

# Confusión de patrimonios y publicidad registral: El caso del *trust* (\*)

por

CELESTINO PARDO NÚÑEZ

*Profesor de Historia del Derecho (ESADE)*

*A Manuel Peña,  
con admiración y respeto*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. METODOLOGÍA.
- III. PRIMER PROBLEMA: LA DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD Y PERSONALIDAD: EL RECONOCIMIENTO DE AUTONOMÍA PATRIMONIAL.
- IV. SEGUNDO PROBLEMA: EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS ADQUISICIONES O GANANCIAS.
- V. TERCER PROBLEMA: SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO AFECTO DEL PATRIMONIO DEL CONSTITUYENTE O FUNDADOR.
- VI. CUARTO PROBLEMA: LA SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO AFECTO DE LOS BIENES DEL GESTOR.
- VII. DOS RIESGOS TÍPICOS PARA EL PATRIMONIO ADMINISTRADO: EL FRAUDE DEL GESTOR Y EL FRAUDE DEL FUNDADOR.
- VIII. QUINTO PROBLEMA. GESTIÓN ESTÁTICA: LA ADMINISTRACIÓN DE DOS PATRIMONIOS POR UNA MISMA PERSONA.
- IX. SEXTO PROBLEMA. GESTIÓN DINÁMICA: LA DISCIPLINA DE LAS RELACIONES INTERNAS Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO VINCULADO.

---

(\*) Al final de este trabajo se publica una nota de F. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Consejero-Secretario de la RCDI, sobre la materia.

- X. SÉPTIMO PROBLEMA: LAS RELACIONES EXTERNAS Y LA DEFENSA DE LOS ACREEDORES. LA PUBLICIDAD DEL PODER.
  - XI. OCTAVO PROBLEMA: EL MANTENIMIENTO DEL BENEFICIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. LA PUBLICIDAD DE LA APORTACIÓN.
  - XII. NOVENO PROBLEMA: LA EXCLUSIÓN DE BIENES DEL FONDO MERCANTIL: UN EJEMPLO MUY INSTRUCTIVO.
  - XIII. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
- CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

1. *Finalidad de la investigación.* Es dudoso que, para conseguir los objetivos que, en el mundo anglosajón, se persiguen con los *trusts*, no sirva ninguna de las instituciones jurídicas que tenemos en nuestro Derecho (1). Es incluso dudoso que no contemos con figuras negociales que permitan obtener resultados sino completamente equivalentes, sí, al menos, sustancialmente parecidos.

No es éste, sin embargo, el punto que hoy nos toca aclarar. Nos interesa una cuestión más bien menor. Nuestra tarea consiste exclusivamente en buscar aquellas fórmulas registrales más apropiadas para que los *trusts* inmobiliarios puedan desempeñar, en nuestro país, sin mayores entorpecimientos o dificultades, las actividades que se entiendan necesarias para proceder a la ejecución de los objetivos que, con su constitución, se persiguen (2).

---

(1) Quiero decir, sin precisar reforma legislativa alguna. Los principales problemas los plantea la vigencia de las leyes desvinculadoras. El artículo 1 de la Ley de 27 de septiembre y de 11 de octubre de 1820 suprimió «todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra clase de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza». Cfr. CASTRO, «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *Estudios Jurídicos del profesor Federico de Castro*, I (1997), pág. 680 y sigs. La llamada «autonomía privada» forma parte del derecho fundamental de libertad y el libre desarrollo de la personalidad, por lo que su «restricción» o «configuración» exigen norma con rango de ley, sujeta, en todo caso, al test de proporcionalidad: cfr. ALEXEY, *Teoría de los derechos fundamentales* (2002), págs. 346-348. Cfr. sin embargo, nota 18.

(2) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* (1988), ha destacado, con especial vigor, la importancia de la eficacia defensiva y ofensiva de los asientos del Registro de la Propiedad. El texto se limita a analizar, sirviéndose para ello de la comparación con otras instituciones o situaciones jurídicas semejantes, las ventajas que puedan derivarse de la inscripción de las fiducias —y de los bienes, con que se dotan— en el citado Registro. Por ello, primero, se habla de la protección que proporciona la tercera registral; a continuación, de la defensa que produce la inscripción frente a la pauliana; después, de la defensa que concede el asiento contra disposiciones irregulares de bienes del fondo realizadas por el gestor; y, finalmente, la irresponsabilidad de fundador, gestor y beneficiarios por las deudas del fondo.

2. *El trust como patrimonio destinado.* Constituye uno de los pilares fundamentales del *trust* la afectación de una masa de bienes (nada impide que sea sólo uno, pero no suele ser eso lo más frecuente), por tiempo más o menos indeterminado, a fines específicos con obligación, en su caso, de proceder a la restitución del sobrante cuando se hayan cumplido.

La vinculación a determinados fines de un conjunto de bienes exige, como mínimo, que los elementos vinculados constituyan un patrimonio separado y autónomo, es decir, con vida propia; y, por ello, irresponsable frente a obligaciones diferentes de las generadas en la ejecución de los fines perseguidos (3).

3. *La preferencia de los acreedores del fondo sobre los bienes que lo componen.* En efecto, para poder hablar de independencia y autonomía patrimonial de un fondo es necesario que concurran, al menos, dos efectos, uno positivo y otro negativo:

- i) Por una parte, es preciso que los bienes afectos queden sustraídos a posibles responsabilidades por razón de negocios propios del constituyente del fondo, del gestor o de sus beneficiarios (4).
- ii) Por otra, es necesario que los bienes afectos respondan exclusivamente del cumplimiento de las obligaciones resultantes de las operaciones realizadas en ejecución de los fines perseguidos (5).

---

(3) La creación de un patrimonio separado de estas características no parece que pueda dejarse sin más, en nuestro Derecho, a la libre voluntad de los interesados. Cabe, por ello, plantearse si este resultado no excede de las posibilidades de la autonomía de la voluntad y si, por tanto, exige, para ser reconocido, una autorización expresa del legislador. En efecto, la opinión más común es que el número de patrimonios especiales está cerrado y, por tanto, que la creación de nuevos tipos exige una habilitación formal (general o especial) del legislador: CASTRO, «Patrimonio», en *Estudios de Derecho Civil* (1972), pág. 40. Aunque también es cierto que, a veces, se presentan casos (capellanías y patrimonios por suscripción como cuestaciones públicas, festivales benéficos e iniciativas análogas) en que no es raro que la fuerza de los hechos se imponga al Derecho y acabe forzando, pese a su manifiesta irregularidad del supuesto, una solución acorde con los distintos intereses en juego, ya que un tratamiento estrictamente dogmático del problema no haría otra cosa que agravar la enfermedad que se intenta curar (un ejemplo de la especial «fuerza normativa de lo fáctico»). Cfr. CASTRO, cit., pág. 62, para su consideración como asociaciones.

(4) Es cuanto menos dudoso que, en nuestro Derecho, para crear patrimonios afectos un fin, por acto *inter vivos*, no haya otra vía que la fundación (como quiere CASTRO, *El patrimonio*, cit., pág. 61). Cfr., por ejemplo, artículo 641 del Código Civil que (si se conjuga con 643.2), como dijo GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, 1 (1852), pág. 303, permite constituir un verdadero «fideicomiso contractual».

(5) La consideración del patrimonio destinado o afecto, como un patrimonio especial y separado con su propia y específica autonomía, impone ciertas reglas de funcionamiento de entre las que hay que destacar especialmente dos: i) en primer lugar, la dinámica del patrimonio afecto o vinculado pasa a ser regulada o gobernada normalmente por el principio de subrogación real: es decir, en caso de disposición de cualquiera de sus activos, el que entra tiene que ocupar el lugar y posición del que sale (*res succedit in loco pretii et pretium in loco rei*); ii) en segundo lugar, el patrimonio diferenciado y los patrimonios

Ahora bien, no cabe un régimen especial o separado de responsabilidad si al tiempo no se constituye un sistema especial o autónomo de gestión o administración. En Derecho no hay, como es sabido, poder sin responsabilidad, pero tampoco responsabilidad sin poder (6).

4. *La autonomía del fondo: el llamado «efecto real».* En resumen, podrá decirse que los patrimonios autónomos están separados o son verdaderamente independientes sólo si es cierto que generan una especie de afectación o sujeción «real» de los activos, que los componen o integran, al pago de las deudas contraídas en ejecución de los fines que se persiguen con su creación.

Observan, por ello, con toda razón, los mercantilistas que, cuando se aportan bienes o se dota un fondo separado —como cuando se constituye una hipoteca— se tiene que producir la «afección real» de los bienes aportados al pago de las deudas contraídas por razón del fondo; lo que, para que pueda admitirse —como pasa con todo «efecto real»— exige siempre el concurso de algún tipo de publicidad, sea ésta de hecho (cmpr. arts. 609 y 1.095 del Código Civil), o sólo de derecho o registral (cmpr. arts. 606 y 1.875 de ese mismo Código) (6bis).

5. *Conclusiones.* En resumen, *siempre que se incorporan bienes a un patrimonio verdaderamente autónomo, por ese solo hecho, se transforman en inalcanzables para los acreedores de quienes los dotaron, exactamente igual que si los hubiese transmitido o gravado en favor de un tercero.*

La separación «real» del fondo autónomo justifica, por lo demás, que se le tenga por un nuevo ente con patrimonio propio, de modo que, a partir de su constitución, las relaciones jurídicas ya no podrán establecerse, directamente, entre los fundadores y los acreedores del fondo, sino, por un lado, entre el fondo y los fundadores y, por otro, entre el fondo y sus acree-

---

personales de los que segrega o disocia (en nuestro caso, los del fundador, gestor y beneficiarios) podrán perfectamente establecer relaciones jurídicas entre ellos sin que se produzcan los fenómenos de «confusión de obligaciones» y «consolidación de derechos». Cfr. CASTRO, *El patrimonio*, cit., pág. 58.

(6) La organización de un sistema estable y especial de administración implica aceptar que habrá una disociación más o menos intensa y prolongada —con todos los riesgos que eso conlleva, como veremos— entre propiedad (de los bienes afectos) y control (sobre ellos). Es ahí donde jugará su papel la publicidad registral. Cfr. pág. 11 y sigs. del texto.

(6bis) La característica básica de esta forma de estructurar los patrimonios separados viene dada por la creación de un nuevo «sujeto» al que unitariamente se le atribuyen los derechos y las obligaciones. Lo que va a determinar, por lo pronto, que el patrimonio afecto se constituye en un patrimonio aislado del de sus fundadores; los acreedores del fondo tienen preferencia sobre los bienes del fondo frente a los acreedores de los fundadores; el patrimonio tiene su propio sistema de gestión y administración y se liquida separadamente, de lo que se sigue que incurre en su propia quiebra o suspensión de pagos; tiene su propia nacionalidad y domicilio; puede adquirir la cualidad de comerciante, etc. Cfr. PAZ ARES, «Comentario al artículo 1.669», en MINISTERIO DE JUSTICIA (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2 (1991), págs. 1367-1368.

dores (7). Es, por todo ello, por lo que puede hablarse de, por una parte, «relaciones internas» y, por otra, «relaciones externas».

## II. METODOLOGÍA

1. *Distintos medios para conseguir el mismo fin.* Nada de lo dicho hasta ahora, si juzgamos las cosas sin excesivos prejuicios, parece excepcional, ni tan siquiera extraño.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que nuestra legislación civil conoce —y por tanto regula— situaciones muy parecidas a la que nos ocupa, aunque esa desperdigada regulación, a la hora de fijar los requisitos necesarios para que la separación y autonomía sean posibles, no siempre haya seguido una doctrina uniforme, o idénticos principios.

Esto es, nuestro Derecho, cuando se trata de disciplinar o regular patrimonios o fondos autónomos, no se ha mostrado ni mucho menos dogmático: ni ha utilizado los mismos medios ni ha perseguido siempre los mismos resultados (tampoco, como veremos, por lo que se refiere al uso del Registro) (7bis).

---

(7) «Las limitaciones reales a que un derecho puede ser sometido pueden ser de tal intensidad y extensión que afecten no sólo a ciertas facultades parciales, sino que lleguen a abarcarlas todas en el sentido de no permitir otro ejercicio del derecho que el que conduzca a la consecución de un fin determinado. Estas afectaciones pueden ser de distinto grado, y tener ya meros efectos internos entre los sujetos de la relación jurídica, ya efectos plenos de carácter real extensivos a terceros. Para llegar a una tal afectación, exige este autor tres requisitos: acuerdo sobre un fin objetivamente determinado, establecimiento de una administración que dirija el derecho a la ejecución de ese fin y *un acto externo (tradición, inscripción, etc.) equivalente a la transmisión del derecho*»: cfr. RHODE, *Juristische Person und Treuhand* (1932), pág. 73 y sigs., a quien cita Cossio, «Teoría del Patrimonio», en *Estudios en homenaje al profesor Serrano Serrano*, 1, pág. 36.

(7bis) Nuestro Derecho —siempre que quiere que un fondo patrimonial cobre vida propia y, por tanto, funcione independiente de los patrimonios personales del fundador, del gestor o los posibles beneficiarios (separación real)— exige algún tipo de publicidad (como lo exige para la constitución de cualquier otro efecto real (cfr., para la necesidad de tradición, arts. 609 y 1.095 del Código Civil), pero no siempre dispone que sea, precisamente, la registral. Nos encontramos así, con que, por lo general, se contenta con la publicidad de hecho, siempre que la notoriedad de los comportamientos y actitudes de las personas implicadas, y en su caso la posesión material de las cosas, sirva para dar a conocer, con la claridad necesaria, *erga omnes*, la separación patrimonial pretendida. En esos casos, si, por la razón que sea, se echa mano del Registro —y por tanto la publicidad formal u oficial que produce— es más bien como un instrumento para restringir o contrarrestar la publicidad que los hechos generan, esto es, para destruir la apariencia posesoria, cuando, por demasiado tosca, no refleje o se corresponda con la realidad. La decisión sobre cuándo sucede eso corresponde tomarla al legislador. Por ello, en algunos casos y circunstancias se reconoce a la inscripción valor constitutivo tanto más acentuado cuando más se puedan hacer servir los derechos en general y fondos patrimoniales en particular (con o sin personalidad jurídica) en maniobras especulativas o fraudulentas. Lo publicado tiene una tendencia a producir efectos públicos, es decir, a producir una vinculación

2. *Metodología: análisis de problemas.* Es por todo ello que, *para enfrentarse a una cuestión «abierta» como esta de la importancia o el papel que, a falta de la oportuna regulación legal, deba darse al Registro de la Propiedad en el desenvolvimiento del trust, parece lo más conveniente inclinarse por un planteamiento (y un tratamiento) realista del problema.*

Es decir, por un planteamiento que —después de aislar y por tanto identificar los problemas más habituales que plantea la figura cuya inscripción nos ocupa— pase luego a revisar (para después valorar) las distintas respuestas o soluciones que se han ensayado por el legislador en casos o situaciones previamente identificadas como parecidas o similares; para, finalmente, analizar la posible contribución que pueda hacer el Registro.

### III. PRIMER PROBLEMA: LA DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD Y PERSONALIDAD: EL RECONOCIMIENTO DE AUTONOMÍA PATRIMONIAL

1. *La distinción entre capacidad y personalidad.* La distinción entre capacidad y personalidad, hoy tan en boga en la doctrina y la jurisprudencia (sobre todo, procesal), no constituye un logro tardío o de última hora de nuestro saber jurídico. Más bien constituye uno de esos frutos primerizos que, por serlo, ya fue tenida en cuenta, a la hora de ordenar la vida civil y mercantil, por nuestra más venerable tradición jurídica.

Sólo por poner algunos ejemplos: en Derecho Romano, los hijos o *fili-familiae*, aun siendo *liberi*, adquirirían para el *pater* (personalidad sin capacidad) y, en Derecho Medieval, el buque, como la casa familiar, se entendía —como se entiende todavía hoy en día— que constituía un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones (capacidad sin personalidad).

Basta para comprobarlo, por lo que al buque se refiere, con leer los artículos 17 (en que se nos habla de «obligaciones del buque»); 582 («responsabilidades del buque»); 586 («representación del buque»), o 827 («imputabilidad por abordaje»), todos del Código de Comercio (8).

2. *El refrendo de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* La separación conceptual entre capacidad y personalidad ha sido, en todo caso, consagrada por la

---

general, porque el «conocimiento sin protesta» puede elevarse con facilidad a «consentimiento»: *quod omnes tangit, omnibus consentire debetur*. Para la historia de este antiquísimo glosema, cfr. BRUNNER, «Dall' investitura per grazia di Dio al principio mocarchico», en *Per una nuova storia costituzionale e sociale* (1970), pág. 165 y sigs.

(8) Es irresistible la cita aquí de los capítulos 13 ó 15 y 27 del *Llibre del Consolat della Mar*, en los que se afirma que es el propio buque quien paga, ajusta la tripulación o recibe el flete. Todavía en el Congreso de Génova de 1892 se sostenía que «las deudas por las que responde el naviero limitadamente son, en realidad, deudas del buque». Cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 2 (1980), pág. 532.

nueva Ley Procesal Civil, que, siguiendo una antigua doctrina jurisprudencial, ha dado un paso decisivo en este punto.

En sus artículos 6.4 y 7.5, en efecto, se reconoce a las masas de «bienes sin titular» capacidad para ser parte en el proceso; es decir, se les atribuye capacidad jurídica procesal activa y pasiva.

La solución, apuntada en primer lugar por la doctrina, vigente desde hace tiempo en el Derecho comparado y admitida finalmente por nuestro legislador en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consiste, como antes adelantamos, en desvincular la «capacidad para ser parte (en el proceso), del concepto de personalidad» (9).

3. *La publicidad registral y el reconocimiento de autonomía patrimonial.* Pues bien, llegados a este punto, podemos adelantar que, para reconocer fondos con capacidad (tengan o no personalidad), nuestra tradición jurídica no ha exigido, por lo general, ninguna inscripción o advertencia previa en algún tipo de Registros Públicos —es decir, ninguna clase de publicidad oficial— y se ha contentado normalmente con la publicidad de hecho (10).

(9) Los nuevos sujetos procesales sin personalidad civil no son susceptibles propiamente de representación por terceros; más bien debe hablarse de «legitimación, entendida como poder de disposición sobre derechos no propios»: BADOSA, «Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje del profesor Luis Díez-Picazo*, I (2003), págs. 233-235 donde se ofrece un listado de los casos en que se ha reconocido y protegido por el legislador el funcionamiento práctico de una masa de «bienes sin titular». La limitación de que la indeterminación del titular sea transitoria (cfr. 7.2 LEC), aún suponiendo que juegue como una verdadera restricción, se presta a interpretaciones flexibles.

(10) La libertad de creación de patrimonios separados debe rechazarse con independencia de que los argumentos, que se barajan en apoyo de la prohibición, tengan «desigual valor». En efecto, «la sujeción de los bienes destinados a un vínculo real en lugar de personal debe estar expresamente previsto en la Ley; la autonomía patrimonial debe reconocerse aunque sea genéricamente por el legislador; *la separación entre la responsabilidad particular y la del fondo sólo puede derivar de la ley, ya que dicha separación es contraria al carácter esencialmente unitario de la responsabilidad patrimonial o a la paridad de trato que regula el concurso de acreedores*»: PAZ ARES, cit., pág. 1366. Lo que no le impide decir un poco antes que «sería absurdo (?) hacer depender la calificación jurídicamente decisiva (como “sociedad externa” y por tanto con personalidad) de un hecho sucesivo, extrínseco y accidental (la publicidad) y no de un hecho constitutivo, intrínseco y esencial (?) (la voluntad contractual) (...)». En consecuencia la personalidad jurídica, en cuanto elemento estructural del negocio, se anuda —como no podía ser de otra forma (?)— a la voluntad de las partes». Una terminología arbitraria y un dogmatismo extremo se aúnan para defender una posición que, como recuerda su autor, no tiene adeptos ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. ARROYO, «Los patrimonios fiduciarios y el trust», en *RCDI* (2006), pág. 11 y sigs., se olvida de mencionar en su relación al, probablemente, más irreductible partidario, en Derecho español, de reconocer plena capacidad a las partes para construir, por su propia voluntad, sin necesidad de ningún otro requisito de forma o publicidad, patrimonios especiales y autónomos. Si debe regir aquí alguna máxima de Derecho —puesto que la separación de bienes de un patrimonio implica siempre perjuicio para sus acreedores— es la de que lo que *omnes tangit, omnibus consensire debetur*. Precisamente la publicidad, también la de hecho, si se hace con determi-

Este principio general, implícito en la legislación vigente, ha sido asumido, tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia (11).

Para demostrarlo, vamos a servirnos de tres ejemplos: el del hijo menor de edad, que vive de forma independiente; el de las sociedades civiles y mercantiles, y el de la «herencia yacente».

---

nadas garantías y condiciones, constituye un sustitutivo o equivalente que permite prescindir de la, en otro caso, necesaria intervención de los terceros que resulten perjudicados por el acto o contrato publicado.

(11) La protección del tráfico no sólo justifica que, por una parte, la publicidad registral sea necesaria para dar a conocer hechos cuya existencia no desvela la mera apariencia —por ejemplo, para que la derogación o modificación por voluntad de las partes de regímenes legales o contractuales (como puedan ser los estatutos de una sociedad o el alcance de sus poderes) pueda perjudicar a terceros—. La protección del tráfico no sólo justifica que, por otra parte, practicada la inscripción, en beneficio de terceros, se subordine el derecho (y el hecho que lo fundamenta) a la apariencia registral creada, aunque ya no se corresponda con la realidad (lo que inevitablemente alterará la eficacia típica u ordinaria de los actos o hechos publicados, incluso en perjuicio del mismo titular registral). En efecto, «no es lo mismo que lo no inscrito no perjudique a tercero (...), que lo inscrito perjudique al titular registral en cuanto responsable de una apariencia en la que los terceros ponen su confianza»: PEÑA, *Derecho de Familia* (1989), pág. 184, nota 67. «Una modificación determinada por los mismos contrayentes no debe prevalecer frente a terceros si el registro sigue publicando poderes y facultades (art. 38.1 LH) que, por la modificación, no se corresponden con la realidad. Esto es lo que ocurre en otros regímenes estatutarios (propiedad horizontal, cfr. STS de 29-4-1970) y es lo que parece apoyar el 1.219». La falta de inscripción de los cambios de situaciones ya inscritas no «perjudica a los terceros protegidos por el artículo 34 LH. Pero (tampoco) (...) al tercero civil; es decir, a cualquier tercero que entre en relación con el consorcio ignorando que el régimen (...) no es, en cuanto a un inmueble el que resulta del registro» (en contra, CÁMARA, «Estudio sobre la propiedad horizontal», en *Estudios de Derecho Civil* (1985), pág. 369. *Pero hay todavía, y es lo que conviene ahora destacar, algo más importante.* La publicidad (sea de hecho o registral) revela su verdadera fuerza e importancia cuando pasa a integrarse como requisito imprescindible en el proceso constitutivo de un derecho; lo que suele pasar siempre que se pretenden crear, por unos pocos (normalmente, las partes) relaciones jurídicas con eficacia ejecutiva directa frente a terceros (es decir, contra todos o *erga omnes*): un efecto o resultado que, evidentemente, excede con mucho del poder de la voluntad y que tiene un matiz de Derecho público (*quod omnes tangit, omnibus consentire debetur*). La publicidad (de hecho o derecho) será, en consecuencia, imprescindible, siempre que las partes contractuales quieran adquirir derechos con eficacia ejecutiva directa frente a terceros que no tuvieron arte ni parte en su proceso de constitución. Así, por ejemplo, antes de la personalidad jurídica (de la sociedad) no puede decirse, como hace algún autor, que esté la «nada». Están, evidentemente, los patrimonios singulares de los socios que, en beneficio de sus acreedores, deben subsistir, a todos los efectos, con su régimen unitario de administración y responsabilidad a falta de suficiente publicidad (sea registral o por notoriedad) del acto de separación. En el tráfico mercantil (especialmente rápido), es incluso frecuente que se estime insuficiente la publicidad de hecho y se exija por el legislador publicidad registral para que determinados actos o contratos (de escisión o separación) produzcan sus efectos típicos. En efecto, nadie puede decir que exista la escisión o separación de parte de un patrimonio si no se libera el patrimonio separado de responsabilidades por razón de los créditos anteriores que soportaba el patrimonio matriz: cfr. artículo 927 del Código de Comercio. Para el llamado «efecto real» de la personalidad jurídica o la autonomía patrimonial, cfr. apartado «introducción» del texto.

4. *El caso del hijo menor de edad.* Por lo que a los hijos se refiere, se ha considerado siempre suficiente la notoriedad de la salida de la casa paterna (domicilio propio) y una forma de vida independiente (es decir, sin oposición de sus padres) para empezar a atribuir al menor la propiedad exclusiva de los productos de su industria o trabajo (*a contrario*, art. 321 del Código Civil) (12).

La notoriedad de una gestión autónoma se viene estimando suficiente para advertir a los terceros —a los acreedores de los padres pero también a los acreedores del hijo— sobre el hecho de que el menor adquiere exclusivamente para sí; y, por tanto, que los frutos de su trabajo no pasan a formar parte del patrimonio familiar sino de su propio patrimonio; y, en consecuencia, que no se debe ni puede responsabilizar al hijo por la conducta de los padres ni a los padres por la conducta de su hijo (13).

(12) Salvo en el hecho de fijar la edad (dieciséis años) a partir de la cual puede tenerse por emancipado al hijo que vive con independencia de los padres, siguen vigentes las apreciaciones de la doctrina sobre el viejo artículo 160 del Código Civil (redacción originaria). Para la discusión, cfr. CASTRO, *Derecho Civil de España*, 2 (1952), págs. 196-197, que como es sabido reducía el alcance de su significado literal. La nueva redacción del artículo 319 del Código ha aclarado algunas dudas pero no todas: sea o no un caso de suspensión de la patria potestad o una verdadera emancipación, lo cierto es que el nuevo precepto equipara al menor que hace vida independiente al emancipado «para todos los efectos». Es decir, que «se les equipara en cuanto a la capacidad de obrar y a la independencia jurídica». La revocación libre por los padres, por lo demás, contradice el artículo 158 del mismo Código. Cfr. PUIG FERRIOL, «Comentario al artículo 319», en MINISTERIO DE JUSTICIA (coord.), *Comentario del Código Civil*, 1 (1991), págs. 878-879.

(13) Para el Derecho Histórico, cfr. OTERO, «*Liber Iudiciorum* 3.1.5», en *Estudios Histórico-jurídicos*, 1 (2006), pág. 189. La emancipación para que produzca todos sus efectos exige el efectivo abandono de la casa familiar, lo que presupone no sólo la (auto)postulación del hijo como nuevo sujeto o persona (casa propia) sino también la tolerancia por parte del padre durante un período prolongado de esa situación. La emancipación «formal» (escritura o habilitación judicial) no constituye más que un remedio jurídico pensado contra un posible cambio de criterio del *pater* (ya que implica renuncia irrevocable a la reintegración por la fuerza). El padre conserva ese derecho porque no ha dejado de ser responsable (por el hecho de la marcha del hijo) de los daños que pueda éste causar a terceros. La salida «pactada» o consensuada solía confirmarse con el anticipo de legítima o la entrega de dote (especialmente si hubo contrato matrimonial/sucesorio) que se festejaba públicamente (ceremonia de ordenación sacerdotal o banquete de boda). La expulsión o el abandono de la casa (sin autorización) llevaba consigo la necesidad de tomar *un nuevo nombre sin patronímico*: no servía, por tanto, el apelativo de «Méndez» o «González», sino que se echaba mano de «Olmo», «Castellanos», o «Herrero», que suelen ocultar, también, la condición de hijo natural, de extranjero o judío/moro y denotan, además, el dominio de un arte que permite valerse por sí mismo («ganarse la vida»). En cuanto a los acreedores del padre, pierden sus derechos sobre las ganancias del hijo (la emancipación es *res inter alios acta*):

- i) Sólo si se publica formalmente la separación (aviso o ceremonia con valor de pública notificación) a la que no pueden oponerse (los *liberi*, al contrario que los esclavos, gozan de cierta libertad de movimiento, incluso con el tiempo para contraer matrimonio): el ejemplo de Jesús, para revalorizar la posición del hijo, como la de María, para el de la mujer y esposa, fue, sin duda, determinante.

5. *El caso de las sociedades civiles y mercantiles.* Este principio de ordenación o regulación, propio del Derecho de Familia, después de muchas y enconadas discusiones, por obra de la jurisprudencia, ha terminado por aceptarse, también, en sectores jurídicos distintos, como, por ejemplo, en el Derecho de sociedades:

- i) La autonomía patrimonial (en este caso, la misma personalidad civil), tampoco aquí se concede, se ejerce; por ello, se reconoce por notoriedad y se presume o deduce del hecho de su ejercicio. A todos los efectos se tiene por libre y autónoma una voluntad que se manifiesta repetidamente en la vida jurídica como independiente.
- ii) La notoriedad de ese comportamiento, en efecto, mientras no se demuestre otra cosa, constituye prueba suficiente de la existencia de personalidad civil y, por tanto, requisito bastante para el reconocimiento de una capacidad propia con un ámbito, también propio, de responsabilidad (14).

6. *El caso de la herencia yacente.* La herencia yacente, por lo demás, se ha tenido siempre por una especie de patrimonio autónomo; es decir, «una uni-

- 
- ii) O si, siendo pública la separación (a su vista, ciencia y paciencia), esos acreedores dejan pasar un plazo de tiempo prudencial sin interrupción o protesta (del mismo modo que en la *usucapio*): entre tanto, los acreedores (del *pater* y del hijo) tienen acción contra los dos y eligen, en caso de reclamación, el patrimonio contra quien más les conviene dirigirla (hay riesgo de fraude en la separación: puede haberle ido mal al padre y bien al hijo y a la inversa).

En cualquier caso, lo mismo que la emancipación formal (por edad o matrimonio), sin efectiva salida o abandono de la casa familiar, no sirve de nada frente a terceros (mantiene al hijo en la disciplina del padre o hermanos, en su caso, hermano mayor o *hereu*, ya que responden por su conducta); tampoco sirve para nada la marcha del hogar sino se le suma la notoriedad de una vida independiente. La publicidad, que se precisa, no se consuma con el simple acto instantáneo de abandono, sino que exige continuidad en la separación que refleje una voluntad firme de rotura de los lazos familiares (es decir, exige la notoriedad que genera un prolongado uso).

(14) La disputa se centra en el sentido que hay que dar al segundo párrafo del artículo 116.2 del Código de Comercio. Por todos, GIRÓN, *Derecho de Sociedades* (1976), pág. 145 y sigs. También PAZ-ARES, *Comentario al artículo 1.669 del Código Civil*, en MINISTERIO, cit., pág. 1344. La discusión parece desenfocada: lo que preocupa al codificador es que, sin inscripción, surja una persona mercantil que sujetará a todos los terceros con quien contrata al régimen especial del Derecho Mercantil (huida del Derecho Común). Para la tradicional (antigua) preferencia de los acreedores mercantiles sobre los civiles, cfr. artículo 913.2 del Código de Comercio derogado. Para la discusión sobre el abuso de la personalidad jurídica, CASTRO, «Ofensiva contra el concepto de persona jurídica», en *Estudios*, cit., pág. 1493 y sigs. Para su carácter instrumental, Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil, I* (1967), pág. 170 y sigs. Según PAZ ARES, cit., pág. 1360, el efecto «real» (separación de patrimonios) es propio o típico de la personalidad jurídica y, por ello, siempre que se produce, quieranlo o no las partes o el legislador, habrá personalidad aunque no se diga expresamente.

dad abstracta de bienes que constituye un ámbito independiente de responsabilidad y un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones» (15).

El patrimonio del causante persiste a pesar de la muerte de su titular y mantiene no sólo su identidad sino también una dinámica propia y por tanto autónoma. Es decir, subsiste, aun después del fallecimiento de su titular, su antigua capacidad para generar derechos nuevos y contraer nuevas obligaciones, que pasarán a clasificarse para su graduación y pago, en los términos que resultan del capítulo relativo a la clasificación de créditos (16).

Constituye buena prueba de ello el que el propio Código en ese capítulo mencione créditos u obligaciones que no estaban en el patrimonio del causante, pero con las que debe cargar la herencia, como son los créditos por los funerales del deudor, por gastos de su última enfermedad, entierro o testamentaría (16bis).

7. *La publicidad necesaria para el reconocimiento de autonomía patrimonial.* Podemos ya, a partir de estos ejemplos, formular una primera regla o principio de organización de las masas patrimoniales.

*El reconocimiento de autónoma capacidad, o movilidad patrimonial —que no tiene por qué implicar siempre personalidad como sucede en el caso de la «herencia yacente»— no suele condicionarse, en nuestro Derecho, por lo general, a la práctica de asiento registral alguno.*

---

(15) Sobre todo ello, PEÑA, *La herencia y las deudas del causante* (1967), pág. 200 y sigs. Lo contrario de la separación es la confusión de patrimonios. Conviene advertir que la imposición de responsabilidad ilimitada por las deudas de otro (por ejemplo, de los socios por las deudas sociales) no supone forzosamente confusión de patrimonios. En el caso de confusión, hay sólo un patrimonio. En efecto, si se mezclan los activos, no queda más remedio que mezclar los pasivos. Es una consecuencia de la imposibilidad de poder colocar un mismo activo a la vez en dos patrimonios. En el primer caso, en cambio, se trata de otra cosa. *El que monta una organización o establecimiento para facilitar la consecución de ganancias, y aprovecharse de las que pueda producir, tiene también que hacerse cargo de las pérdidas.* Otra cosa sería dar carta blanca a la famosa «ley del embudo». Esta es la razón de que, por ejemplo, se haga a los socios responsables ilimitados subsidiarios (sea o no solidariamente) por las deudas de la sociedad: el que quiere las ganancias debe soportar las pérdidas.

(16) Ha destacado este hecho insistentemente PEÑA, *La herencia*, cit., cfr. artículo 1924.2, B y C del Código Civil.

(16bis) El caso de la herencia yacente es, a este respecto, muy interesante porque todos aceptamos que es un patrimonio especial y autónomo y que carece de personalidad jurídica como le pasa al *trust*. Probablemente es en el artículo 45 de la Ley Hipotecaria y 166 de su Reglamento donde se expresa con más claridad la idea de que la herencia es una universalidad viva que mantiene su dinámica propia, es decir, que asume o tiene capacidad para contraer deudas y obligaciones nuevas; y todo ello sin necesidad de que se practique asiento alguno que haga pública oficialmente la subsistencia de la masa hereditaria que se mantiene con su antigua autonomía a pesar de la muerte del causante. Especialmente importante es que *distinga este último precepto, con toda claridad, las deudas del causante de las de los herederos y que permita el embargo por deudas propias de la herencia, es decir, aunque sean los herederos desconocidos o indeterminados.*

En efecto, en principio, no es necesaria la publicidad registral, sino que basta con la publicidad de hecho (17). En consecuencia, habrá que presumir la capacidad patrimonial, en todos aquellos casos en que una masa de bienes diferenciada se manifiesta de forma independiente y, por tanto, la voluntad que lo gobierna se autodetermina, en mayor o menor grado, a vista ciencia y paciencia de todo el mundo (18).

---

(17) «Dejando de lado alguna opinión aislada que entendía que la publicidad había de ser registral (CASTRO, *Persona*, pág. 281), la práctica totalidad de los tratadistas estiman que el artículo 1.669 del Código Civil exige publicidad de hecho (vid. SCAEVOLA/CASTÁN, *Comentario* 25, pág. 779; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema* 2, pág. 519; LACRUZ, *Elementos* 2.3, pág. 398; PUIG BRUTAU, *Fundamentos* 2.2, pág. 493; CÁMARA, *Estudios*, pág. 179 y sigs.; CAPILLA, *Comentario*, Edersa; GIRÓN, *Derecho*, pág. 239)»: PAZ-ARES, cit., pág. 1357. Entre las muchas y buenas exposiciones con que contamos de la opinión común, merece especial atención, por su concisión, el estudio de FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación», en *RDM* (1962), pág. 429 y sigs., en el que, previo análisis de la tradición histórica (con cita de SAVARY, LASTIG y GOLDSCHMITT: «no hay lógica sino dentro de una tradición histórica»), a partir de un «caso difícil y excepcional» (cuentas en participación), consigue reformular con extrema claridad el fundamento de todos los clásicos dogmas societarios. Una forma de proceder que está, por cierto, en las antípodas del dogmatismo de los que piensan que detrás de los tipos o regulaciones concretas, anida lo que llaman «verdadera» esencia o (super) «concepto» que permitirá —por una cascada de sucesivas «reducciones teleológicas» y sirviéndose del «método de inversión»— reducir a la nada el significado literal de preceptos básicos del Código Civil como los artículos 1.665, 1.667, 1.669 y 1.670. Así, siempre que convenga, no se tendrá empacho alguno en afirmar que «la dicción de la norma (1669.2), aunque sea un poco más confusa, sin duda, quiere decir eso» (es decir, lo que se quiere que diga). Así, para poner un ejemplo, donde dice la «imperfecta» norma que «carecen de personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios», hay que entender que lo que, en verdad, «quiso decir» (o farfullaba sin saberlo) es que carecen de personalidad las sociedades cuando se acuerda que los «pactos (aunque no sean secretos) no tengan trascendencia frente a terceros». O que, cuando dice (el mismo precepto), que «carecen de personalidad jurídica las sociedades en que cada socio contrate en su propio nombre con los terceros», lo que, sin saberlo, realmente quiso decir el legislador es que por «el hecho de que los socios de una sociedad externa actúen en nombre propio, no convierten a la sociedad en interna» (es decir, exactamente lo contrario de lo que literalmente dijo). Para sostener esta reducción se echa mano del artículo 1698.2 (de «lamentable dicción») —para que, a su vez, reducido teleológicamente, porque no es más que «una desafortunada recepción de la *actio in rem verso*— conceda, como debiera (?), acción directa al tercero —y no al socio— frente a la sociedad». No otro, por cierto, es el destino que se prepara a los artículos 241, 126 y 147 del Código de Comercio o a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (evidentemente, «equivocada»). En fin, para comprender el sentido que tienen todos estos preceptos en la hipótesis tradicional, cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, cit., págs. 435-436. En todo caso para la exégesis del pensamiento del codificador civil que liga personalidad y publicidad registral, cfr. PEÑA, *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, (2006), pág. 49 y sigs.

(18) Niega PAZ-ARES la necesidad de la publicidad (registral o de hecho), para el reconocimiento de la personalidad, en base a tres argumentos principales: i) la sociedad no es más que una especie de asociación y, según el artículo 22 de la Constitución, la inscripción no puede tener eficacia constitutiva; ii) los acreedores personales de los aportantes-perjudicados, en beneficio de los acreedores del fondo, por la aportación, no

8. *Autonomía patrimonial y publicidad registral: consecuencias para el trust.* Si aceptamos estos principios, algo podemos decir ya sobre el régimen registral del *trust* formulando una especie de regla del siguiente tenor.

Si fuese cierto (como efectivamente lo es) que siempre necesita tener el *trust*, para ser operativo, un ámbito propio de gestión y un patrimonio propio de responsabilidad; también lo es que *nuestro Derecho, para el reconocimiento de autonomía patrimonial o capacidad jurídica a los fondos patrimoniales* (y, por tanto, del derecho a hacer suyas las ganancias y las deudas que se vayan generando como fruto de su actividad) *no ha exigido, ni exige, su inscripción en Registro Público alguno* ya que, por regla general,

pueden estar más protegidos que si lo que se hubiese hecho una donación; iii) la personalidad o «efecto real» genera riesgo sólo entre las partes (PAZ ARES, cit., págs. 1358, 1359 y 1345, respectivamente). Contra ello hay que decir lo siguiente: i) En primer lugar, no parece que fuese intención del constituyente proteger, con el artículo 22 de la CE, la libertad de constituir todo tipo de asociaciones: no lo hace, por ejemplo, con la libertad sindical (cfr. art. 28.1 CE y STS de 18-6-1997); lo razonable es pensar que el reconocimiento de la libertad de asociación no se formuló pensando en su posible uso para el tráfico mercantil, sino como un precepto «polémico» —y por tanto coyuntural— que trata de reforzar la protección de una libertad política (fundamental) frente a posibles arbitrariedades como las que sufrió en el régimen franquista; por lo demás, los preceptos de la Constitución hay que interpretarlos desde ella misma y no desde las leyes ordinarias como el Código Civil (art. 35) y están sometidos a la restricción implícita, de alcance general, de respeto «a los derechos fundamentales de los demás (los derechos de crédito de los acreedores particulares están protegidos por el art. 33 de la CE) y los bienes constitucionales (entre ellos está la seguridad jurídica: art. 9.3 CE): cfr. ALEXY, *Teoría*, cit., pág. 281; por último, si fuese cierto que el artículo 22 CE es aplicable a las sociedades, ¿por qué no se aplica también a la escritura pública ya que (según PAZ ARES, cit., pág. 1347) su falta produce nulidad total y radical ex artículos 1.667-1.668 del Código Civil? Conviene recordar que el derecho fundamental de asociación garantiza «la libertad de los particulares de crear asociaciones o adherirse a las ya existentes, sin que los poderes públicos puedan poner obstáculos a esta iniciativa ni intervenir en su creación [STC 3/1981 (RTC 1981, 31)]. ii) En segundo lugar, los acreedores particulares del donante pueden impugnar las donaciones ex artículo 643 del Código Civil. ¿Se pretende acaso sugerir que es ese también el régimen de las aportaciones (contra art. 927 del Código de Comercio)? iii) En tercer lugar, la «utilizabilidad» de la sociedad, por los terceros acreedores, para dirigirse contra un socio —siempre que puedan probar la existencia del contrato— no sirve para nada si la responsabilidad no deriva de un negocio hecho en nombre de la sociedad, ya que sólo entonces existe efecto representativo (cfr. art. 127 del Código de Comercio y 1.698 del Código Civil): ahora bien, ¿qué es la *contemplatio domini* (o la *praepositio*) ex artículo 1.717 del Código Civil —o ex art. 286 del Código de Comercio (factor notorio)— sino una forma especial de publicidad ya desde el mismo Derecho Romano —cfr., para *praepositio* e *iussum*: VALIÑO, «Las acciones *adyetitiaie qualitatis* y sus relaciones básicas en Derecho Romano», en *AHDE* (1967), pág. 380. iv) En cuarto y último lugar, si se equipara «personalidad social» a «preferencia» o «efecto real», es poco comprensible que se exija publicidad para escindir un bien del activo, y, en cambio, no para separar una parte o el todo del activo presente —e incluso futuro (ganancias)— y, sobre todo, para crear su presupuesto (un ente fingido con capacidad jurídica o autonomía); ¿la hipoteca especial exige publicidad; la general o hipoteca *omnium bonorum* (y el nacimiento del sujeto ficticio que la sustenta), no? ¿Podría bastar un mero contrato o un acto unilateral de voluntad para producir estas consecuencias?

se viene dando por satisfecho con la notoriedad del hecho de una gestión independiente.

#### IV. SEGUNDO PROBLEMA: EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS ADQUISICIONES O GANANCIAS

1. *Capacidad y patrimonio no son lo mismo.* Ahora bien, capacidad no implica, siempre y necesariamente, patrimonio (mejor dicho, activo patrimonial). Para demostrarlo basta con reparar en que no tenemos por derechos patrimoniales a los bienes de la personalidad. Los hombres, por el hecho de serlo, son libres y gozan de capacidad jurídica, pero no por ello tienen que tener necesariamente activos patrimoniales (19).

El reconocimiento de un centro autónomo de imputación —es decir, con capacidad patrimonial— no exige como condición o presupuesto una previa dotación de bienes (nadie nace, como es sabido, con un pan debajo del brazo). Capacidad implica nada más que posibilidad de adquirir y, por tanto, sólo patrimonio potencial.

2. *El derecho a la apropiación de las ganancias.* Ahora bien, si las cosas son así, estamos en condiciones de sentar o formular *una segunda y no menos interesante e importante regla o principio*.

*Reconocimiento de capacidad implica como mínimo derecho a la apropiación de todas las adquisiciones o ganancias que se vayan haciendo;* adquisiciones o ganancias que, por tanto, por así decirlo, se constituyen en el acervo o contenido mínimo del patrimonio destinado o vinculado, que se reserva a los acreedores quienes, por tanto, siempre prevalecerán, por lo que a esas adquisiciones se refiere, frente a posibles acreedores particulares de los fundadores, gestores o beneficiarios.

Esta es la solución que resulta del viejo régimen de la llamada «comunidad o sociedad de gananciales», cuya naturaleza jurídica, que nada importa ahora, tantos quebraderos de cabeza ha dado y parece que seguirá dando a los juristas.

3. *Importancia práctica: la tercería de dominio.* La importancia práctica de todo ello está en que los acreedores del patrimonio separado pueden interponer tercería de dominio (incluso mediante tercería de dominio, por subrogación o legitimación extraordinaria) en caso de que se embarguen bienes del fondo, si se demuestran gananciales, aunque se hayan inscrito a nombre del gestor, de los futuros beneficiarios o incluso del fundador (cfr. art. 1.111 del Código Civil).

---

(19) Los derechos de la personalidad están siempre con la persona pero no en su patrimonio. Se denominan así, precisamente, para distinguirlos de los patrimoniales. De nuevo, CASTRO, *El patrimonio*, cit., pág. 45. Cfr. artículo 1.111 del Código (acción subrogatoria): «exceptuando los que sean inherentes a la persona».

No de modo distinto en que pueden hacerlo los acreedores particulares del menor, aunque se hubiesen inscrito los bienes por él ganados a nombre de sus padres; los acreedores de la sociedad, aunque se hubiesen inscrito a nombre del administrador; y los acreedores de la llamada «sociedad legal de gananciales» en el caso de que se hubiesen inscrito como privativos de cualquiera de los cónyuges (20).

4. *Ausencia de personalidad jurídica e inscripción registral.* La falta de personalidad, por lo demás, no debe ni puede constituir un obstáculo insalvable para la inscripción en beneficio del fondo de las adquisiciones producidas. El antiguo dogmatismo ha dejado paso aquí, como en casi todas las ramas del Derecho, a un excesivo pragmatismo.

Lo cierto, en cualquier caso, desde el punto de vista registral, es que la ausencia de personalidad no ha constituido un obstáculo insalvable para la inscripción de bienes inmuebles a favor de fondos patrimoniales con o sin personalidad. Sirva como ejemplo lo que pasa con la sociedad de gananciales (21).

El Reglamento Hipotecario y la doctrina, dejando a un lado purismos conceptuales, han tolerado sin mayores protestas que los inmuebles adquiridos por los cónyuges se inscriban para «su sociedad conyugal» (a pesar de que carece ésta de personalidad) (22).

Otro tanto de lo mismo puede decirse, por ejemplo, de los embargos de bienes que se vienen haciendo en la práctica con toda naturalidad a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, sean su objeto edificios u urbanizaciones (23).

5. *El derecho a la apropiación de las plusvalías.* El reconocimiento de personalidad propia, no por ello, evidentemente, debe tenerse por una cuestión intrascendente. Por lo pronto, la atribución de personalidad sirve —y mucho— para fortalecer la autonomía e independencia de los patrimonios separados a quienes se concede; lo que se aprecia, con facilidad, en el mo-

---

(20) No parece jugar aquí la discutible jurisprudencia que niega al cónyuge no demandado la tercería de dominio, si se embargan bienes gananciales, a pesar de que las deudas, contraídas por el gestor, «reclamadas como consorciales, deban tenerse por privativas en tanto no se demuestre lo contrario». Cfr. PEÑA, *Derecho de Familia* (1989), pág. 250.

(21) Para esa práctica, cfr. el artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

(22) En general, para conocer cómo se hacen las inscripciones en los Registros, cuando se trata de fondos sin personalidad; cfr. el anulado artículo 11.2, 3, 4 y 5 del Reglamento Hipotecario. Según su apartado cuarto: «Serán susceptibles de inscripción los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a fondos, sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior, de titulación hipotecaria o de titulación de activos. *El acta de inscripción se practicará a favor de dichos fondos como bienes del patrimonio de los mismos*».

(23) Para la práctica de embargos a favor de las comunidades de propietarios, cfr. el apartado 5 del citado artículo 11 (anulado) del Reglamento Hipotecario.

mento de su disolución. En este caso, sus derechos deben cambiar necesariamente de sujeto, lo que obliga a arreglar algún tipo o forma de proceso sucesorio.

Pero hay algo más. La atribución de personalidad (24) (24bis) constituye presupuesto necesario (aunque no ciertamente suficiente) para el reconocimiento del derecho del fondo a hacerse con las plusvalías que generen los bienes aportados (25). Lo que, por lo demás, nos remite a otra *vexata questio* (muy relacionada): la de la necesidad de decidir, en caso de duda, si las aportaciones fueron hechas en propiedad o sólo en usufructo (a su vez, otro episodio más del permanente conflicto que, como veremos, enfrenta los acreedores del fondo con los particulares del constituyente o fundador) (26).

6. *Derecho a las ganancias y publicidad registral: consecuencias para el trust.* En cualquier caso, dejando ahora el problema de la falta de personalidad y la titularidad de las plusvalías, si aceptamos la regla o el principio antes formulado, podemos decir alguna cosa más sobre el régimen del *trust*.

---

(24) Según el artículo 1.687 del Código Civil, el riesgo de las cosas fungibles, de las que se deterioran con el paso del tiempo, o que se aportan para ser vendidas, es siempre de la sociedad. También, a falta de pacto, el de las cosas estimadas en el inventario; precepto que hay que poner en relación con el enigmático artículo 1.668 del mismo Código (¿dice inmuebles por muebles?: así lo pretende LACRUZ, *Elementos* 2.3, cit., pág. 406). Para las diferencias con el régimen de gananciales, cfr. nota 25.

(24bis) La escasa fuerza de la separación con que funciona, por ejemplo, la sociedad de gananciales resulta, con claridad, del artículo 1.373, si se la compara con el 1.699 del Código Civil (sociedades). Especialmente tajante, a la hora de expresar lo que la separación del fondo implica, está el artículo 589 del Código de Comercio: «por las deudas particulares de un partícipe, no podrá ser el buque detenido, embargado ni ejecutado en su totalidad, sino que el procedimiento se contraerá a la porción que en el buque tuviere el deudor, *sin poner obstáculo a la navegación*».

(25) Las plusvalías (al menos, las inmobiliarias) no han sido conceptuadas, por lo general, como ganancias de la sociedad de ganancias. «Las pérdidas o deterioro que hayan sufrido los bienes muebles de la propiedad de cualquiera de los cónyuges, aunque sea por caso fortuito, se pagarán de los gananciales, cuando los hubiere»: artículo 1425.1 (redacción originaria) del Código Civil. Hoy, tampoco las mobiliarias, vid. artículo 1398.2: «El pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas: 2.º El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido *gastados en interés de la sociedad*». «En la nueva regulación rige, para los bienes privativos, el principio *res perit domino*, sin distinguir entre muebles e inmuebles»: PEÑA, *Comentario del artículo 1.398 del Código Civil*, en MINISTERIO DE JUSTICIA (coord.), cit., pág. 782. Cfr., en este sentido, artículo 1.360 (dote) (derogado).

(26) La atribución de personalidad (o titularidad propia), como se dice en el texto, está implícita siempre que se permitan aportaciones de bienes en propiedad con el propósito de atribuir al fondo derecho sobre las plusvalías que generen. Conviene tener presente, en efecto, que la regla general en esta materia parece ser que las aportaciones que se hacen a sociedades —cuya constitución tiene siempre causa onerosa— se presumen hechas en propiedad (cfr. arts. 36 LSA, y 1.681 y 1.687 del Código Civil). La decisión debería ser siempre la contraria, si la causa fuese gratuita [cfr. arts. 1.676 y 1.289 del Código; y los artículos (derogados) 1.346 y 1.360, en sede de dote].

Carezcan o no de personalidad, *los patrimonios autónomos se nutren al menos (es decir, como mínimo) con las ganancias que vaya generando su actividad*; de modo que las entradas o nuevas adquisiciones, a medida que se van produciendo, pasan a integrarse forzosamente en su activo y constituyen una especie de fondo mínimo reservado a sus propios acreedores.

En efecto, por regla general, *nuestro Derecho no exige, ni ha exigido, la previa inscripción en un registro público* de la constitución de un fondo autónomo, *para reconocerle el derecho a hacer suyas las ganancias* que, por su actividad, vaya generando; y, por tanto, para inscribirlas a su favor.

## V. TERCER PROBLEMA: SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO AFECTO DEL PATRIMONIO DEL CONSTITUYENTE O FUNDADOR

1. *El derecho a recibir aportaciones.* Una cosa es el reconocimiento del derecho de apropiación de las ganancias y otra muy distinta el reconocimiento del derecho a recibir en plena propiedad aportaciones de bienes o dotaciones de terceros.

En estos casos, el conflicto de intereses, por abajo del que existe entre los dos sujetos implicados (el fundador y el fondo autónomo), se plantea o entabla entre dos masas de acreedores (entre los propios del fondo afecto y los personales del constituyente o fundador). Lo importante aquí, como veremos detenidamente, no es tanto la defensa de los acreedores del fondo como la de los acreedores de quienes lo dotaron.

2. *Los derechos de los acreedores del aportante.* En efecto, los acreedores del aportante —siempre que el patrimonio que quede sea escaso o insuficiente (art. 643.2 del Código Civil)— pueden intentar cobrar sus créditos sobre los bienes aportados y, por tanto, rechazar que puedan quedar postergados por los acreedores del patrimonio a los que se incorporaron los bienes transferidos (27).

La disputa sobre a quién corresponde la preferencia en el cobro (si a los acreedores particulares del aportante o a los del propio fondo) constituye *un supuesto, especialmente difícil y complejo, de determinación de rango porque, aunque el conflicto vierta sobre los mismos bienes, se produce, en cambio, entre créditos pertenecientes a distintos patrimonios*; lo que necesariamente obligará, para proceder a su resolución, a afrontar la delicada tarea de

---

(27) Sobre el alcance del artículo 643.2 del Código Civil y del 340 de la Compilación catalana, cpr. ahora JEREZ DELGADO, *Los actos objetivamente fraudulentos* (1999), pág. 180 y sigs. No estoy muy seguro que sea acertado hablar aquí de inoponibilidad (si con ello se quiere dispensar a los acreedores del ejercicio de la pauliana): la donación ha existido —según el art. 609 del Código ha transmitido el dominio— y no parece que pueda tenerse por inexistente frente a los acreedores del donante sino se rescinde.

determinar —en el pleito en que se diluciden las oportunas acciones rescisorias— cual, de entre los títulos en conflicto, es el más débil (28).

3. *La diferencia entre la transferencia onerosa y las gratuitas.* Nuestro Derecho distingue aquellos casos en que, a cambio del traspaso patrimonial, se persiga una contraprestación, presuntamente más valiosa que la propia, de aquellos otros en que tal cosa no se produce; es decir, distingue los supuestos en que existe causa onerosa, de aquellos otros que no la tienen; sea porque responden a una finalidad de beneficencia, sea porque no tienen eficacia dispositiva sino sólo determinativa (como pasa en general con los actos con eficacia particional o simplemente divisoria) (29).

Pues bien, es regla general en nuestro Derecho que los traspasos de bienes, que carecen de causa onerosa, no pueden ni deben perjudicar, en modo alguno, a los acreedores anteriores del antiguo titular.

4. *La rescindibilidad de la aportación gratuita.* Nunca pueden, en efecto, perjudicar a los acreedores las disminuciones patrimoniales por traspaso de activos que, por causa gratuita (o simplemente «neutra»), puedan realizar sus titulares:

- i) Primero, porque, por una parte, si la causa fuese gratuita, la protección de los intereses de los acreedores frente a las disposiciones gratuitas de su deudor está expresamente reconocida por los artículos 643.2 del Código Civil y 340 de la Compilación de Cataluña (la subordinación e inferior fortaleza del título gratuito frente al de crédito puede, por ello, decirse que es un principio general de nuestro Derecho).
- ii) Segundo, porque, por otra parte, si la causa fuese «neutra», la protección de esos mismos acreedores puede justificarse, *a pari* o *a simile*, en la indemnidad de los acreedores de un fondo (*nec prodest nec nocet*) frente a divisiones, particiones y liquidaciones de bienes o conjuntos patrimoniales que puedan realizar sus titulares (cfr. arts. 405, 1.082, 1.438 —antiguo—, 1.708, etc. del Código).

5. *Las aportaciones con causa «neutra».* Las aportaciones de bienes no tienen porqué ser o bien gratuitas o bien onerosas. Entre las aportaciones con causa gratuita y las aportaciones con causa onerosa están las aportaciones con (la que llamamos) causa «neutra» (esto es, con la misma causa que las operaciones particionales o divisorias).

---

(28) Aquí de nuevo PEÑA, *La herencia*, cit., pág. 204 y sigs.

(29) Sobre la causa de la partición y la polémica sobre si su efecto debe considerarse constitutivo, declarativo o determinativo, vid. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, 1 (1971), pág. 203.

No podría, desde luego, sostenerse que son gratuitas las aportaciones que se hacen con la intención de recibir algo mejor a cambio (es decir, con ánimo de lucro). Ahora bien, una cosa es recibir algo mejor, y otra recibir simplemente algo. Siempre que esperamos una contraprestación no podrá evidentemente hablarse de causa gratuita, pero sería precipitado concluir, sin más, que la aportación tiene causa onerosa.

Uno de los casos en que no podríamos hablar de causa onerosa pero tampoco de causa gratuita es el de aportación de bienes a un fondo. La onerosidad de la aportación no resulta, desde luego, porque, a cambio o en compensación de los bienes aportados, se reconozca al aportante un derecho (incluso diferido) a una cuota del patrimonio del fondo.

6. *La causa de los actos particionales o divisorios.* Esto mismo sucede —sólo que a la inversa— en las operaciones particionales o divisorias (en que se cambia una cuota parte sobre el patrimonio de un fondo por la adjudicación de bienes concretos) y ya hemos visto, y vemos que los actos particionales o divisorios no tienen causa onerosa (30). Los actos divisorios o particionales no tienen causa ni gratuita ni onerosa sino neutra o indiferente: el copartícipe, en efecto, sólo intenta intercambiar («permutar») valores (su cuota parte en el fondo por la atribución de la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados) pero, teóricamente, con ello, ni gana ni pierde (o, mejor dicho, nada quiere ganar, ni nada quiere perder).

La neutralidad de la causa (de la partición) no puede sino por menos que determinar la neutralidad de su efecto, respecto a los acreedores del fondo. Es, por ello que, como dice el artículo 405 del Código Civil:

*La división de una cosa común no perjudicará a terceros, los cuales conservarán los derechos (...) que les pertenecieran antes de la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad.*

7. *La indemnidad de los acreedores anteriores.* En resumen, la partición (y también su «alma gemela», la aportación a una comunidad) no tienen, por lo general, ni causa onerosa ni causa gratuita. No tienen porqué tener causa onerosa, porque, con ellas, no siempre se persigue la obtención de ganancias. Pero tampoco tienen porqué tener causa gratuita porque, con ellas, no siempre se acepta asumir pérdidas. Las partes pueden limitarse a querer —tanto con la aportación como con la partición— que el valor de los derechos que salgan de su patrimonio sea el mismo (ni mayor ni menor) que el de los derechos que entran.

---

(30) Partición y puesta en comunicación (aportación a una comunidad) son como «almas gemelas».

Ahora bien, siempre que las cosas sean así, en esos casos —y esto es lo verdaderamente importante— tenemos que aceptar, para no incurrir en contradicción, que el importante mandato del artículo 405 del Código Civil debe ser reversible.

Dicho de forma muy sencilla: *si aceptamos que la división de la cosa no debe perjudicar la preferencia de los acreedores del fondo deberíamos aceptar también que la aportación de bienes a un fondo no puede perjudicar la preferencia de los acreedores de los aportantes* (31).

8. *La aportación con fin de lucro.* Las cosas son distintas cuando la aportación se hace a un fondo empresarial (y, sobre todo, societario). La aportación a un fondo empresarial no tiene causa «neutra» (ni por supuesto gratuita) sino onerosa. En efecto, es onerosa la aportación a un fondo siempre que persigue un fin de lucro, es decir, siempre que pretende algo más que un «cambio neutral»; o una mera o simple compensación de partidas en el balance.

La aportación es onerosa (y no neutra) si se hace con la intención de conseguir una ganancia, es decir, si tiene ánimo de lucro, porque el ánimo de lucro revela la pretensión de conseguir un cambio ventajoso; es decir, de hacer un intercambio por el que reciba (inmediatamente o con el tiempo) bastante más de lo que se da.

De ahí que la aportación de bienes a un fondo con fin de lucro (lo que sucederá siempre que ese fondo desarrolle actividades mercantiles o societarias) no sea nunca el reverso exacto de su liquidación. El ánimo de lucro es, por hipótesis, incompatible con la intención o propósito de guardar o mantener el equilibrio entre las prestaciones y, por tanto, de intercambiar simplemente valores equivalentes.

9. *La causa onerosa y el contrato de sociedad.* Es precisamente, por esta razón —es decir, porque nuestro Derecho no conceptúa los «contratos de sociedad» como negocios con causa gratuita o causa «neutra»— por lo que se excluye la acción rescisoria del artículo 643.2 del Código y, por tanto, la preferencia de los acreedores individuales o anteriores, siempre que la aportación se realice con ánimo de lucro o propósito de enriquecimiento (32).

---

(31) En el régimen del Código Civil todos parecen dar por supuesto la preferencia para cobrarse sobre las aportaciones realizadas por los socios, de los acreedores sociales sobre los individuales de los aportantes, anteriores a la constitución de la sociedad civil en base al genérico artículo 1.699: cfr. PAZ ARES, *Comentario al artículo 1.699*, cit., pág. 1485 y sigs. Para los orígenes históricos de esa preferencia, DE CASTRO, *La persona*, cit., págs. 189-190. En la Ordenanza francesa de Comercio de 1673, se exige la inscripción de las sociedades mercantiles precisamente para que pueda perjudicar su constitución a los acreedores de los socios y herederos: *Les sociétés n'auront effet à l'égard des associés, leurs veuves et héritiers, créanciers et ayants-cause, qui du jour qu'elles autont été registrés*: cfr. PETIT, *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829* (1980), pág. 110, nota 85.

(32) Pionero en defender la irrelevancia del ánimo de lucro para la constitución de sociedades fue GIRÓN, cit., pág. 31 y sigs. La jurisprudencia, en cambio, sigue firme en

De ahí que lo verdaderamente relevante —para que se conceda o reconozca la preferencia de los acreedores del fondo frente a los de los aportantes, incluso anteriores a la creación de la empresa o la sociedad— no sea tanto la publicidad de la efectiva realización de la aportación como *la notoriedad de que esa aportación se hizo con ánimo de lucro*, es decir, para sacar provecho o ganancia con la actividad del fondo (33).

10. *La postura divergente del Código Civil y el de Comercio.* Hay que reconocer, sin embargo, que el Código Civil y el de Comercio no parece que vayan al unísono en este punto. La preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes aportados, indiscutible en el Civil, es matizada por el de Comercio, que acerca su régimen excesivamente al propio de los contratos particionales o divisorios e, incluso, gratuitos.

Repárese, sin embargo, en el peculiar régimen intermedio que se articula. Los acreedores particulares, anteriores a la constitución, no se posponen a los sociales pero tampoco son preferentes; sólo concurren en igualdad de condiciones (paritariamente) sobre los bienes sociales.

---

su consideración como requisito necesario para entender que existe sociedad civil. Hoy la polémica ha cobrado nueva fuerza a la vista del artículo 22 de la Constitución: cfr. PAZ-ARES, *Comentario al artículo 1.665 del Código Civil*, cit., pág. 1307. Si puede decirse que la personalidad jurídica es instrumental en algún sitio, es precisamente en materia de sociedades, ya que no es más que un medio dispuesto precisamente al servicio de la consecución u obtención de beneficios o ganancias. Cfr. artículos 1.665 y 1666.2 del Código Civil. La existencia de ánimo de lucro (como se defiende más adelante en el texto) es presupuesto imprescindible de algunos de los efectos más típicos que se reconocen al contrato de sociedad (en particular, la preferencia de los acreedores sociales frente a los individuales de los socios sobre los bienes aportados por éstos). La persecución del lucro incrementa el riesgo, y como en el siglo XIX se entendía que la asunción de riesgos comerciales era una conducta socialmente deseable, se mantuvo, siguiendo la tradición, un régimen jurídico privilegiado para el estamento mercantil en su conjunto (me refiero a la preferencia en la quiebra de los acreedores mercantiles sobre los civiles: art. 913.5 del derogado Código de Comercio). Los acreedores de las sociedades mercantiles eran doblemente privilegiados como sociales y mercantiles. De ahí la necesidad de observar con especial rigor ciertos requisitos de forma para que, en caso de quiebra de las sociedades mercantiles, no pudiesen prosperar las tercerías interpuestas por los acreedores civiles de los socios aportantes —cfr. el art. 116.2 en relación al 927 (¿derogado?), ambos del Código de Comercio.

(33) La finalidad de lucro (al faltar la organización y el fondo común o *arcam communem*) está mucho más clara en el régimen de la *actio pro socio* romana, cuyo ejercicio extingue la sociedad y precipita, previa compensación (*ex fide bona*) de las deudas pendientes entre los socios, la liquidación cuyo resultado determinará el montante de la ganancia buscada y, asimismo, la identidad de la parte que, en concreto, será acreedora por la diferencia (*coire societatem*). Cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano* (1968), pág. 451 y sigs. Sobre la existencia de sinalagma en el contrato de sociedad, con acierto, REY PORTALES, «El artículo 1.701 del Código Civil», en ADC (1975). Sobre el carácter oneroso que tienen las aportaciones desde el punto de vista de los socios y el patrimonio social como realidad instrumental o «término medio» en vista a conseguir ganancias, cfr. HOENIGER, *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen* (1910), págs. 268-269, citado por LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación del socio* (1963), pág. 32 y sigs.

*En las sociedades colectivas, los acreedores particulares de los socios cuyos créditos fueran anteriores a la constitución de la sociedad, concurrirán con los acreedores de ésta, colocándose en el lugar y grado que corresponda, según la naturaleza de sus respectivos créditos (...). Los acreedores posteriores sólo tendrán derecho a cobrar sus créditos del remanente, si lo hubiese, después de satisfechas las deudas sociales (...)* (art. 927 del Código de Comercio) (34).

11. *La preferencia de los acreedores del aportante sobre los bienes aportados.* Con estas premisas, parece posible sentar una nueva regla. La regla en cuestión afirma que, siempre que, con el *trust*, no se persiga por el fundador la obtención de ganancias —es decir, siempre que no desarrolle *en beneficio propio* actividades mercantiles, especulativas o al menos lucrativas, sea directamente sea a través de sociedades interpuestas— no podrán los acreedores del fondo afecto sacudirse la preferencia de los acreedores particulares del constituyente o fundador; esto es, de los existentes en el momento en que la constitución se produjo.

Y lo mismo, sólo que a la inversa, habrá que decir cuando la situación sea la contraria. Es decir, habrá que sostener la preferencia de los acreedores del fondo, *siempre que se persiga, con su constitución, algún tipo de lucro, sea beneficiario el propio fundador y ambos hechos, hayan sido o debieran ser conocidos por los acreedores particulares del fundador* (35).

12. *La importancia de la constancia en el registro de la condición de exclusivo beneficiario del fundador.* Parece obvio que, a la hora de «tratar» convenientemente este conflicto y prevenir posibles malentendidos, mucho puede hacer la publicidad registral.

En efecto, aunque se entienda que la publicidad, que se desprende de los hechos, es lo suficientemente clara para deducir, por notoriedad o apariencia, si se persigue o no lucro con el fondo; lo que ya no parece que pueda entenderse es que esa misma publicidad pueda dar a conocer *quiénes, en con-*

---

(34) Es chocante la escasez de comentarios doctrinales sobre los artículos 927 (citado en el texto) y 237 del Código de Comercio. Dice este último que «los bienes particulares de los socios colectivos que *no se incluyeron en el haber de la sociedad al formarse ésta* (por tanto, está implícita la necesidad de hacer inventario), no podrán ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas por ella, sino después de haber hecho excusión del haber social». Cfr. con los artículos 1.668 y 1687.2 del Código Civil.

(35) Admiten como fiduciarios personas jurídicas, sin distinciones, los artículos 514.1.3 y 514.8.1 del Anteproyecto catalán sobre patrimonios fiduciarios de 2002. «Igual que en el proyecto francés (...) puede ser fiduciario cualquier persona (...) jurídica, para las fiducias comerciales, especialmente bancos y sociedades especializadas (en el *Common Law*: *trust corporations* o *trust companies*; en Derecho italiano, la *società fiduciaria*; en el Derecho quebequés, las *sociétés de fiducie* y la *sociétés d'épargne*)», cfr. ARROYO, *Por qué el trust en Catalunya* (2005), pág. 31.

creto, son sus beneficiarios y, sobre todo, si fuese el caso que sea beneficiario el mismo fundador (36).

13. *Resumen.* Las aportaciones se vuelven inalcanzables para los acreedores personales del fundador, si es público y notorio que se hicieron por éste con la finalidad de lucrarse con los beneficios que genere el fondo. Y es así, porque, en esos casos, lo que, por un lado, pierden los acreedores, pueden después recuperarlo, con creces, por el otro.

Por tanto, si todo esto es cierto, no cabe ninguna duda de que habrá que tener por onerosas las aportaciones hechas a un trust que opere en el mercado con ánimo de lucro, y sus constituyentes o fundadores se postulen como sus únicos beneficiarios (37).

14. *La protección de la inscripción frente a la acción «pauliana».* No menos importante será el papel de la publicidad registral cuando exista causa de beneficencia e importa eliminar, cuanto antes, el riesgo de rescisión de la aportación por fraude (objetivo) (38).

La inscripción en el Registro de la aportación reduce, en la práctica, de forma notable, el plazo del posible ejercicio de la *pauliana*, ya que los cuatro años se cuentan desde el día de la enajenación fraudulenta. Es decir, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la *fiducia* acorta drásticamente el plazo en que es inoponible la aportación realizada a los acreedores personales del constituyente, anteriores a la perfección del negocio.

## VI. CUARTO PROBLEMA: LA SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO AFECTO DE LOS BIENES DEL GESTOR

1. *Cambio de planteamiento: la separación de los bienes afectos del patrimonio del gestor.* El planteamiento que hay que hacer es muy distinto si pasamos a analizar la situación (y, por tanto, la separación de patrimonios), ya no desde el punto de vista del fundador o dotante sino del gestor o administrador.

---

(36) Sobre la posible confusión en la misma persona de la condición de fundador y beneficiario (e incluso de gestor): artículo 514.7.2 del Anteproyecto catalán sobre patrimonios fiduciarios de 2002.

(37) «La coincidencia de la condición de constituyente y del beneficiario debería mencionarse claramente en el negocio constitutivo. El Anteproyecto no contempla la posibilidad de que, a falta de beneficiarios (...) se entienda que lo sea el constituyente o sus herederos, aunque siempre pueda ser una norma que se desprenda de la interpretación del negocio constitutivo. La admisibilidad de instrucciones reservadas se hizo tomando en consideración la regulación propia del heredero de confianza (art. 150 CS) pero, salvo que expresamente se haya querido dar cabida a la modalidad del *blind trust* (trust ciego), seguramente no sería aconsejable admitir con carácter general tal posibilidad, vistos los abusos a que la institución ha dado lugar»: cfr. ARROYO, cit., pág. 29.

(38) Sobre este problemática, GARCÍA GARCÍA, cit. 2 (1993), pág. 514 y sigs.

En estos casos, también entran en lucha, inevitablemente, dos masas de acreedores diferentes pero ahora no los personales del constituyente o fundador y los propios del fondo afecto, sino los acreedores de éste último y los personales del gestor.

Lo preocupante aquí, en efecto, es la situación de los acreedores del fondo patrimonial; no la de los acreedores de quienes lo dotaron. Lo preocupante aquí, en fin, no es el embargo de los bienes afectos por los acreedores particulares del fundador sino por los del gestor.

2. *La presunción de que los bienes pertenecen a quien los posee.* El patrimonio se compone de un activo y un pasivo. La responsabilidad define el contenido del pasivo y se ejerce sobre el activo patrimonial. La identificación de los bienes o derechos que, en concreto, integran ese activo es difícil. Los patrimonios tienen su propia dinámica y los bienes salen y entran; unos están en propiedad y otros en posesión, o incluso, mera detención.

Nuestro Derecho presume que, en principio, pertenecen al deudor todos los bienes que posee. El poder de agresión de los acreedores se extiende, por ello, a todas aquellas cosas o derechos que están en posesión del deudor, o bajo su administración efectiva, en tanto no se demuestre de forma fehaciente que pertenecen a un tercero (39).

3. *La importancia de la posesión en concepto de dueño.* Esta doctrina legal, por lo demás, no tiene nada de particular. En realidad no constituye más que la prolongación lógica —y por tanto consecuencia obligada— de algunos viejos principios que, desde siempre, han venido informando nuestro Derecho patrimonial.

El poseedor en concepto de dueño se presume, en Derecho, propietario con justo título. Los bienes pertenecen, por ello, en principio, al patrimonio de quien se comporta respecto a ellos como su dueño o titular y, en consecuencia, responden de las obligaciones que pueda éste contraer.

En efecto, en los casos en que no existe disociación —o al menos, si existe, no es significativa y duradera— entre propiedad y control; lo que procede —como sabemos desde IHERING— es tener por propietarios a quienes se comportan como tales (40).

4. *Las tercerías de dominio y la importancia del «título legal e irrevocable».* Lo cierto, sin embargo, es que la posesión es sólo apariencia, no verdadero título de propiedad. Por ello, para separar o sustraer bienes de la masa de la quiebra (o levantar el embargo), es suficiente la prueba del hecho de que el poseedor no los tiene para sí (es decir, en nombre propio) o de que,

---

(39) Sobre el sentido del torturado artículo 448 del Código: LACRUZ, *Derecho Inmobiliario Registral* (1968), pág. 226.

(40) Para la posición de IHERING sobre la naturaleza de la posesión, el reeditado MORALES MORENO, *Posesión y usucapión* (1972), pág. 8.

en cualquier caso, carece de un título legal e irrevocable que justifique la retención (tercerías) (41).

En principio, por tanto, la delimitación del activo patrimonial hay que considerarla una cuestión de hecho cuya definición debe dejarse a la publicidad que produce la notoriedad de su efectiva administración o posesión por su gestor o titular (42).

5. *La separación más o menos duradera entre propiedad y control.* La publicidad de hecho, o posesoria, del titular o gestor deja forzosamente de ser el criterio decisivo para identificar los activos que integran el patrimonio afecto, siempre que, como sucede en nuestro caso, se destine a determinados fines una masa de bienes, y ese conjunto o masa de bienes se entregue a un tercero para que, en beneficio de otro, los administre, por sí sólo, con autonomía, durante algún tiempo.

En efecto, la apariencia posesoria no sirve de mucho siempre que existe una disociación más o menos duradera o permanente —sobre todo si fuese significativa por su alcance, es decir, por el volumen de bienes a que se extiende— entre propiedad y control.

6. *La relativa importancia de la contrapublicidad registral.* En esos casos, la posesión no refleja la realidad sino que más bien la tergiversa u oculta. El mero o simple gestor, por hipótesis, no es nunca propietario. Sobre todo, si no es el gestor quien incorpora a sus negocios el fondo sino, al contrario, si es éste quien desarrolla, como principal, una actividad y, para ello, emplea los servicios de un gestor.

De ahí, también, que, en estos casos, para evitar toda confusión sobre el verdadero alcance del patrimonio personal del gestor —y, por tanto, para hacer efectiva la separación de los bienes afectos— se vuelva —sino necesario sí al menos conveniente— a hacer uso de otro tipo de publicidad que identifique los bienes afectos ante los terceros acreedores, y les advierta sobre la condición de meros administradores de los poseedores o gestores, el carácter limitado de su poder de representación, y la obligación, que tienen

---

(41) Las tercerías son la mejor expresión de la regla de que hay que tener, en principio, por propietario al que se presenta como poseedor. De hecho, el embargo consiste materialmente, como su nombre indica, en un acto posesorio y por ello puede practicarse sobre todos los bienes que estén en poder del deudor. La tercería de dominio no se confunde con una reivindicatoria (SSTS de 30-1-1992, 29-10-1984, 17-2-1985, 8-10-1990, 15-4-1992). La misión de las tercerías de dominio, por ello, no consiste en otra cosa que excluir del activo del patrimonio del deudor, reduciéndolo a sus justos límites, bienes que no deben figurar en él pero sin que la resolución dedida con eficacia de cosa juzgada sobre su propiedad (art. 603 de la ley nueva de Enjuiciamiento Civil).

(42) Justamente famosa se hizo la afirmación del artículo 908 (derogado) del Código de Comercio. Se utiliza muchas veces la legislación derogada (siempre advirtiéndolo), porque, en la mayor parte de los casos, refleja mucho mejor la tradición o experiencia histórica (con vigencia de siglos) y, por ello, especialmente respetable (por resistente al *test* de racionalidad: *lex cum moribus*).

—cumplida la comisión— de proceder a la restitución de los bienes transferidos.

7. *El caso del peculio*. Este es el criterio que resulta, por ejemplo, con toda claridad, de la regulación que hace nuestra Ley Hipotecaria, para seguir con un ejemplo que antes hemos utilizado, en el caso de que corresponda a los padres la administración de los bienes de sus hijos menores de edad (43).

En esos casos —para asegurar la efectiva separación del peculio del patrimonio de los padres y garantizar su restitución a los hijos cuando lleguen a la mayoría de edad— exige nuestra vieja Ley Hipotecaria la inscripción de la propiedad de los inmuebles a favor del menor, pero con expresa mención en el asiento de que formaban parte de su peculio.

8. *Los casos de la dote, reservas, tutela, fideicomisos y sociedad de gananciales*. Una exigencia del mismo tenor se reproducía en el caso de entrega de la dote inestimada, así como en los supuestos de reservas hereditarias, fideicomisos o tutela; o, incluso, de la misma sociedad de gananciales (44).

En todos ellos, como el poseedor o gestor no es propietario pleno (patrimonios vinculados a un fin), para garantizar la separación de los bienes transferidos —y, en su caso, la futura restitución— disponía el legislador que se hiciese constar —en el cuerpo del asiento o en nota al margen— los derechos de la mujer, del menor e incapaz, o de la comunidad conyugal; o, en su caso, el destino final de los bienes reservados.

La inscripción, por lo demás, en muchos de esos casos, suele ser obligatoria, lo que no quiere decir otra cosa que puede exigirse judicialmente por los favorecidos o beneficiarios, directamente, o en su caso por sus defensores o representantes.

9. *Las ventajas de la llamada «tercería registral»*. La inscripción del destino, y por tanto de la reserva de propiedad o del deber de restitución, permite —en caso de embargo por deudas personales o por quiebra del gestor— liberar los bienes vinculados de la traba judicial de una forma automática (mediante el ejercicio de la correspondiente tercería registral) (45).

---

(43) Cfr. artículos 202 y 206 de la primera Ley Hipotecaria. Para la importancia de la constancia en el Registro de la Propiedad de la situación de administración del patrimonio fiduciario o de la inscripción del propio patrimonio fiduciario: cfr. artículo 513.10.2 del Anteproyecto, y ARROYO, cit., pág. 35.

(44) Artículos 169, 173 y 181 para la dote; 194 para la reserva (todos de la primera Ley Hipotecaria); 152 del primer Reglamento para la tutela; y artículo 208 CS (fideicomisos).

(45) La interposición de una tercería registral no pretende otra cosa, en efecto, que denunciar una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, ya que su apreciación obliga, en caso de que los acreedores insistan en el embargo, a dirigir la nueva demanda contra el que sea administrador o gestor (del fondo), en su calidad de tal. La

En efecto, como las adquisiciones y aportaciones —porque se integran siempre en otro patrimonio o constituyen uno de nueva creación, ambos con vida propia— pasan a ser administradas, y por tanto poseídas permanentemente por un tercero; muchas veces se producirá, en caso de insolvencia del gestor, un choque entre pretendientes (y, de rebote, un conflicto de preferencias entre dos masas distintas de acreedores).

Pues bien, en ese caso, la inscripción registral facilita la *separatio ex iure dominii* de los bienes vinculados; porque *estamos ante bienes que, existiendo en la masa de hecho, no pueden ni deben integrar la masa de derecho*, ya que no pertenecen al gestor «por un título legal e irrevocable». Es como si, en estos casos, a todos los efectos, estuviesen en el registro los bienes inscritos a nombre de tercero (46).

10. *La constancia registral de la finalidad o destino*. Y no sólo eso, siempre que, para cumplir determinados fines, se hayan entregado bienes en administración —o se disponga su entrega o restitución posterior a personas extrañas (lo que no deja de ser algo muy parecido)— *para que no perjudiquen al patrimonio vinculado las disposiciones irregulares realizadas por el gestor, es imprescindible hacer constar en el Registro el contenido o alcance de la reserva, el ámbito de la administración y los fines a que se aplica*.

En efecto, sólo si se ha inscrito la vinculación de bienes en el Registro (y, por tanto, las restricciones del poder de disposición del gestor), podrá uno estar completamente seguro de que los bienes han quedado verdaderamente afectos a los fines perseguidos; porque, a partir de entonces, podrá disponerse de ellos sólo para cumplir con esos fines, y siempre, además, observando las limitaciones impuestas por el constituyente que resulten inscritas en el propio asiento (46bis).

---

razón de ello está en que los acreedores individuales —para que pueda prosperar su reclamación, y alcanzar, por tanto, a los bienes inscritos como propios del fondo— tendrán que demostrar (en principio, en el oportuno declarativo) que por la deuda responden también los bienes del fondo, o que, a pesar de lo que dice el asiento, los bienes no pertenecen al fondo; o que, en cualquier caso, los demandantes tienen derecho a concurrir con los acreedores propios del fondo sobre los bienes de éste: cfr. PEÑA, *Derecho*, cit., pág. 248 y sigs.

(46) La regla general formulada en la nota anterior rige necesariamente, siempre que estén inscritos en el registro separada y especialmente como bienes del fondo, los perseguidos por acreedores que no son del fondo. Sólo se ha impuesto en la práctica, en contra del tenor literal del precepto (art. 144 de Reglamento Hipotecario), una lamentable excepción en el caso de la sociedad de gananciales. Coinciden en la crítica de la interpretación que del artículo 144 del Reglamento Hipotecario han hecho la Dirección y el Tribunal Supremo; PEÑA, *Derecho*, cit., pág. 249, y CÁMARA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC* (1986), pág. 493 y sigs.

(46bis) Cfr. artículo 975 (enajenación de inmuebles sujetos a reserva); artículo 1.361 (dote inestimada); artículos 1.377 y 1.378 (gananciales); artículos 166 del Código Civil y 151 del *Codi Família* (inmuebles del menor de edad); artículo 212 del *Codi Família* (tutela); artículo 221 del *Codi Successions* (fideicomisaria).

11. *Publicidad registral y separación patrimonial.* En resumen, la *men- ción de la afectación en el Registro es una precaución muy recomendable porque refuerza considerablemente la separación del patrimonio vinculado*; y, por tanto, potencia la preferencia de los créditos nacidos por razón de su administración —es decir, contraídos en ejecución del destino que fue dis- puesto por el fundador.

Si se hace constar, de forma expresa y clara, en la inscripción de los bienes afectos, cuál es el destino de la reserva y su alcance; se facilita la defensa del fondo vinculado —y, por tanto, a los beneficiarios del *trust*— frente a posibles embargos por reclamaciones derivadas de obligaciones personales del gestor o administrador (o disposiciones irregulares por su parte), es decir, por deudas contraídas para fines distintos de los establecidos por el fundador.

## VII. DOS RIESGOS TÍPICOS PARA EL PATRIMONIO ADMINISTRADO: EL FRAUDE DEL GESTOR Y EL FRAUDE DEL FUNDADOR

1. *La atribución de las cargas o deudas.* Las *fiducias* negociales desti- nan masas de bienes que se constituyen en patrimonios diferenciados a fines u objetivos determinados (47).

Los bienes afectos o vinculados integran forzosamente un conjunto patri- monial que se escinde o separa del patrimonio personal de los fundadores y pasa a constituirse legalmente en una esfera de poder y delimitar un ámbito de responsabilidad.

Tal masa o fondo, por causa de la autonomía patrimonial de que goza, se erige en un centro de imputación al que se atribuyen, como propios, derechos y obligaciones.

2. *La importancia de la conducta del gestor.* Lo relevante ahora es que la diferenciación patrimonial producida, por razón de la destinación de un fondo a fines especiales y determinados, impone forzosamente la necesidad de someterlo a un sistema de gestión, también diferenciado, que se regirá o gobernará por reglas distintas que la de los patrimonios personales del fun- dador, de los beneficiarios y del gestor.

Ahora bien, en estos casos —es decir, siempre que una sola persona administra conjunta y simultáneamente dos patrimonios— se multiplica el riesgo de comisión de fraudes:

---

(47) La razón que justifica la admisión de la separación de una masa o conjunto patrimonial no puede ser otra que la especial consideración que merecen al regulador los fines u objetivos específicos a que se destina. En la *fiducia* esos fines pueden ser muy distintos y no resultar claramente del negocio de constitución: cfr. CASTRO, *El negocio jurídico* (1968), págs. 409 y 432 y sigs.

- i) Porque, por una parte, siempre que «se confían potestades a una persona en interés y por cuenta de otra, puede prevalecerse de esta situación de poder en provecho propio» (47bis).
- ii) Porque, por otra parte, tampoco es fácil sentar una regla sencilla y clara que permita decidir, anticipadamente y con toda seguridad, cuándo las consecuencias de la conducta del gestor hay que imputarlas al patrimonio administrado y cuándo a su patrimonio personal (48).
- iii) Por último, porque la gestión de bienes ajenos siempre implica un cierto grado de confusión de patrimonios y, por tanto, de riesgo de apropiación de los activos confiados (48bis).

3. *Primer riesgo: la distribución de los beneficios y cargas entre el patrimonio del gestor y el patrimonio afecto.* En efecto, el gestor que actúa sobre dos patrimonios, uno propio y otro ajeno —vinculado éste a un fin— puede con facilidad defraudar a los derechos del fondo gestionado, derivando las ganancias, cuando las hay, al patrimonio propio y las pérdidas, al ajeno (49).

---

(47bis) Estamos ante la idea de que «aquél a quien se confían potestades en interés y por cuenta de otra persona, no puede prevalecerse de esta situación en provecho propio». Es decir, estamos ante el riesgo que trata de eliminar la prohibición de «autocontratación»: PEÑA, «Facultad de compensar y encargo de custodia», en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico de Castro*, 2 (1976), pág. 465.

(48) Como veremos, siguen la misma regla los Derechos Civil y Mercantil, pero con matices. La regla general civil es que hay que atenerse al nombre que se utiliza cuando se actúa (arts. 1.259 y 1.698), sólo por excepción existe representación directa aunque se actúe en nombre propio, pero se obra por cuenta ajena (art. 1.717 del Código Civil). Cfr. *Digestum* 17,2,67,1. En Derecho Mercantil, la importancia de los fondos utilizadas o el interés realmente servido tiene relevancia muy superior (arts. 286, 287, 595 y 134 *a contrario* del Código de Comercio en relación con el 247 y 127). La relevancia de la actuación *propter naturam societatis* y la existencia de una acción útil directa de los acreedores sociales es probablemente una propuesta (o al menos una reelaboración) de *Pedro de Ubaldis*: cfr. MARTÍNEZ GUJÓN, *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao* (1979), pág. 182 y sigs.

(48bis) La confusión de bienes exige la formulación de un criterio claro que determine a cuál, de entre los patrimonios que se los disputan, pertenecen. En efecto, los patrimonios como los derechos reales son excluyentes: el mismo activo no puede pertenecer a dos patrimonios simultáneamente. La confusión es una consecuencia inevitable de la pérdida de identidad. De ahí el peligro de confusión que genera siempre la gestión de mercancías ajenas (cfr. art. 268 del Código de Comercio: los comisionistas no pueden tener efectos de una *misma especie*, pertenecientes a distintos dueños, bajo una *misma marca*, sin distinguirlos con una *contramarca que evite confusión y designe la propiedad respectiva* de cada comitente»). Lo característico de la confusión de bienes (por pérdida de identidad) es que, por lo general, la posesión va a decidir la atribución de propiedad: cfr., para el régimen de la accesión (en dónde está la disciplina más elaborada del problema), nota 72; y, para el del «cuasiusufructo», nota 60.

(49) Las presunciones que establecían los derogados artículos 890.7, 8, 9, 12 y 892 del Código de Comercio nos ofrecían, en apretado resumen, sobre la base de una dilatada

Estamos ante un riesgo muy parecido al que late en las situaciones de auto-contratación que siempre supone una situación de conflicto de intereses, e implica un poder directo sobre la esfera jurídica ajena (por tanto, de auto-tutela del interés propio y sacrificio del ajeno) que, por su gravedad, se castiga en muchos Ordenamientos con la invalidez del negocio realizado (50).

4. *Segundo riesgo: la distribución de las deudas y cargas entre el patrimonio de fundador y el patrimonio afecto.* La peligrosidad de la situación, sin embargo, no acaba aquí. Otro tanto de lo mismo (es decir, de riesgo de fraude) sucede también con aportantes o fundadores siempre que destinen determinados bienes o activos a fines de inversión o negocios especulativos (51).

En muchos casos, en efecto, el fundador oculta, a propósito, el carácter de aportación —que tiene la entrega, por él realizada— para reservarse la posibilidad de mantenerla, si las cosas van bien, y de retirarla, si las cosas van mal (52).

También en estos casos, como en los del epígrafe anterior, uno de los directamente implicados, retiene en su favor, para el caso de futuro conflicto, la potestad de proceder, por si sólo, a la definición del Derecho; es decir, la facultad de calificar *a posteriori* la existencia y alcance de la atribución patrimonial por él realizada (53).

---

experiencia histórica, una magnífica muestra de las formas más habituales que solían, y suelen adoptar, este tipo de prácticas fraudulentas. Sobre otros fraudes, artículos 755, 628 y 1.459 (*fiducia cum amico*); y 1.859 (*fiducia cum creditore*) del Código Civil. Sobre autotutela, *pignus* y compensación, PEÑA, *Facultad*, cit., pág. 454 y sigs.

(50) Para la autocontratación, cfr. CASTRO, «La representación», en *Temas*, cit., págs. 114-117. Cfr. artículos 267 (comisión), 286 (factor) y 309 *a contrario* (depósito) del Código de Comercio y 1.459 del Código Civil. Cfr. también el artículo 28 de la Ley de Fundaciones.

(51) Si hay ya peligro cuando se gestionan patrimonios ajenos, más lo hay cuando el titular puede escindir su patrimonio en otros tantos patrimonios, estancos o incommunicados, para así poder elegir a cuál de ellos imputar las gestiones más peligrosas o arriesgadas. Sobre la asunción de riesgos como causa de la quiebra y el «apalancamiento»: cfr. artículo 888.4 y 5 (sobre todo) del Código de Comercio. También el artículo 888.1 hace referencia al mismo peligro.

(52) Por lo demás, como la representación no es voluntaria sino orgánica, la cuestión se vuelve mucho más delicada y compleja, porque la representación orgánica no es, como la voluntaria, auxiliar de la gestión del *dominus*, sino imprescindible o necesaria (de ahí que los conflictos de intereses se vuelven inevitables y mucho más frecuentes). Si faltan los órganos de representación, en efecto, no pueden operar o «funcionar» en la vida jurídica los fondos patrimoniales autónomos —es decir, con vida jurídica propia— que, por tanto, estarían condenados a una total y completa inanición. Puede haber *fiducia ex lege* o sin fiduciante pero no sin fiduciario: cfr. BADOSA, cit., pág. 236.

(53) Históricamente se plantea el problema por la necesidad de diferenciar las sociedades comanditarias de las cuentas en participación (llamadas entonces «sociedades anónimas»). La regla general es que no se pueden retirar las aportaciones realizadas de la quiebra del gestor alegando que son de propiedad del aportante (para la discusión de este punto, cfr. nota 26 y más adelante) o de la sociedad ya que, si no se hizo asiento en el registro, no existe un verdadero patrimonio separado, por lo que se estima que son pro-

5. *La utilización de patrimonios «sumidero» o patrimonios de «paja».* En el caso del *trust*, la cuestión se complica (y mucho) porque, primero, estamos ante patrimonios cerrados en que la responsabilidad por las deudas contraídas se limita a los bienes afectos (y, por tanto, no pueden derivarse al patrimonio del fundador, del gestor o los beneficiarios) y, segundo, porque los fundadores o gestores del fondo pueden ser, a la vez, sus beneficiarios.

La necesidad, por tanto, de sentar algún principio de ordenación que garantice el equilibrio entre las masas patrimoniales —que más directamente entran en contacto con el patrimonio vinculado— es, en estos casos, todavía con más razón una exigencia ineludible de la Justicia si se quiere evitar que, precisamente, como consecuencia de la condición de patrimonio cerrado del *trust*, pueda intentar usarse por el fundador o el gestor (a su vez beneficiarios) como una especie de patrimonios «sumidero», o «patrimonios de paja» (previamente vaciados o, *ab initio*, descapitalizados): es decir, como un fondo ficticio al que puedan desplazarse las pérdidas derivadas de negocios arriesgados que, en otro caso, correspondería soportar a los patrimonios de aquellos que en su día lo dotaron, o, ahora, lo gestionan.

Este peligro, por lo demás, es mucho más acentuado cuando la administración del patrimonio pretendidamente autónomo, no es estática, sino dinámica porque exige la toma de decisiones peligrosas o arriesgadas (gestión especulativa) y no se controla su adecuada capitalización (53bis).

---

piedad del gestor. Por ello las cuentas en participación no exigen ninguna formalidad ya que hay «confusión» de los activos aportados en patrimonio del gestor (no hay patrimonio «social» sino sólo el del gestor: cfr. arts. 240, 241 y 242 del Código de Comercio): si se quiere sustraer los bienes a los acreedores personales del gestor (o del fundador) se precisa crear un fondo separado pero esto no puede hacerse sin publicidad. Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, cit., pág. 440, nota 33 (doctrina italiana con cita del decisivo art. 77 de la Ley de Quiebras), 34 (alemana), 35 (Derecho histórico), 36 (jurisprudencia española), y 37 (doctrina española). «La protección de las aportaciones *quoad usum* tropieza con un grave obstáculo: la protección de los terceros acreedores (...) Por ese motivo las aportaciones *quoad usum* han de admitirse sólo cuando mediante las adecuadas medidas de publicidad (singularmente la registral) pueda ponerse en conocimiento de los terceros que el gestor tiene un derecho limitado y no la titularidad plena sobre los bienes aportados por el partícipe» (VIVANTE). La «suficiencia causal del contrato de cuentas en participación para producir la transmisión de la propiedad de la aportación» está precisamente en la finalidad de lucro: los acreedores del partícipe quedan desplazados frente a los del gestor porque estamos ante una inversión con la que se espera obtener relativamente mayores ganancias (beneficios más cuota de liquidación). Las cuentas en participación tienen causa onerosa (rentabilización del capital) lo mismo que la sociedad, en que la intermediación del patrimonio separado, e incluso de la personalidad jurídica, cumple sólo una finalidad instrumental ya que se utiliza sólo como un medio óptimo para facilitar la obtención de lucro o ganancias.

(53bis) *La importancia, a efectos prácticos, que tiene la posibilidad de escindir el patrimonio propio en dos patrimonios «cerrados» o «compartimentos estancos», consiste en que un solo operador —sin necesidad de servirse de testaferros u hombres de paja—*

## VIII. QUINTO PROBLEMA. GESTIÓN ESTÁTICA: LA ADMINISTRACIÓN DE DOS PATRIMONIOS POR UNA MISMA PERSONA

1. *La incompatibilidad entre autonomía en la gestión y deber de conservación.* La gestión de bienes ajenos implica siempre cierto grado de confusión con los propios. La razón profunda de este efecto está en que autonomía en la gestión y deber de conservación son objetivos de difícil coordinación y, llegados a cierto punto, de naturaleza incompatible.

No es evidentemente lo mismo —ni, por ello, tiene las mismas consecuencias— que los reguladores o legisladores den preferencia al deber de conservación del patrimonio vinculado o, al contrario, que se inclinen por privilegiar el éxito o eficacia de la gestión.

Aunque también es cierto que —sean cuales sean las preferencias que tenga el legislador, o la relevancia que quiera dar a cada una de esas dos facetas— nunca podrán desligarse o separarse una de otra completamente.

2. *Gestión estática y gestión dinámica.* No cabe duda, por ejemplo, que siempre que se prima la «conservación», se condiciona o entorpece la «gestión»; y, al contrario, si se facilita la «gestión», se pone siempre en riesgo la «conservación» y, por tanto, la afectación o el destino.

Serán, por ello, muy diferentes las medidas que corresponde tomar cuando se opta por una gestión estática, orientada a la conservación de los bienes administrados, que cuando lo que se quiere, y por tanto busca, es una gestión innovadora, es decir, dirigida a la consecución de fines de enriquecimiento o consumo.

3. *La relación entre el «principio de representación» y el «principio de subrogación».* Nuestra legislación civil, al contrario que la legislación mercantil, suele —cuando se ocupa de regular comisiones o encargos— privilegiar la conservación (en su caso, la restitución) y, por ello, como es sabido, impone límites severos a la gestión del administrador que «blinden» la integridad (valor actualizado) del patrimonio recibido.

En concreto, tradicionalmente, cuando una sola persona gestiona dos patrimonios distintos, es habitual que, en Derecho Civil, siga rigiendo la regla general del Derecho común en virtud de la cual se entiende que los gestores o administradores adquieren siempre para los patrimonios de aquellos a cuyo nombre contratan (abstracción hecha, por tanto, de la procedencia del dinero que invierten) (54).

---

*no sólo puede limitar su responsabilidad por las deudas (derivando la gestión arriesgada al fondo descapitalizado) sino que, caso por caso, puede decidir, según los negocios vayan dando pérdidas o ganancias, en qué patrimonio las aloja, de modo que uno de ellos recibirá (todas) las ganancias y el otro (todas) las pérdidas.*

(54) Sobre la tradición histórica, MARTÍNEZ GUÓN, cit., pág.176 y sigs. Los textos conflictivos eran *Digestum* 17,2,67,1 en relación a D. 14,1,4,1 y 17,2 82.

Las cosas son diferentes cuando la representación es orgánica, recae o se ejerce sobre un patrimonio especial y separado que hay que mantener diferenciado sobre cuya gestión hay que rendir cuentas y destinado tarde o temprano a entrar en liquidación.

En estos casos suele entrar en juego otro criterio distinto para la distribución de derechos y obligaciones entre las diferentes masas patrimoniales. Este criterio no sigue, o se deja guiar, por el «principio de representación», sino por el principio de «subrogación real» (55).

4. *La subrogación real es una técnica pensada al servicio de la conservación del fondo.* El «principio de subrogación real» no pretende otra cosa que mantener la consistencia de cada masa patrimonial (eliminando el riesgo de confusión), de modo que el bien adquirido conforme a la regla *subrogatum sapit naturam subrogati*, reciba las cualidades que caracterizaban al antiguo y, por tanto, se atribuya forzosamente al patrimonio que ha soportado el desembolso o sacrificio necesario para poder realizar su compra.

La subrogación real, por lo demás, opera automáticamente, es decir, sin necesidad de que concurra una voluntad especial o intención de subrogar: *res succedit in loco pretiit, et pretium in loco rei*.

*La subrogación real, por su propia naturaleza, funciona como causa determinante para la calificación de los bienes y, por ello, deja de ser decisivo el patrimonio para el que haya contratado el gestor.*

5. *La importancia de la previa inscripción de los inmuebles en el Registro.* Se comprende la importancia que en este contexto tiene la inscripción en el Registro de los bienes vinculados con expresa mención o constancia del destino a que están afectos.

*Sólo si consta la mención del encargo o destino en el Registro, los activos que integraban el patrimonio vinculado no resultarán perjudicados por enajenaciones irregulares o fraudulentas, realizadas por el gestor o administrador; y no sólo eso, en cualquier caso, y aquí está lo importante, quedarán los nuevos bienes subrogados de iure en la posición de los antiguos* (56).

*La regla que opera aquí es, por tanto, de muy sencilla formulación: cuanto más clara sea la identificación de los activos que integran el patrimonio administrado, menos jugará (en caso de que se proceda a su venta) el*

---

(55) Sobre la generalización del efecto subrogatorio y su verdadero alcance, Cossío, *Teoría*, cit., pág.142 y sigs.

(56) Es muy ilustrativo de la vigencia de la regla en patrimonios separados y la importancia de la previa constancia de su condición en el Registro (en este caso, Mercantil) el artículo 909.2 del Código de Comercio derogado. El principio está explícito en las leyes en los casos de la relación de bienes privativos y gananciales (1.346 y 1.347 del Código Civil), dote (1.337 derogado); fideicomiso de residuo (art. 245 CS) y sustitución fideicomisaria (art. 221 Código de Sucesiones).

«principio de representación» y más el de «subrogación». Pero, no hay que olvidarlo, la subrogación es la mejor garantía de que se mantendrá el equilibrio entre las distintas masas patrimoniales (57).

6. *La problemática de los bienes muebles.* El problema está en que no todos los bienes afectos son inmuebles y, por tanto, que en muchos casos la composición de los patrimonios —esto es, la identificación de los concretos elementos que componen su activo— no es fácil de precisar (58).

La subrogación real, en efecto, no sirve de mucho en los casos difíciles, es decir, cuando estamos ante bienes fungibles, consumibles o, en general, muebles que se hayan confundido con otros ajenos en el patrimonio del gestor (59).

De ahí la necesidad, si se quiere que el sistema funcione en la práctica, de recurrir a otras medidas o disponer cautelas, de distinta naturaleza, que permitan asegurar la integridad o indemnidad del patrimonio vinculado.

---

(57) Si se entregan bienes en administración —o se ordena su entrega o restitución posterior a extraños (lo que no deja de ser algo muy parecido)— para salvaguardar el «valor» de los inmuebles afectos, es imprescindible hacer constar en la inscripción la existencia de la reserva: de este modo, los adquiridos a cambio pasarán a subrogarse instantáneamente en el lugar de los transmitidos.

(58) Para la inevitabilidad, en muchos casos, de la confusión de bienes, cfr. artículo 909.8 del Código de Comercio derogado (separación de los géneros vendidos sólo si hay posibilidad de identificación); y los artículos 285 (factor) y 321 (préstamo de títulos y efectos). Según el artículo 268 del Código de Comercio (en directa relación con el art. 909.4), «los comisionistas no pueden tener efectos de una *misma especie*, pertenecientes a distintos dueños, bajo una *misma marca*, sin distinguirlos con una *contramarca que evite confusión y designe la propiedad respectiva* de cada comitente». Cfr. también artículo 266 del Código de Comercio (comisión) y el artículo 1.687 (sociedad) del Código Civil. La confusión total supondría un solo patrimonio y por tanto un solo activo y un solo pasivo; y, en consecuencia, una sola masa de acreedores. Por ello, la quiebra nunca puede admitir confusión entre los bienes del quebrado y otros ajenos. La presunción en la quiebra, para zanjar discusiones interminables, es que debe tenerse por ajeno todo lo que no se consigue demostrar que es del deudor. Si continuase el trámite, a pesar de la confusión de bienes, se dilataría el proceso y se perjudicaría la preferencia de los acreedores reconocidos que tendrían que admitir la concurrencia de quienes discutan la propiedad de los bienes integrados en la masa activa y, por tanto, planteen tercera.

(59) Ya hemos visto que una cosa es la mal llamada responsabilidad universal por confusión (la completa confusión, y por tanto la existencia de un solo patrimonio, supone y exige una sola responsabilidad); y otra, en cambio, la responsabilidad subsidiaria de un patrimonio por las deudas de otro (perfectamente separado): esta segunda, en mi opinión, procede porque la insolvencia no demuestra otra cosa habitualmente que la defectuosa capitalización con que había planificado el *dominus negotii* la empresa proyectada (por inadecuada cobertura del riesgo). Es natural que el socio que, en estas condiciones, pretende hacer suyas las ganancias, tenga, en compensación, que afrontar las pérdidas. En cualquier caso, una cosa es ser socio por confusión (como el factor: art. 285 del Código de Comercio) y otra por pacto (art. 288): en el primer supuesto, hay un solo patrimonio; en el otro, dos (superpuestos). La especial posición (responsabilidad limitada a su aportación) del socio comanditario debe relacionarse con el hecho de que no sea él sino el colectivo el verdadero *dominus* del negocio —así se deduce del distinto control (de la contabilidad) que ejercen uno y otro: cfr. artículos 150 y 133 del Código de Comercio.

7. *Cautelas propias o típicas de la gestión estática.* Entre ellas, en primer lugar, debemos mencionar las que, después de algunos avatares, se tienen hoy por propias o típicas de toda administración estática, en concreto:

- i) el deber de hacer inventario de los muebles;
- ii) la obligación de tasar los muebles;
- iii) y, por último, la de prestar fianza de su restitución.

Esta triple cautela constituye la esencia de una vieja técnica de protección de la integridad patrimonial que, como es sabido, procede de la regulación romana del «cuasiusufructo» (60).

El inventario identifica los bienes afectos o reservados, la tasación envuelve una especie de transmisión al (patrimonio del) gestor y la fianza garantiza la restitución de su valor (actualizado o no): es decir, del valor de los muebles, y especialmente los fungibles, que inevitablemente se confunden con los propios en el patrimonio del gestor.

8. *La predilección por la fianza hipotecaria.* A mediados del XIX, en sede de dote o tutela especialmente, a cuya regulación remite hoy el fideico-

---

(60) Sobre la *cautio usufructuaria*, D'Ors, cit., pág. 206. Cfr. artículos 491 y 482 del Código Civil. Este es el origen, probablemente, del régimen de cautelas de la sustitución fideicomisaria: la usufructuaria/fiduciaria, por excelencia, es la mujer (*una cum filiis*): puente entre el marido y los hijos. La mujer traslada, manteniendo en vida el usufructo, los bienes (herencia) del marido a los hijos. En todo caso, la mera confección de inventario sin fianza constituye un presupuesto mínimo de la separación de patrimonios. La regla general en las gestiones conservadoras (de las que es ejemplo o prototipo la del heredero a beneficio inventario) es que la falta de inventario —o incumplimiento por sustracción dolosa de bienes o venta sin autorización— provoca la confusión de patrimonios, determina la pérdida del beneficio de la separación y desata la responsabilidad universal (cfr. arts. 1.003, 1.002 y 1024. 2 del Código Civil): PEÑA, *La herencia*, cit., pág.169. El heredero funciona entonces bajo el mismo régimen que el gestor de una sociedad: cfr. nota 68. Hay que advertir, de todos modos, que no siempre ha sido el mismo, el régimen de sanciones dispuesto por el legislador para conseguir que se adopten por los fiduciarios las medidas necesarias para asegurar la conservación del patrimonio. Por ejemplo, para la poco convincente sanción de pérdida de remuneración: cfr. artículo 151 CS (heredero de confianza) que habrá que completar con la caducidad de la *fiducia* y el paso de los bienes a los herederos *ab intestato* (si no da caución, se apropia *ipso facto* del valor o precio de los bienes: cfr. art. 135 CS). Menos adecuado todavía parece el régimen del albacea universal (sea de realización dineraria o entrega de remanente): basta comparar lo dispuesto en los artículos 317 y 316 del CS (ni inventario ni fianza) con lo establecido en el artículo 208 del Código de Sucesiones (fideicomiso). ¿Cómo impedir la confusión de patrimonios y acreedores, si hay «realización dineraria» y no se hace inventario ni presta fianza? Podría, quizá, subsanarse esta deficiencia, haciendo reversible el mandato del 153.2 CS: si hay caducidad de la herencia de confianza cuando el heredero se apropia los bienes, lo mismo debe sucederle al albacea a quien se equipara (cfr. art. 319.2 CS). La diferencia entre los fiduciarios en las sustituciones fideicomisarias, y los herederos de confianza, los herederos a beneficio de inventario o los albaceas está en que la gestión de estos últimos es pura y exclusivamente conservadora.

miso catalán, la Ley Hipotecaria, siguiendo una inveterada tradición, mostró una comprensible predilección por la fianza hipotecaria (61).

*La llamada «hipoteca legal» fue, en efecto, la solución preferida por el legislador para garantizar la devolución de los bienes de difícil identificación; porque se trataba de habilitar medios eficaces para garantizar la restitución de los bienes muebles o, en general, las cosas fungibles o las consumibles, que, como es sabido, tienen tendencia a mezclarse y, por tanto, desaparecer en el curso de la gestión (bien directamente por desgaste bien, con el paso de los años, por confusión con otras de igual naturaleza que incluya el patrimonio propio o personal del gestor o administrador).*

De esta manera se liberaba de la gestión de muebles y fungibles del rigor del principio de subrogación ya que, en todo caso, se garantizaba la restitución de su valor; de modo que, en esos casos, para la atribución de las adquisiciones o ganancias a las distintas masas patrimoniales volvía a ser decisivo el criterio de por «cuenta de quien» actuaba el gestor.

9. *Gestión del patrimonio fiduciario, fianza hipotecaria e inscripción: consecuencias para el trust.* Parece, pues, que, siempre que en el *trust* predomine el fin de conservación o restitución, más que la autonomía de la gestión, el gestor tiene que ofrecer algún tipo de garantía que asegure la integridad de los bienes de fácil desaparición.

No hay duda que el aseguramiento del valor del fondo permitiría «dejar libres las manos» al gestor; y, por tanto, si se combina con una adecuada retribución, preferentemente a la parte, consigue un sabio equilibrio entre gestión y restitución.

Como veremos, será difícil, sin embargo, que esa especial responsabilización del gestor llegue a imponerse en la práctica.

---

(61) Para la estimación (que evita la indeterminación sobre la verdadera titularidad que genera la confusión de bienes) y la caución de devolución del valor mediante hipoteca, entre otros; cfr. artículos 168, 169.3, 172, 174, 175, 176, 177, 186, 187 (para al dote); 194, 201 (reserva); 202, 203 (peculio); 207, 212 y 214 (tutela y curatela) de la primera Ley Hipotecaria. La regla general es que el valor de los bienes confundidos, si hay estimación, saldrá del patrimonio del aportante e irá al patrimonio del gestor (salvo previsión legal de que se mantenga en el patrimonio separado: cfr. 1.681 y 1.687 del Código). En gananciales, la protección del fondo (desechada tradicionalmente la hipoteca del cónyuge gestor que administra los bienes del otro) se consigue, como veremos, a parte otras cautelas, mediante la presunción de ganancialidad activa (la llamada *vis atractiva*) que no pasiva. Para testamentaria, artículos 1.033, 1.062 y 1.066 de la LEC antigua; y quiebra, artículo 1.350. Para la institución de heredero por fiduciario (art. 148 CS, que remite a curatela: art. 304 CS). En este caso la dispensa de caución, como implica facultad de disponer, determina la transformación en fideicomiso de residuo (cfr. art. 246 *in fine*) (¿la misma solución en la sustitución fideicomisaria ordinaria?).

## IX. SEXTO PROBLEMA. GESTIÓN DINÁMICA: LA DISCIPLINA DE LAS RELACIONES INTERNAS Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO VINCULADO

1. *La necesaria flexibilidad de la gestión dinámica.* No debería ser necesario decir que la propuesta civil e hipotecaria tiene graves inconvenientes: su rigidez la hace poco menos que inútil cuando las gestiones deben ser dinámicas o empresariales. Todo parece indicar que si se prefiere una dirección arriesgada habrá que liberar a los «ejecutivos» encargados de la obligación de prestar fianza (sobre todo, si es hipotecaria).

Hoy, en efecto, parecen preferirse de largo las gestiones dinámicas, probablemente más necesarias que nunca en un contexto de inflación más o menos desbocada.

El principio por el que se gobiernan, como es sabido, es la búsqueda de rentas o ganancias, con asunción de riesgo, por lo que no sirve o se puede considerar suficiente una gestión que se limite a asegurar la devolución del valor de los bienes recibidos.

2. *El control de la gestión dinámica.* Es, por ello, presupuesto de una gestión dinámica, la admisión o tolerancia con una gestión libre o «desenvuelta» por parte del administrador; sin más restricciones que las que puedan derivar de la ejecución eficaz de la comisión o encargo, ni más garantía que la que proporciona la propia responsabilidad personal (62).

La participación en los posibles beneficios y la competencia que existe en el mercado de directivos, se constituirían —al menos eso se razona— en el incentivo adecuado (sistema de premios y castigos) para conseguir que con-

---

(62) Cfr. los artículos 133, 134 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas. La obligación de prestar fianza (sobre todo si es hipotecaria y sobre bienes propios) no parece que pueda cohonestarse con la gestión dinámica. *La finalitat pot esser d'inversió, de gestió o de garantia*: cfr. artículo 514.1.3 del Anteproyecto. En todo caso, entre las cautelas de la gestión de conservación y la de inversión o mercantil, tiene que haber posibilidades intermedias (cfr. ARROYO, *Por qué*, cit., págs. 34 y 36). Para la libertad de gestión de que gozaba el marido en el sistema tradicional de gananciales): cfr. PEÑA, «Acerca del artículo 1.364 del Código Civil», en *RDN* (1976), nota 63. «El patrimonio responsable (era) administrado sin verdadera separación del patrimonio personal del marido» (gestor) y sin que se adopten garantías mínimas en defensa de «los acreedores (que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el heredero acepta a beneficio de inventario; o cuando se trata de patrimonios administrados en régimen de representación legal). Pero aquí ocurre que *el administrador tiene facultades exorbitantes*: nunca estuvo obligado al inventario (cabe ocultación de bienes); actúa en los bienes como dueño (puede consumirlos, obligarlos determinar sin control el precio en que los enajena, donarlos en ciertas condiciones. Sobre la posibilidad de que dispense el constituyente la obligación de constituir fianza: cfr. artículo 514.7 del Anteproyecto (el fiduciario deberá observar las reglas que sobre administración le haya comunicado el constituyente) y 513.2 del Proyecto del CC (*l'administració de béns aliens es regeix per las disposicions de l'acte constitutiu*), y ARROYO, cit., pág. 34.

verjan en la práctica los intereses del gestor con los del patrimonio que administra.

3. *Las consecuencias del «infracontrol»*. Lo cierto, sin embargo, es que, porque los sistemas flexibles no toleran demasiadas restricciones a la gestión o administración (como las que resultaban de las hipotecas caución o fianzas hipotecarias), su implantación, más o menos generalizada, no sólo no ha impedido sino que, más bien, como cabía esperar, ha facilitado la comisión de expolios masivos y escandalosas malversaciones. No han sido las primeras ni serán las últimas.

Todo ello inclina a pensar que el régimen de las fundaciones, curadurías y tutelas —sobre todo cuando se reciben aportaciones directas o indirectas del Tesoro Público— no debería echarse, demasiado aprisa, en saco roto y que, por tanto, debería seguir siendo un ejemplo a tener en cuenta en la regulación de esta materia.

4. *La vigencia del principio representativo: la actuación en nombre ajeno*. Así las cosas, es perfectamente comprensible que el Derecho, para tratar de impedir este tipo de engaños o fraudes, haya experimentado distintas fórmulas o cautelas, siempre con la intención de conseguir eliminar, o al menos desincentivar, el oportunismo del gestor.

La regla general en este punto es que —cuando, como es el caso, *no puede funcionar la subrogación real— para identificar el patrimonio que se responsabilizará de la conducta del gestor, se atiende al nombre o a la cuenta de por quien éste actúa* (63).

Así, para vincular al *dominus* o principal, se suele entender, por lo general, que basta con que *el gestor exprese en el contrato que actúa en nombre ajeno*; o, aunque no lo diga, con que negocie públicamente en el establecimiento del que ha sido puesto al frente si pertenece notoriamente a un tercero.

5. *La concurrencia en el negocio del gestor y el principal*. Por desgracia, la experiencia diaria demuestra que esas precauciones son completamente insuficientes:

- i) El comercio o negocio exige rapidez y, por tanto, la tolerancia de cierta dosis de informalidad sobre todo entre clientes habituales;
- ii) los factores han traficado, trafican y traficarán, en beneficio propio, con fondos ajenos, en negocios del mismo género que los que realizan para sus principales;
- iii) y siempre habrá gestores, desde luego, que tratarán de desplazarles las pérdidas y apropiarse las ganancias (64).

---

(63) Cfr. nota 54.

(64) Cfr. artículos 286 (apropiación de los efectos) y 288 (factor); 136 y 137 (sociedad colectiva); 264 (comisión); 309 (depósito); 890.7 y 9 (comisión), 892 (agencia); todos del Código de Comercio.

Tradicionalmente, para prevenir los fraudes que este tipo de conductas posibilitan, el Derecho ha amenazado a los agentes poco escrupulosos con una sanción civil que, en el fondo, no consiste en otra cosa que aplicar al factor infiel la misma «medicina» que él pretendía aplicar a su principal. Es decir, en estos casos, «los beneficios de la negociación serán para el principal y las pérdidas para el gestor» (65).

Este principio, por su eficacia y justicia, puede decirse que ha sido acogido, con general beneplácito, por la doctrina y se ha transformado en una fórmula magistral que suele estar detrás de las distintas respuestas que se han ensayado en los Derechos de los diferentes países.

6. *Los casos de falta o ausencia de «contemplatio».* No era, en efecto, esta una cautela, desconocida por el Derecho Común, donde encontramos soluciones muy parecidas para hacer frente a los mismos problemas. La prueba más clara la tenemos, por ejemplo, en la regulación de la llamada «sociedad de gananciales».

Nuestro Código —al contrario que en el caso del peculio, la dote, los parafernales, o el fideicomiso— no exige que el gestor (dinámico) de la sociedad conyugal haga inventario o preste fianza alguna de la restitución del valor de todos aquellos bienes poco identificables que administra.

Evidentemente, *cuando no se puede determinar la titularidad de los fondos con que se negocia*, no existe verdadero peligro en los casos en que el gestor haga constar por cuenta de quien actúa (sea de sí mismo o del patrimonio que representa) (66). El verdadero peligro acecha, precisamente, en

---

(65) Cfr. artículo 613 (naviero); 288.2 (factor); 136 (sociedad); todos del Código de Comercio. Sirva, por todos, el artículo 288 del Código de Comercio: «Los factores *no podrán traficar por cuenta particular, ni interesarse en nombre propio o ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieron a nombre de sus principales* a menos que estos les autoricen expresamente para ello. Si negociasen sin esta autorización, *los beneficios de la negociación serán para el principal y las pérdidas a cargo del factor*».

(66) Es significativo el artículo 247 del Código de Comercio que sólo exige *contemplatio* expresa en los contratos por escrito: «si el comisionista contratare en nombre del comitente, deberá manifestarlo así; y si el contrato fuere por escrito (!), expresarlo en el mismo o en la antefirma; declarando el nombre, apellido y domicilio del comitente. En el caso prescrito en el párrafo anterior, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista; *pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión, si el comitente la negare*, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista». La actuación *nomine proprio*, aún por cuenta ajena, parece habitual: «el contrato hecho por factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; *más si la negociación se hubiese hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal*» (art. 287 del Código de Comercio). Cfr. también su artículo 286: «Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando *notoriamente* pertenezca a una empresa o *sociedad* conocidas, se entenderán hechas por cuenta del propietario de dicha empresa o *sociedad*, aún cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos o se alegue abuso de confianza,

aquellos otros casos en que no dice si actúa en nombre propio o del fondo que administra y nada puede deducirse tampoco de las circunstancias (*ex rebus et facti circumstantium*) (67).

7. *El riesgo de «oportunismo» del gestor: la represión del comportamiento «leonino».* En estos últimos supuestos, si no se toman algún tipo de medidas, no hay duda de que se abre una vía para que factores poco escrupulosos recurran a esa forma de actuar (que habría que calificar de «indecisa», «confusa» u «oscura») siempre que se aventuren con negocios o empresas arriesgadas (gestión «dinámica» o sencillamente especulativa).

De esta manera, *siempre tienen o conservan esos factores la posibilidad de intentar poner a salvo su patrimonio, si las cosas van mal; y de reclamar, en cambio, las ganancias, si van bien* (67bis).

No otra cosa, por cierto, sucede siempre que cualquiera de los cónyuges adquiere a título oneroso, dejando intencionadamente en la penumbra, si lo hace para la sociedad o para sí mismo.

8. *Una primera respuesta del Derecho Civil: presunción de titularidad activa pero no pasiva.* Es por ello que, en el régimen de (la sociedad legal de) gananciales, se ha dispuesto una presunción de propiedad en contra del patrimonio del gestor. Y no sólo eso: la presunción de ganancialidad activa no se compensa con una presunción de ganancialidad pasiva (68).

---

transgresión de facultades o *apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que esos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o, si aún siendo de otra naturaleza (...)*». Para el Derecho Histórico, MARTÍNEZ GILÓN, cit., pág. 188 y sigs.

(67) Sobre el artículo 1.717 del Código Civil, es probablemente acertada la interpretación de HERNÁNDEZ MORENO, *Comentario al artículo 1.717*, en MINISTERIO (COORD.), cit., pág. 1544, que no ve en el caso más que un supuesto de *praepositio* según Derecho Romano (doble acción, directa y «adyecticia»). Cfr. también, en el mismo sentido, artículo 287 del Código de Comercio. Cfr. nota 18.

(67bis) La máxima fundamental, por la que se rige la sociedad, puede cifrarse en la prohibición de obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad: GILÓN, cit., pág. 297. «Esta idea de subordinación de los intereses propios a los intereses sociales (...) desde el punto de vista económico constituye el principal instrumento con que cuenta el sistema para impedir la *externalización de costes*»: cfr. PAZ ARES, cit., pág. 1327.

(68) Esta era la solución tradicional en el régimen de gananciales: cfr. artículo 1422.2 (derogado) del Código Civil, y STS de 2-3-1986. Cfr. PEÑA, *Acerca*, cit. págs. 185-186: «El marido (gestor) (tenía) sobre los bienes afectados por las deudas, posición semejante a la de dueño exclusivo (...) con la consiguiente confusión de patrimonios». Como hay confusión de patrimonios, el gestor responde universalmente. Para el probable origen de esta medida, cfr. nota 60. Esta era también la forma de gestión que se seguía en la, probablemente, más primitiva sociedad entre comerciantes (variante genovesa): responden solidariamente los gestores pero no porque haya una fianza entre patrimonios distintos (el de los gestores frente a la sociedad) sino por su confusión en uno sólo. Para el régimen de OOB (Ordenanzas de Bilbao): 10,13; cfr. PETT, cit., pág. 200, nota 113. De un lado están los socios gestores, responsables solidaria e ilimitadamente; y, de otro, los socios, que no se encuentran legitimados para usar la firma social, responsables sólo por el capital aportado. Hay otra línea de desarrollo que procede de los tratadistas de Derecho Común,

Es decir, en los casos dudosos, los bienes se presumen gananciales; las deudas, en cambio, privativas: lo que en la práctica no quiere decir otra cosa que, por lo general, las ganancias se las queda la sociedad y las pérdidas, el socio gestor.

Es más, en aquellos escasos casos en que un cónyuge pueda vincular el patrimonio ganancial, se le hace responsable frente a la masa consorcial del lucro o beneficio exclusivo que haya podido obtener en daño de la sociedad (art. 1.390 del Código Civil).

9. *Segunda cautela: la responsabilización del gestor.* La segunda respuesta del regulador civil —cuando, como en el caso de los gananciales, ha dispensado de constituir fianza que garantice la devolución del valor de los bienes que se administran— ha sido hacer responsable siempre, por la deuda contraída, al gestor.

Sin duda, una medida eficaz para refrenar la bien conocida inclinación que tenemos los humanos a iniciar negocios arriesgados siempre que tengamos la posibilidad de apropiarnos las ganancias y desplazar las pérdidas (69).

---

quienes en atención al Derecho Estatutario, habían consentido en responsabilizar solidariamente (en contra de los principios romanos) a los gestores presentes en el establecimiento por la actuación de cualquiera de ellos (*plures exercentes unam mercaturam; plures mercatores expendentes in simul; plures mercatores uni mensae, vel apothecae, seu negotio promiscui praessent; presente et sciente et non contradicente*); después de la aportación de BARTOLO, incluso a los socios ausentes que operasen en otro establecimiento (desde Pedro DE UBALDIS, aunque cada socio se encargue de ramas distintas): *Soci plures unius negotiationis in diversis locis videntur invicem institores, invicem praepositi*. Cfr. GALGANO, *Il principio de maggioranza nelle società personali* (1960), págs. 66 y 80 y sigs. Fue probablemente la aparición del *nomen* («en comandita» frente al «y compañía») el que permitió la distinción entre sociedades colectivas y comanditarias como quiere GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale* (1913), pág. 227. Según BORNIER: *la raison est, pour favoriser par ce moyen (la solidarité) le trafic, et afin s'obliger tous. C'est pour cela qu'ils son réputés entr'eux instituteurs, exerceurs, preposés et maîtres*: cfr. PETIT, cit., nota 117. Para el parecido entre la única sociedad que conocen y regulan las Ordenanzas de Bilbao, y las cuentas en participación (llamada antes «sociedad anónima»), nota 53. Se explica, por ello, las «interesadas» correcciones que introducen los artículos 127 ó 148 del Código de Comercio («responden los socios colectivos, sean o no gestores») y del artículo 129 («innecesariedad del consentimiento de todos los socios presentes»). Es evidente la confrontación entre la doctrina tradicional (que subsistía todavía en el Código del 29) y las reglas de las «nuevas» cuentas en participación que se regulan como figura independiente: cfr. los artículos 241 y 242 («acción sólo contra el gestor»).

(69) La vinculación a fines y la consiguiente restricción de la responsabilidad del fondo es principio básico de la sociedad de gananciales: para la distinción entre obligaciones y cargas (en cualquier caso, tasadas) cfr. los artículos 1.318, 1.361 y 1.365 del Código Civil. El origen, sin embargo, de la limitación de la eficacia directa (representación) a los actos que se realicen en ejecución del objeto, destino o fin del fondo, con casi toda seguridad, tiene origen mercantil. El reconocimiento en nuestro Código de Comercio de la posibilidad de retirar fondos por los socios para hacer frente a gastos particulares (manutención, vestido, etc.: cfr. art. 139 del Código de Comercio) constituye un tributo a la vieja sociedad familiar (compañía es *cum panis*) —en que no podía haber patrimonios individuales separados (*societas omnium bonorum*)—. La sociedad universal en que la

Esta prevención, por lo demás, en el caso del régimen de gananciales, se complementaba con otra, incluso, más eficaz: la representación del consorcio tiene un contenido típico y sólo, en esos casos, puede quedar vinculado el patrimonio ganancial (70).

10. *La defensa contra la gestión fraudulenta: consecuencias para el trust.* No es casualidad la generalización en la legislación civil y mercantil de este principio jurídico que amenaza al gestor infiel (en el caso de que «juegue sucio») con el mismo trato que el pensaba dispensar al *dominus*. Cuando mayor sea el poder de disposición sobre los intereses del principal, mayor debe ser la responsabilidad frente a ese mismo principal.

Ahora bien, como es esta una sanción que se desenvuelve en el ámbito interno (diríamos entre partes), muy escaso es el papel que puede cumplir el Registro. La infidelidad en la gestión —cuando se utiliza torticeramente y es, por tanto, fraudulenta— justifica, por una parte, que, si las cosas van mal, se trate al administrador como socio —y, precisamente, en la posición de responsable último y final por las pérdidas—; y, por otra, que se le mantenga en su posición de gestor, y se le excluya de las ganancias, si las cosas van bien; pero son éstas, consecuencias que se mantienen en el marco puramente obligacional.

---

responsabilidad de los socios es forzosamente solidaria —por la existencia (por confusión) de un único patrimonio y, por tanto, de un solo activo y pasivo: *societas ercto non cito*— no excluye, sin embargo, el fin de lucro. De hecho solía (y suele) surgir entre hermanos (sociedad tácita) para la continuación del negocio paterno o familiar. En fin, lo cierto es que la delimitación del objeto societario (cfr. arts. 136 y 137 del Código de Comercio) permitió independizar definitivamente el patrimonio de cada socio del patrimonio social. La afección del fondo a una especie particular de negocio permitió a los socios (como en una especie de emancipación) adquirir para sí (por fuera de la sociedad) y no siempre para el grupo familiar. Con lo que no sólo se consiguió distinguir definitivamente la sociedad mercantil de la sociedad familiar (*societas fratrum*) sino que se permitió que *los socios pudiesen tener sociedades de objetos diferentes*, incluso como gestores (cfr. art. 137 *in fine*). La contabilidad de doble columna se estimaba suficiente para garantizar la separación «interna» de los distintos patrimonios. Por lo demás, la sociedad universal de ganancias (con objeto mercantil) subsistirá como una de las alternativas posibles: cfr. artículos 136 y 288 Código de Comercio. Por último, *la vis atractiva* del patrimonio social justifica que absorba las ganancias de cualquiera de los socios si la sociedad no tiene género de comercio determinado —o aunque lo tenga, si no se obtuvo autorización pero se consiguen en la misma especie de negocio— (cfr. art. 134 *a contrario* Código de Comercio).

(70) Sobre la inexistencia de la llamada «ganancialidad pasiva»: CÁMARA, *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre familia* (1986), pág. 80 y sigs.; y PEÑA, *Derecho*, cit., pág. 255.

X. SÉPTIMO PROBLEMA: LAS RELACIONES EXTERNAS  
Y LA DEFENSA DE LOS ACREEDORES. LA PUBLICIDAD  
DEL PODER

1. *La necesidad de recurrir a las soluciones elaboradas en el Derecho Mercantil.* Las gestiones dinámicas, como sabemos, generan dos tipos de problemas porque, como hemos visto, estimulan estrategias que facilitan la realización de un doble juego muy peligroso:

- i) La primera consiste en el incentivo encubierto que producen para la malversación del activo por parte del gestor;
- ii) y la segunda, en el estímulo que generan también al fraude o engaño por parte del principal.

Se trata ahora de analizar esas prácticas, no desde el punto de vista de las partes (la llamada «relación interna»), sino de los terceros (la llamada «relación externa») porque, en esos casos, son precisamente contra terceros contra quienes, con más frecuencia, van dirigidas, especialmente cuando es posible, como es el caso, configurar el fondo en cuestión como un patrimonio independiente o «cerrado»: es decir, dicho llanamente, cuando responde de las deudas sólo con su patrimonio (responsabilidad limitada).

Es natural que las respuestas más elaboradas contra este tipo de peligros y distorsiones (generados por la excesiva «varianza» en el riesgo que soportan las gestiones dinámicas) se hayan concebido y elaborado —no hay en ello ninguna sorpresa— en el Derecho Mercantil, y concretamente en el de sociedades (71).

2. *La imposición de la contemplatio domini.* La respuesta ortodoxa al primer problema nos la ofrece el codificador en la regulación del contrato de sociedad. La gestión libre del administrador se compensa con una drástica limitación de la arbitrariedad en el uso de sus poderes.

El remedio, sin embargo, no ha consistido tanto, en este caso, en montar un juego de presunciones favorables al patrimonio común; sino, lisa y llanamente, en la prohibición de que se imputen a la sociedad deudas que no hayan sido contraídas por el socio administrador en «su carácter de tal y por cuenta de la sociedad» (art. 1697.1 y 1698.2 del Código Civil).

En resumen, «detrás de la poco clara expresión del Código se adivina, inequívocamente, el requisito de una *contemplatio domini*» expresa: el socio gestor sólo puede vincular a la sociedad si actúa en nombre de ésta. Nunca si el gestor actúa en su propio nombre o nada dice.

---

(71) Nada mejor para apreciar los peligros del «apalancamiento» y la «varianza del riesgo» que la lectura del artículo 888 del Código de Comercio.

*Es decir, el fondo queda obligado, respecto a tercero, sólo por los actos que el gestor haya realizado en su nombre.* Si no dice por quién actúa, nunca responderá la sociedad si hay pérdidas; aunque sí pueda reclamar y, por tanto, beneficiarse de las ganancias obtenidas por el factor (art. 1698.2 del Código Civil).

3. *La especialidad del tráfico mercantil.* La seguridad del tráfico, en que priman siempre los intereses de los acreedores, es incompatible con tal formalista modo de proceder que atiende exclusivamente al nombre de por quién se actúa. El tráfico de cosas venales en operaciones al contado, manuales y en masa, normalmente mediante contratos verbales, no permite, en efecto, tomar las precauciones típicas o propias de la contratación civil.

La gestión dinámica es, sin duda, el modo de administración típico del mundo mercantil; será, por tanto, en Derecho Mercantil, en donde debemos buscar las respuestas más refinadas a los problemas que genera o provoca.

Lo habitual, en efecto, es que, *en el tráfico mercantil no se haga mención alguna del nombre o el patrimonio por que se actúa; y que las mercancías transferidas, normalmente confundidas con las suyas en el establecimiento del gestor, tanto puedan pertenecer a éste como al principal* (72).

4. *La eficacia de la publicidad registral.* Sólo la publicidad general, y por anticipado, de las condiciones en que puede imputarse al patrimonio vinculado los negocios del gestor constituye remedio adecuado para que, sin merma de la claridad, nunca quede perjudicada la celeridad que imprime el mercado a las operaciones mercantiles (72bis).

---

(72) La confusión total fuerza la existencia de un solo patrimonio y, por tanto, la igualación de los acreedores particulares de cada uno de los patrimonios confundidos. Los problemas surgen cuando la confusión es parcial. Hay dos soluciones ejemplares recogidas en el régimen, paradigmático en este punto, de la accesión: reconocer la propiedad de los bienes a uno de los patrimonios a cambio de hacerlo deudor frente al otro por la cantidad en que se estime su valor (cfr. art. 375); o constituir una comunidad (sociedad) sobre los bienes mezclados o confundidos (art. 381). La cuestión se complica si hay mala fe: cfr. artículos 379, 382 y 383, cuyo régimen responde a los mismos principios de los artículos 613 (naviero); 288.2 (factor); 136 (sociedad) del Código de Comercio: cfr. nota 65.

(72bis) Cfr. artículo 292 del Código de Comercio: «consignándolo en sus reglamentos las compañías y comunicándolo los particulares por avisos públicos o por medio de circulares a sus corresponsales». Asimismo, cfr. artículo 293. La «doble baraja» que utiliza el gestor es la que —a falta de *contemplatio* expresa, tácita o, llamémosle, «registral»— permite consumir el fraude. Sobre los riesgos de fraude que envuelve la fórmula (muy semejante) del «*negocio a cuenta de persona por designar*», cfr. CASTRO, «Representación», en *Temas*, cit., págs. 124-125: «creada por uso de los prácticos (...) se utiliza (...) para reservarse la posibilidad de elegir el comprador más ventajoso entre posibles clientes (*facultas amicis eligendum*) (...)». La doctrina recoge esta «artimaña» y la inserta en la institución de la representación (...). Con ello se oculta que aquí no existe representación abierta, que no existe su requisito esencial, la *contemplatio domini*, el saber el tercero con quien ha celebrado el negocio. En la práctica, el tercero que no sabe a quién irá a parar la cosa vendida (posible insolvente o quebrado) (...).

Ahora bien, si todo se fía en la publicidad, es necesario arbitrar un conjunto de medidas eficaces para estimularla. Es en este contexto en el que hay que situar la vieja regla (recogida en el Código de Comercio hasta hace pocos años) en cuya virtud:

*Los poderes no registrados no podrán utilizarse en perjuicio de terceros, quienes, sin embargo, podrán servirse de ellos en cuanto le fuesen favorables.*

Es decir, como vemos, se aplica a los ventajistas la misma medida que esos mismos ventajistas (ocultando su estrecha relación a los terceros) querían aplicar a éstos (73).

5. *Protagonismo del gestor: la traslación del riesgo a terceros.* En definitiva, el que por actos propios, con su «conducta oportunista» (es decir, ocultando su doble condición de gestor y titular de distintos patrimonios) oculta su posición de poder —con lo que revela su intención de defraudar a los terceros— puede y debe ser tratado por éstos de la misma forma o manera.

No es necesario ser muy listo, ni por supuesto adivino, para prever que, si el gestor/fundador/beneficiario ha vaciado, antes del comienzo de las operaciones, su patrimonio personal en el fondo de nueva creación, *habrá representación sólo si toca cobrar, pero faltará siempre que corresponda pagar.*

Exactamente lo mismo sucederá, sólo que a la inversa, si el patrimonio afecto no es más que un fondo ficticio, o títere (patrimonio «sumidero» o «de desagüe»; es decir, insolvente *ab initio* o infracapitalizado), erigido de propósito para desplazar los riesgos de una gestión aventurera a los acreedores.

6. *El «doble juego» del fundador.* No muy diferente podía ser la respuesta del viejo *usus mercatorum* cuando el peligro de la manipulación fraudulenta del riesgo procedía no tanto del gestor como del fundador/beneficiario.

Es decir, cuando nos encontramos ante un fundador que intencionadamente oculta su aportación, para mantenerla sólo si las cosas van bien; y reclamarla (como prestamista o acreedor en perjuicio de los acreedores) en el caso de que las cosas vayan mal:

*Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efectos entre los socios que las otorgaron, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable* (art. 24 del Código de Comercio derogado).

---

(73) Para la reversibilidad del trato que merece el «aprovechado» o «gorrón» que juega a la confusión de bienes en su propio beneficio: cfr. los artículos 382 y 383 del Código Civil, que sientan la regla general en sede de accesión. Sobre delito civil y el régimen del contrato con causa torpe, que tangencialmente puede servir para ejemplificar lo que decimos, cfr. artículo 1.306 del Código Civil. Para el régimen de la complicidad en la quiebra, artículo 893 del Código de Comercio. Todos con la misma orientación.

Fraude que admite otra versión, no por más oculta y sofisticada, menos condenable. La calculada ambigüedad no se centra, en este caso, tanto en el hecho de si hubo aportación como si fue hecha en propiedad o usufructo. Siempre, evidentemente, con el mismo propósito: el de poder presentarse, si las cosas van mal, como acreedor (cesión en usufructo); y, si van bien, como beneficiario o socio del fondo o acervo común (cesión en propiedad).

7. *El protagonismo del fundador.* Por esta doble vía, en efecto, consigue el fundador/beneficiario conservar su dominio del curso o resultado final de los negocios (*dominus negotii*) sin necesidad de asumir el papel de gestor (o servirse de un «hombre de paja»).

*Por esta vía, en efecto, no se reserva el fundador (como antes el gestor) la disposición de la deuda (del debitum o la Schuld); dispone sólo, pero basta, de la responsabilidad (o el Haftung).*

La dotación del patrimonio afecto, por ello, no se concreta o precisa de antemano (*a priori*) sino que queda pendiente de decidir según cual sea el curso de los acontecimientos. Es decir, se consuma, en caso necesario, sólo *a posteriori*. Entre tanto, no se sepa si la gestión va a dar beneficios o pérdidas, la aportación «baila» entre el patrimonio del fondo y el personal del fundador: una vez despejada esta duda (es decir, si la gestión fue o no favorable) la dotación nos revelará su verdadera faz.

Se entiende ahora por que, tradicionalmente, siempre que se ocultaba la dotación, para poder hacer aparecer o desaparecer el fondo, como por arte de magia, según las cosas fuesen bien o mal —en perjuicio de los futuros acreedores— se permitía a éstos hacer otro tanto de lo mismo, sólo que ahora a la inversa (es decir, hacer aparecer el fondo si las cosas fueron mal, o desaparecer si fueron bien) (74).

8. *El comportamiento desleal: la llamada «ley del embudo» y el principio de «reciprocidad».* En resumen, si lo que pretende el *verus dominus negotii* (es decir, quien obra en doble o triple condición: gestor/beneficiario o fundador/gestor/beneficiario) es condicionar la vinculación a los casos en que el negocio salga bien; debe soportar, en castigo de su mala fe, que la posible vinculación de los terceros, a quienes pretendía perjudicar, quede sujeta también a la misma condición.

Es decir, tiene que aceptar —porque es razonable y proporcionado— que se dispense por el Derecho a esos terceros de cumplir la obligación contraída si, al cabo, resultase que les perjudica o no les beneficia el negocio realizado.

---

(74) Para la sanción que se aplica a los cómplices con los quebrados, que sigue el mismo juego, cfr. el artículo 894.1 y 2 del Código de Comercio: «serán condenados: 1.º A perder cualquier derecho que tengan a la masa de la quiebra en que hayan sido declarados cómplices. 2.º A reintegrar a la misma masa los bienes, derechos y acciones (...).»

Estamos ante un caso o ejemplo típico de puesta en práctica del bien conocido «principio de reciprocidad» que tanta tradición tiene en las relaciones comerciales o mercantiles, tradicionalmente tuteladas por jurisdicciones especiales y privilegiadas.

Los principales o gestores que incumplían sus obligaciones (manteniendo indefinida su condición) para *burlar* la Jurisdicción mercantil si las cosas se ponían mal; no podían acudir luego a esa misma Jurisdicción en busca de protección, cuando las cosas fuesen bien (74bis).

## XI. OCTAVO PROBLEMA: EL MANTENIMIENTO DEL BENEFICIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. LA PUBLICIDAD DE LA APORTACIÓN

1. *La confusión de funciones y la escisión de patrimonios.* Si el ánimo de lucro complica siempre las cosas —y la finalidad inversionista o especulativa (incremento de riesgo), lo hace todavía más— la confusión (originaria o sobrevenida) de los papeles del gestor o fundador y del beneficiario, lo hace muchísimo más. Porque, en efecto, una de las características más llamativas de los fondos fiduciarios es que no repugna que pueda constituirse para provecho del propio gestor o del fundador (*in rem suam*) como consecuencia de que sus posiciones jurídicas son intercambiables.

*Evidentemente, la confusión de papeles o funciones (y consiguiente «unidad de interés») entre gestor, fundador y beneficiario —y la escisión o diferenciación de varios patrimonios (y, por tanto, su dominio simultáneo por una misma persona)— multiplica de forma inaceptable las posibilidades de fraude.*

Poca duda cabe, por ejemplo, de que la confusión en una misma persona de los papeles de fundador y beneficiario, impide, en la práctica, diferenciar su posición de la del socio de una sociedad —y no, por cierto, de cualquier

---

(74bis) Este tipo de soluciones eran especialmente apropiadas en una Jurisdicción especial y privilegiada como era la mercantil tradicional (Fuero gremial). El acceso a la Jurisdicción consular o mercantil era un beneficio o privilegio del que sólo podían prevalecerse aquellos mercaderes que cumplían las reglas por las que se (auto) disciplinaba su propio gremio. Entre ellas estaba, en concreto, la obligación de hacer públicas en la matrícula del Consulado su condición de comerciantes, además de todas aquellas operaciones que tenían relevancia para terceros, como eran la constitución de sociedades —colectivas pero especialmente comanditarias— y la concesión de poderes a los representantes que establecían (como *institores*) al frente de sus factorías, especialmente en el extranjero. La calificación, como hoy en Derecho internacional, decidía no sólo el régimen aplicable al contrato sino también el fuero procesal (Jurisdicción mercantil u ordinaria). En todo caso, no parece que sea esta una experiencia que convenga, como se viene haciendo desde años, echar en saco roto. Hoy no conculcaría tampoco ningún principio constitucional; no hay propiamente indefensión. La *denegatio actionis* de la sociedad presupone cognición plena de los requisitos que la justifican (estamos ante una especie de sanción civil).

sociedad sino precisamente de una sociedad de responsabilidad limitada—. Los fondos fiduciarios, como es sabido, son patrimonios cerrados, por lo que nunca responsabilizan a los fundadores de las deudas contraídas en ejecución de sus fines.

2. *Los fondos de inversión cerrados: la responsabilidad limitada y sus requisitos.* En resumen, los patrimonios fiduciarios tienen un gran versatilidad y pueden perseguir finalidades muy diversas (el anteproyecto catalán habla, por ejemplo, de gestión, de inversión o de garantía); pero, en cualquier caso —y esto es lo relevante ahora— nunca responsabilizan al fundador por las deudas que no puedan cubrirse con el fondo afecto.

Ahora bien, nuestra tradición jurídica ha sido siempre muy exigente con aquellos inversionistas que sólo quieren participar en negocios arriesgados si cuentan con todos los «ases en la manga»: es decir, que quieren participar en los beneficios pero no en las pérdidas.

La mejor prueba de esa prevención la tenemos en las dificultades que siempre ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para conseguir una articulación aceptable del estatuto del socio llamado «comanditario» cuya disciplina —por los peligros potenciales que encierra el privilegio que se le reconoce (así se ha entendido hasta ahora)— ha obligado a poner en práctica medidas excepcionales, por rigurosas, de control.

3. *La equivalencia entre la posición del fundador/beneficiario del fondo y el socio comanditario.* Entre esas medidas está, en primer lugar, la publicidad. La publicidad es, en efecto, el mejor antídoto contra el fraude, el oportunismo y la mala fe.

El socio «co-manditario» (en oposición, al que actúa como «co-mandante») —si no quiere resultar afectado por los resultados negativos de una mala administración del fondo— no sólo debe abstenerse de dominar o mandar en la gestión del negocio (es decir, de administrar) sino que, además, tiene que hacer pública, anticipadamente, su condición, junto con el carácter y montante de su (limitada o tasada) aportación (75).

---

(75) En las sociedades tradicionales el problema no estaba con los socios cuya identificación era sencilla por su condición de gestores (*in simul*) o la incorporación de su nombre propio al de la sociedad, sino con los socios extranjeros, los que no eran gestores o no hacían nombre colectivo. El viejo artículo 24 del Código de Comercio hay que situarlo en este contexto. La incorporación de los bienes aportados quedaba en una evidente penumbra porque se producía una incertidumbre insuperable sobre si, en caso de quiebra o embargo, habría que imputarlos al patrimonio personal del gestor, del socio o de la sociedad y, por tanto, qué masa de acreedores tendría preferencia para el cobro. Por ello, como decían H. y A. FELICIO: *Aliquando fieri solet, quod uno tradat mercatori aliquam pecuniarum quantitatem in mercatura exercendam, cum pacto tamen quod solummodo obligari possit, et teneantur pro dicta quantitate data, el vulgariter dicitur dare in accomandita, et Florentini pollente valde ingenio, et prudentia, et tranctantes negocia, maxima cum sinceritate observant, quod in loco ad hoc deputado in libro ibidem existente annotentur societates, et accomanditae quae inter eos, et cum aliis exteris fiunt specifica*

Fue, en efecto, aquí, para el caso de los comanditarios, donde se ensayó, por primera vez, la respuesta doctrinal y legislativa que, a fin de cuentas, ha obtenido más éxito, como lo demuestra el hecho de su masiva recepción en todos los Códigos modernos.

*La limitación de responsabilidad, que es de lo que, en último término, se trata*, para ser admitida, exige un comportamiento leal por parte del constituyente o fundador, por lo que su reconocimiento se condiciona a que se despeje, anticipadamente, cualquier tipo de duda sobre este extremo (lo que, evidentemente, pasa por la necesidad de publicar, a través de la oportuna inscripción, el alcance del compromiso del constituyente con el fondo, es decir, el carácter de su aportación).

4. *La limitación de responsabilidad del fundador/beneficiario: necesidad de inscripción*. Es, sin duda, por todo ello, que hoy, como regla general, cuando los fundadores/beneficiarios quieren contribuir con aportaciones tasadas a fondos patrimoniales cerrados (fondos im/personales y autónomos: es decir, gestionados por administradores asimismo irresponsables), se venga exigiendo publicidad registral (ya que la publicidad de «hecho» en poco o nada puede contribuir para dirimir este extremo).

La «instrumentalidad» de la personalidad jurídica (y, por tanto, el posible riesgo de la utilización del beneficio de la «limitación de responsabilidad» como arma arrojadiza contra terceros con las consiguientes «externalidades») impone esa prevención.

La Constitución, en su artículo 22 establece una excepción sólo para las asociaciones de interés público: el reconocimiento de la responsabilidad limitada de un fondo erigido para obrar con autonomía en el tráfico privado exige, en cambio, control o autorización estatal.

5. *Las cautelas frente a los efectos o consecuencias de carácter «leonino»*. La presunción de que se parte aquí (y que, por tanto, precisa ser

---

*exprimendo capitalia cuiusque socii. Et cum quibus pactis, el conditionibus fuerint contractae, et si fuerint dissolutae, et mutatae statim etiam describuntur in eodem libro, qui publice omnibus patet, et ab omnibus viteri potest*. Cfr. MARTÍNEZ GUJÓN, cit., pág. 202. Esta regla que exige la inmatriculación separada (de la sociedad comanditaria) se traslada (si es que no nació allí) al buque, que abre folio registral como si tuviese personalidad propia. El carácter desorbitado del riesgo de la navegación provocó un régimen privilegiado de los acreedores marítimos, cuyos intereses se defienden (*ius persecutinis y prelationis*), por encima incluso de los compradores del buque (cfr. art. 582.2 del Código de Comercio) lo que, en correspondencia, justifica que, a cambio, se permita a propietarios y navieros limitar su responsabilidad (abandono del buque). La regla aquí es la contraria de la que regía ordinariamente. La inscripción del buque no es necesaria para reconocer la preferencia de sus acreedores y la responsabilidad limitada de los gestores o propietarios (cfr. art. 17 del Código de Comercio). Lo es, en cambio, para reconocer «efecto real» a la compra (cfr. art. 582) ya que, mientras no se inscribe, conservan su preferencia sobre el buque los acreedores marítimos. La separación del buque y su constitución en fondo autónomo e independiente (sea su «propietario» una o varias personas) se lleva hasta el extremo de adquirir todos los atributos de la personalidad jurídica «perfecta».

enervada) es que el que instrumenta un fondo lo hace, en principio, en su beneficio personal y que, por ello, *parece muy justo y proporcionado que, si quiere participar en las ganancias, asuma también las pérdidas*.

*Siempre que las cosas no sean así* —bien porque le mueva un ánimo de beneficencia, bien porque, siendo así, persiga un privilegio (una dispensa o una gracia)— *estará obligado el interesado (es decir, el fundador/beneficiario) a hacer constar con toda claridad ante terceros el sentido y alcance de las aportaciones realizadas (arg. art. 16.2 de la Ley Sociedades Anónimas) (75bis):*

*En tales circunstancias, si la sociedad (el fondo) ha iniciado o continúa sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil.*

Estamos ante un viejo principio, que como hemos visto, nació en el ámbito de la vieja *comenda*, encontró una formulación especialmente feliz en el Derecho marítimo y fue, finalmente, refrendado en sede de sociedades de responsabilidad limitada y fundaciones.

6. *El problema de la responsabilidad del gestor/beneficiario.* Si la confusión en una misma persona del papel de fundador y beneficiario impide distinguirlos, en la práctica, de un socio (de una sociedad); la confusión en una misma persona del papel de gestor/beneficiario, impide distinguirlos de un socio administrador.

Pero la posición de «socio administrador» ha venido siendo hasta ahora incompatible (cfr. arts. 126.2; 147.3 y 241 del Código de Comercio) con el mantenimiento de los privilegios típicos del comanditario (y, por tanto, con el beneficio de la llamada «limitación de responsabilidad») (76).

---

(75bis) Cfr. artículo 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. La sanción de responsabilidad ilimitada del fundador —en caso de falta de inscripción— se complementa con la facultad, transcurrido un año, de pedir la liquidación del fondo (cfr. art. 16.1 LSA). Para la caducidad de la fiducia en caso de confusión entre gestor y beneficiario: cfr. notas 60 y 77. No hay mucha diferencia entre el socio de una sociedad y el fundador del *trust* que sea, a la vez, su exclusivo beneficiario. Es, por ello, perfectamente comprensible que, en esos casos, caiga repetidamente el intérprete en la irresistible tentación de hacer a ese fundador responsable —subsidiaria pero ilimitadamente, como pasa con los socios— por las deudas del *trust*. No parece que, mediante el cómodo expediente de la constitución de patrimonio fiduciario en beneficio propio, se puedan burlar las cautelas que, en garantía de terceros, disponen leyes como la de sociedades anónimas o la de responsabilidad limitada. Lo más frecuente será que, en los *trusts*, se encuentren perfectamente disociadas o diferenciadas las posiciones de fundador y beneficiario —al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en los contratos de sociedad— pero, evidentemente, no tienen por qué ser las cosas siempre así.

(76) Administrar es también ofrecer el propio nombre para que se integre en la firma social («nombre colectivo») —lo que implica o responsabiliza ilimitadamente el propio patrimonio— en garantía de las operaciones realizadas por el gestor. La falta de

7. *La defensa de los acreedores.* En estos casos, *el mantenimiento de las ventajas tradicionales que se reconocen al socio sin responsabilidad (comanditario), sólo puede proceder, si se hace la oportuna advertencia registral de esta situación excepcional.* El tratamiento que se dispensa a las sociedades unipersonales es un buen ejemplo: artículo 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (76bis):

*Transcurridos seis meses desde la adquisición del carácter unipersonal, sin que esta circunstancia se hubiese inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales durante el período de unipersonalidad. Inscrita la personalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.*

*Ciertamente el socio único no tiene porque ser siempre, a la vez, administrador, pero de facto, actúa siempre, debido a su absoluta posición, como si lo fuera. En cualquier caso la respuesta del legislador es una clara muestra de los peligros que genera la confusión de papeles o funciones en una misma persona e indica un camino para hacer frente a los riesgos que genera.*

8. *La defensa de los acreedores y publicidad registral: consecuencias para el trust.* En definitiva, no hay que olvidar que nada impide que la gestión de la *fiducia* sea arriesgada o especulativa (sino lisa y llanamente

---

inscripción del comanditario, como tal, no produce la nulidad de la sociedad sino sólo la responsabilidad ilimitada del socio: artículos 126.2, 147.3 y 241 del Código de Comercio: *nomem expedientes in simul*. Si responden como colectivos es que sigue habiendo sociedad. Lo único que pasa es que el socio (que pretendía conseguir la posición de comanditario) no puede hacer valer su condición frente a los terceros acreedores, pero nada impide que éstos puedan ejecutar sus créditos contra el patrimonio de la sociedad y de los socios. La participación en la toma de decisiones de los beneficiarios les contamina irremediablemente: cfr. ARROYO, *Por qué*, cit., pág. 36.

(76bis) Siendo, por lo demás, benévolos, si, como es el caso, el ir/responsable participa en la administración. «No parece adecuada la observación de la Sección de Derecho Patrimonial que sugiere que, en caso de coincidencia en una misma persona de las cualidades de constituyente, fiduciario y beneficiario, aquél deba responder de los créditos contraídos con posterioridad a la constitución del patrimonio fiduciario y, se sobreentiende, no con los bienes procedentes de su patrimonio personal, sino con los bienes de este último (...). Ya se ha insistido en la necesidad de establecer mecanismos correctores a tal fenómeno parecido a una “autocontratación”, por las connotaciones fraudulentas que conlleva. Pero, desde luego, éstos no pasan por la solución apuntada»: ARROYO, *Por qué*, cit., pág. 51. ¿Nunca? El artículo 129 de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sanciona con la pérdida del beneficio de responsabilidad limitada al socio único que no hace constar en el Registro Mercantil la unipersonalidad de la sociedad. No creo que dispense de responsabilidad al gestor la aprobación de cuentas por el Juez (menos, la auditoría). La norma está pensada en defensa de terceros y sus intereses no son disponibles sin oírles o darles la posibilidad de oponerse (art. 24 de la Constitución). Para otras soluciones (caducidad de la fiducia), no tan convincentes, cfr. notas 60 y 77.

mercantil) y, por tanto, nada puede tampoco impedir que surja la inevitable tentación de servirse del *trust* como una fórmula que, sin responsabilidad del gestor o fundador/beneficiario, permita hacerse con beneficios importantes en una inversión instrumentada como un fondo de riesgo. Pero mayor riesgo si no apareja más rigurosa responsabilidad, impone, cuando menos, mayor control y, por tanto, una mejor publicidad.

Es estos casos (al que debe equipararse el de instrucciones secretas) no queda más remedio que decidirse por una eficaz y ejemplar defensa de los terceros acreedores; los inevitablemente perjudicados, por las maniobras oscuras u ocultas, siempre que las cosas vayan mal (77).

Es en este papel el que el Registro puede cumplir un inestimable papel, porque es el único que puede eliminar, el fraude —mediante el que hemos llamado «doble juego»— y, por tanto, servir de defensa de todos aquellos para los que fue pensado: los terceros, en este caso, los terceros acreedores. *La falta de inscripción impide mantener el beneficio de limitación de responsabilidad del gestor o fundador/beneficiarios.*

## XII. NOVENO PROBLEMA: LA EXCLUSIÓN DE BIENES DEL FONDO MERCANTIL: UN EJEMPLO MUY INSTRUCTIVO

1. *El caso inverso: el peligro de las detracciones del patrimonio vinculado.* Si, por causa de la explotación de un negocio mercantil, se establecen relaciones estrechas de colaboración entre distintos patrimonios, para evitar su confusión en perjuicio de los respectivos acreedores, suelen adoptarse por el legislador ciertas cautelas o medidas que aseguren su independencia o separación (77bis).

En efecto, si la separación es el antídoto contra la confusión, una perfecta separación exigiría la más perfecta distinción entre los bienes que pertenecen a unos y otros lo que obligaría, en primer lugar, a identificar claramente las transferencias de activos que se producen entre los patrimonios que entran en contacto: es decir, no sólo de las aportaciones sino también de las detracciones.

Porque los mismos fraudes en perjuicio de los acreedores que, hemos visto, pueden producirse con las aportaciones, suelen producirse también en

---

(77) Para otros sistemas de prevención de las peligrosas consecuencias que puedan derivar de la confusión entre gestor y beneficiario: cfr. artículo 244 de la Compilación y 135 del CS. Caduca la confianza (y entran los herederos intestados) si el fiduciario la revela o cumple a su favor. Para la prevención frente a instrucciones secretas y, en general, las situaciones de confusión de papeles o funciones de los distintos operadores del *trust*: cfr. ARROYO, *Por qué*, cit., pág. 29 (*Blind y resulting trust*) y 41 (confusión entre gestor y beneficiario).

(77bis) Cfr. de nuevo artículos 890. 7, 8 y 9 del Código de Comercio.

el caso de las detracciones patrimoniales, sobre todo cuando, entre los titulares de los patrimonios afectados, existen estrechas relaciones de solidaridad o colaboración (78).

2. *El ejemplo de la dote y parafernales.* Precisamente con la intención de enervar ese peligro, en defensa de los acreedores, establecía el Derecho tradicional una prohibición más o menos rígida de contratos entre cónyuges. Hoy ese mismo principio late todavía con fuerza en el artículo 1.324 del vigente Código Civil (ineficacia relativa de la confesión).

El viejo (derogado) Código de Comercio —en el caso de la dote y de los parafernales— para evitar el riesgo de colusión entre esposos y conceder la separación de los bienes vinculados del patrimonio mercantil del marido, era todavía más duro y exigía su inscripción previa como tales dotales o parafernales en el Registro Mercantil.

La pregunta que hay que hacerse es por qué la inscripción en el Registro Mercantil de los bienes dotales o parafernales se entendió necesaria para que pudiesen las esposas de los comerciantes separar de la masa de la quiebra de su marido los bienes propios cuya administración le habían entregado, o levantar el embargo que pesa sobre ellos (78bis).

3. *La amenaza de responsabilidad ilimitada de la mujer.* La responsabilidad ilimitada de la mujer tenía un doble fundamento. En primer lugar, la entrega en administración para el ejercicio del comercio hace inevitable

---

(78) Cfr., para los peligros que para la quiebra suelen suponer las relaciones familiares, artículos 880.2, 881.2, 3 y 4, y 888.1 del Código de Comercio.

(78bis) A pesar de las duras críticas de la doctrina, la decisión del legislador parece plenamente coherente con el conjunto de la regulación que, en materia de quiebras y sociedades, resultaba del propio Código de Comercio. La condición de comerciante individual era una situación de hecho; pero, por ese solo hecho, todos los acreedores civiles quedaban automáticamente postergados a los mercantiles (art. 913.5 del Código de Comercio). Era razonable que, para evitar colisiones en perjuicio, ya no sólo de los acreedores civiles sino también, sobre todo, de los mercantiles, se condicionase el reconocimiento del derecho de restitución —y, por tanto, la separación de la dote y los parafernales entregados de la masa de la quiebra— a su inscripción no sólo ya en el Registro de la Propiedad sino en el Registro Mercantil. La especial protección en la quiebra de los créditos mercantiles no era más que la consecuencia de especial promoción que, en aquella situación, se dispensaba al ejercicio del comercio, es decir, a hombres emprendedores que, en contra de la tendencia natural que aborrece el riesgo (aversión al riesgo), son capaces de asumirlos. También se justifica en las perniciosas consecuencias que, para una economía industrial poco consolidada (pequeños empresarios) puede tener la quiebra de cualquiera de ellos. No cabe duda que las quiebras repercuten más en quienes más riesgos asumen. Es decir, los empresarios deben ser los más perjudicados o afectados por la suspensión de pagos de clientes con quienes negocian continua y repetidamente (concentración de riesgos). Es significativa la poca atención que han prestado los tratadistas habituales de sociedades a este fundamental precepto (art. 913.5 del Código de Comercio). Siempre que nuestro Código declaraba mercantil un contrato (y era siempre lo primero que hacía) concedía automáticamente especial privilegio a los créditos nacidos de él.

la confusión de los bienes entregados con los del marido, al menos de los muebles, pero la confusión de patrimonios es la antítesis de su independencia.

Siempre que los patrimonios están confundidos, lo que ocurre de verdad es que hay un solo patrimonio y por tanto un solo activo y pasivo; y por tanto una sola masa de acreedores.

La confusión es forzosa e inevitable, además, porque, en el tráfico mercantil, no es posible trazar una tajante separación entre administración y disposición, ya que tanto los muebles como los inmuebles, afectos al comercio, están destinados a la «reventa». En estos casos, la llamada «administración extraordinaria» (que comprende actos de riguroso dominio), es por decirlo así, la forma ordinaria de administración (79).

4. *La presunción de sociedad.* La responsabilidad ilimitada de la mujer por las deudas nacidas como consecuencia del ejercicio del comercio por su marido tenía además otro fundamento.

El legislador presumía que la esposa, que entregaba sus bienes al esposo comerciante, en realidad constituía una especie de socio comercial; y, porque lo presumía (por *facta concludentia* a causa de una *cohabitatio* permanente que hacía inútil la alegación de ignorancia) exigía que la esposa dejase constancia clara en el Registro Mercantil del carácter de su «aportación» —al igual que se lo exigía también a los socios típicos, pero, en este caso, no para que se la tuviese por socia sino para que precisamente no se la tuviese— (80).

Con ello, en realidad, no se perseguía otra cosa que impedir una forma de fraude, ya analizada: la que BIGIAMI denominó o llamó del «empresario oculto»: es decir, el fraude del extraño que se presenta como socio, si hay ganancias; y, como acreedor, si hay pérdidas (81).

5. *La rescisión parcial de la sociedad.* Lo importante es destacar que no había aquí especialidad alguna sino aplicación del criterio general que exige

---

(79) Artículo 10 del Código de Comercio derogado: «pudiendo enajenar e hipotecar». Para la confusión de los bienes destinados a la reventa, artículo 1.687 del Código Civil.

(80) En cualquier caso, lo cierto era que, según el Código, el marido, que ejercía el comercio en un establecimiento abierto al público, responsabilizaba a sus resultados los bienes de la mujer cuya administración ejercía salvo que se hubiesen inscrito en el correspondiente Registro, las escrituras de entrega de los dotales y las referentes a los parafernales. En otro caso, se producía algo así como un presunción *iuris et de iure* de que la mujer era socia de su marido. De no hacerlo así —es decir, de no practicar la oportuna inscripción— no prosperaría su derecho preferente a la restitución (y por tanto a la separación de la masa de la quiebra) frente a la oposición de los acreedores mercantiles de su esposo; y, por tanto, quedarían afectos dote y parafernales a las resultados del comercio.

(81) Sobre esta cuestión, la referencia canónica es BIGIAMI, «Società occulta e imprenditore occulto», en *RT* (1949), pág. 16 y sigs. Es desde esta fundamental intuición desde donde habría que interpretar, en mi opinión, el oscurísimo artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (acción individual de responsabilidad de socios y acreedores contra los administradores).

asiento registral, para reconocer eficacia en perjuicio de los acreedores a la detracción de parte de los bienes de un fondo mercantil (cfr. art. 220 del Código de Comercio) (82).

La verdadera medida excepcional no era la necesidad de inscripción sino la prolongación de la presunción de existencia de una sociedad de hecho (gananciales) entre esposos —además, universal en contra del art. 1.676 del Código Civil— en el caso de que la mujer no hiciese constar mediante la oportuna inscripción en el Registro Mercantil la separación de su patrimonio del de su esposo (83) (83bis).

Es decir, lo auténticamente excepcional está en la conceptualización como patrimonio especial (y por tanto sujeto a estrictas medidas de identificación) del dotal o parafernial y no el fondo mercantil (al contrario de lo que resulta del art. 237 del Código de Comercio y 1.667 y 1.668 del Código Civil) (84) (85).

---

(82) Artículo 220 del Código de Comercio: «Mientras en el Registro Mercantil no se haga el asiento de la rescisión parcial del contrato de sociedad, subsistirá la responsabilidad del socio excluido, así como la de la compañía, por todos los actos y obligaciones que se practiquen, en nombre y por cuenta de ésta, con terceras personas».

(83) En algunos códigos latinoamericanos, la omisión del inventario significa que la mujer prescinde de uno de los medios de prueba admitidos para acreditar los bienes que recibe y con los que únicamente responde: PEÑA, *Acerca*, cit., pág. 189.

(83bis) Sobre el injustamente vilipendiado artículo 24 del Código de Comercio derogado, sólo hay que decir que probablemente no se ha entendido ni poco ni mucho hasta ahora a causa de que no se ha situado en este contexto. La misma redacción, que tenía el artículo 29 antiguo, la encontramos ya en el Estatuto de Bolonia (1530): cfr. LATTES, *Il Diritto commerciale nella legislazione statutaria della città italiana (1882-1883)*, págs. 104-102.

(84) Para el sistema de las cuentas en participación, cfr. nota 53. Es irresistible la cita del artículo 128 de la LSRL, que está inspirada en el mismo criterio, cuando regula las relaciones entre el socio unipersonal y la sociedad (necesidad de inscripción para que los contratos puedan oponerse a la masa en caso de quiebra). En cualquier caso, la presunción en el caso de las sociedades mercantiles es la contraria. «Los bienes particulares de los socios colectivos que no se incluyeron en el haber de la sociedad al formarse ésta, no podrán ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas por ella, sino después de haber hecho excusión del haber social» (art. 237 del Código de Comercio). Para separar o deslindar dos patrimonios, no es necesario describir pormenorizadamente ambos sino que basta con que se haga con uno de ellos. Ahora bien, del hecho que haya que inventariar uno, no resulta cuál de los dos debe ser elegido. Separación formal es, por ello, palabra que tiene un significado relativo y que, cuando se aplica a patrimonios, tanto puede exigir, por poner un ejemplo, que sea el patrimonio de la sociedad el que se describa, y separe por ello, del patrimonio de los socios como, al contrario, el de los socios de la sociedad. En cualquier caso es lo cierto que, en este punto, el legislador, por lo general, se ha atendido al principio de que normalmente debe tenerse por «separado» (y por tanto sujeto a ciertas garantías de forma y publicidad) el patrimonio de nueva creación o gestionado por persona distinta de su titular (o titulares) (cfr. arts. 1.667 y 1.668 del Código Civil).

(85) Otro tanto de lo mismo sucedía, pero a la inversa, cuando era la mujer quien ejercía el comercio con consentimiento del marido: cfr. artículo 8 del Código de Comercio derogado. Sólo que, en este caso, para poner a salvo sus bienes privativos, no le bastaba al marido con proceder a su inscripción, sino que debía revocar e inscribir en el Registro,

6. *Necesidad de la publicidad registral.* De todo ello deriva la necesidad de *hacer constar en el Registro*, cuando el fondo opera en el tráfico mercantil, *la devolución de los bienes aportados* y, asimismo, de todas aquellas cláusulas condicionales, o de cualquier otro tipo, que puedan provocar su restitución a favor del fundador, de sus herederos o de terceros.

Y consecuencias parecidas hay que deducir cuando sea el caso que haya que proceder a su liquidación, concurso o quiebra, porque primero es pagar que recibir y no hay beneficio sino en el residuo (cuota de liquidación). La liquidación del patrimonio o el fondo afecto no debe perjudicar a los acreedores que, de buena fe, hayan seguido concediéndole crédito.

### XIII. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. *Principios básicos.* Es sabido que el Derecho Inmobiliario Registral es el Derecho que se ocupa de la organización y efectos del Registro de la Propiedad que, por otra parte, no es más que el organismo oficial que se ocupa de hacer publicidad de los derechos sobre bienes inmuebles.

Es este un lugar común cuya cita, sin embargo, parece aquí especialmente apropiada porque, de esa declaración de propósitos, que resulta del primer párrafo del primer artículo de nuestra Ley Hipotecaria, resultan dos de los principios básicos sobre los que se organiza el Registro de la Propiedad: el principio de publicidad y el de especialidad:

- i) La publicidad de los negocios que causan u originan los derechos sólo tiene sentido frente a los que no han participado en su celebración porque los partes evidentemente ya los conocen: es por ello que tradicionalmente se ha considerado el Derecho Inmobiliario Registral como un derecho de terceros.
- ii) La especialidad es un principio, de raíz germánica, que organiza la publicidad de los títulos con relevancia inmobiliaria por fincas o derechos de modo que los negocios que afecten a la misma finca o derecho se inscriban en un único folio, unos a continuación de otros, pero no por orden cronológico (es decir, no a medida que se van presentando) sino lógico, de modo que los adquirentes de hoy sean los transmisores de mañana para, de esta manera, imposibilitar la publicidad simultánea de títulos contradictorios.

---

la autorización o licencia que había concedido a su mujer. Esta diferencia de trato, por lo demás, tenía entonces fácil explicación. La esposa, al contrario que su esposo, no podía impedir que su cónyuge ejerciese el comercio; de ahí, que, mediante la inscripción de los bienes parafernales y dotales, se le ofreciese un medio para poder sustraerlos a las reclamaciones de los acreedores mercantiles.

Constituye, por tanto, el ámbito natural del registro, la publicidad de los negocios que pretendan tener algún tipo de eficacia frente a terceros, pero siempre circunscrita a fincas o derechos precisos y determinados (86).

2. *La eficacia frente a terceros.* El Registro de la Propiedad no es instrumento adecuado para organizar las relaciones jurídicas entre las partes negociales, por hipótesis, ni tampoco puede servir, sin desnaturalizar su organización, para ordenar el régimen de conjuntos patrimoniales, ya que, insisto, el Registro no se lleva por personas o patrimonios, sino por fincas.

El primero es un límite estructural que no debe sufrir excepciones (y sin embargo, las tiene como en el caso del régimen interno de la propiedad horizontal o las capitulaciones matrimoniales), el segundo es, en cambio, funcional, y admite por ello amplias correcciones (desde las vinculaciones *propter rem* y las servidumbres a fincas especiales) (art. 8 de la Ley Hipotecaria).

Especial importancia tiene la primera de las excepciones porque nos permitirá aunar las ventajas del Registro de la Propiedad y el Mercantil, es decir, sumar al reforzamiento ordinario que produce la publicidad registral de la eficacia de las relaciones externas, la extraordinaria de las internas.

3. *Resumen final: papel de la publicidad registral.* En definitiva, para concluir, poco tiene que hacer la publicidad registral en el trámite de reconocimiento a un fondo patrimonial de capacidad jurídica y, por tanto, del derecho de propiedad sobre las adquisiciones que en ejercicio de esa capacidad se generen. Nuestro Derecho se ha contentado, por lo general, con la publicidad de hecho.

La cuestión es muy distinta cuando se trata no de reconocer capacidad sino de precisar la delimitación de patrimonios, tanto cuando se hacen aportaciones como detracciones, con la finalidad de paliar el evidente riesgo que, siempre que hay peligro de confusión de bienes, corren los respectivos acreedores de los patrimonios que entran en contacto. El mismo papel relevante hay que reservarle cuando es preciso dotar al patrimonio afecto de una representación orgánica; aunque en esos casos el riesgo provenga de la confusión de los bienes del fondo con los personales del gestor.

Especialmente efectivo se ha demostrado el uso del Registro para generar confianza y por tanto combatir el fraude de acreedores cuando hay peligro de que, para disfrazar operaciones especulativas o simplemente arriesgadas, se

---

(86) Sin duda la organización del registro es deudora también de otros principios, pero nos interesa ahora destacar sólo éstos porque, por así decirlo, «marcan el campo»; es decir, delimitan el alcance de toda posible investigación registral y, por tanto, de los problemas que puede abordar y las soluciones que puede ofrecer el sistema registral. Probablemente se comprenderá más fácilmente lo que queremos decir, y la importancia que todo ello tiene a nuestros propósitos, si se examinan esos principios desde el ángulo contrario, es decir, en negativo.

constituyan patrimonios «sumidero» o de «paja» que permitan desplazar a terceros las previsibles pérdidas.

En fin, no menos importante se demuestra el concurso de la publicidad registral cuando se busca articular garantías que permitan someter a adecuado control la administración: siempre que la gestión es estática, la inscripción de los bienes afectos y la constitución de una hipoteca que afiance la devolución de su valor, se han revelado instrumentos eficaces para conseguir asentar sobre sólidas bases la relación de gestión.

4. *La práctica del asiento: el paradigma de la propiedad horizontal.* Antes de terminar, sólo una propuesta sobre la mejor manera en que se podría articular la inscripción del *trust* en la práctica. Una propuesta que adopta un modelo, que, hasta ahora, con notable acierto, ha permitido aunar los efectos y ventajas que se vienen reconociendo a la inscripción en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil.

Es frecuente que, en el Registro de la Propiedad se hagan constar patrimonios vinculados a fines determinados pero, probablemente, la fórmula que mejor se adapta a los objetivos que pueda perseguir el legislador al regular el *trust*, es el propio de las propiedades horizontales y urbanizaciones, y, en general, de las «fincas especiales».

Existe, en efecto, en la mayor parte de esos casos, una *lex destinationis* que se hace constar en el registro y que obliga a determinar, con claridad, las aportaciones que integrarán el fondo, su régimen de administración y los fines a que se vinculan.

Especialmente importante, por lo demás, es la claridad que, con la inscripción, se consigue sobre el funcionamiento del sistema de gestión, y la decidida protección y defensa que se ofrece no sólo a los terceros hipotecarios sino también a los terceros acreedores. Por lo demás, carece también de personalidad y no siempre constituye un patrimonio colectivo (87).

---

(87) En el Registro de la Propiedad se puede publicar también el régimen de gestión interna y representación frente a terceros de los fondos vinculados con importantes consecuencias prácticas: artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria. «No es, en efecto, lo mismo que lo no inscrito no perjudique a tercero (...) que lo inscrito perjudique al titular registral en cuanto responsable de una apariencia en la que los terceros ponen su confianza»: PEÑA, *Derecho de Familia*, cit., pág. 184, nota 67. «Una modificación determinada por los mismos contrayentes no debe prevalecer frente a terceros si el registro sigue publicando poderes y facultades (art. 38.1 LH) que, por la modificación, no se corresponden con la realidad. Esto es lo que ocurre en otros regímenes estatutarios (propiedad horizontal, cfr. sentencia de 29-4-1970) y es lo que parece apoyar el 1.219». La falta de inscripción de los cambios de situaciones ya inscritas no «perjudica a los terceros protegidos por el artículo 34 LH. Pero (tampoco) (...) al tercero civil; es decir, a cualquier tercero que entre en relación con el consorcio ignorando que el régimen (...) no es, en cuanto a un inmueble el que resulta del Registro». Aquí no estamos ante un patrimonio colectivo, por lo que no tienen tanta importancia las reticencias de CÁMARA, *Estudio sobre la propiedad horizontal*, cit., pág. 369. Como advierte este autor, la personalidad jurídica es de reconocimiento

## CONCLUSIONES

Es hora de hacer un balance final. Este breve escrito, que hoy se somete a la crítica de ustedes, ha tratado de analizar los problemas más habituales que suele presentar el reconocimiento del derecho a la libre creación de patrimonios independientes (o fondos separados) destinados a los más variados fines (en muchos casos, además, ocultos, y posiblemente especulativos) sin mediar ningún tipo de controles que garanticen una adecuada capitalización, y faltos, por último, de un modelo claro de imputación de los riesgos por las operaciones realizadas; sobre todo, cuando, al mismo tiempo, se admiten o toleran que puedan desempeñarse, por los fiduciarios, gestiones dinámicas, en beneficio propio o incluso del mismo fundador, sin obligación de cumplir con las mínimas garantías que permitan asegurar la integridad del patrimonio del fondo.

### RESUMEN

#### TRUST. FIDUCIA

*En este trabajo el autor analiza la figura jurídica del trust, procedente del Derecho anglosajón, su posible incardinación en el Derecho español y la influencia que pueda tener la publicidad registral para el logro de sus fines cuando se trata de un trust inmobiliario. Mientras que en su constitución y en la adquisición de capacidad normalmente rige una publicidad de hecho, sin necesidad de publicidad registral del trust, la publicidad a través del Registro de la Propiedad es básica a fin de garantizar la separación del patrimonio afecto respecto del constituyente o fundador y de sus deudas; a fin de proteger el patrimonio frente a acciones rescisorias como consecuencia del fraude de aportaciones; a fin de separar el patrimonio afecto de los bienes del gestor y hacer constar clara-*

### ABSTRACT

#### TRUST

*In this paper the author analyses the Anglo-Saxon legal concept of the trust, the form trusts may take in Spanish law and the influence registry disclosure can have on the achievement of the purposes of an immovable property trust. While the constitution of and acquisition of standing for a trust carry de facto publicity and do not need to seek registry disclosure on top of that, disclosure through the property registration system is basic for guaranteeing the separation of the trust's assets from the constituent party or founder and his, her or its debts; for protecting the assets from rescissory action as a consequence of contribution fraud; for separating the trust's assets from the fund manager's property and making it clear that the person administrating the property is*

---

imprescindible si quiere que los acuerdos adoptados por el «ente» puedan vincular a los miembros (socios) que se incorporen con posterioridad. En efecto, los acuerdos vinculan a los futuros miembros porque, aunque puedan éstos cambiar, la persona a que se incorporan sigue siendo la misma. Ahora bien, si fuese éste el cometido principal de la personalidad jurídica, poco interés tendría su reconocimiento en el caso del *trust*: los *trusts* no son entes de base corporativa o asociativa.

mente el carácter de mero gestor de quien administra los bienes; y, finalmente, a efectos de mantenimiento del beneficio de la responsabilidad limitada del fondo. El mismo papel relevante hay que reservar al Registro de la Propiedad cuando es preciso dotar al patrimonio afecto de una representación orgánica; aunque en esos casos el riesgo provenga de la confusión de los bienes del fondo con los personales del gestor. Especialmente efectivo se ha demostrado el uso del Registro para generar confianza y por tanto combatir el fraude de acreedores cuando hay peligro de que, para disfrazar operaciones especulativas o simplemente arriesgadas, se constituyan patrimonios «sumidero» o de «paja» que permitan desplazar a terceros las previsible pérdidas. En fin, no menos importante se demuestra el concurso de la publicidad registral cuando se busca articular garantías que permitan someter a adecuado control la administración: siempre que la gestión es estática, la inscripción de los bienes afectos y la constitución de una hipoteca que afiance la devolución de su valor, se han revelado instrumentos eficaces para conseguir asentar sobre sólidas bases la relación de gestión.

merely a manager; and lastly for the purpose of maintaining the benefit of the trust's limited liability. The property registration system reserves the same leading role when the assets involved have to be given an organic representative, although in those cases the risk stems from confusing the trust's property with the manager's personal property. Use of the registration system has proved to be especially effective to generate confidence and therefore to fight creditor fraud when there is any danger of «dummy» trusts being set up to disguise speculative or simply risky transactions and shift the foreseeable losses onto third parties. In short, registry disclosure proves itself no less important when the point is to set up guarantees so the trust administration can be kept under proper supervision: Provided that the management is static, the registration of the property involved and the creation of a mortgage securing the return of the property's value have revealed themselves to be effective instruments for setting the management relationship on a solid foundation.

*(Trabajo recibido el 27-06-06 y aceptado para su publicación el 18-08-06)*

#### NOTA DE F. JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Con el consentimiento y aliento del autor, aprovecho para expresar mi objeción a la no necesidad de inscripción en Registro público alguno para el reconocimiento de autonomía patrimonial o capacidad jurídica a los fondos patrimoniales. A mi entender, la inscripción en un Registro público de los patrimonios separados no sólo es de lógica jurídica sino también deducible de nuestro Ordenamiento Jurídico. La autonomía patrimonial, al igual que la personalidad jurídica es un concepto atinente a terceros, regido por principios de orden público, no sometido a la autonomía de la voluntad y muchas veces

una creación artificial del Derecho, que no puede dejarse en su prueba a datos de mero hecho. De la misma manera que los derechos reales, carentes de posesión, necesitan para su eficacia *erga omnes* una publicidad registral (hipoteca, derechos de adquisición preferente de carácter convencional, etc.), lo mismo aquellos patrimonios separados que pretenden ser centro autónomo de relaciones jurídicas necesitan la inscripción en un Registro público. Es el criterio además sostenido por numerosas normas legales, como ocurre no sólo en materia de sociedades mercantiles, sino también en materia de fundaciones, partidos políticos, asociaciones especiales y agrupaciones de interés económico, donde se exige la inscripción en un Registro público para adquirir personalidad jurídica. Pero la solución es la misma para patrimonios separados carentes de personalidad jurídica que van a ser centro de imputación de relaciones jurídicas, económicas o tributarias. Es el caso de los fondos. Los fondos carecen de personalidad jurídica, y sin embargo, deben ser objeto de algún tipo de publicidad registral. Evidentemente que para los fondos muchas de estas normas no exigen inscripción en el Registro Mercantil, pero siempre exigen una inscripción en un Registro público, sea del Ministerio de Economía y Hacienda, o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Basta con confrontar la normativa reguladora de los Fondos para comprobar la importancia que se dé a la publicidad en un Registro Público como requisito imprescindible para su funcionamiento autónomo. Así ocurre con los fondos de inversión previstos en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva; las uniones temporales de empresas, conforme a la Ley 18/1982, de 26 de mayo; los fondos de capital-riesgo, regulados por la Ley 1/1999, de 5 de enero; los fondos de pensiones, que se rigen por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; los fondos de regulación del mercado hipotecario previstos en la Ley 2/1981, de 25 de marzo; los fondos de regulación del mercado hipotecario previstos en la Ley 2/1981, de 25 de marzo; los fondos de titulación hipotecaria, regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio; los fondos de titulación de activos a los que se refiere la Disposición Adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril; así como los fondos de garantía de inversiones previstos en el artículo 77 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. De la misma manera cuando el artículo 11 del Reglamento Hipotecario, en la redacción dada al mismo por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, reguló de manera expresa la posibilidad de inscripción a favor de los fondos de pensiones, de inversión, de titulación hipotecaria o titulación de activos, a pesar de carecer de personalidad jurídica. Pero en absoluto se pronunció sobre la innecesariedad de la inscripción previa en un Registro Público de tales fondos. Y si el Tribunal Supremo (STS de 31 de enero de 2001) anuló la reforma reglamentaria, no fue por falta de sentido, sino por entender que carecía de suficiente rango normativo. La publicidad registral,

en definitiva, a mi juicio, es esencial para el conocimiento por terceros. Lo explica muy bien la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997, al analizar la adquisición de personalidad jurídica por las sociedades civiles sin objeto mercantil (pues las que tienen objeto mercantil indudablemente necesitan inscripción en el Registro Mercantil para adquirir personalidad jurídica, ex art. 119 del Código de Comercio). Esta Resolución destaca como existen importantes argumentos para entender que las sociedades cuyos pactos se mantienen reservados entre los socios son precisamente las sociedades civiles que no se inscriban en el Registro Mercantil; pueden señalarse en este sentido los siguientes: 1) El argumento sistemático, pues, sobre no ser coherente supeditar la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles a su inscripción en un Registro Público y prescindir de tal exigencia para la personificación de las sociedades civiles sin forma mercantil, cuando tan similares son las repercusiones que para el tráfico tiene la personificación de unas y otras. 2) El elemento lógico, por cuanto siendo evidente que la trascendencia *erga omnes* de la atribución de personalidad jurídica reclama que su concesión se produzca respecto de todos en un momento preciso y determinado, en la medida en que esa personificación de la sociedad civil dependa de la publicidad de los pactos sociales, habrá de concluirse que no ha de bastar la simple «publicidad» de hecho, esto es, la simple posibilidad de hecho que unos u otros terceros puedan haber tenido, con más o menos trabas, para conocer —quizá de modo fragmentario y casual— los pactos sociales y sus modificaciones —acceso a la información que siempre sería problemática en el futuro—, sino la posibilidad legal de conocimiento por todos, desde el momento inicial y al margen, ya, de la voluntad de los socios, y ello sólo se garantiza mediante el acceso de los pactos sociales a un instrumento oficial de publicidad establecido al efecto por la Ley, el cual dará fe tanto de la existencia como del completo régimen normativo aplicable al nuevo ente (advuértase, en este sentido, que el art. 1.669 del Código Civil no se conforma únicamente con la publicidad del hecho societario, sino que precisaría la de los concretos pactos sociales que estructuran la sociedad y regulan su funcionamiento). 3) El propio argumento histórico, pues admitiendo que los artículos 1.669 y 1.670 son preceptos complementarios que abarcan todas las sociedades civiles (éste para las que son inscribibles en el Registro Mercantil por razón de la forma adoptada, y aquél para las restantes sociedades civiles que por quedar excluidas del Registro Mercantil mantendrán sus pactos reservados entre los socios), encuentra plena coherencia su introducción conjunta en el texto del Código Civil, al mismo tiempo que se suprimía el artículo 5 del título dedicado a las sociedades en el Anteproyecto del Código Civil, que de modo absoluto negaba la personalidad jurídica de la sociedad civil (no se trataría de cambiar radicalmente este criterio contrario a la personalidad jurídica de la sociedad civil, sino únicamente de excepcionarlo para las so-

ciedades civiles inscribibles en el Registro Mercantil, confirmándolo para las restantes, a la vez que recalcan las consecuencias jurídicas generales de la negación de personalidad, de ahí la proximidad del contenido entre el art. 1.669 vigente y el art. 55 del título dedicado a la sociedad en el Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888). La Resolución de 31 de marzo de 1997 concluye pues, que las sociedades civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil, carecerán de personalidad jurídica, produciéndose frente al exterior, en aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se registrará por las disposiciones estipuladas en el contrato social, las disposiciones especiales sobre la sociedad y, subsidiariamente por las normas de la comunidad de bienes (cfr. arts. 1.669 en relación con el 392.2, ambos del Código Civil); y en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas de las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento (cfr. arts. 1.669 y 1.697 del Código Civil). La Resolución de 31 de marzo de 1997, tantas veces citada, destaca como la necesidad de inscripción en un Registro Público (en concreto del Registro Mercantil) responde, además, a las necesidades de la realidad social y coordinan con las tendencias de la nueva legislación. Con la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil para que las sociedades civiles por el objeto a que se consagren, puedan ganar personalidad jurídica, se contribuye a dar seguridad, también en el ámbito civil, a las relaciones jurídicas a través del control de legalidad que esos requisitos comportan, y, en particular, a través de la publicidad registral. Por otra parte, la exigencia, en los fenómenos de personificación jurídica, del requisito de la publicidad entendida como constancia oficial en un Registro Público, constituye una constante de nuestro ordenamiento ya desde la propia época de la codificación (cfr. arts. 22, 25 a 31 del Código de Comercio de 1829; 119 del Código de Comercio de 1885; arts. 4 y sigs. de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887; 5 de la Ley de 24 de diciembre de 1964 y 2 de la Ley 54/1978), e incluso después del propio texto constitucional (cfr. arts. 5 de la Ley 7/1980 de Libertad Religiosa; 6 de la Ley 3/1987 de 2 de abril, General de Cooperativas; 7 de la Ley 12/1991 de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico). Es cierto que la doctrina de esta Resolución de 31 de marzo de 1997 fue dejada sin efecto por Resoluciones posteriores, como es la de 10 de enero de 2005, que consideró suficiente la publicidad de hecho para la adquisición de personalidad jurídica a las sociedades civiles sin objeto mercantil. Pero no cabe duda que los argumentos vertidos por aquella no fueron desvirtuados sólidamente por ésta, que ni siquiera exigió escritura pública para la exteriorización de la personalidad jurídica, bastándole (¡!) la escritura de compraventa a favor de la sociedad civil particular constituida en documento privado para permitir la inscripción a favor de ésta de los bienes inmuebles adquiridos.