la normativa española. Por su brevedad, transcribimos el texto de los tres únicos artículos de la ley y que son interesantes en cuanto establecen un régimen de especialidad para determinados sectores económicos: Artículo 1: «*a efectos de las inversiones extranjeras en España constituyen sectores con regulación específica en materia de derecho de establecimiento los siguientes: Juego, Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, Televisión, Radio y Transporte Aéreo*». Artículo 2: «*lo anterior no será de aplicación a los residentes en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, salvo por lo que se refiere a las actividades*

(58) Artículo 1.

(59) Artículo 6.

de producción o comercio de armas o relativa a materias de defensa nacional». Artículo 3: «reglamentariamente se podrá establecer un régimen especial en relación con el desarrollo por extranjeros de actividades que participen, incluso a título personal, en el ejercicio de autoridad pública. Asimismo, se podrá establecer reglamentariamente un régimen especial en relación con el régimen de extranjeros por razones de orden público, seguridad y salud pública». Esta ley deroga la de Inversiones Extranjeras, Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio.

El Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, supone el desarrollo del artículo 73.D del Tratado de Maastricht y reconoce la facultad de los Estados miembros para establecer o mantener requisitos administrativos sobre las operaciones liberalizadas.

Ello tiene dos fines fundamentales: posibilitar, por una parte, el conocimiento administrativo, estadístico o económico de tales operaciones, y, por otra, admitir la adopción de medidas justificadas por razones de orden público y seguridad pública. En esta ley, después de declarar (nuevamente) el principio de libertad en materia de inversiones extranjeras, se señala que *«se entenderá [dicha libertad] sin perjuicio de los regímenes especiales que afecten a las inversiones extranjeras en España establecidos en legislaciones sectoriales específicas, y, en particular, en materia de transporte aéreo, radio, minerales y materias primas minerales de interés estratégico y derechos mineros, televisión, juego, telecomunicaciones, seguridad privada, fabricación, comercio o distribución de armas y explosivos de uso civil y actividades relacionadas con la Defensa Nacional. En los supuestos anteriores, las inversiones se ajustarán a los requisitos exigidos por los órganos administrativos competentes fijados en dichas normas. Una vez cumplidos los requisitos dispuestos en la mencionada legislación sectorial, deberá estarse a lo previsto en el presente Real Decreto»* (60).

La ley señala cada una de las posibles formas de inversión extranjera en España: participación en sociedades españolas, constitución y ampliación de la dotación de sucursales, suscripción y adquisición de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por residentes, participación en fondos de inversión, inscritos en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, adquisición de bienes inmuebles sitos en España, cuyo importe total supere los 500.000.000 de pesetas, o su contravalor en euros o cuando, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales, los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, o la constitución, formalización o participación en contratos de cuentas en participación, fundaciones, agrupaciones de interés económico, cooperativas y comunidades de bienes, cuan-

(60) Artículo 1.

do el valor total correspondiente a la participación de los inversores extranjeros sea superior a 500.000.000 de pesetas, o su contravalor en euros o cuando, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio (61).

Dichas inversiones están sometidas a la preceptiva declaración, si concurren los requisitos legales, como, por ejemplo, el del artículo 2.2.a) señalando la ley los sujetos obligados a declarar dichas operaciones: el titular no residente, el fedatario público español, las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito u otras entidades financieras que, de acuerdo con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tengan como actividades propias el depósito o la administración de valores representados mediante anotaciones en cuenta objeto de la inversión, o cuya intervención sea preceptiva para la suscripción o transmisión de valores, de acuerdo con las normas que les sean de aplicación, la entidad depositaria o administradora de los valores no negociados en mercados secundarios, salvo que hubiera intervenido una sociedad, agencia de valores o una entidad de crédito en la operación, en cuyo caso le corresponderá efectuar la declaración a una de estas, tratándose de acciones nominativas, el sujeto obligado a declarar será la sociedad española objeto de inversión, las operaciones de inversión en fondos de inversión españoles deberán ser declaradas por la sociedad gestora del mismo.

El artículo 1.2 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, establece que dichos movimientos y transacciones económicas son libres «sin más limitaciones que las dispuestas en esta ley y en la legislación sectorial específica».

La ley establece la necesidad de información por las personas que realicen operaciones previstas en el artículo 2 de la ley. Dicha información se facilitará «al Ministerio de Economía y al Banco de España en la forma y plazos que se establezcan». Quedan obligados a proveer de información relativa a estas operaciones «las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y otros intermediarios financieros, que intervengan en la realización de las operaciones mencionadas por cuenta de sus clientes...» (62).

Las operaciones que quedan prohibidas son las realizadas con aquellos países que no ofrezcan límites mínimos de seguridad y respecto de los cuales la Unión Europea haya adoptado medidas de salvaguardia (63). Dichas prohibiciones podrán ser también adoptadas por el Consejo de Ministros a tenor

(61) Cfr. Artículo 3.

(62) Artículo 3.

(63) Cfr. Artículo 4.

del mismo artículo y derivado de acuerdo de órganos internacionales distintos de la Unión Europea de los que España sea miembro.

Se prevé la posibilidad de adoptar medidas excepcionales que prohíban o limiten las transacciones y movimientos de capitales y demás operaciones previstas en el artículo 5.1, así como la suspensión del régimen de liberalización (64).

De lo anterior extraemos como conclusión que, efectivamente, el fiduciante y el fiduciario podrán ser personas extranjeras —entendiendo por tal la definida de esta manera por la Ley— y podrán realizar transmisiones de bienes del extranjero a España y viceversa. Pero en dichas transmisiones tendrán que tenerse en cuenta los límites cuantitativos y cualitativos —en este último caso relativos a la naturaleza de negocio que vaya a desarrollarse— y deberá someterse al régimen de comunicación previsto en la ley.

b) *¿Quién puede ser fiduciario?*

Puede ser fiduciario toda aquella persona —física o jurídica— que: i) teniendo capacidad legal para adquirir un bien o patrimonio, ii) lo adquiere y administra en la forma convenida con el fiduciante, y iii) entrega los réditos obtenidos con su gestión y los mismos bienes fiduciarios o los que los sustituyan por subrogación real a la persona del beneficiario.

En cuanto a la capacidad legal para adquirir un bien o patrimonio, debemos centrarnos precisamente en las incapacidades legales para ser adquirente. Estas incapacidades son la consecuencia de una especial relación jurídica entre el adquirente y el transmitente y pretenden evitar los conflictos de intereses. Así, el artículo 1.459 del Código Civil establece la imposibilidad de los mandatarios de adquirir bienes de sus mandantes, los tutores bienes de los tutelados (65), los albaceas bienes de la herencia confiados a su cargo, etc. Por tanto, quien ostente cualquiera de estos cargos no podrá, entre otros, ostentar la posición de fiduciario si el patrimonio de la misma naturaleza está constituido por bienes del tutelado, del mandante o de la herencia.

Esto no obstante, podemos hacer un planteamiento de carácter más global. Está claro que si partimos —como sostenemos en este trabajo— de que el fiduciario se convierte en verdadero titular dominical, el mandatario, por ejemplo, no puede constituirse en fiduciario de los bienes respecto de los que

(64) Cfr. Artículo 7.

(65) Téngase en cuenta lo dicho más arriba respecto del particular caso de los tutores y, en especial respecto de: i) la posibilidad de que el tutor de los bienes pueda, a su vez, nombrar un fiduciario para que administre los bienes del tutelado, y ii) la posibilidad de que el Juez, prescindiendo del nombramiento de un tutor de los bienes del tutelado ordene la administración de patrimonio del incapacitado mediante la figura de la fiducia gestión.

recae el mandato. Esto no obstante, también hemos sostenido en este trabajo que el fiduciario es un titular dominical de carácter teleológico y temporal. Es decir, que si bien es titular dominical, su titularidad se encuentra delimitada en un doble aspecto: i) por su finalidad (la administración del patrimonio fiduciario), y ii) temporalmente (la duración de la administración del patrimonio fiduciario).

Por tanto, dado que una vez cumplidas estas circunstancias los bienes fiduciarios necesariamente deben pasar a un tercero que es el beneficiario, podemos entender que la transmisión del fiduciante al fiduciario, aunque se trate de bienes de la herencia para el caso del albacea, no viola el citado precepto, por cuanto que los bienes fiduciarios no pasan definitivamente al patrimonio del mandatario, albacea o tutor constituidos en fiduciarios.

Como consecuencia de lo anterior, entendemos que las personas señaladas en el artículo 1.459 del Código Civil —en sus respectivos casos y con las limitaciones inherentes a su posición jurídica— pueden constituirse en administradores fiduciarios de los patrimonios puestos a su disposición por razón de su cargo y ello pese a que el mismo artículo 1.459 les prohíbe adquirir la propiedad de dichos bienes dado que su titularidad, aunque es efectivamente dominical de pleno derecho, lo es temporal y destinada a una finalidad, terminada la cual deberán transmitir los mismos bienes a que se refiere el mencionado artículo 1.459 al beneficiario. Únicamente se violaría el precepto del artículo 1.459 en el caso de que los mandatarios, albaceas, tutores, etc., de dicho artículo adoptaran la posición jurídica de beneficiarios, por cuanto que su titularidad ya sería temporalmente definitiva y no destinada a un fin concreto que la limite.

En cuanto a las personas jurídicas, sin perjuicio de lo dicho en otras partes de esta exposición, la incapacidad para situarse como fiduciaria devendrá de la no previsión de sus estatutos para la realización de este negocio jurídico y sin perjuicio de que el legislador establezca para estas sociedades un objeto único u otra suerte de obligaciones accesorias.

En el caso de personas extranjeras, regirá la legislación internacional correspondiente. Si se trata de personas jurídicas con nacionalidad de cualquiera de los estados de la Unión Europea, no se establecerá ningún régimen especial derivado del negocio. Quizá sí se derive del hecho de que la administración se refiera a actividades sensibles para un estado, por lo que habrá de estarse a la legislación europea al respecto. En el caso de terceros estados deberemos estar al principio de reciprocidad. En todo caso, habrá de tenerse en cuenta la legislación sobre inversiones extranjeras en España y viceversa, materia que es objeto de estudio en otra parte de esta exposición.

Además de los supuestos de incapacidad para recibir un bien en propiedad de persona determinada —como es el caso del art. 1.459 del Código Civil—, debemos atender a aquellos casos en los que un sujeto deviene in-

capaz para situarse en la posición de fiduciario por la imposibilidad no ya de adquirir sino de administrar un patrimonio ajeno. Es el caso de todas aquellas sentencias que impidan a una persona ser administrador de una sociedad u otra persona física o jurídica y que deberían, por lógica, prohibir a esta misma persona tomar la posición de fiduciario-gestor. El artículo 172.2.º de la Ley 22/2003, Concursal, establece que *«la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período de tiempo...»*. En un sentido parecido, aunque sin tanta precisión, se manifiesta el artículo 244.4.º del Código Civil, al excluir de la tutela a los *«quebrados y concursados no rehabilitados...»*. El artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que *«no pueden ser administradores... las personas inhabilitadas conforme a la ley Concursal... y los condenados por delitos... contra el orden socioeconómico...»*.

De lo anterior resulta que aquellas personas incapacitadas para administrar un patrimonio ajeno o que hayan cometido delitos económicos deben quedar inhabilitadas para administrar un patrimonio fiduciario, si bien esta prohibición requiere de una norma expresa.

c) *¿Quién es el beneficiario?*

El beneficiario es la persona —física o jurídica— que percibe las rentas generadas por la administración del patrimonio fiduciario y los bienes que conforman este mismo patrimonio fiduciario a la terminación del negocio. El señalamiento del beneficiario podrá hacerse directa o indirectamente pero, en todo caso, el beneficiario —al igual que el resto de las partes del negocio— deberá ser determinado o determinable. En el caso de que se señale directamente, y a los efectos de la pertinente inscripción en los registros públicos con efectos jurídicos, será necesaria la identificación en la forma establecida en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

En caso de que no pueda desprenderse del contrato quién sea el beneficiario pueden plantarse dos alternativas: i) entender que el beneficiario —como regulación supletoria de la voluntad de las partes en defecto de declaración expresa de éstas— es el fiduciante o, ii) declarar el negocio nulo por falta de identificación de una de las partes del negocio (66). Partiendo del principio de conservación del negocio jurídico y de que constituyendo al

(66) Véase artículo 750 del Código Civil.

fiduciante como beneficiario no hay transmisión de bienes a un tercero, optamos por la primera opción.

En cuanto a los tipos de beneficiario existentes, podemos clasificarlos en dos categorías que pueden o no coincidir entre sí y/o con otras partes del negocio: *a)* beneficiario de las rentas que es quien percibirá la plusvalía generada durante la vigencia del contrato de fiducia gestión, y *b)* beneficiario de los bienes fiduciarios resultantes, que es quien percibirá los bienes fiduciarios que queden a la terminación de la fiducia o los que los sustituyan por subrogación real.

En cuanto a las limitaciones para ser beneficiario, nos remitimos fundamentalmente a lo dicho más arriba respecto del fiduciario. Es importante destacar que el beneficiario es el titular definitivo de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario, por lo que toda incapacidad para adquirir bienes determinados o de determinadas personas debe pivotar sobre la persona del beneficiario y no del fiduciario, pese a que éste también es titular dominical por las razones ya expuestas.

ii) ELEMENTOS REALES

a) *Cuestiones teóricas previas*

1. La concepción unitaria de la propiedad dentro de los sistemas continentales y del Derecho español en particular (67). Evolución de la concepción del negocio fiduciario en nuestro país

Inicialmente Jerónimo GONZÁLEZ en un artículo del año 1928, explicó cómo se estaba produciendo una evolución en la concepción de la fiducia que estaba pasando del esquema romanista al esquema germánico. El régimen germánico establecía una división entre la propiedad formal, que correspondería al fiduciario, y la propiedad sustantiva o material, que correspondería al fiduciante (68).

Transcurridos unos años, CASTÁN TOBEÑAS propugnó, de una manera más extensa, una formulación del denominado «doble efecto» o «teoría del doble efecto». Desde esta postura se entendía que el negocio fiduciario producía un doble efecto: el primero de ellos de carácter real, por el que se produce la

(67) Cfr. ARESPACOHAGA, *op. cit.*, pág. 127 y sigs.

(68) Cfr. GÓMEZ GÁLIGO, *op. cit.*, núm. 537. Este autor centra sus críticas a la teoría del doble efecto en la: i) injusticia de los efectos que produce, el ii) apriorismo del planteamiento, dado que falsea la voluntad de las partes, entendiendo que, efectivamente, quisieron lograr ese doble efecto y, por último, la iii) contradicción con el sistema traslativo del dominio existente en España y de lo que hablaremos más abajo.

transmisión del bien del fiduciante al fiduciario y, el segundo, de carácter obligacional, y que hace que el fiduciario quede obligado a restituir el bien a favor del fiduciante una vez cumplido el fin para el que se transmitió (69).

¿Cuál es el elemento que une ambos contratos, esto es, el de transmisión de la propiedad y obligación de restituirla? Parte de la DOCTRINA entendió que se trataba simplemente de dos contratos concatenados pero independientes. Otra parte de la DOCTRINA entendió que se trataba de un único contrato pero de carácter complejo en el que la *causa fiduciaria* o *causa fiduciae* producía el nexo de unión entre ambos contratos. Esta *causa fiduciae*, que implicaba la obligación del fiduciante de transmitir, incluía, por contra, la obligación del fiduciario de retransmitir una vez cumplido el fin de la fiducia. De ello resultaba que se transmitía la propiedad plena del bien al fiduciario, es decir, había transmisión dominical, aunque con la obligación posterior de retransmitir dicha propiedad del fiduciario al fiduciante.

DE CASTRO puso de manifiesto las fallas de la teoría del doble efecto, especialmente por las injusticias que creaba para el caso de que el fiduciario, violando el pacto contraído con el fiduciante, enajenara a terceros de buena fe y a título oneroso los bienes objeto de la fiducia. Como tesis superadora de la teoría del doble efecto, DE CASTRO propuso el concepto de *titularidad fiduciaria* por el que se negaba, frente a la teoría anterior, la efectiva transmisión de la propiedad a favor del fiduciario. Por tanto, éste nunca había llegado a ser verdadero titular dominical del bien. ¿Qué ha transmitido entonces el fiduciante al fiduciario? Considerando, entiende este autor, que la fiducia es un negocio simulado, y eliminada la venta simulada, queda por detrás el negocio de garantía o de gestión y que, según DE CASTRO, no puede producir la transmisión de la propiedad.

Como consecuencia de lo anterior, el fiduciario adquiere una mera *titularidad fiduciaria* con el siguiente contenido: el fiduciario puede retener la cosa, no a título de propietario, sino para la realización de una finalidad acordada y como mero poseedor, lo que implica que no puede enajenar el bien a título de dueño.

La DOCTRINA posterior ha hecho referencia, partiendo de la teoría de DE CASTRO, a la existencia de una doble propiedad: propiedad material que es la correspondiente al fiduciante y que mantiene el dominio —por tanto, no se produce verdadera transmisión del dominio en favor del fiduciario— y propiedad formal que es la correspondiente al fiduciario y que deriva de la apariencia que crea *ad extra* el negocio realizado.

(69) Y de lo cual resulta la posibilidad, por parte del fiduciante, de ejercer una acción reivindicatoria —acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario— contra el fiduciario, lo que refuerza la idea de que no ha habido una verdadera transmisión del dominio al fiduciario. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1811, y STS de 2 de diciembre de 1996.

Acercándonos a los autores más modernos, CÁMARA LAPUENTE entiende que es requisito esencial del negocio fiduciario la descomposición entre un plano externo y uno interno (70). El externo vendría dado por la apariencia generada frente a terceros por la transmisión de la propiedad a favor del fiduciario (71), mientras que el aspecto interno vendría dado por el contrato de las partes por el que se da al bien transmitido una finalidad concreta que sólo vincularía a estas mismas partes dado que no se da a conocer (72).

Unido a lo anterior, propone añadir la idea de *patrimonio afectación* o *patrimonio destinado a un fin* lo que, según el mismo autor, permitiría acercarnos al *trust* continental regulado en el Convenio de La Haya de 1985 y que «constituiría una universalidad jurídica, cuya unidad provendría del destino a un fin concreto, en el cual operaría el principio de subrogación real y responsabilidad autónoma que dejaría de existir al desaparecer su base jurídica» (73). Así, el fiduciario ostentaría una mera titularidad formal, de carácter funcional y transitorio, pero que no ingresaría en su propio patrimonio (74).

De la evolución histórica señalada puede desprenderse una tendencia: desde una postura dogmática inicial que niega la existencia de una verdadera transmisión dominical a través del negocio fiduciario a la apertura de una nueva vía de aceptación práctica de la figura de la fiducia gestión en nuestro ordenamiento jurídico, vía que persigue, directa o indirectamente, regular este negocio en términos próximos a los establecidos por el mentado Convenio de La Haya de 1985 y que permitirían una verdadera transmisión dominical del patrimonio fiduciario.

Esta nueva vía de aceptación parte, en líneas generales, de la idea de que: i) se produce una efectiva transmisión de las partes por la que el fiduciario se constituye como verdadero titular dominical con lo que no existe ninguna propiedad desdoblada, sin perjuicio de que podamos distinguir entre un plano real —el de la transmisión dominical— y otro obligacional —el del contrato del fiduciante con el fiduciario—; ii) el fiduciario está obligado a la administración del bien y a entregar al beneficiario los réditos obtenidos y los bienes transmitidos fiduciariamente o los que les sustituyan por subrogación real; iii) el beneficiario carece de cualquier tipo de derecho real sobre el bien transmitido fiduciariamente, si bien se hace necesaria la determinación de medios de defensa de los intereses del mismo beneficiario y, en su caso, del fiduciante

(70) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1772 y sigs.

(71) La STS de 2 de diciembre de 1996 niega la transmisión del dominio en este sentido a favor del fiduciario.

(72) Por tanto, este autor retoma la teoría del doble efecto entendiendo que existe un doble vínculo: respecto de terceros de naturaleza real y entre partes de naturaleza obligacional.

(73) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1780.

(74) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1779.

para asegurar el fin pactado; iv) pese a que el bien fiduciariamente transmitido al fiduciario entra en el patrimonio de éste, debe distinguirse claramente entre el patrimonio propio, personal, del fiduciario y el transmitido fiduciariamente —el denominado como patrimonio fiduciario—, dado que de las deudas personales del fiduciario sólo deberá responder su patrimonio personal, mientras que de las deudas fiduciarias —que son las derivadas de la administración del patrimonio fiduciario— sólo deberán responder los mismos bienes fiduciarios, y, por último, v) la necesidad de establecer medios de control de prevención del fraude y del blanqueo de capitales en el uso de esta figura.

En nuestra opinión se ha propuesto históricamente un desdoblamiento forzado y artificioso de la propiedad que, si bien inicialmente puede basarse en determinados preceptos del Código Civil —vid. arts. 596, 1.605 y 1.628 y sigs.— de un estudio más profundo debemos considerar estos mismos preceptos como una adaptación literal y errónea en cuanto que no atiende a la naturaleza jurídica de propiedad expuesta en nuestra legislación. Por tanto, entendemos que nuestro ordenamiento propugna un concepto unitario de la propiedad que no permite divisiones entre un aspecto material y otro formal de la misma, lo que implica la imposibilidad de crear en nuestro ordenamiento jurídico una nueva suerte de derecho real que parta de la idea del desdoblamiento del derecho de propiedad (75).

Entendemos —como veremos más adelante al hacer referencia al principio de causalidad de nuestro ordenamiento jurídico— que la administración de un bien es causa suficiente para la transmisión dominical del mismo bien. Por tanto, el fiduciario se convierte en verdadero propietario a todos los efectos, aunque con un dominio condicionado temporal y teleológicamente. Por tanto, el recurso al desdoblamiento de la propiedad resulta innecesario además de inadmisibile en nuestro ordenamiento jurídico.

(75) Diversos autores han centrado uno de los problemas de la fiducia gestión en la imposibilidad de crear nuevos derechos reales debido a la controversia de *numerus apertus/clausus* que existe en torno a nuestro Derecho. Dado que entendemos que lo que se produce es la verdadera transmisión del dominio sin creación de ningún derecho real especial, no desarrollaremos este tema de debate en el presente trabajo. En todo caso, debemos señalar que el Convenio de La Haya ha evitado la referencia al *dual ownership* —propiedad desdoblada entre el *trustee* y el beneficiario— precisamente para no aumentar las reticencias frente a esta figura de los países romanistas. Además, la supuesta existencia de un *numerus clausus* en nuestro sistema legal no ha sido considerado como obstáculo insalvable para la aceptación en nuestro ordenamiento jurídico del *trust* (cfr. MARTÍN SANTISTEBAN, «El instituto del *trust* en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del “civil law”», en *The Global Law Collection*, Legal Studies Series, Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 92-93, y BORRÁS y GONZÁLEZ BEILFUSS, *National report of Spain*, HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN (directores), *Principles of European trust Law*, vol. 1, Kluwer Law International, W. E. J. Tjeenek Willink, Deventer/La Haya, 1999, pág. 159); en cuanto a la discusión sobre la posibilidad de crear nuevos derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico, véase CARAMÉS PUENTES, *Algunas garantías inmobiliarias atípicas o indirectas*, págs. 133-148, Estudios Deusto, 1981.

Podemos, por tanto, hacer referencia a una *titularidad fiduciaria*, pero no en el sentido que señalaba DE CASTRO —titularidad que no es de dominio y fruto de un negocio simulado— sino haciendo referencia a la (verdadera) titularidad dominical del fiduciario y a la vinculación del bien durante un tiempo a una finalidad concreta. En consecuencia, podemos definir la titularidad fiduciaria de gestión como *aquella que ostenta el fiduciario respecto de los bienes adquiridos por él dominicalmente para su administración y con la obligación de entregar, en la forma convenida, al beneficiario, los réditos obtenidos de la misma administración del bien y los bienes adquiridos fiduciariamente al mismo beneficiario, una vez que concluya el plazo de la fiducia*.

El amparo de la inscripción de la titularidad fiduciaria se encuentra en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria que permite expresamente la «*inscripción de transmisiones cuyo objeto sea transmitir a otro el mismo bien o invertir [gestionar] su importe en [para] objeto determinado*». Este artículo está inicialmente pensado para el caso de las herencias de confianza de Cataluña —vid. arts. 150 a 153 del Código de Sucesiones de Cataluña aprobado por Ley 40/1991—, de Navarra —vid. Leyes 289 a 295 de su Compilación— o de derecho común —vid. arts. 781 y sigs. del Código Civil—. En cuanto a la forma de actuación de los patrimonios fiduciarios, es interesante atender al esquema propuesto por el Derecho Común. En este caso, efectivamente, se transmite la propiedad al fiduciario, que es un verdadero heredero. Este nuevo propietario, que es el fiduciario, debe gestionar el patrimonio en la forma ordenada por el causante —vid. arts. 783 *in fine a sensu contrario*— hasta que por cumplimiento del plazo o de la condición deba proceder a transmitir, nuevamente, el dominio en favor del fideicomisario. Por tanto, el fiduciario sí ha sido propietario ostentando una titularidad dominical, es decir, aquella titularidad de dominio que adquiere el fiduciario en virtud del mismo negocio fiduciario y que afecta el bien a la realización del fin para el cual se transmitió y con obligación de retransmitir el mismo bien a favor de un tercero denominado fideicomisario (en la fiducia gestión denominado beneficiario).

Como conclusión entendemos que: i) nuestro ordenamiento no prevé el desdoblamiento de la propiedad en una esfera material y otra formal; sin embargo, ii) nuestro ordenamiento jurídico sí prevé la posibilidad de que la propiedad, siendo única, esté condicionada suspensiva o resolutoriamente o tenga un plazo, término, de duración, así como que la propiedad transmitida deba invertirse en un objeto o de una forma o modo determinado; iii) la titularidad dominical sometida a condición o cláusula temporal no pierde por ello su condición de tal titularidad dominical; iv) los artículos del Código Civil, que hacen referencia a dicho desdoblamiento de la propiedad, parecen ser adaptaciones erróneas de otras legislaciones a nuestro ordenamiento; iv) que el ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad de transmitir a un sujeto la propiedad de un bien con obligación de transmitir el mismo bien,

una vez cumplido el término o la condición, a un tercero; v) que esta posibilidad se refiere a los negocios *mortis causa* y que entendemos aplicable por analogía a los negocios *intervivos* y, por último, vi) que la legislación hipotecaria prevé la posibilidad de las inscripciones fiduciarias en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria sin que del mismo artículo podamos entender que el ordenamiento jurídico prevea la existencia de una propiedad desdoblada.

2. La concepción causalista de nuestro Derecho (76)

Siendo, como hemos sostenido en el punto anterior, única la propiedad en nuestro derecho de suerte que no admite desdoblamientos, es necesario preguntarse si la gestión de un bien puede implicar la transmisión dominical del mismo bien del fiduciante al fiduciario. Como hemos sostenido a lo largo del presente trabajo, configuramos la fiducia gestión como un negocio jurídico por el que se produce la transmisión del dominio del fiduciante al fiduciario sin ninguna suerte de desdoblamiento con la finalidad de que el fiduciario administre.

Frente a esta posibilidad de transmisión dominical, en el caso de la fiducia gestión se ha señalado por parte de la DOCTRINA que en un sistema causalista como el nuestro la administración de un bien no justifica la transmisión del dominio del mismo bien (77) o, dicho de otra manera, que la administración de un bien no es causa para la transmisión dominical del mismo.

Para abordar esta oposición de la DOCTRINA debemos diferenciar entre la: i) *fiducia cum amico*, y la ii) *fiducia cum creditore* (que, recordemos, consiste básicamente en el afianzamiento de un crédito mediante la transmisión dominical de un bien a favor del prestamista ahora convertido en fiduciario).

En el caso de la i) *fiducia cum creditore*, el artículo 1.859 del Código Civil es claro al decir que «*el acreedor no podrá apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas*» (78). Por tanto, existe una norma de derecho imperativo que impide desvirtuar el objeto de los negocios de garantía que no es otro que el de asegurar la deuda principal ex artículo 1.857

(76) Cfr. ARESPACOHAGA, *op. cit.*, pág. 127 y sigs.

(77) En este sentido, JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en ADC, 1983, págs. 1435-1455; en contra, MARTÍN SANTISTEBAN, *op. cit.*, págs. 78 y sigs.

(78) Como acertadamente señala GÓMEZ GÁLLIGO, «*dicha prohibición de pacto comisorio excluye no sólo los pactos expresos de disposición a favor del acreedor en caso de falta de pago de la deuda garantizada, sino todos los negocios indirectos que puedan llevar a la contravención de la misma prohibición...*», lo que incluiría, según el mismo auto, la: i) opción de compra en función de garantía máxime si se pacta un poder irrevocable del deudor a favor del acreedor, la ii) venta a carta de gracia en derecho común cuando es en garantía de una deuda, y el ii) pacto comisorio marciano lo que es, a nuestro parecer, conforme con el espíritu de la norma que trata de evitar cualquier tipo de apropiación por medio de un negocio directo o indirecto (*op. cit.*, núm. 33, págs. 541-544).

del Código Civil y no el de adquirir, por parte del acreedor, el dominio del objeto que sirve de garantía.

¿Por qué existe este artículo 1.859? Puede entenderse que el objeto del mismo es declarar que la garantía no es causa suficiente para la transmisión de la propiedad. Pero también puede entenderse que lo que la norma busca simplemente es evitar que el acreedor hipotecario pueda hacer aparecer ante terceros que es el verdadero dueño del bien que sirve de garantía y enajenarlo a estos mismos terceros, los cuales se verían protegidos frente al deudor hipotecario precisamente por dicha apariencia legal (79).

La primera explicación parte de la idea de que la garantía no es causa suficiente para adquirir un bien. La segunda explicación, sin embargo, parte de que la garantía sí puede ser causa de adquisición del bien, pero que por los motivos de seguridad que hemos señalado se impide puntualmente dicha adquisición. Es decir, se prohíbe que el acreedor hipotecario adquiera la propiedad del bien hipotecado no porque la garantía sea una causa insuficiente para transmitir el dominio sino para evitar que el deudor pierda la cosa dada en garantía adulterándose el objeto el contrato.

A favor de esta última interpretación debemos señalar que otros Derechos de similares raíces que el común, como es el caso del Derecho navarro y catalán, admiten la transmisión dominical de un bien en función de garantía.

En consecuencia, entendemos que el objeto de dicho artículo 1.859 del Código Civil no es hacer una declaración de insuficiencia de causa en relación con los artículos 1.274 y siguientes del mismo texto, sino que tiene por objeto el *orden público* a que se refiere el artículo 1.255 del Código Civil y que impide a las partes desvirtuar unilateralmente el negocio realizado. Este artículo 1.859 es, por tanto, no una declaración teórica de insuficiencia de causa sino de control del negocio, limitando la facultad negocial de las partes para defender a una de ellas.

En cuanto a la ii) *fiducia cum amico*, no existe ningún precepto similar al artículo 1.859 del Código Civil que impida que las partes puedan transmitir el dominio a los efectos de administración. Esto hace que al no existir una norma de derecho público que impida a las partes transmitir el dominio, si las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente derivados de su propia voluntad (80), no se entiende que se declare que la administración de un bien no faculta la transmisión dominical del mismo bien en favor del administrador-fiduciario.

(79) Nos referimos, lógicamente, al supuesto en que el acreedor hipotecario hiciere constar, a través de un pacto comisario en el Registro de la Propiedad, una titularidad dominical sobre el bien que sirva de garantía, por lo que terceros adquirentes del acreedor hipotecario se verían protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(80) Cfr. artículo 1.255 del Código Civil.

Los artículos 1.274 y siguientes del Código Civil son lo suficientemente amplios como para incardinar dentro de ellos una transmisión de la propiedad en la que el fiduciante pierda dicha titularidad a favor del fiduciario y éste se vea obligado a gestionar el patrimonio única y exclusivamente al fin propuesto y de acuerdo con los pactos de las partes.

En nuestra opinión, entendemos que las partes desearon la transmisión del dominio a los efectos de que el bien sirviera para la realización de un fin lícito, querido por las partes con conocimiento del negocio realizado, que no disimula ningún otro acto y que, por tanto, es merecedor de la tutela jurídica. Por ello, entendemos que la propiedad ha salido del fiduciante a favor del fiduciario, por lo que interpretar lo contrario es establecer un aserto apriorístico respecto del negocio expresado y contrario a la voluntad manifestada de las partes (81).

3. El principio de responsabilidad personal universal del deudor

Analizado el concepto unitario de propiedad en nuestro Derecho y el principio de causalidad, pasamos a centrarnos en otro punto discutido por la DOCTRINA, a saber: la posibilidad de que el fiduciante emplee esta figura para defraudar a sus acreedores.

Partiendo del artículo 1.911 del Código Civil que señala que «*del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*», analizamos los motivos relativos a la responsabilidad patrimonial que han llevado a numerosos estudiosos a oponerse a la configuración de la fiducia gestión:

- i) *Posibilidad de que el fiduciante constituya un patrimonio fiduciario con todos sus bienes para evitar que futuros deudores tengan un patrimonio sobre el que ejecutar.* Debemos recordar que respecto de las transmisiones a título gratuito, el artículo 643 del Código Civil señala que «*no mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya*

(81) Véase MARTÍN SANTISTEBAN, *op. cit.*, págs. 80-85. Esta autora señala que los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, al adaptar la figura del *trust* han admitido «*mayoritariamente la validez de la causa fiduciae como causa transmisiva de la propiedad*» lo que, si bien habrá que atender a las normas imperativas de cada país para poder realizar dicho reconocimiento, no es menos cierto que, eventualmente, facilitará que en España se produzca dicho reconocimiento. En este sentido, es interesante el caso de Italia en que la jurisprudencia ha coadyuvado al reconocimiento del *trust* como causa de la transmisión del dominio al reconocer la existencia de un interés digno de tutela y aceptar el esquema causal empleado, esto es, la atribución del dominio a un sujeto para que emplee los bienes en la realización del fin señalado por las partes.

hecho en fraude de los acreedores. Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella». El ordenamiento jurídico declara revocables aquellas donaciones que se hubieren hecho en fraude de acreedores, es decir: las donaciones hechas *después* de haber contraído la deuda pero no *antes* (82). No puede, por tanto, sostenerse la existencia de fraude por parte del fiduciante por el mero hecho de que éste transmita todos sus bienes antes de haber contraído deuda alguna dado que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros pero no con los pasados (83).

- ii) *Posibilidad de que el fiduciario sea el titular de dos patrimonios distintos, el personal y el fiduciario, y que cada uno de éstos tenga un centro distinto de imputación de responsabilidad.* Determinado sector de la DOCTRINA ha planteado que a cada patrimonio le corresponde un titular y a cada titular un solo patrimonio. Esto implica que de todas las deudas contraídas por un sujeto responde la totalidad de los bienes de que es titular. Frente a esta tesis planteamos otra: que una persona sea a la vez titular de diversos patrimonios, cada uno de los cuales sólo deberá responder de un determinado tipo de deudas. En el caso de la fiducia, el planteamiento que acabamos de exponer supondría que una persona sea titular de un conjunto de bienes que pueden ser separados por la causa de adquisición, fiduciaria o no fiduciaria, de acuerdo con la definición expuesta más arriba. Esta separación supondrá necesariamente que el centro de imputación de ingresos y gastos del patrimonio fiduciario y del no fiduciario —que llamaremos patrimonio personal— será distinto sin que puedan perseguirse bienes propios del patrimonio personal por deudas del patrimonio fiduciario ni viceversa.

(82) En este caso sólo podría dejarse sin efecto la donación (revocación, reducción o reversión) por las causas expresamente establecidas en la ley, pero no por el mero hecho de que el donante hubiera contraído deudas con posterioridad a la donación.

(83) Se produce la oposición a una figura por los fraudes que pueden realizarse mediante su empleo. Esto no obstante, y como veremos, la prevención del fraude no debe centrarse, en nuestra opinión, en la eliminación de la figura sino en el reforzamiento de los controles de inspección fiscal y en materia de blanqueo de capitales. Nuestra tesis es que la figura es, por sí misma, positiva, en tanto que facilita la gestión por un tercero del patrimonio del fiduciante lo que atrae capitales. Pero también es cierto que esta figura aparece especialmente sensible para ser empleada con fines ilícitos, especialmente fiscales y de evasión de patrimonios a los efectos de no responder de las deudas. Pero la acción ilícita no deriva de la existencia de la figura, las sociedades anónimas y limitadas también sirven como medio de evasión de impuestos, sino de la voluntad de los sujetos que emplean la figura. Por ello debe ser reforzada la legislación preventiva y la inspección.

Pero, ¿es posible que un sujeto sea titular de dos patrimonios cuyos ingresos y gastos vengan perfectamente determinados sin que unos y otros (ingresos y gastos) puedan afectar indistintamente a cada uno de los patrimonios? ¿No supone esta posibilidad una incongruencia con el mentado artículo 1.911 del Código Civil al limitar a los acreedores los bienes que pueden perseguir para cobrar sus créditos? Debemos tener en cuenta que la separación patrimonial supone que los acreedores personales no podrán perseguir los bienes del deudor-fiduciario adquiridos por causa de fiducia y, viceversa, que los acreedores fiduciarios del fiduciario-deudor no podrán perseguir los bienes correspondientes al patrimonio personal del deudor, dado que no están afectos a responsabilidad por las deudas del patrimonio fiduciario.

Si aceptamos la *separación patrimonial* entendida como la posibilidad de que una persona sea titular de dos patrimonios totalmente independientes entre sí, tanto por los ingresos como por los gastos que le son imputables a cada uno de estos patrimonios, deberemos entender de una manera matizadamente distinta el artículo 1.911 del Código Civil que podríamos reescribir de la siguiente manera: «*del cumplimiento de sus obligaciones personales responderá el deudor (el fiduciario) con todos sus bienes presentes o futuros que tengan origen personal y, del cumplimiento de sus obligaciones fiduciarias responderá el deudor (el fiduciario) con todos sus bienes presentes y futuros que tengan origen fiduciario. El patrimonio personal del deudor (fiduciario) no responderá de las deudas fiduciarias ni viceversa*».

La aceptación de un doble patrimonio con una sola titularidad —la del fiduciario— permite la existencia de dos órdenes distintos para la prelación de los créditos, dependiendo de que éstos sean personales o fiduciarios. ¿Vulnera esta configuración del patrimonio de una persona el principio de la *a) par conditio creditorum*, o el de *b)* responsabilidad patrimonial universal del deudor? En ambos casos la respuesta, entendemos, debe ser negativa.

En cuanto a la *a) par conditio creditorum*, porque el hecho de que haya dos patrimonios —personal y fiduciario— de los que una misma persona sea titular, no afectará a la igualdad de los acreedores respecto de cada uno de los patrimonios. Esto es, la igualdad de los acreedores se defiende respecto de cada masa patrimonial, independientemente una de otra. Por tanto, los acreedores que lo sean en virtud de deudas fiduciarias tendrán que establecer la preferencia para el cobro de sus créditos respecto del patrimonio fiduciario sin incluir bienes pertenecientes al patrimonio personal del fiduciario-deudor.

En cuanto al *b)* principio de responsabilidad patrimonial universal, la respuesta también debe ser negativa, dado que este principio se respetará al concurrir todos los bienes del deudor-fiduciario, personales por una parte y fiduciarios por otra, al pago de sus deudas personales o fiduciarias respectivamente. La única especialidad será la de determinar qué bienes son los que deban responder de las deudas: los fiduciarios o los personales. Una vez determinado el origen de la deuda —personal o fiduciaria— todos (insistimos, todos) los bienes fiduciarios o personales del deudor vendrán obligados a responder de la deuda en los términos establecidos por el ordenamiento jurídico. Esta separación patrimonial implicará, por ejemplo, que los bienes de la fiducia no están afectos al cumplimiento de las obligaciones familiares del fiduciario para el caso de que éste estuviera casado (84) o que la herencia del fiduciario, para el caso de que falleciera constante el negocio fiduciario, estará formada por los bienes, derechos y obligaciones (todos ellos *personales*) de los que fuera titular al tiempo de su fallecimiento. A estos supuestos, entre otros, se refiere expresamente el artículo 11 del Convenio de La Haya y del que hablaremos más abajo.

¿Qué supuestos existen en nuestro ordenamiento jurídico de patrimonios separados y/o afectos a un fin? Tenemos el supuesto de la herencia aceptada a beneficio de inventario en la que el heredero responde de sus deudas personales sólo con su patrimonio y de las deudas de la herencia sólo con los bienes de ésta y hasta donde lleguen los bienes de la misma.

Otro de los supuestos es el del patrimonio del sujeto discapacitado regulado en la Ley 41/2003 (85). Sin embargo, frente al supuesto de

(84) A estas obligaciones se refiere el artículo 1.319 del Código Civil que señala que *«cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial»*.

(85) En cuanto a la inscripción de este patrimonio en el Registro de la Propiedad, ésta viene regulada en el artículo 8 de la Ley 41/2003, que señala que *«la representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta ley [relativo al administrador del patrimonio cuando éste no sea el mismo incapacitado] se hará constar en el Registro Civil. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente. La misma mención se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio*

la herencia aceptada a beneficio en que hay una separación nítida entre deudas de la herencia y deudas propias del heredero, en el caso del patrimonio del discapacitado —señala acertadamente SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (86)— «una de las mayores carencias de la Ley es la falta de previsión de la limitación de la responsabilidad del patrimonio protegido únicamente a sus propias deudas». La ley, por tanto, no establece, por desgracia, que el patrimonio del discapacitado responda únicamente de las deudas contraídas para la «satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares» que es, precisamente, el objeto de dicho patrimonio, como señala el artículo 1 de la Ley. La separación de este patrimonio se limita por tanto a la administración y la supervisión, pero no incluye un deseable régimen de separación de responsabilidad. Si quiso crearse un patrimonio que asegure las mentadas necesidades vitales de sus titulares y «regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial», como cita la Exposición de Motivos de la Ley, hubiera sido lógico establecer no sólo una separación de administración y supervisión, sino también de responsabilidad de dicho patrimonio (87). Lo cierto es que el ordenamiento jurídico ha aceptado la constitución de patrimonios autónomos (88) mediante el estableci-

protegido, se notificará por el Notario autorizante o por el Juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones a que se refiere el apartado anterior». Véase, en este sentido, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, «La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *RCDI*, núm. 695, págs. 1057-1097, 2006, pág. 1085.

(86) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. cit.*, pág. 1088.

(87) Cfr. SERRANO GARCÍA, «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, octubre-diciembre, 2004, pág. 248, citado por SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. cit.*, pág. 1089.

(88) La misma Ley 41/2003 habla en su Exposición de Motivos de que «el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio...» y, en cuanto al régimen especial por el que se rige, «los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico». Por tanto, lo que la ley regula es un patrimonio separado del discapacitado aunque, bien es cierto, que separado únicamente en cuanto a la administración de dicho patrimonio pero no en cuanto a la titularidad de los bienes que continúan perteneciendo al mismo discapacitado. En este caso entendemos que nos encontramos con una figura intermedia que podría servir de puente para llegar a la transmisión no sólo de facultades de administración sino también

miento de reglas específicas respecto de la: a) forma de administración del patrimonio, y/o b) causas por las que debe responder el patrimonio, es decir, quién puede vincular por sus deudas al patrimonio constituido con un fin concreto.

HERBOSA MARTÍNEZ (89), delimitando el concepto de patrimonio separado, señala que *«el principio de separación es esencial cuando una persona posee varios patrimonios. Pero la separación técnicamente implica un destino especial y diferenciado del resto del patrimonio general o de otros patrimonios separados, y ello supone que sólo los bienes coloreados por esa finalidad formen parte de él y que únicamente corran a cargo de ellos deudas determinadas... la existencia de un patrimonio separado... implica también la no existencia de confusión ni consolidación...»*. Posteriormente caracteriza la misma autora el patrimonio creado por la Ley 41/2003 como *«una masa o conjunto de bienes sujetos a un régimen especial de gestión y al que se le otorgan determinados beneficios de orden fiscal...»* pero que, como hemos visto, carece de un centro independiente de imputación de ganancias y pérdidas.

En cuanto al mismo concepto de patrimonio, señala PARDO NÚÑEZ (90) que *«para poder hablar de independencia y autonomía patrimonial de un fondo es necesario que concurren, al menos, dos efectos...: i) que los bienes afectos queden sustraídos a posibles responsabilidades por razón de negocios propios del constituyente del fondo, del gestor o de sus beneficiarios; ii)... que los bienes afectos respondan exclusivamente del cumplimiento de las obligaciones resultantes de las operaciones realizadas en ejecución de los fines perseguidos...»*. Nos interesa hacer resaltar aquí qué es lo que no entendemos por un patrimonio separado: la mera adscripción de unos bienes a un fin determinado no producen *per se* la constitución de un patrimonio separado.

Entendemos que para que exista verdadera separación de patrimonios es precisa la determinación, separación y clasificación de las deudas que pueden vincular a dicho patrimonio. La declaración de que sólo un tipo de deudas pueden vincular a un patrimonio obligán-

del dominio, ora constituyendo un patrimonio con personalidad jurídica propia que sólo responda de sus propias deudas, ora entendiendo que el fiduciario adquiere el bien en propiedad, pero para la realización de un fin, por lo que las deudas propias del fiduciario no podrían ser satisfechas por los bienes transmitidos.

(89) HERBOSA MARTÍNEZ, «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en AC, núm. 16, 2005, págs. 1925-1954; págs. 1928-1929.

(90) PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1911-1912.

dole a responder de las mismas deudas es el único verdadero rasgo definitorio que determina la existencia de un patrimonio separado. La mera determinación de la finalidad que debe cumplir un patrimonio —como, por ejemplo, satisfacer las necesidades del menos discapacitado— sin que haya especialidad y exclusividad respecto de las deudas imputables al citado patrimonio implica que no nos encontramos ante un verdadero patrimonio separado.

Por último, es interesante hacer notar los efectos que se derivan de la separación patrimonial de acuerdo con la Convención de La Haya, que en su artículo 11 señala que *«a trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity. In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular- a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets; b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy; c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death; d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets»*.

Se centra este artículo en las consecuencias prácticas del reconocimiento de la separación patrimonial y de la titularidad del fiduciario: i) que el fiduciario podrá, como titular de dicho patrimonio, demandar y ser demandado por razón del mismo; ii) que podrá actuar ante Notario como titular del patrimonio fiduciario o apoderar a alguien para que actúe en nombre del mismo fiduciario y en relación con el patrimonio fiduciario; iii) que los acreedores personales del fiduciario no podrán dirigirse, por razón de estos mismos créditos, contra el patrimonio fiduciario sino sólo contra su patrimonio personal; iv) que los bienes fiduciarios no pertenecen al patrimonio conyugal para el caso de que el fiduciario esté casado ni tampoco formarán parte de la masa hereditaria del fiduciario para el caso de fallecimiento de éste; v) que los bienes fiduciarios podrán ser recuperados para el caso de que el fiduciario los haya confundido con su patrimonio personal.

4. Consecuencias prácticas del reconocimiento de un patrimonio separado

- a) *Separación de contabilidades.* Implica la determinación por separado del activo y pasivo del patrimonio personal y del fiduciario. La claridad de la contabilidad será uno de los medios por los que se evite la confusión de patrimonios a que se refiere el artículo 11 del Convenio de La Haya (91).
- b) *Determinación de obligaciones fiscales.* Es preciso concretar cuáles serán las obligaciones fiscales —de las que hablaremos posteriormente— a las que estará sometido el patrimonio fiduciario y las partes en virtud del negocio. Para determinar la certeza en el cumplimiento de dichas obligaciones se hace imprescindible determinar qué bienes pertenecen al patrimonio personal y cuáles al fiduciario o cuándo ha habido una ganancia patrimonial siendo en este último caso imprescindible —para determinar la obligación o no de tributar— establecer la diferencia entre una adquisición temporal o transitoria —la correspondiente al fiduciario— y una adquisición definitiva —la correspondiente al beneficiario—.
- c) *Señalamiento con efectos frente a terceros en un registro público de los bienes fiduciarios.* Es decir, es imprescindible lograr la seguridad jurídica en las titularidades a los efectos de determinar qué bienes pertenecen al patrimonio personal del fiduciario y cuáles al fiduciario. Por tanto, el Registro de la Propiedad y demás registros con efectos jurídicos se postulan imprescindibles para lograr la configuración de la fiducia de manera tal que se reduzcan al mínimo posible las opciones de fraude en el empleo de esta figura. Todo acreedor debe saber con qué bienes —personales o fiduciarios, según la naturaleza de la deuda— cuenta el deudor para responder del cumplimiento de sus obligaciones y esta determinación sólo puede resultar de la inscripción en los citados registros públicos.
- d) *Centros distintos de imputación de responsabilidad.* Implica que el patrimonio personal y el fiduciario responden cada uno por separado y sin que se puedan (deban) confundir.
- e) *Centros distintos de imputación de ingresos.* Implica que la entrada de bienes de cada patrimonio, aunque el titular sea el mismo, trae diferentes causas. Sólo pertenecerán al patrimonio fiduciario los bienes transmitidos inicial o posteriormente del fiduciante al fiduciario por causa de la misma fiducia y lo que el fiduciario adquiera a costa o en sustitución de los mismos bienes fiduciarios. Por tanto, no en-

(91) Véase artículos 6.2 y 65 del Reglamento del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

trarán en el patrimonio personal del fiduciario ninguno de los bienes mencionados. En la disolución de la sociedad de gananciales del artículo 1.344 deberá decirse que «*mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios provenientes de sus patrimonios personales respectivos y obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla*». En el régimen de participación, el artículo 1.411 deberá leerse como sigue: «*en el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte a partir de su patrimonio personal durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente*». Por último, y sin perjuicio de lo dicho más arriba, en materia de herencia, el artículo 659 deberá entenderse de la siguiente manera: «*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que formen parte del patrimonio personal de una persona y que no se extingan con la muerte de ésta*».

- f) *Personalidad jurídica propia del patrimonio fiduciario y la cuestión de la inscripción en un registro público*. Hasta ahora hemos hablado de la necesidad de constituir un patrimonio autónomo con su propia fuente de ingresos, gastos, centro de imputación de responsabilidad y contabilidad, siempre sujeto tal patrimonio a una titularidad, la del fiduciario. Sin embargo, puede plantearse la fiducia como la creación de un patrimonio autónomo con personalidad jurídica propia que mantiene una unidad a través de la adscripción a un fin determinado (92). La creación de un patrimonio autónomo —que nos lleva a la discusión de si un patrimonio puede existir sin titular y por tanto si atribuirle o no personalidad jurídica— tiene la falla de parecerse demasiado a una sociedad mercantil que algún autor ha llegado a calificar de patrimonio con personalidad jurídica (93). Entendemos que la atribución del patrimonio al fiduciario da mayor estabilidad jurídica en este sentido y evita otro tipo de discusiones como las mencionadas si bien habrá de atenderse a las necesidades y soluciones que el mercado dé en este sentido. En el caso de que se configure la fiducia gestión como un patrimonio autónomo, nos encontraríamos con que el fiduciario se asemeja más a un apoderado que sirve un patrimonio que a un titular dominical, si bien genera otra clase de beneficios

(92) Véase la Exposición de Motivos de la propuesta de regulación de los patrimonios fiduciarios en *Treballs Preparatoris...*, págs. 31-32.

(93) Sobre la ausencia de personalidad jurídica, la inscripción en el Registro de la Propiedad y sobre el derecho de un patrimonio —tenga o no personalidad jurídica— a hacer suyas las ganancias obtenidas, véase PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1923 y 1924-1925, respectivamente.

como es la posibilidad de aplicar regímenes extranjeros en materia de *trust*, lo que facilitaría mucho la regulación de la figura. Por tanto, si bien somos más proclives a la primera estructura no descartamos la segunda por los beneficios claros que reporta.

En cuanto a la inscripción de la fiducia gestión en un registro público, sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba, debemos diferenciar según configuremos la fiducia como un patrimonio con personalidad jurídica propia en cuyo caso, entendemos, se hace imprescindible la inscripción como tal patrimonio en un registro público para la adquisición de la personalidad jurídica o si configuramos la fiducia como el conjunto de bienes sujetos a la titularidad del fiduciario, por lo que no es necesaria la inscripción en un registro especial, dado que la inscripción de cada bien fiduciario en los registros públicos será suficiente (94).

(94) Véase, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1919-1920. Este autor señala que en materia de la publicidad necesaria para el reconocimiento de autonomía patrimonial, ésta «no suele condicionarse, en nuestro Derecho, por lo general, a la práctica de asiento registral alguno... no es necesaria la publicidad registral, sino que basta la publicidad de hecho...». En contra, GÓMEZ GÁLLIGO, en una nota al citado trabajo de PARDO NÚÑEZ, señala que su «objeción a la no necesidad de inscripción en el Registro Público alguno para el reconocimiento de autonomía patrimonial o capacidad jurídica a los fondos patrimoniales... la inscripción en un Registro Público de los patrimonios separados no sólo es de lógica jurídica sino también deducible de nuestro Ordenamiento Jurídico». Este último autor cita exhaustivamente numerosos supuestos de patrimonios separados, los fondos de inversión de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, las UTE de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, los fondos de capital riesgo de la Ley 1/1999, de 5 de enero, etc., en que es obligatoria la inscripción. Entendemos que la autonomía patrimonial derivada de la fiducia gestión debe ser objeto de inscripción en un Registro público, pero no exactamente en el sentido señalado por GÓMEZ GÁLLIGO, que parece proponer una suerte de Registro *ad hoc* para los patrimonios fiduciarios estudiados en este artículo, sino que la inscripción en un Registro Público debe referirse, a día de hoy, necesariamente a los Registros de transferencias patrimoniales ya existentes y esto sin perjuicio de que, además, pueda constituirse un Registro con efectos jurídicos específico para este tipo de negocio. Es decir, entendemos que este último autor propone la creación de un registro donde se haga constar la creación de los parimos fiduciarios. Nosotros, en cambio, entendemos que lo que debe ser objeto de inscripción no es necesariamente la constitución del patrimonio fiduciario sino el carácter fiduciario de las transmisiones o adquisiciones realizadas. Se trata, en definitiva, de un mismo control registral si bien a través de los negocios realizados por el fiduciario dentro de la fiducia gestión. Por tanto, y como veremos más adelante, toda adquisición de inmuebles, muebles, acciones, participaciones, participaciones en fondos de inversión, adquisición de derechos sobre patentes o cualquier otro tipo de derecho adquirido para el patrimonio fiduciario debe hacerse constar de esta manera en las inscripciones que se practiquen. Por ello debe establecerse la obligación ineludible de inscribir en los Registros Públicos existentes en nuestro ordenamiento estas transacciones sin que pueda darse *a posteriori* el carácter fiduciario de las mismas en los términos que veremos. Es, por tanto, en las inscripciones registrales de la propiedad inmobiliaria y mobiliaria, además de en los Registros de las entidades de crédito, depositarias o de gestión de valores donde debe quedar esta constancia. Cfr. PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1968-1971.

b) *Obligaciones de las partes*

1. Obligación del fiduciante de transmitir el bien al fiduciario

El fiduciante se obliga por el negocio de fiducia gestión a transmitir al fiduciario el bien o conjunto de bienes objeto de la fiducia.

Es importante tener en cuenta: [1] qué es lo que el fiduciante puede transmitir al fiduciario en virtud de la fiducia, [2] identificación de lo que el fiduciante efectivamente transmite al fiduciario, [3] qué formas debe cumplir la transmisión, y [4] cómo se declara la transmisión frente a la Agencia Tributaria a los efectos de que esta misma agencia pueda tomar las precauciones necesarias para evitar o minimizar el riesgo de fraude fiscal y el blanqueo de capitales en la utilización de la fiducia gestión.

[1] *¿Qué bienes o derechos puede transmitir el fiduciante al fiduciario?* Todo bien o derecho apropiable, divisible o indivisible, específico o genérico, fungible o no fungible, mueble o inmueble, presente o futuro, registrable o no registrable que tenga un valor económico y sea susceptible de transmisión por naturaleza, por pacto o por ley.

El objeto de la transmisión podrá ser tanto un bien o derecho individual como un patrimonio, entendiendo patrimonio como el conjunto de bienes que forman una unidad de carácter económico o de titularidad (95).

[2] *Identificación de los bienes o derechos transmitidos fiduciariamente.* En todo caso es imprescindible la perfecta identificación del objeto de la transmisión para que no quede duda alguna de qué es lo que efectivamente se transmite.

En este sentido, si lo que se transmite fiduciariamente es parte de un bien o alguna de sus funciones económicas, será imprescindible declarar qué aspectos físicos o económicos van a constituir el patrimonio fiduciario y, en su caso, qué elementos no van a ser objeto de la transmisión así como su perfecta delimitación para evitar conflictos posteriores entre fiduciante y fiduciario. Piénsese, por ejemplo, el supuesto en el que se transmite fiduciariamente sólo parte de un edificio o sólo la posibilidad de un tipo de explotación concreta de un edificio o parte del mismo.

[3] *¿Cómo transmite el fiduciante al fiduciario cada uno de los bienes y derechos?* Para responder a esta pregunta es preciso detenernos en las reglas que regulan la transmisión de todos y cada uno de los bienes o derechos que pueden ser transmitidos fiduciariamente. Por razones lógicas, en este artículo nos detendremos únicamente en los bienes que por la forma de su transmisión consideramos más relevantes. Es preciso señalar que lo que

(95) Esto debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que sean varios los que aporten el capital a los efectos de formar un solo patrimonio fiduciario.

vamos a estudiar no es cómo se produce una transmisión entre dos sujetos cualesquiera, sino las formas especiales que deben cumplirse a nuestro entender para tener un control sobre los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario.

Con carácter general señalamos —sin perjuicio de lo que diremos más abajo respecto de los bienes inmuebles transmitidos fiduciariamente e inscritos en el Registro de la Propiedad— que en toda inscripción que se haga en libros de acciones, entidades gestoras u otros órganos similares, debería dejarse constancia de: *a)* titularidad del fiduciario, *b)* naturaleza fiduciaria de la titularidad, *c)* plazo de duración de la fiducia, y *d)* identidad del beneficiario:

- a) *Cuentas bancarias, depósitos, futuros, opciones o cualquier otro producto bancario.* En el contrato de constitución del patrimonio fiduciario deberá expresarse la numeración de la cuenta corriente, de ahorro, depósito, futuros, opciones o producto bancario de que se trate a través del código numérico o alfanumérico asignado por la propia entidad financiera. Una vez identificado el producto deberá notificarse a la entidad de crédito que se ha producido un cambio de titularidad de dichas cuentas y señalar en las mismas que se trata de una titularidad fiduciaria. Puede también exigirse que la entidad asigne el carácter de *fiduciario* a todo producto financiero adquirido a cambio de los activos de productos financieros anteriores que tuvieran la calificación de *fiduciario* sin necesidad de declaración expresa por parte del administrador fiduciario. Sin embargo, dado que no se pueden prever todas las posibilidades de actuación del fiduciario en su administración, quizá sería mejor, para declarar un producto financiero como *fiduciario*, la previa declaración expresa del fiduciario. De esta manera, aunque un determinado depósito se hubiera constituido a costa de dinero que previamente constaba en la entidad como *fiduciario*, sería precisa la previa declaración expresa del fiduciario de que, efectivamente, tal depósito forma parte del patrimonio fiduciario. Con ello, la figura ganaría en agilidad eliminando la calificación de un bien como fiduciario por mera presunción (96).

(96) El Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, señala en su artículo 8 respecto del seguimiento de las inversiones que: «1. La Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores velará por el cumplimiento de lo dispuesto en este Real Decreto. 2. A los fines previstos en el apartado anterior, los titulares de inversión, las empresas españolas participadas por no residentes, los fedatarios públicos, las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y otras entidades financieras que hayan intervenido operaciones de inversión podrán ser requeridas por la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores para aportar la información que en cada caso resulte necesaria».

- b) *Acciones y participaciones* (97). En cuanto a las primeras, deberá hacerse contar la numeración de las acciones que se transmitan. En el caso de las acciones nominativas representadas por títulos, será preciso cambiar el nombre del titular a favor del fiduciario. En el caso de que el registro de las acciones se haga por medio de un libro, deberá hacerse constar en éste la nueva titularidad y el carácter fiduciario de las acciones. En cuanto a la aplicación de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones nominativas a que se refiere el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas, debe atenderse a si el fiduciante y el beneficiario son o no la misma persona o a si el fiduciario ha enajenado, dentro del marco de su actuación, las acciones a un tercero. Si fiduciante y beneficiario son la misma persona entendemos que el citado artículo sólo será de aplicación para el caso de que el fiduciario enajenara las acciones a un tercero, dado que su titularidad es limitada en el tiempo. Si el fiduciario enajena a un tercero las acciones, resultará de aplicación en todo caso el citado artículo, así como las previsiones estatutarias. Ídem del anterior para el caso de que el beneficiario sea un tercero. En el caso de que el patrimonio fiduciario se constituya por el fiduciante con carácter *mortis causa*, resultará de aplicación el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, relativo a los supuestos especiales de restricciones estatutarias a la libre transmisión de las acciones. En cuanto a las participaciones de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, el artículo 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada exige que «...la transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho de prenda sobre las mismas, deberá constar en documento público». La enajenación de las participaciones sociales se hará constar en el Libro Registro de Socios a que se refiere el artículo 27 de la misma Ley. En este sentido, en el Libro Registro de Socios deberán hacerse constar las mismas circunstancias expresadas más arriba. ¿*Quid* en caso de que uno de los partícipes de la Sociedad Limitada quisiera hacer uso de su derecho de adquisición preferente sobre las participaciones enajenadas a título fiduciario en los términos del artículo 30.4? Nos remitimos a lo dicho más arriba respecto de las acciones.
- c) Propiedad intelectual e industrial. Con carácter general será precisa la identificación del derecho que se transmite, indicando cuál es la forma de explotación o gestión del mismo que se permite. El artículo 74 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, señala que

(97) En cuanto a la documentación y transmisión de las acciones, véanse artículos 51 y sigs. de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto 1564/1989.

«tanto la solicitud de patente como la patente son transmisibles y pueden ser objeto de licencias y de usufructo... los actos a que se refiere el apartado anterior, cuando se realicen entre vivos, deberán constar por escrito para que sean válidos...». El artículo 79 de la misma Ley establece el régimen de publicidad frente a terceros de la transmisión de las patentes y así: *«en el Registro de Patentes se inscribirán, en la forma que se disponga reglamentariamente, tanto las solicitudes de patente como las patentes ya concedidas. Salvo en el caso previsto en el artículo 13, apartado 1, la transmisión, las licencias y cualesquiera otros actos, tanto voluntarios como necesarios, que afecten a las solicitudes de patentes o a las patentes ya concedidas, sólo surtirán efectos frente a terceros de buena fe desde que hubieren sido inscritos en el Registro de Patentes. No podrán invocarse frente a terceros derechos sobre solicitudes de patente o sobre patentes que no estén debidamente inscritos en el Registro. Tampoco podrá mencionar en sus productos una solicitud de patente o una patente, quien no tenga inscrito un derecho suficiente para hacer esa mención. Los actos realizados en violación de lo dispuesto en este apartado serán sancionados como actos de competencia desleal. No se autorizará ningún pago en divisas en cumplimiento de obligaciones asumidas en contratos que, debiendo inscribirse en el Registro de Patentes, no hubieren sido inscritos. El Registro de la Propiedad Industrial calificará la legalidad, validez y eficacia de los actos que hayan de inscribirse en el Registro de Patentes, los cuales deberán aparecer en documento público. Este Registro será público».* El artículo 3.1 del Reglamento adecuación de los procedimientos relativos a la concesión, mantenimiento y modificación de los derechos de propiedad industrial aprobado por Real Decreto 441/1994, de 11 de marzo, establece que *«para la obtención de un derecho de propiedad industrial será preciso presentar una solicitud, que deberá contener los documentos exigidos por las normas específicas aplicables a cada modalidad de propiedad industrial».* En cuanto a las marcas, señala el artículo 46 punto 2 y siguientes de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que *«con independencia de la transmisión de la totalidad o de parte de la empresa, la marca y su solicitud podrán transmitirse, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales, licencias, opciones de compra, embargos u otras medidas que resulten del procedimiento de ejecución, para todos o parte de los productos o servicios para los cuales estén registradas o solicitadas, e inscribirse en el Registro de Marcas, sin perjuicio de los demás negocios jurídicos de que fuere susceptible el derecho de marca. En el supuesto de que se constituya una hipoteca*

*mobiliaria, ésta se registrará por sus disposiciones específicas y se inscribirá en la Sección Cuarta del Registro de Bienes Muebles, con notificación de dicha inscripción a la Oficina Española de Patentes y Marcas para su anotación en el Registro de Marcas. A estos efectos ambos registros estarán coordinados de forma que se comunicarán telemáticamente entre ellos los gravámenes sobre marcas inscritos o anotados en los mismos. Los actos jurídicos contemplados en el apartado anterior sólo podrán oponerse frente a terceros de buena fe, una vez inscritos en el Registro de Marcas. Inscrito en el Registro de Marcas alguno de los derechos o gravámenes contemplados en el apartado 2, no podrá inscribirse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con aquél. Si sólo se hubiera anotado la solicitud de inscripción, tampoco podrá inscribirse hasta la resolución de la misma ningún otro derecho o gravamen de la clase antes expresada. La solicitud de inscripción que acceda primeramente al órgano competente será preferente sobre las que accedan con posterioridad, practicándose las operaciones registrales correspondientes según el orden de presentación». En cuanto a la propiedad intelectual, señala el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia respecto de su transmisión *mortis causa* que «los derechos de explotación de la obra se transmiten mortis causa por cualquiera de los medios admitidos en Derecho». En cuanto a las transmisiones *inter vivos*, señala el artículo 43 de la misma ley que «los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos *inter vivos*, quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo. Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro. Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro. La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión». En cuanto a la forma de la cesión, señala el artículo 45 que toda cesión*

de estos derechos deberá hacerse de forma escrita. Los artículos 48 y siguientes se refieren al supuesto de cesión (o no) en exclusiva del derecho de propiedad intelectual. Sin entrar en la eventual inscripción de estos derechos en los registros respectivos, queda clara la posibilidad de que cualquiera de estos derechos formen parte de un patrimonio fiduciario.

- d) *Bienes muebles e inmuebles*. Sin perjuicio de lo que diremos más abajo respecto de la inscripción de la transmisión fiduciaria de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, crea en su Disposición Adicional Única el Registro de Bienes Muebles, siendo objeto de inscripción en el mismo, según el punto primero de la citada Disposición Adicional Única, buques y aeronaves, automóviles y otros vehículos de motor, maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo, otras garantías reales, otros bienes muebles registrables y condiciones generales de la contratación. Este Registro lo es de titularidades y gravámenes, tal y como cita el artículo 2 del Real Decreto y se remite, en lo no previsto por esta regulación, a la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (98), al Reglamento del Registro Mercantil y al Reglamento Hipotecario. Por tanto, en lo no previsto por dicha normativa específica de los inmuebles —y en cuanto resulte de aplicación de acuerdo con la especial técnica registral de estos registros—, entendemos que resultará de aplicación lo que diremos más abajo respecto de los bienes inmuebles.

[4] *Declaración —a efectos tributarios— de los bienes transmitidos fiduciariamente*. Esta declaración es importante por cuanto que sirve para computar el valor de los bienes al comenzar la fiducia. Igual valoración se hará a la terminación del negocio fiduciario para realizar la correspondiente tributación. La declaración no sólo comprenderá los bienes inicialmente adquiridos o los que posteriormente transmita el fiduciante al fiduciario para aumentar el patrimonio fiduciario sino también el conjunto de rentas obtenidas y transmitidas al beneficiario de las mismas. Dichas declaraciones no harán sólo referencia a los bienes sino también a su valor a los efectos de la pertinente tributación.

Parece que lo más apropiado es considerar que sea el fiduciario el obligado a realizar todas estas declaraciones en cuanto que es el receptor de los

(98) Orden Ministerial de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

bienes y el que los transmitirá junto con las rentas generadas. Esto se entiende sin perjuicio de que la ley pueda exigir esta misma declaración al fiduciante en cuanto a los bienes entregados y al beneficiario en cuanto a los bienes recibidos.

2. Obligación del fiduciario de recibir e inventariar los bienes transmitidos fiduciariamente (99)

El fiduciario está obligado por el contrato de fiducia a la recepción de los bienes fiduciarios que constituyen el patrimonio que debe ser gestionado.

De la identificación de los bienes fiduciarios ya hemos hablado más arriba, por lo que aquí sólo señalaremos que el fiduciario está obligado a procurar la inscripción de todos los bienes inmuebles que formen parte del patrimonio fiduciario en la forma que señalaremos más abajo (100).

(99) PARDO NÚÑEZ diferencia entre una gestión estática —fiducia de conservación la hemos denominado nosotros— y gestión dinámica —fiducia de inversión la hemos denominado nosotros—. Entiende este autor que en la primera, las obligaciones del gestor deben ser las de: i) inventario de los bienes, ii) valoración de los bienes, y iii) prestar fianza para la restitución de los bienes. Parece acertado establecer estas exigencias para el caso de que la gestión del fiduciario se encuentra notablemente disminuida, si bien entendemos que la fianza tendrá que determinar en qué casos quedará en poder del fiduciante por cuanto que el gestor no puede asumir la pérdida de valor de mercado de los bienes que gestiona (*op. cit.*, pág. 1940 y sigs.).

(100) Esta obligación general de colaborar y suministrar información sobre determinado tipo de operaciones económicas ya existe en otros ámbitos, como es el caso de las inversiones extranjeras en España y de las inversiones españolas en el extranjero. En este sentido, y sin perjuicio de aquellos puntos de este artículo en que se estudia con mayor detenimiento, señala el artículo 4 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores que «*las inversiones extranjeras en España, y su liquidación, serán declaradas al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda, con una finalidad administrativa, estadística o económica*». Posteriormente, esta misma norma hace referencia a un conjunto de sujetos obligados a remitir la información sobre dichas operaciones, como es el caso del propio interesado, empresas de servicios de inversión, entidades depositarias de valores no negociados en mercados secundarios, etc. En cuanto al desarrollo práctico del mencionado Real Decreto, véase Orden Ministerial de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización (BOE de 5 de junio), Resolución de 30 de mayo de 2001, de la Dirección General de Comercio e Inversiones, por la que se aprueban los modelos impresos de declaración de inversiones exteriores cuando el obligado a declarar es el inversor o la empresa con participación extranjera (BOE de 12 de junio) y, por último, Resolución de 21 de febrero de 2002, de la Dirección General de Comercio e Inversiones, por la que se aprueban los modelos impresos de declaración de inversiones exteriores cuando el obligado a declarar es el inversor o la empresa con participación extranjera y que sustituye a la Resolución de 30 de mayo de 2001, de esta Dirección General (BOE de 15 de marzo). Téngase en cuenta también la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo

Como es lógico, corresponde al patrimonio fiduciario satisfacer todos los gastos producidos para su constancia registral y sin perjuicio de lo libremente pactado por las partes.

En cuanto al blanqueo de capitales es importante señalar que la ley debería exigir a las personas que intervienen en la formación del patrimonio fiduciario como Notarios, gestoras de fondos, entidades depositarias, Registradores de la Propiedad, etc., que colaboren con la Administración Tributaria declarando qué bienes constan en sus archivos con el carácter de fiduciarios.

3. Obligación del fiduciario de administrar el patrimonio fiduciario. El problema de la autocontratación (101)

a) *Obligación del fiduciario de administrar el patrimonio fiduciario.* En la fiducia gestión, el fiduciante transmite un bien al fiduciario con el objeto de que éste lo administre de la forma más conveniente para obtener un beneficio económico que pueda redundar en el beneficiario.

¿Qué actuaciones comprende la *administración fiduciaria*? La administración fiduciaria puede, en primer lugar, tener por objeto la conservación del bien evitando que se produzca un deterioro del mismo (en cuyo caso más que de administración deberíamos hablar de simple conservación o tenencia del mismo); en segundo lugar, la administración fiduciaria puede tener por objeto el aumento de valor del bien mediante la realización de las oportunas inversiones en el mismo o de su utilización lucrativa —arrendando una vivienda,

de capitales que diferencia entre sujetos obligados que son los obligados a cumplir con las obligaciones expresadas en el artículo 3 de la ley y que son, entre otros, las Entidades de Crédito, las Entidades Aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, las Sociedades y Agencias de Valores, las Instituciones de Inversión Colectiva, las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda, sea o no como actividad principal, las personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades de casinos de juego, actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles, las personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores, contables externos o asesores fiscales y los notarios, abogados y procuradores, estos últimos en los casos previstos en la misma ley. Véase Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE de 6 de julio), Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUEL de 25 de noviembre).

(101) En cuanto a los problemas de la administración de un patrimonio cuando, generalmente, el fiduciario es titular de otro patrimonio personal, señala PARDO NÚÑEZ que la persona en quien se ha confiado, el fiduciario, puede prevalerse de esta situación en su propio interés. Además, no es sencillo establecer una regla metódica, clara e invariable de qué operaciones y beneficios son imputables al patrimonio personal y cuáles al gestionado. Por último, la gestión de un patrimonio, además del propio, siempre genera confusión y, por tanto, «riesgo de apropiación de los activos confiados» (*op. cit.*, pág. 1936 y sigs.).

por ejemplo— pero conservando la misma titularidad que recibió el fiduciario —en cuyo caso hablamos de fiducia de gestión—; en último lugar, la administración fiduciaria puede comprender la facultad de enajenación por parte del fiduciario del bien, bienes o elementos del patrimonio que recibió con el objeto de aumentar de valor la masa patrimonial inicial —en cuyo caso hablamos de fiducia de inversión—.

Por tanto, la función del fiduciario será o conservar sin más, o aumentar el valor del bien, pero sin enajenarlo o, en último lugar, aumentar de valor el patrimonio con facultad de enajenación de todos sus activos y su conversión en bienes de la misma o de diferente naturaleza.

De lo anterior resulta que si bien decimos que el fiduciario administra la masa fiduciaria, dicha administración no debe entenderse sólo en los términos de facultad para realizar actos de administración, sino que el fiduciario de una fiducia de inversión, además de administrar el patrimonio puede realizar actos de riguroso dominio, sin necesidad de una facultad expresa, dado que su capacidad nace del mismo título por el que se constituyó la fiducia. Por tanto, cuando hablemos de administrar en el caso de la fiducia de inversión, debe entenderse como administración con los más amplios poderes incluidos los de la enajenación de la titularidad.

Esto mismo no sucederá para el caso de una fiducia de mera conservación o de gestión en las que las partes acuerdan la conservación de los bienes transmitidos en fiducia, por lo que facultar al fiduciario para enajenar las titularidades de estos bienes supondría una contradicción con el objeto buscado por las partes.

b) *El problema de la autocontratación. ¿Quid si el fiduciario transmite bienes del patrimonio fiduciario a su patrimonio personal?*

El supuesto que nos planteamos es el siguiente: el fiduciario transmite bienes del patrimonio fiduciario a su patrimonio personal. El peligro fundamental que esto puede acarrear —además de una posible confusión de los patrimonios— es la salida de bienes del patrimonio fiduciario a un precio muy inferior al del mercado con el consiguiente perjuicio para el beneficiario y la posible violación del contrato fiduciario en perjuicio del fiduciante.

Otro supuesto de autocontratación en el que puede incurrir el fiduciario es aquél en el que enajena bienes a su cónyuge, estando ambos casados bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales, consorcial de Aragón o de comunicación foral de bienes de Bizkaia u otro semejante. En estos casos, el bien fiduciario adquirido por el cónyuge del fiduciario lo es para su sociedad de gananciales que, en caso de disolución de la misma, implicará la distribución de los bienes entre ambos y, por ende, a favor del fiduciario (102).

(102) Vid. artículo 1.344 del Código Civil, artículo 85 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de las Cortes de Aragón, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, rela-

En estos supuestos incluimos aquél en el que el fiduciario apodera a un tercero para que venda al mismo fiduciante un bien perteneciente al patrimonio fiduciario.

Si el fiduciante consiente en que el fiduciario pueda adquirir bienes fiduciarios para su patrimonio personal deberá declararlo expresamente sin que sea necesario hacerlo constar en la inscripción registral si bien el Notario, en el momento del otorgamiento de la enajenación, deberá comprobar que la autocontratación está expresamente salvada. Esto se entiende sin perjuicio de que el fiduciante convalide *a posteriori* el negocio realizado.

Es posible que el fiduciario enajene bienes del patrimonio fiduciario a su patrimonio personal y posteriormente los enajene a un tercero. En este caso, este tercero se verá protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que cumpla los requisitos establecidos en este mismo artículo, salvo que se pruebe su mala fe en la adquisición, si bien, el fiduciario responderá de los perjuicios causados. Sería perseguible la transmisión realizada a favor del tercero si ésta es notablemente inferior al del precio de mercado. De este punto hablaremos más abajo en materia de la rescisión de los negocios realizados en fraude de los acreedores (103).

Entendemos que el conjunto de operaciones que impliquen autocontratación deberán ser inventariadas además de en la lista general de transmisiones, en una lista especial y separada de la anterior a efectos fiscales y de blanqueo de capitales y consideradas una suerte de operaciones vinculadas a que se refiere el artículo 45 de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

4. Obligación del fiduciario de entregar al beneficiario las rentas generadas y los bienes fiduciarios resultantes a la terminación de la fiducia. Contenido y forma del contrato de transmisión de los bienes fiduciarios resultantes.

a) *Entrega de las rentas al beneficiario de las rentas.* Las partes pueden convenir —de acuerdo con la naturaleza de la administración fiduciaria— que el fiduciario deba satisfacer al beneficiario de las rentas, una cantidad periódica y previa a la entrega de los bienes resultantes de la fiducia. Las partes tendrán que determinar qué cantidad, cómo y a quién se deberá abonar para el caso de que el beneficiario de las rentas fiduciarias y el de los bienes fiduciarios no sean la misma persona.

tivo a la división y adjudicación del consorcio conyugal aragonés, y los artículos 93, 95 y 104 del Fuero Civil de Bizkaia, de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

(103) En cuanto a los remedios establecidos por la doctrina italiana, véase MARTÍN SANTISTEBAN, *op. cit.*, pág. 94.

En el caso de que el beneficiario no fuera el mismo fiduciario sino un tercero, nos encontraríamos ante una estipulación a favor de tercero regulada por el artículo 1257.2º del Código Civil.

Para que lo que el fiduciario entregue al beneficiario sea efectivamente considerado como renta, es preciso que lo entregado no corresponda a los bienes entregados fiduciariamente o a su valor, sino al aumento económico obtenido a partir de los mismos. En caso de que afectase a los bienes fiduciarios o a su valor, el fiduciario estaría entregando los mismos bienes fiduciarios disminuyendo por tanto dicho patrimonio.

La importancia de determinar qué es beneficio y qué es patrimonio fiduciario radica fundamentalmente en el caso de que existan dos beneficiarios distintos: el correspondiente a las rentas y el correspondiente a los bienes fiduciarios resultantes. En el caso de que ambos beneficiarios coincidan en una misma persona, la importancia de saber qué es renta y qué patrimonio fiduciario radicarán en determinar qué puede exigir el beneficiario y en qué momento de la administración fiduciaria.

b) *Entrega de los bienes fiduciarios resultantes al beneficiario de los bienes.* Una vez que el fiduciario ha concluido el plazo de gestión de los bienes o del patrimonio fiduciario, tiene obligación de transmitirlos dominicalmente a favor del beneficiario. Debemos señalar que la obligación de entrega comprende no necesariamente los mismos bienes fiduciarios transmitidos del fiduciante al fiduciario, sino cualesquiera otros con los que se hubieren sustituido los primeros por subrogación real. Este es el caso en el que el fiduciante no obliga al fiduciario a la conservación del mismo bien fiduciario, facultando el primero al segundo para enajenar —dentro del marco del acuerdo fiduciario— los bienes transmitidos fiduciariamente, por lo que nos encontramos ante una fiducia de inversión.

¿Cómo se produce la transmisión a favor del beneficiario? Se pueden plantear dos hipótesis: i) la adquisición del beneficiario se produce previo otorgamiento de escritura pública, o requisito formal exigido para cada bien, por el fiduciario con o sin intervención del beneficiario en dicho otorgamiento en que éste se limite a prestar su consentimiento a la aceptación y sin perjuicio de que se reserve, para el momento que tenga oportuno, las reclamaciones pertinentes, o ii) la adquisición por parte del beneficiario se realiza por escritura pública otorgada por el mismo beneficiario con o sin intervención del fiduciario en dicho otorgamiento con declaración de los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario y la consecuente inscripción registral en los registros respectivos.

En el primer caso es el fiduciario el que conduce el otorgamiento de la escritura pública de transmisión constituyendo su última labor como titular fiduciario. Aunque hubiere transcurrido el plazo de duración de la fiducia, este acto debe considerarse como debido, por lo que podría otorgarse inclu-

so después de expirado el plazo de duración de la fiducia sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad para con el beneficiario. Esta responsabilidad, de la que hablaremos más abajo, podrá ser exigida por el fiduciante ex artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil y por el beneficiario derivado del artículo 1257.2.º del mismo texto legal.

En el segundo caso es el beneficiario quien actúa y dirige el otorgamiento de la escritura pública de transmisión sin intervención alguna del fiduciario. Esto se entiende sin perjuicio de que, el fiduciario previsor hubiere ya otorgado previamente a la terminación del plazo de la fiducia la escritura pública o forma pertinente para enajenar los activos del patrimonio fiduciario.

Si bien cualquiera de las dos formas es defendible, entendemos que por motivos prácticos debe ser el fiduciario —que conoce la situación y titularidades patrimoniales al término de la fiducia— quien otorgue la referida escritura pública.

c) *¿Cuál es el contenido del documento de transmisión del patrimonio fiduciario resultante del fiduciario al beneficiario?* En dicho documento deberá expresarse: i) el inventario con la identificación exacta de cada uno de los bienes que formen el patrimonio fiduciario; ii) el aumento de valor que ha sufrido el patrimonio desde la adquisición fiduciaria hasta la transmisión al beneficiario sin contar los réditos transmitidos al beneficiario y, como forma de control o corrección de declaraciones anteriores; iii) el montante ordenado de rentas que hubieren sido satisfechas al beneficiario de las rentas —coincida o no con el beneficiario del patrimonio resultante— para que este último pueda comprobar dichas cantidades y si eventualmente afectan a su derecho sobre el patrimonio fiduciario resultante y, por último, iv) una memoria histórica de las operaciones realizadas por el fiduciario dentro de la gestión del patrimonio fiduciario como forma de fiscalización de su actividad.

Debemos tener en cuenta que este contenido busca diversas finalidades: en cuanto a los registros con eficacia jurídica, trata de identificar perfectamente los bienes para su inscripción a favor del beneficiario, en cuanto a las obligaciones tributarias, trata de establecer un inventario de operaciones, personas y valores que faciliten el seguimiento de la gestión del fiduciario, impidiendo el fraude o el blanqueo de capitales y la adecuada tributación a los beneficios obtenidos y, por último, en cuanto a los derechos de las partes, éstas podrán seguir la gestión del fiduciario a los efectos de determinar qué acciones pueden ejercitar contra él en los términos que veremos más abajo.

d) *¿Qué forma debe cumplir la transmisión del fiduciario al beneficiario?* Con la escritura pública se cumpliría lo previsto en los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 5 del Reglamento del Registro Mercantil que exigen esta forma para dar entrada a los títulos que sí tengan derechos en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles. En todo caso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.278 del Código Civil por lo que, salvo

previsión legal expresa, será suficiente con el documento privado en la forma ya expresada. De esta manera, se daría mayor flexibilidad a la figura sin perjuicio de que desde una perspectiva fiscal, se exija el otorgamiento de escritura pública y la posterior e inmediata comunicación al órgano tributario correspondiente por parte del funcionario autorizante.

5. Vigencia de los derechos constituidos por el fiduciario sobre los bienes fiduciarios una vez concluida la fiducia gestión

La existencia de un plazo para la fiducia plantea el problema de qué pasará con los derechos reales que el fiduciario haya constituido sobre los bienes transmitidos fiduciariamente, o los que les sustituyan por subrogación real, una vez que concluya la fiducia, ¿continuarán éstos vigentes o se extinguirán al mismo tiempo que la fiducia?

Son diversos los factores que hay que tener en cuenta a los efectos de dar una respuesta adecuada: i) habrá que atender a la autonomía de las partes ex artículo 1.255 del Código Civil, lo que prevalecerá salvo disposiciones imperativas de la ley, y ii) también habrá que tener en cuenta si la terminación de los derechos constituidos por el fiduciario, una vez concluida la fiducia, se hizo o no constar en los registros con eficacia jurídica.

Nos centraremos en alguno de los derechos de constancia registral para examinar su posible continuidad o extinción una vez concluida la fiducia gestión:

- a) *Derecho de arrendamiento de fincas urbanas*: Los artículos 9 y siguientes de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) establecen el régimen de duración mínima de los contratos de arrendamiento con una regulación básicamente proclive al arrendatario y a su mantenimiento en la vivienda arrendada para el caso de que el arrendamiento lo sea de vivienda en los términos del artículo 2 de la LAU. En cuanto a las causas de resolución del derecho del arrendador, que dan lugar a la terminación del contrato de arrendamiento, señala el artículo 13.2 de la LAU que «los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley». Es cierto que, en coherencia con lo que hemos señalado más arriba, al entender que el fiduciario-gestor es verdadero titular dominical, no podemos asumir ahora que el fiduciario es un mero titular de un «derecho de goce sobre el inmueble». Por tanto, la aplicación sin más de este precepto no resuelve el problema de si

al concluir la fiducia debe resolverse el arrendamiento o no. El mero pacto de las partes por el que se acuerde la conclusión de los derechos de arrendamiento sobre la vivienda adquirida fiduciariamente no vincula *per se* al arrendatario de la vivienda y cuyo arrendamiento se regirá por lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley, relativo a la enajenación de la vivienda arrendada y que señala que «*el adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir. Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso de cinco años*». De lo anterior resulta que, una vez concluido el plazo de la fiducia y transmitida la titularidad dominical de la vivienda arrendada a favor del beneficiario, éste viene obligado a soportar el arrendamiento hasta que concluya según las reglas de duración de los contratos de arrendamiento, es decir, el arrendatario podrá exigir la continuación de su derecho de arrendamiento hasta la terminación del plazo consignado en el artículo 9 de la LAU y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 del mismo texto legal. Lo anterior nos obliga a tener en cuenta el segundo elemento al que nos referíamos antes —si el derecho se ha inscrito o no en uno de los registros con eficacia jurídica— para resolver el problema de una eventual terminación del arrendamiento una vez concluida la fiducia gestión. El supuesto que estudiamos es el siguiente: el titular dominical de un bien, que es el fiduciario, ha constituido un arrendamiento sobre un bien que le fue transmitido fiduciariamente. La fiducia tiene una duración «X», mientras que el arrendamiento tiene una duración «X+1». Llegado el plazo «X», en el que concluye la fiducia, y recuperados los bienes por el beneficiario, ¿está éste obligado a mantener el arrendamiento hasta que transcurra el plazo de «1» o puede resolver el contrato de arrendamiento alegando que el fiduciario sólo ostentaba un derecho de titularidad temporal? Entendemos que: i) si

el plazo de la fiducia se hizo constar en el Registro de la Propiedad con efectos jurídicos, el arrendatario no podrá alegar que desconocía dicho plazo de duración del derecho del arrendador y, por tanto, entendemos que el derecho del fiduciario es equiparable al del titular que goza de un derecho temporal de disfrute, lo que lleva a la terminación del contrato de arrendamiento una vez que concluya el plazo de la fiducia. En este sentido, nos encontramos ante una circunstancia de constancia registral que determina los límites temporales de contratación del fiduciario y que el arrendatario no puede desconocer. Por tanto, si bien consideramos al fiduciario como titular dominical y no le despojamos de dicha naturaleza, no es menos cierto que como titular temporal no puede contratar más allá de dicho límite temporal (104); ii) si el plazo de la fiducia no se hizo constar en el Registro de la Propiedad, el arrendatario que contrató fiándose de las manifestaciones del Registro no puede verse perjudicado en su derecho por una circunstancia que no constaba en dicho Registro, por lo que el beneficiario deberá soportar el arrendamiento durante el plazo expresado. Esto se entiende sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer el beneficiario contra el fiduciario por la lesión sufrida.

- b) *Derecho de arrendamiento de fincas rústicas.* En materia de arrendamientos rústicos entendemos que debe regir el mismo esquema señalado para los arrendamientos urbanos, teniendo en cuenta además el paralelismo existente entre los artículos 13.2 y 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Rústicos (105) respectivamente, sin

(104) Piénsese, por ejemplo, en el caso de las sustituciones fideicomisarias a término en las que el fiduciario constituyera derechos por plazo superior al establecido en el término. De esta manera, el fiduciario, violando la voluntad del fiduciante-causante prolongaría dicha fiducia más allá de lo ordenado por éste. No obstante, a este supuesto se refiere el artículo 13.1 de la LAU al señalar que «*si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por... la apertura de una sustitución fideicomisaria... el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1*». En este caso, la solución de la LAU es, sin embargo, la del mantenimiento del arrendamiento «*en todo caso*» por lo que parece que, pese a que constare en el Registro de la Propiedad el plazo de duración de la sustitución fideicomisaria, si ésta fuera a término, el arrendamiento debería continuar. Sin embargo, este artículo debe ser entendido en el sentido de que los arrendamientos, estén o no inscritos en el Registro de la Propiedad, constituidos con anterioridad a los derechos que motivan su resolución (el retracto convencional, la sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa, etc.) subsistirán en todo caso. En este sentido, téngase en cuenta GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tercera Edición, 2001, Civitas, pág. 1439, nota 31.

(105) Ley 49/2003, de 30 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (en adelante la LAR).

perjuicio de lo establecido en el artículo 9.3 de la LAR. Si no constaren las fincas inscritas a nombre del menor o incapacitado sometido a patria potestad o tutela respectivamente, el arrendatario podrá alegar dicha circunstancia para continuar en su arrendamiento. En cuanto a la duración mínima del contrato, además del mencionado artículo 9.3, debe tenerse en cuenta el 12 del mismo texto legal.

- c) *Derecho de usufructo.* Señala el artículo 467 del Código Civil que *«el usufructo da derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley establezcan otra cosa»*. Nuevamente, el mero acuerdo de las partes no es vinculante respecto de terceros de buena fe si este mismo acuerdo no consta inscrito en el Registro de la Propiedad. Sólo la inscripción en el Registro de la Propiedad produce los efectos de publicidad necesarios para vincular a toda la comunidad jurídica en los acuerdos tomados por dos particulares. Entendemos que si el carácter temporal de la titularidad del fiduciario, que es quien constituye el usufructo, no consta inscrito en el Registro de la Propiedad, el beneficiario no podrá exigir, respecto de terceros, la terminación del usufructo una vez concluida la fiducia y sin perjuicio del régimen de responsabilidad exigible al mismo fiduciario. En este sentido, tengamos en cuenta las previsiones sobre el carácter temporal del usufructo previsto en el Código Civil: el artículo 469 del Código Civil prevé la posibilidad de constituir el usufructo *«desde o hasta cierto día»*, lo que señala un límite temporal de comienzo o terminación del mismo usufructo, y el artículo 480 respecto del usufructuario y su derecho, *«podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola»*. En este caso no se refiere a los contratos celebrados por el mismo fiduciario como propietario del bien, sino como usufructuario del mismo, por lo que en este caso existe una previsión de extinción de los negocios constituidos por el fiduciario para el caso de que éste haya recibido el bien no como titular dominical sino como titular del mismo usufructo y sin perjuicio, siempre, de las manifestaciones del Registro de la Propiedad.
- d) *Derecho de hipoteca.* Desde una perspectiva jurídica, entendemos que no hay inconveniente en que las partes, fiduciante y fiduciario, acuerden la extinción de toda suerte de cargas reales de garantía constituidas sobre los bienes fiduciarios o los que los sustituyan por subrogación una vez concluida la fiducia. Por lo tanto, cuando el

acreedor hipotecario acuerde con el deudor hipotecario, el fiduciario, la constitución de la garantía y acuda previamente al Registro de la Propiedad a los efectos de conocer el estado de la finca (106), descubrirá, mediante la consignación del plazo de duración de la fiducia en la inscripción de forma resaltada, que su derecho de hipoteca deberá extinguirse necesariamente cuando se extinga la fiducia (107), en los mismos términos que señalábamos más arriba para el usufructo. Por tanto, la eficacia del pacto respecto de terceros requerirá inevitablemente la constancia registral. En todo caso, entendemos que los procedimientos de ejecución de hipoteca cuando la Nota de Expedición de la Certificación de Dominio y Cargas del artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, fuere de fecha anterior al plazo de terminación de la fiducia, no quedarán suspendidos por la terminación del plazo de duración de la fiducia, ya que la ejecución se inició con anterioridad a la terminación de la fiducia. Por tanto, el límite temporal hace referencia al plazo de duración de la garantía como tal garantía, pero no implica una limitación en la ejecución de la garantía ya comenzada (108).

6. Régimen de responsabilidad

El régimen aplicable al fiduciario debe ser el general en materia del cumplimiento de los contratos, sin que pueda ser agravado por la consideración de que actúa como una forma de administrador equiparable al de una persona jurídica y ello principalmente por la regla de que las normas sancionadoras o perjudiciales deben ser interpretadas restrictivamente. Por tanto,

(106) Recordemos, en este sentido, el artículo 1.875 del Código Civil, que exige la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad como requisito constitutivo de la misma, lo que facilita el conocimiento del acreedor hipotecario del estado jurídico de la finca y por tanto evitar confusiones posteriores sobre la extensión, en este caso temporal, de la finca.

(107) Téngase en cuenta el artículo 1.857 del Código Civil cuando señala que «*son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: que las personas que constituyan la prenda e hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto*». De lo que resulta que si el deudor hipotecante tiene un derecho limitado sobre el bien podrá hipotecar limitadamente el bien. En este mismo sentido, téngase en cuenta el artículo 108 de la Ley Hipotecaria respecto de la hipoteca de derechos reales sobre cosa ajena.

(108) De acuerdo con DÍAZ FRAILE, el procedimiento de ejecución hipotecaria es eminentemente registral, por lo que habrá de estarse a sus pronunciamientos a los efectos de determinar si efectivamente se comenzó a ejecutar la garantía (*Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, 2000, pág. 296 y sigs., relativas a la nota de expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil).

responderá por dolo y culpa en los términos del artículo 1.101 del Código Civil y vendrá obligado a responder, no por la pérdida de valor de los bienes adquiridos fiduciariamente por el fiduciario sino por el incumplimiento del contrato de fiducia.

Si el contrato de fiducia contenía algún acuerdo respecto de cierto tipo de inversiones —prohibiendo, por ejemplo, invertir en el mercado de futuros negociados o en acciones de empresas energéticas—, el fiduciario responderá de las pérdidas que se produzcan por dicha inversión. Pero no responderá por el hecho de que, derivado de invertir en productos acordados por las partes, la evolución de estos mismos productos sea negativa, incluso si dicha inversión lleva a la pérdida total del patrimonio fiduciario.

Las limitaciones en inversiones concretas pueden serlo por su objeto —como hemos visto—, por su proporción —en el caso de que se pretenda diversificar la cartera de inversiones para minimizar el riesgo de pérdida de valor de un tipo determinado de activos—, por término o plazo —no invertir en un determinado tipo de activo hasta transcurrido un tiempo—, o por condición —no invertir en bienes inmuebles hasta que el EURIBOR haya bajado de un determinado porcentaje—.

El fiduciario también responderá por la desviación de bienes fiduciarios del mismo patrimonio fiduciario al patrimonio personal del fiduciario o en beneficio de un tercero no previsto en el contrato. También deberá responder por la constitución de derechos por tiempo superior al de la duración de la fiducia, salvo que este punto hubiera sido expresamente salvado por las partes al tiempo del acuerdo.

También responderá en caso de que el fiduciario no cumpla alguna de las obligaciones fiscales y registrales mencionadas a lo largo de este trabajo y que señalamos en líneas generales (109): declaración de recepción de los bienes mediante su listado en escritura pública o en la forma establecida por la legislación específica relativa a cada bien, inscripción de cada uno de los bienes en los registros de publicidad material o de otra naturaleza con expresa constancia del carácter fiduciario de dichos bienes, declaración listada de cada una de las operaciones realizadas con indicación del resultado económico y destino de la eventual reinversión, declaración censal —para lo que podría aplicarse un modelo similar al actual 036—, declaración trimestral y anual del IVA —modelo 300 y 390—, declaración de operaciones intracomunitarias —modelo 347—, y declaración listada de entrega de rendimientos al beneficiario y de los bienes finales de la fiducia.

Será también obligación del fiduciante la declaración de los bienes transmitidos fiduciariamente para constituir el patrimonio fiduciario y del bene-

(109) A este particular se refiere el Convenio de La Haya en su artículo 19 cuando señala que «*Nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters*».

ficiario de las rentas o de los patrimonios resultantes la declaración de los beneficios obtenidos en virtud de la fiducia. Esto último se entiende sin perjuicio de las obligaciones que la ley pudiera eventualmente imponer a Registradores de la Propiedad, Notarios, Auditores, Abogados o cualquier otro sujeto respecto del deber de información de operaciones de esta naturaleza en las que intervenga por razón de su profesión (110).

Los acuerdos del fiduciante y fiduciario respecto de qué tipo de inversión realizar o los límites cuantitativos o cualitativos de dichas inversiones no perjudicarán a terceros de buena fe respecto de los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad, dado que los pactos personales de las partes no son inscribibles y por tanto no jugará el principio de la fe pública registral a tenor de los artículos 1 y 34 de la Ley Hipotecaria.

7. Concurso del fiduciante, fiduciario y beneficiario

¿Qué efectos producirá sobre el negocio fiduciario la declaración de concurso de cualquiera de las partes intervinientes? La institución del concurso se encuentra regulada en la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante LC), situación que describe la Exposición de Motivos como la «*concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común*».

Para entender el alcance del concurso, es preciso determinar cuál es la persona sobre la que recae dicha situación, a saber: el fiduciante, el fiduciario, y, en este caso, separando según recaiga el concurso sobre el patrimonio personal o fiduciario, y el beneficiario:

(110) La propuesta de regulación de los patrimonios fiduciarios hecha en Cataluña ya establece previsiones en materia fiscal. Señalando que «*a los efectos fiscales, el constituyente [fiduciante] no pierde la titularidad, de manera que la reversión del patrimonio fiduciario en el del constituyente, en el caso de extinción de la fiducia, no se considera adquisición patrimonial. Salvo que el bien revierta al constituyente, la extinción de la fiducia será conditio iuris para la exigibilidad del impuesto que corresponda en materia de sucesiones o donaciones. Mientras no tribute por el impuesto de sociedades, así como los impuestos correspondientes a las actividades que desenvuelva*» (traducción del autor). Entendemos que existe una verdadera transmisión dominical del fiduciante al fiduciario pero que al ser una transmisión dominical temporal, no se puede imponer sobre ésta la carga de la tributación como si se tratara de una adquisición definitiva. Habrá que determinar quién es el beneficiario de los bienes objetos de la fiducia: si el mismo fiduciante es el beneficiario, entendemos que la primera transmisión dominical no puede ser objeto de tributación; si el fiduciante y el beneficiario no coinciden, en este caso el beneficiario deberá tributar por los inmuebles percibidos. La regulación catalana hace mención a un punto interesante: la tributación por la adquisición de los inmuebles, la tributación por el impuesto de sociedades y la tributación por las actividades que desenvuelva el mismo patrimonio. Esta regulación establece, por tanto, una similitud con las rentas generadas por las sociedades.

a) *Concurso del fiduciante*. En el caso de que éste caiga en concurso, los acreedores nada podrán reclamar respecto del patrimonio fiduciario en cuanto que los bienes que conforman dicho patrimonio han salido de la esfera de poder del fiduciante.

Si la constitución del patrimonio fiduciario fue anterior a la creación de la deuda, entendemos que el negocio jurídico se verá defendido con mayor facilidad en cuanto que dicha transmisión no perjudicaba derecho alguno de ningún acreedor.

En el caso de que la constitución del patrimonio fiduciario fuera posterior a la existencia de la deuda, podría, por parte de los acreedores, plantearse la posibilidad de fraude de sus derechos. En este caso debemos diferenciar según que el beneficiario sea o no persona distinta del fiduciante. En el primer supuesto, no es necesaria la resolución del negocio en cuanto que los bienes y derechos van a ser recuperados para el patrimonio del fiduciante y los acreedores podrán, por tanto, cobrarse con los mismos bienes. En el segundo caso, se trata de una donación y, por tanto, revocable en los términos establecidos en los artículos 644 y siguientes del Código Civil.

Debemos diferenciar entre la constitución de patrimonios fiduciarios cuando existan pendientes deudas de las que deba responder el fiduciario, y la constitución de patrimonios fiduciarios después de que el fiduciante haya sido declarado en concurso.

En el primer caso, la existencia de deudas sobre el fiduciante no impide que éste constituya cuantos negocios tenga por conveniente. En el caso de que se demuestre el fraude de acreedores podrá procederse a la resolución de dicho negocio de acuerdo con el artículo 1.290 y siguientes del Código Civil.

En el segundo caso, debemos atender al artículo 17 de la LC relativo a las medidas cautelares anteriores al concurso y las del artículo 40 de la misma LC y relativo a las facultades patrimoniales del deudor. En este último caso, el deudor podrá constituir patrimonios fiduciarios aún después de ser declarado en concurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.º por el que *«en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad»*. Esta posibilidad de constituir patrimonios fiduciarios en estado de concurso no se da cuando éste es necesario, ya que *«se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales»*.

Puede plantearse la duda de si los administradores concursales podrían optar por administrar la masa concursal mediante una fiducia gestión. Esto implicaría que el administrador concursal pasaría a ser el fiduciante, por

representación, de un negocio fiduciario cuyo patrimonio fiduciario estaría formado por el patrimonio concursal. Entendemos que la respuesta debe ser negativa dado que, de acuerdo con los artículos 27 y siguientes de la LC, el cargo es *intuitu personae* y su contenido es el de administración de la masa concursal sin que comprenda la delegación de dicha administración. Esta delegación supondría una situación similar a la que exponíamos más arriba respecto del tutor de los bienes.

Es importante entender que el beneficiario no podrá reclamar los bienes *per se*, en cuanto que carece de acción real hasta que aprehenda los bienes, tal y como se argumenta en otro punto de este artículo. El beneficiario tiene derecho a que no se perjudique su condición de tal —sin perjuicio de lo dicho más arriba respecto de la inscripción de los bienes inmuebles del patrimonio fiduciario en el Registro de la Propiedad y los efectos de esta inscripción respecto de terceros— pero no sujetando directa e inmediatamente los bienes.

b) *Concurso del fiduciario*. Como hemos dicho más arriba, debemos diferenciar según el concurso del fiduciario se refiera a su patrimonio personal o al patrimonio fiduciario. En este caso, el concurso recae sobre la persona del fiduciario en cuanto que tal fiduciario o en cuanto titular de deudas personales. Como veremos, más que hablar de concurso del fiduciario debemos hablar de concurso del patrimonio fiduciario o del patrimonio personal de la persona del fiduciario, lo que supone una modulación —posible, entendemos— de la citada Ley Concursal. Lo que digamos respecto del patrimonio personal resulta aplicable al fiduciario y viceversa.

La regla general es clara: al constituirse dos patrimonios diferenciados, aunque éstos tenga un solo titular, cada uno de ellos tiene un centro especial, determinado y diferenciado de imputación de responsabilidad. Dicho de otra manera: cada patrimonio sólo responde de aquellas deudas que, de acuerdo con la naturaleza de las mismas, le sean imputables.

Esto da lugar a que una persona pueda ser objeto de un procedimiento concursal afectando sólo al patrimonio fiduciario y dejando a salvo el patrimonio personal. La naturaleza de las deudas debe entenderse como el origen de las mismas. Por tanto, y sin perjuicio de otros puntos de este artículo, el patrimonio personal responde de todas aquellas deudas también personales del deudor. En un sentido negativo, el patrimonio fiduciario responde de todo aquello de lo que no debe responder el patrimonio fiduciario.

¿De qué deudas responde el patrimonio fiduciario? De todas las deudas generadas por la administración, en el sentido más amplio posible, como ya señalábamos más arriba, del mismo patrimonio fiduciario. Esto entronca directamente con la necesidad de dar a conocer mediante las inscripciones registrales qué bienes son de carácter fiduciario. Sin esta constancia registral los acreedores desconocerán contra qué bienes podrán dirigir sus acciones.

En caso de concurso del patrimonio personal del fiduciario, los acreedores sólo formarán la masa activa a partir de los bienes que conformen el mismo patrimonio personal. La masa pasiva estará formada por aquellas deudas no imputables al patrimonio fiduciario.

En cuanto a los efectos del auto de declaración de concurso sobre el patrimonio personal del fiduciario, debemos seguir el artículo 21 de la LC. Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y facultades de los administradores, harán, como hemos señalado, referencia únicamente al patrimonio personal.

¿Puede el auto de declaración de concurso del patrimonio personal suspender las facultades de administración del patrimonio fiduciario? Creemos que no, en cuanto dicho patrimonio tiene un centro distinto de imputación y mediante las inscripciones en los Registros de la Propiedad se impedirá la confusión de dichos patrimonios. Otra cuestión es que una vez que recaiga sentencia en el procedimiento concursal se inhabilite al concursado a administrar patrimonios ajenos. En este sentido, la posibilidad de que se impida al deudor la administración de un patrimonio fiduciario procederá del artículo 172.2.2.º de la LC para el caso de que el concurso sea calificado de culpable. Mientras que no recaiga dicha sentencia, entendemos que el deudor concursado podrá continuar con la administración del patrimonio fiduciario sin que se vea afectado por el concurso del patrimonio personal (111).

En el caso de que la sentencia declare el carácter culpable del concurso y determine la *«inhabilitación de las personas afectadas por la calificación [como culpable del concurso] para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio»*, el administrador fiduciario debería cesar en dicha administración.

En cuanto a las *«medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patri-*

(111) Señala el artículo 44 de la LC que *«la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor»*. ¿Cómo casa este precepto con los relativos a las medidas en materia de administración para el caso de concurso? El párrafo segundo del mismo artículo 44 de la LC lo aclara al señalar que *«en caso de intervención [concursal], y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor [fiduciario], la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general»*. Es importante resaltar que este artículo debe interpretarse en relación con el 17 y 40 de la LC. Además, deja la vía libre para que el fiduciario-concursado pueda constituir patrimonios fiduciarios incluso después de caer en concurso, siempre que dicho negocio fiduciario sea una operación *«propio del giro o tráfico de aquella actividad... [autorizada] con carácter general»*.

monio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo», recaerán sólo sobre los bienes que conforman el patrimonio personal sin que, en ningún caso, puedan afectar al patrimonio fiduciario. Podría exceptuarse el caso, dada la riqueza casuística, en que de la administración de ambos patrimonios se desprenda la voluntad de confundir en cuanto al origen de los mismos. En este sentido, y como medida preventiva, se podría hacer necesario tomar medidas de precaución como una suspensión de la administración sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba.

En todo caso volvemos a la tan mencionada seguridad jurídica de los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario para evitar su confusión con el patrimonio personal del fiduciario-deudor-concursado: se hace imprescindible la constancia registral de la totalidad de los bienes fiduciarios como forma de evitar estas confusiones de bienes personales y fiduciarios. Sólo a través de los eficaces sistemas de seguridad jurídica que constituyen los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles se puede asegurar la no confusión y por tanto la claridad y seguridad de qué bienes pertenecen a qué patrimonio.

En este mismo sentido se expresa la LC al remitir en su artículo 24 —precisamente titulado *Publicidad*—, a la inscripción del Registro Civil y Mercantil. Señala este artículo que *«si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta ley [relativo a las ejecuciones y apremios]»*. Siguiendo el artículo 21 de la LC, en cuanto al *«llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos...»*, serán dichos créditos los personales del deudor y nunca los derivados de la administración fiduciaria que, como hemos visto, se satisfarán con los activos del patrimonio fiduciario.

¿*Quid* si por error se incluyen en la masa activa o pasiva derechos u obligaciones correspondientes al patrimonio fiduciario cuando en realidad eran del patrimonio personal o viceversa? En este caso será necesaria la inmediata rectificación del inventario correspondiente a dichas masas. Dicha rectificación requerirá justificación de la naturaleza del bien o de la deuda, para lo que resulta imprescindible la constancia de que su adquisición se realizó o no para el patrimonio fiduciario o para el personal. Además, será posible que los bienes consten por equivocación inscritos como si hubieran sido adquiridos para el patrimonio fiduciario o para el patrimonio personal.

En este caso, antes de hacerlos constar en el inventario de uno u otro patrimonio, se hace imprescindible rectificar el asiento registral (112).

c) *Concurso del beneficiario.* El hecho de que el beneficiario incurra en concurso no debe afectar a la figura de la fiducia por cuanto que los bienes fiduciarios sólo pasarán al patrimonio del beneficiario una vez que concluya la misma fiducia. Hasta entonces el beneficiario sólo percibirá los rendimientos de la administración en la forma convenida al constituir el negocio jurídico y carecerá de ninguna acción real sobre el patrimonio fiduciario (113).

¿Qué posibilidades de actuación tiene la administración concursal para evitar que parte del patrimonio del beneficiario se desvíe y no se aplique al pago de sus deudas? O más concretamente, ¿cómo evitar que el beneficiario impida la entrada de las rentas o de los bienes fiduciarios resultantes con el fin de perjudicar a sus acreedores? Señala el artículo 43 de la LC que «*en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario*». De lo anterior entendemos que los administradores pueden solicitar el embargo de las cantidades que deba percibir el beneficiario-concursado. Además, los administradores podrán hacer constar mediante anotación preventiva en los bienes que formen parte del patrimonio fiduciario, que estos mismos bienes o los inmuebles que los sustituyan por subrogación real, quedan sujetos a las obligaciones derivadas del procedimiento, si bien esta anotación preventiva puede hacerse antes de terminar la fiducia, ha de tenerse en cuenta que no tendrá efecto si los bienes se enajenaran dentro del marco de actuación del fiduciario y que tampoco tendrá efecto hasta que el beneficiario no haya adquirido los bienes mediante la escritura pública de transmisión de la que hablábamos más arriba y se haya practicado la oportuna *traditio*.

En el caso de que la relación fiduciante/beneficiario sea a título oneroso, podrá aplicarse en todo caso este sistema de embargo de las rentas y anotación preventiva de los inmuebles que forman parte del patrimonio fiduciario.

(112) Véase, en este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1934-1935, y artículo 314 y sigs. del Reglamento Hipotecario.

(113) Vid. artículos 609 y 1.095 del Código Civil que exigen de la transmisión o *traditio* de la cosa unida a un título suficiente para amparar el dominio como forma de adquisición de éste. La fiducia, como no puede ser de otra manera, no puede alterar el régimen general de nuestro derecho de título y tradición como forma de transmisión dominical. Ello implica que el beneficiario deberá recibir la cosa en cualquiera de las formas de tradición aceptadas en nuestro Derecho para adquirir la propiedad del bien y poder, por ende, ejercer las pertinentes acciones reales. Hasta entonces, únicamente podrá limitarse a defender sus derechos como mero tercero beneficiario y, en ningún caso, como titular dominical. En este punto, como ya hacíamos referencia más arriba, nos apartamos del *trust* anglosajón que concede derechos al beneficiario sobre los bienes que constituyen el *trust*.

Cuestión más compleja será cuando la relación entre fiduciante y beneficiario de las rentas sea a título gratuito por cuanto que el fiduciante podrá usar del derecho del artículo 1.807 del Código Civil por el que *«el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista»*. Puede entenderse por analogía que la percepción por el beneficiario de las rentas derivadas del patrimonio fiduciario cuando su vinculación con el fiduciante lo es a título gratuito, puede asemejarse al régimen de la renta vitalicia, por lo que dichas rentas fiduciarias no responderían de las deudas del beneficiario.

Si bien podemos admitir la aplicación por analogía de dicho artículo en cuanto a las rentas, mayores dudas suscita para el caso del beneficiario de los bienes ya que, en este caso, 1) no nos encontramos ante una figura asimilable a una renta, y 2) no existe ningún precepto similar en materia de donaciones.

8. Retribución del fiduciario

La retribución del fiduciario por la labor de gestión realizada puede establecerse de diferentes maneras. Señalaremos únicamente las más representativas sin perjuicio de que pueda manifestarse cualquier otra: i) que la administración sea gratuita; ii) que el fiduciario cobre un tanto alzado anual, mensual o cualesquiera otros de carácter temporal por la administración con independencia de cuál sea el beneficio total obtenido por su administración o, por último, iii) que el fiduciario perciba un porcentaje calculado sobre el beneficio obtenido por la administración.

En todos estos casos, además de la tributación correspondiente, deberá declararse claramente en el negocio de constitución —o dejarlo para un momento posterior—, la forma y tiempo de pago.

En el caso de que se empleen variables matemáticas, porcentajes o cualquier otro sistema que implique remisiones a índices, será precisa una expresión clara y sencilla de las fórmulas y de la identificación de los índices a los efectos de evitar posteriores controversias de las partes a este respecto.

iii) ELEMENTOS FORMALES

En este punto, no hacemos referencia a las formas específicas que deben seguirse para la transmisión de todos y cada uno de los bienes individuales que van a formar el patrimonio fiduciario o para su inscripción en el Registro de la Propiedad, sino a la forma que eventualmente debería adoptar la constitución del negocio fiduciario.

Entendemos que la exigencia de una forma concreta como, por ejemplo, el otorgamiento de escritura pública, puede suponer reducir la flexibilidad de la figura así como encarecer la operación. Si las partes pueden constituir los negocios en la forma que tengan por conveniente, exigir un requisito de forma que es ajeno al negocio en sí puede implicar un formalismo caro e innecesario a estos efectos.

Esto no obstante, el otorgamiento de escritura pública o la formalización de la fiducia en un documento supervisado por la administración, especialmente la tributaria, puede suponer un mayor control por parte del Estado de los negocios fiduciarios convenidos. En una época en la que el blanqueo de capitales y el fraude fiscal han sido objeto de numerosa regulación —a la que nos referimos en otro punto de este trabajo— no podemos obviar esta misma regulación respecto de la fiducia. Especialmente relevante sería la intervención notarial en la confección del negocio jurídico en cuanto que aseguraría su debido ajustamiento al ordenamiento jurídico además de ser necesaria ex artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 5 del Reglamento del Registro Mercantil, como ya veíamos más arriba. En defecto de lo anterior, podría optarse por un simple documento administrativo de constitución del negocio jurídico si bien esta forma implica una mayor inseguridad.

Sin perjuicio de lo anterior y como se señala en otros puntos de este trabajo, se hace imprescindible la constancia en el Registro de la Propiedad de la transmisión de los bienes inmuebles que forman parte del patrimonio fiduciario. Téngase en cuenta lo dicho en otro punto sobre el eventual registro de los patrimonios fiduciarios con o sin carácter constitutivo.

Si los eventuales abusos en el uso de la fiducia han sido motivo para que varios estados, como, por ejemplo, el francés, denegaran o retrasaran su regulación, debemos tomar las medidas necesarias para evitar estos mismos abusos. Este fin exige el respeto a ciertas formas que tienen fundamentalmente un carácter de prevención e inspección que un carácter jurídico. El legislador deberá, en definitiva, articular las medidas necesarias para encontrar un punto medio entre la seguridad y la flexibilidad.

iv) ELEMENTOS TEMPORALES

Una de las circunstancias que necesariamente debe constar en el contrato de fiducia gestión es la relativa a la duración del contrato.

Es importante señalar, a modo de ejemplo, las diferentes modalidades temporales que se pueden hacer constar en el negocio: la duración del negocio podía determinarse de forma directa —señalando una fecha concreta— o indirecta, esto es, señalando la fecha de terminación de una operación concreta que no tenga plazo determinado de finalización o que se desconozca al tiempo de la celebración del negocio fiduciario.

Otra forma interesante de terminación del negocio puede ser, para el caso de inversión en sociedades cotizadas, el de establecer un límite de bajada de algún índice bursátil. Dadas las múltiples variables económicas que existen, se pueden tomar otras como la subida del EURIBOR hasta un porcentaje máximo, del Índice de Precios al Consumo (IPC) o cualquier otro que se tenga por conveniente. En todo caso, se requiere que el plazo sea determinado o determinable sin acudir a complejos sistemas de cálculo.

Otra cuestión es la de la posible suspensión —no terminación— de las operaciones de administración en caso del cumplimiento de alguna condición. En este sentido, las partes acuerdan que, dada una determinada variable —cualquiera de las que hemos citado más arriba a modo de ejemplo—, se suspenderán todas las operaciones de compra o venta del fiduciario o que dicha suspensión sólo afecte a la administración fiduciaria en el ámbito de un tipo de operación concreta.

Otra posibilidad es la de actuación del negocio fiduciario, únicamente en determinadas condiciones, estableciendo un plazo más amplio para el negocio fiduciario general. Es decir, las partes acuerdan la administración fiduciaria de un patrimonio en el que el fiduciario administrará los bienes sólo si las variables económicas alcanzan un porcentaje determinado. Existirá un acuerdo subyacente por diez años, por ejemplo, en los que el fiduciario será titular dominical, si bien sólo podrá realizar operaciones de adquisición, enajenación o las que se acuerden en tanto que el IPC, el EURIBOR o el IBEX 35, por ejemplo, alcance un determinado porcentaje o valor acumulado.

Finalmente, ¿cuál debe ser el plazo máximo de duración de la fiducia? En la legislación española existen numerosos ejemplos de límites temporales de la fiducia y así: artículo 781 del Código Civil que establece como límite «...*que no pasen [las sustituciones fideicomisarias] del segundo grado o se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*»; el artículo 204 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, se señala que «*en las sustituciones fideicomisarias familiares... solamente tendrán eficacia los llamamientos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación*», estableciéndose en el mismo artículo otros límites temporales; en Aragón, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, regula en su artículo 129 el plazo de la fiducia sucesoria que, sin perjuicio de las especialidades de esta figura, tiene como plazo el expresamente señalado por el fiduciante. En el caso de que el fiduciante no hubiere señalado plazo, éste será de dos años y si el llamamiento debe reiterarse y ha caducado el plazo, éste será de dos años.

Entendemos que debe dejarse a las partes la máxima libertad a los efectos de determinar el plazo de la duración de la fiducia. No deben ser sino las

partes, que conocen en profundidad la naturaleza del negocio y de la gestión sobre este negocio, las que determinen cuál es la duración más idónea para la fiducia gestión.

En este punto entendemos que el legislador únicamente debería limitar la duración de la fiducia gestión por motivos de defensa de derecho de terceros o para el caso de que se refiera a sectores sensibles. En otros supuestos, establecer un límite temporal *a priori* puede suponer un lastre para la celebración del negocio. Esto se entiende sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba respecto de los casos de incapacidad y a los cuales nos remitimos.

En todo caso, es claro que el contrato no puede establecerse *ad perpetuam* lo que exige que, aunque no se haya señalado un plazo de terminación del contrato, se señalen cuando menos los medios necesarios para denunciar el contrato y proceder a su resolución. Estos motivos no tendrán que ser necesariamente el incumplimiento del contrato por alguna de las partes contratantes (114) o la lesión sufrida por la realización del negocio (115), sino el simple transcurso de un plazo determinado que permita a una de las partes denunciar y cancelar dicho contrato y, por tanto, poner fin a la relación jurídica.

7. REFLEJO REGISTRAL DE LA FIDUCIA GESTIÓN

Sin entrar en la discusión de si la inscripción del patrimonio fiduciario en un registro público es condición necesaria, incluso constitutiva, a los efectos de crear y reconocer un patrimonio autónomo (116), es indudable que la constancia del negocio fiduciario en los Registros con eficacia jurídica es la forma más segura —la única, seguramente— de vincular a terceros respecto del mismo negocio.

La seguridad jurídica es inseparable del Registro de la Propiedad y, por tanto, entendemos que todo el negocio fiduciario, en cuanto que afecte a bienes inmuebles, debe pasar necesariamente por el citado Registro de modo similar al sistema establecido para el procedimiento de ejecución hipotecaria. Los pronunciamientos del Registro no se pueden desconocer y quien inscriba un derecho vinculará a terceros (117).

(114) Cfr. artículo 1.124 del Código Civil.

(115) Cfr. artículo 1.290 y sigs. del Código Civil.

(116) Véase, en este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1915 y 1919-1922 y nota de GÓMEZ GÁLIGO a dicho trabajo, pág. 1968 y sigs.

(117) En este mismo sentido, aunque referido a los patrimonios protegidos creados por la Ley 41/2003, se refiere RECOVER BALBOA, al señalar que «...de una manera u otra, los caminos del Patrimonio Protegido y los del Registro de la Propiedad o Mercantil acabarán cruzándose. O mejor: el devenir del Patrimonio Protegido precisa de la protección, de la seguridad y la transparencia que, en nuestro ordenamiento, garantiza la constancia registral... un encuentro que necesariamente se ha de producir, no sólo por

Para concretar el ámbito de actuación del Registro de la Propiedad en relación con el negocio de fiducia gestión debemos determinar: A) qué circunstancias se pueden hacer constar en el Registro de la Propiedad y qué efectos produce dicha constancia registral y, por otra parte, B) cómo se harán constar estas circunstancias en la inscripción registral:

A) El objeto del Registro de la Propiedad es la inscripción y anotación de actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles —vid. art. 1 de la Ley Hipotecaria—, de lo que resulta que: a) la constancia registral lo será sólo respecto del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, salvo las excepciones legalmente establecidas, y b) también podrán ser inscritas aquellas circunstancias que afecten —por condicionar o limitar temporalmente— a estos mismos derechos.

De acuerdo con lo anterior, los elementos del acuerdo fiduciario que, en nuestra opinión, deben acceder al Registro de la Propiedad para que produzcan efecto respecto de tercero son:

- i) el *carácter fiduciario de la adquisición*, de lo que resulta que el fiduciario adquiere a los fines de gestionar. En definitiva, se trata de hacer constar la existencia de un negocio fiduciario que afecta al bien o derecho objeto de la inscripción. Esto permitirá distinguir los patrimonios personal y fiduciario del administrador-fiduciario, para que los acreedores puedan determinar si dicho bien responde de las deudas fiduciarias o personales del fiduciario (118);
- ii) el *plazo de duración de la fiducia*, haciendo constar directamente su terminación con una fecha concreta o de forma indirecta señalando la condición o circunstancia que provoque dicha terminación. En su caso, puede ser necesario el otorgamiento de escritura pública que acceda al Registro de la Propiedad en los términos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, a los efectos de determinar el cumplimiento de la condición que da lugar a la terminación de la fiducia. Deberá señalarse los efectos que la terminación de la fiducia produce respecto del fiduciario, especialmente si en este caso sólo puede enajenar los bienes a favor del beneficiario —cuya identidad tam-

la voluntad del legislador, sino, desde el punto de vista teleológico, para garantizar la seguridad, tanto de los intereses para la propia persona con discapacidad beneficiaria del Patrimonio (y, por ende, de quienes han aportado bienes para ésta) respecto de los actos que pueda efectuar un administrador (una actuación a posteriori resulta claramente ineficaz), como para terceros...» (BARCELÓ BLANCO-STEGE, GÓMEZ GÁLLIGO, LÓPEZ-GALIACHO PERONA, RECOVER BALBOA, RUIZ-RICO MÁRQUEZ, *Registro de la Propiedad y Protección de las Personas con Discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2006, pág. 119).

(118) Véase, en este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1935-1936 y 1941.

- bién deberá constar en la inscripción registral—, o si se le faculta para realizar algún negocio más (119);
- iii) la *determinación de si los derechos constituidos sobre el bien o derecho a que se refiere la inscripción registral sobrevivirán o no al tiempo de extinguirse la fiducia*. En el caso de que estos derechos deban extinguirse al transmitir los bienes a favor del beneficiario, la misma escritura de transmisión dominical a favor del beneficiario debe bastar, *per se*, para la cancelación de dichos derechos por parte del Registrador de la Propiedad, sin perjuicio de lo dicho más arriba sobre este punto. Esto no obstante, una declaración expresa a este respecto en dicha escritura evitaría confusiones al respecto y, por último;
 - iv) la *identificación del beneficiario o la forma de designación del mismo*. En este último supuesto, se requerirá el otorgamiento de una nueva escritura pública en la que se acredite el cumplimiento de las circunstancias expresadas en el contrato constitutivo del negocio para dicha determinación (120).

B) ¿Cómo se harán constar en el Registro de la Propiedad estas circunstancias? En cuanto a las circunstancias de las personas, de los derechos o del tiempo, nos remitimos con carácter general a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

En cuanto a la técnica registral para hacer constar en el registro las circunstancias a las que nos referíamos más arriba, se abren dos posibilidades:

- i) mediante su introducción en el cuerpo de la inscripción de cada uno de los bienes inmuebles transmitidos fiduciariamente, de forma resaltada, con negrita, subrayado o con ambos medios a la vez. Sin perjuicio de las inscripciones extensas y concisas —vid. art. 245 de la Ley Hipotecaria—, en las inscripciones de todos los bienes fiduciarios adquiridos originaria o sobrevenidamente, durante la vigencia de la fiducia deberá hacerse constar sin excepción alguna el carácter fiduciario del bien o derecho inmobiliario. En este sentido, es interesante observar la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, por la que se crean patrimonios especialmente protegidos a favor de los discapacitados, o
- ii) mediante una nota al margen de la inscripción de cada uno de estos mismos bienes fiduciarios, lo que puede resultar interesante si admitimos que fiduciante y fiduciario sean la misma persona (121).

(119) Véase, en este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 1935.

(120) En este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1930-1931.

(121) GÓMEZ GÁLLIGO entiende, en el caso de la Ley 41/2003, que la inscripción registral de los bienes del discapacitado que formen parte de dicho patrimonio especial-

La constancia registral debe seguir, entendemos, las siguientes reglas:

- i) Si la persona del fiduciante no coincide con la persona del fiduciario. En este caso, se produce la transmisión dominical del primero al segundo, lo que exige que en el cuerpo de la inscripción se hagan constar, junto con los demás datos vistos, el carácter fiduciario de la transmisión;
- ii) Si la persona del fiduciante coincide con la persona del fiduciario. El carácter fiduciario de los bienes que formen parte del patrimonio fiduciario se podrá hacer constar mediante una nota marginal, ya que no hay traspaso dominical a una persona distinta sino únicamente el cambio de bien personal a bien fiduciario, por lo que una inscripción se torna innecesaria y sobrecargaría los libros registrales;
- iii) Si el fiduciario enajena un bien a un tercero. El tercero adquirirá un bien cuyo carácter fiduciario se extinguirá en el momento de la transmisión, por lo que el carácter fiduciario del bien debe desaparecer en el momento de la inscripción de la titularidad dominical del tercero.
- iv) Si el fiduciario coincide con la persona del beneficiario. En este caso, sería innecesario extender una nueva inscripción, ya que quien es fiduciario va a ostentar ahora una titularidad dominical derivada de su condición de beneficiario. Por ello, entendemos que lo más apropiado sería practicar una nota marginal que indique que el bien ha perdido su naturaleza fiduciaria y que ha pasado a formar parte del patrimonio personal del fiduciario, ahora como beneficiario.

Como ejemplo de inscripción de una transmisión fiduciaria damos el siguiente:

URBANA.—Vivienda descrita en la inscripción anterior. Referencia catastral: XXXXXXXX. Cargas: No consta. Don AAA *ADQUIRIÓ* la finca del presente número por compraventa, como consta en la inscripción anterior y, ahora, la

mente protegido podrá hacerse: i) mediante inscripción de los bienes adquiridos por el discapacitado —se refiere no a los bienes ya adquiridos al tiempo de la constitución del patrimonio protegido sino a los que, ya constituido el patrimonio protegido, son adquiridos posteriormente por el discapacitado—, y ii) mediante nota al margen de la inscripción de dominio de los bienes ya adquiridos e inscritos a favor de los discapacitados antes de la constitución del patrimonio. De lo anterior resulta un doble régimen: el de los bienes que ya existían en el patrimonio del discapacitado y que pasan a formar parte del patrimonio especial y cuya constancia registral se hará mediante nota al margen de los mismos bienes y, el de los bienes que entran con posterioridad a la constitución del patrimonio especial en dicho patrimonio y cuya constancia registral se realizará mediante una inscripción (*Registro de la Propiedad y Protección de las Personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección...*, págs. 55 y 56).

TRANSMITE en pleno dominio y *fiduciariamente* a Don BBB, que ostenta la facultad de enajenación, y siendo *beneficiario* Don CCC por el *plazo* de X años. Los derechos reales constituidos por Don BBB sobre la finca de este número *quedarán extinguidos* una vez transcurrido el plazo de vigencia de la fiducia. En su virtud, *INSCRIBO* el pleno dominio de la finca del presente número a favor de Don BBB por *título de fiducia gestión* y el título de *beneficiario* de Don CCC.

8. CONCLUSIONES

En cuanto a las conclusiones finales señalamos:

- a) Que la causa, dentro del Derecho español, es un concepto lo suficientemente amplio como para enmarcar dentro de la misma negocios hasta ahora no desarrollados en el Código Civil.
- b) Que la causa fiduciaria tiene un carácter no tipificado y se entiende por tal aquélla por la que un sujeto adquiere la titularidad dominical de un bien con carácter temporal y afectado dicho bien a la finalidad de administración, con obligación de transmitir al beneficiario las rentas producidas y los bienes resultantes.
- c) Que a esta figura le resulta de aplicación por analogía determinados preceptos del Código Civil respecto de la administración de la herencia y más particularmente de las sustituciones fideicomisarias.
- d) Que la regulación de la fiducia gestión requiere en todo caso la existencia de un verdadero patrimonio separado, lo que implica una fuente independiente de entrada y salida de los bienes y derechos y un centro independiente de imputación de responsabilidad. Esto implicará, entre otros, la existencia de un patrimonio personal y de otro fiduciario, ambos bajo la titularidad de la misma persona, y que el concurso de uno de los patrimonios no afecte al otro y viceversa.
- e) Que, como el resto del ordenamiento jurídico, la seguridad es piedra angular a los efectos de evitar perjuicios de terceros interesados en el negocio —fundamentalmente el beneficiario y los acreedores— por lo que el Registro de la Propiedad se establece como institución fundamental a los efectos de dar a conocer a terceros la existencia y la extensión, respecto de bienes inmuebles, del negocio fiduciario lo que es fundamental para su articulación; y, por último,
- f) Que la declaración de entrada y salida de los bienes del patrimonio fiduciario, la adjudicación de bienes y de rentas al beneficiario o cualquier otra medida de control, puede hacerse a partir de instituciones ya existentes pero que, en todo caso y dentro de lo posible, no deben perjudicar a la flexibilidad de esta figura que por su naturaleza puede ser especialmente sensible a trabas de cualquier tipo.

Por último, queremos hacer una breve reflexión respecto de la posibilidad de regular esta figura y su relación con el fraude. Sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba, en cuanto a los medios por los que evitar la utilización fraudulenta de la fiducia gestión, deseamos señalar que esta utilización fraudulenta, entendemos, no es un argumento que *per se* pueda impedir su regulación. Debemos permitir y favorecer la realización de nuevas actividades económicas y sistemas de lucro. No corresponde al ordenamiento jurídico impedir sino precisamente permitir y hacerlo con garantías respecto de terceros. Dentro de estas garantías que deben buscar los juristas pueden encontrarse medidas tales como impedir la constitución de fiducia liberalidad, ya prohibida por el estado francés, o impedir que fiduciante, fiduciario y beneficiario coincidan en una misma persona (122), establecer un listado de los bienes incorporados al patrimonio fiduciario originaria o sobrevenidamente, tributar por la transmisión de los bienes a favor del beneficiario cuando éste no sea el fiduciante para evitar la evasión en el pago del ITPAJD. En conclusión, si bien implica un beneficio indudable limitar a bienes concretos la responsabilidad por la realización de una determinada empresa económica, no es menos cierto que dicha separación patrimonial no puede implicar una limitación de responsabilidad para el caso de que un sujeto actúe de mala fe (123).

(122) ARROYO I AMAYUELAS postula frente al régimen previsto en el anteproyecto de patrimonios fiduciarios para Cataluña que permite, a estilo quebequés, que la titularidad de fiduciante, fiduciario y beneficiario recaigan en una misma persona. La autora propone una forma menos amplia, que sería aquélla en la que permitiéndose la coincidencia citada, sin embargo quede prohibida para el caso de que no sean fiduciario y beneficiario únicos («Los patrimonios fiduciarios y el *trust*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 693, págs. 11- 61, 2006, pág. 49).

(123) Téngase en cuenta el artículo 2645.1 *in fine* del Código Civil quebequés y ARROYO I AMAYUELAS, *Los patrimonios fiduciarios...*, págs. 52 y 53. Dicha autora sostiene que la realización de un negocio de fiducia gestión no puede considerarse *per se* defraudatorio, aunque por el mismo se disminuya el patrimonio del deudor-constituyente del patrimonio fiduciario. Precisamente, la aceptación general por parte de la DOCTRINA de este presupuesto posibilitará —como hemos defendido a lo largo del presente trabajo— la regularización de la figura de la fiducia gestión.

RESUMEN

TRUST

El autor defiende la posibilidad de regular en el ordenamiento jurídico español la figura del trust en su versión continental. Amparado por el Convenio de La Haya de 1985, postula la posibilidad de transmisión del dominio del propietario al fiduciario por causa de administración. Asimismo, acepta la posibilidad de que el fiduciario sea titular de dos patrimonios, el fiduciario y el personal, de manera tal que cada uno de estos patrimonios tenga un centro distinto de imputación de créditos y deudas. Expone la necesidad de que toda regulación relativa al trust cuente con las garantías jurídicas apropiadas. En primer lugar, mediante la inscripción de los bienes inmobiliarios que formen parte del patrimonio fiduciario en los registros de seguridad jurídica existentes en nuestro país. En este sentido, el Registro de la Propiedad cobra una vital importancia como medio para asegurar la publicidad de la naturaleza fiduciaria o personal de los bienes que ostente el fiduciario. También defiende la necesidad del cumplimiento de ciertas obligaciones fiscales como modo de asegurar la pertinente tributación y evitar el blanqueo y la evasión de capitales.

ABSTRACT

TRUST

The author defends the possibility of regulating the continental version of the trust in Spanish legislation. Based upon the 1985 Hague Convention, the author postulates the possibility of transferring domain from the owner to the trustee by cause of administration. The author also accepts the possibility of the trustee's being the holder of two bodies of property, the property in trust and the trustee's own property, such that each of these bodies of property has a different centre for the charging of credits and debits. The author states the need for all regulations concerning trusts to be equipped with the appropriate legal guarantees. First, through the registration of the immovable property belonging to the estate in trust, at our country's existing registers of legal security. Here the Property Registry becomes vitally important as a means of ensuring the publicity of the entrusted or personal nature of the assets the trustee holds. The author also defends the need for compliance with certain tax obligations as a way of ensuring the pertinent taxation and avoiding money laundering and capital flight.

(Trabajo recibido el 02-10-07 y aceptado para su publicación el 19-10-07)