

Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. EL *TRUST* EN ESPAÑA Y EN LOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW*. 2. EL NEGOCIO FIDUCIARIO: LA CLAVE DE APROXIMACIÓN.—II. EL NEGOCIO FIDUCIARIO: 1. ORIGEN. 2. NOCIONES TÓPICAS Y ESTRUCTURA. 3. EVOLUCIÓN DOGMÁTICA. 4. EL NEGOCIO FIDUCIARIO ANTE LA JURISPRUDENCIA: 4.1. *Etapas*. 4.2. *Prueba*. 4.3. *Validez, fraude de Ley y correctivos*. 5. TIPOS: FIDUCIA *CUM AMICO* Y *CUM CREDITORE*; FIDUCIA-GESTIÓN, FIDUCIA-GARANTÍA, FIDUCIA-LIBERALIDAD. 6. EFECTOS DE LA TITULARIDAD FIDUCIARIA MODERNA: 6.1. *Fiduciü-garantía*: a) La limitada eficacia real: consecuencias «inter partes» y frente a terceros. Incidencia del Registro; b) Realización de la garantía y pacto comisorio; c) Procedimientos ejecutivos de terceros acreedores contra fiduciario o fiduciante. 6.2. *Fiducia-gestión*: a) La limitada eficacia real: consecuencias; b) Procedimientos ejecutivos de terceros acreedores contra fiduciario o fiduciante. 7. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: 7.1. *Simulación*. 1.1. *Fiducia-gestión y representación indirecta*. 7.3. *Fiducia-garantía y compraventa con pacto de retro*. 8. PROFESIONALIZACIÓN DE LA FIDUCIA.—III. OPERACIONES FIDUCIARIAS *INTER VIVOS*: 1. OBSTÁCULOS Y LÍMITES. RECAPITULACIÓN. 2. MODALIDADES Y SUS VENTAJAS: 2.1. *Fiducia-garantía*. 2.2. *Fiducia-gestión*.—IV'. OPERACIONES FIDUCIARIAS *MORTIS CAUSA*: 1. OBSTÁCULOS Y LÍMITES. 2. MODALIDADES: LA FIDUCIA SUCESORIA Y LOS DERECHOS FORALES.—V. FISCALIDAD.—VI. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—VII. EL NEGOCIO FIDUCIARIO ESPAÑOL Y EL *TRUST* INTERNACIONAL. COMPARACIÓN.—VIII. CONCLUSIÓN.—Anexo 1. Jurisprudencia. Anexo 2. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. EL *TRUST* EN ESPAÑA Y EN EL *CIVIL LAW*

El *trust* es una institución no regulada en el Derecho positivo español ni acogida jurisprudencialmente como tal. Sin embargo, esta afirmación inicial,

(*) El presente trabajo constituye la ponencia española presentada al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Bristol, 26 de julio a 1 de agosto de 1998), sobre

con ser cierta, debe ser ponderada en sus justos términos. La legislación española, al igual que la mayoría de los Códigos civiles y comerciales europeos, carece de normativa específica sobre el *trust* de origen anglosajón, lo cual plantea el problema de su admisibilidad, pese a los múltiples obstáculos que cualquier sistema de *civil law* erige frente a las peculiaridades de una figura jurídica gestada en los principios genuinos del *common law*. La prueba fehaciente de que, pese a esas dificultades, es posible acomodar hasta cierto punto esta institución a ordenamientos latinos como el español, se encuentra en su incorporación en la mayoría de los países hispanoamericanos (desde el ejemplo pionero de México en 1926 y sus reformas sucesivas, hasta la reciente regulación de Argentina en 1995) (1), así como en los Códigos civiles de Louisiana (2) o

el tema *Trusts: a matter of property or of obligation*. El texto y las notas se corresponden sustancialmente con la versión en inglés allí expuesta. La ponencia que ahora se publica sólo ha sido retocada para incorporar algunos datos nuevos producidos tras su redacción (22-9-1997). Una versión (en inglés) reducida a un tercio se encuentra en curso de publicación, junto con el resto de las ponencias nacionales sobre el *trust*, en el volumen coordinado por la profesora M. CANTIN CUMYN para la editorial belga Bruylant.

(1) En su modalidad de fideicomiso bancario, fue regulado de forma original e influyente en México mediante la Ley de Bancos de Fideicomiso, fechada el 30 de junio de 1926, contando con los antecedentes legislativos de Colombia (Ley sobre establecimientos bancarios de 16 de julio de 1923), Chile (Decreto Ley núm. 559, de 26 de septiembre de 1925) y, sobre todo, del Proyecto Alfaro para Panamá de 1920 (vid. ALFARO, R. J., *El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al «trust» del derecho inglés*, Imprenta Nacional, Panamá, 1920), adoptado como ley, 9.^a, de 6 de enero de 1925. En la actualidad, el fideicomiso bancario se rige por las siguientes reglamentaciones: *México*, sustancialmente, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 26 de agosto de 1932 (con modificaciones); *Argentina*, Ley 24.441 de 9 de enero de 1995, sobre fideicomiso y «leasing» (incorpora al Código Civil una nueva redacción del artículo 2.662 sobre el «dominio fiduciario»); *Colombia*, Código de Comercio de 1971 y Decreto de 1993; *Ecuador*, Ley de Mercado de Valores de 6 de mayo de 1993 y Reglamento de 28 de agosto de 1993 (modificativos de arts. 410 y sigs. del Código de Comercio de 1857); *Panamá*, Ley 5 de enero de 1984 sobre el *trust*; *Perú*, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros de 30 de octubre de 1993; *Venezuela*, Ley de 23 de julio de 1956 (incorporada en la ley bancaria de 1961). También poseen legislación específica sobre la materia Bolivia, Chile, Costa Rica, Honduras, Guatemala, El Salvador, Puerto Rico. Para un estudio comparado, son recomendables las siguientes obras, aunque se encuentran algo desfasadas, hoy: GOLDSCHMIDT, R., y EDER, P. J., *El fideicomiso (trust) en el Derecho comparado (especialmente americano)*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954 (en concreto, en págs. 59-153 pueden verse reproducidos los textos legislativos); GOLDSCHMIDT, R., «El fideicomiso en los países de la América latina», en *Inter-American Law Review*; *Revista Jurídica Interamericana* (Tulane), enero-junio, 1961, págs. 1-27. También de interés, D'ORS PÉREZ-PEIX, A., «Sobre el fideicomiso bancario», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (VI), 1982, págs. 403-415. Una recopilación legislativa global y actualizada, en LUPOI, M., *Trust Laws of the World*, Roma, 1996; cfr. también, en especial, el completo trabajo de LUPOI, M., *Trusts*, Giuffrè, Milano, 1997, págs. 345-367.

(2) En especial, artículos 1.721-2.252 del Código Civil de 1825, múltiples veces modificados (cfr. la Ley de 1964 llamada «Louisiana Trust Code»); vid. VENTURATOS

Quebec (3), y en legislaciones especiales al efecto en Japón (4), Liechtenstein (5), Luxemburgo (6) o, últimamente, Rusia (7), entre otras (8). A mayor abundamiento, en sistemas legislativos tan próximos al nuestro como Francia o Italia han sido tomadas medidas orientadas al reconocimiento institucional de las operaciones fiduciarias; así, en 1992 se presentó al Parlamento francés el proyecto de ley sobre «la fiducia» (9) que, sin embargo, no superó los trámites, debido, sobre todo a problemas relacionados con la fiscalidad. Por su parte, Italia ha ratificado el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, relativo a la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento; asimismo, lo ha hecho Holanda. Todos estos datos sirven para afianzar la existencia de un indiscutible movimiento, a nivel mundial, tendente a admitir y regular el *trust* fuera del *common law*.

La posibilidad de establecer unos «principios europeos sobre el *trust*», dentro del marco de propuestas tendentes a alumbrar un auténtico Derecho privado europeo (e incluso un Código Civil europeo que contuviese el régi-

LORIO, K., «Lousiana Trusts: the experience of a civil law jurisdiction with the trust», en *Louisiana Law Review*, 1982, pág. 1721 y sigs. El valor comparatista de Louisiana se realza para el jurista español, si se tiene presente que desde 1763 hasta 1801 se aplicó en este lugar la legislación histórica española y, posteriormente, su Código Civil tomó como modelo el Código Civil napoleónico.

(3) Artículos 981a-981n del Código Civil de 18 de diciembre de 1991, en vigor desde 1994; el articulado sobre la «fiducie» existía ya en el anterior Código Civil de 1888: vid. MIGNAULT, P. B., «La fiducie en la province de Québec», en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Sirey, Paris, 1937, págs. 35-55; traducidos al español en CLARRT MARTÍ, P., *De la fiducia y del trust. Estudio de derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 1946, págs. 113-117.

(4) Ley sobre *trusts* de 21 de abril de 1922 y ley sobre *trusts* comerciales de 1923; vid. TAKAYANAGI, K., «La fiducie en Droit japonais contemporain», en *Travaux...*, cit., págs. 71-82.

(5) Ley de enero de 1926, incorporada a la Ley de personas y asociaciones (arts. 897-932 y 614-615), del mismo año. Normativa revisada en 1980. Vid. BIEDERMANN, K., *Die Treuhandschaft des liechtensteinischen Rechts dargestellt an ihrem Vorbild dem Trust des Common Law*, Bern, 1981.

(6) Decreto gran-ducal de 19 de julio de 1983 sobre los «contratos fiduciarios de los establecimientos de crédito». Vid. ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE BANQUE, «La fiducie des établissements de credit en Droit luxembourgeois», en *Les opérations fiduciaires*, Coloquio de Luxemburgo de 20 y 21 septiembre 1984, dirigido por Claude Witz, Feduci-L. G. D. J., Paris, 1985, págs. 355-389.

(7) Edicto sobre «propiedad fiduciaria» de 24 de diciembre de 1993, y reglamento de 1 de febrero de 1994; vid. BUTLER, W. E., «From Russia in Trust», en *European Business Law Review* (5), 1994, pág. 68 y sigs. Aunque parece ser que la entrada en vigor de la segunda parte del Código Civil ruso en 1996 está provocando una abrogación parcial de esa normativa (vid. LUPOLI, *Trusts*, cit., págs. 363-364 y núm. 147).

(8) Así, Escocia (vid. WILSON, W. A., DUNCAN, A. G. M., *Trusts, trustees and executors*, 2.^a ed., W. Green & Son Ltd., Edimburg, 1995), Suráfrica o Etiopía.

(9) Documento de la Asamblea Nacional núm. 2583, registrado el 20 de febrero de 1992.

men del *trust*) (10), afianza el interés reciente por acotar y, en su caso, regular esta institución buscando criterios convergentes entre los sistemas jurídicos de la Unión Europea.

Por supuesto, la experiencia comparada demuestra que la recepción legislativa del *trust*, adaptada singularmente a cada concreto sistema jurídico, no resuelve, en absoluto, todos los problemas (11), amén de que pueden surgir disfunciones con el resto del entramado jurídico, si la regulación no es del todo acertada y completa.

En cualquier caso, existen en el ordenamiento español muy diversas instituciones jurídicas que cumplen funciones similares a las desempeñadas por el *trust*, tales como el mandato, las fundaciones, el contrato en favor de tercero, las donaciones y legados modales, el albacea, las sustituciones fideicomisarias y, además de otras, muy señaladamente, el negocio fiduciario, que presenta acusada afinidad, hasta cierto punto, con aquél. Por lo tanto, sólo tras un estudio detallado del negocio fiduciario, que esclarezca los puntos de contacto y las divergencias entre ambos institutos, así como tras un examen de los obstáculos que el ordenamiento español contiene igualmente para ambos, podrá aventurarse una opinión sobre la incorporabilidad de la noción de *trust* y sus consecuencias en el Derecho español.

Por el momento, no ha surgido propuesta legislativa alguna en este sentido. Tampoco es de extrañar, puesto que la figura del *trust* y sus aspectos comparatistas se encuentran relativamente poco estudiados en España (12), en contras-

(10) Existen varias iniciativas, sumamente recientes, en este sentido. Así, acaba de ver la luz, como resultado de los trabajos del grupo de expertos organizado desde 1996 por el «Onderzoekcentrum Onderneming & Recht» de la Universidad de Nijmegen (Holanda), el libro HAYTON, D. J.; KORTMANN, S.C.J.J./VERHAGEN, H. L. E. (coordinadores), *Principles of European Trust Law*, Den Haag, Deventer, 1999, presentado en el simposio habido el 15 de enero de 1999 en La Haya. En la actualidad, se trabaja en la elaboración de unos principios sobre el tema por el grupo de juristas coordinados por MATTEI, GRAZIADEI y L. SMITH (grupo de Trento, sobre *The Common Core of Private Law in Europe*). Vid. también GRIMALDI, M., BARRIERE, F., *Trust and Fiducie*, en HARTKAMP (et al, coords.), «Towards a European Civil Code», 2.^a ed., Ars Aequi Libri-Kluwer, Nijmegen, The Hague, 1998, págs. 567-582. Sobre el marco de estas iniciativas, mi trabajo «Hacia un Código Civil europeo: ¿realidad o quimera?», en *La Ley*, 5 de marzo de 1999, en especial pág. 3.

(11) Cfr. sumaria referencia a los casos de Panamá, Quebec o Louisiana en LYONS, TH., «Double Taxation of Estates, Inheritances and Gifts in the EU and the Anglo-American Trust», en *European Taxation*, marzo de 1997, pág. 81.

(12) Como bibliografía específica, cabe citar a MINANA, E., «LOS "trusts". Breves consideraciones acerca de los medios de su implantación en España», en *RGLJ* (158), 1931, págs. 599-616; CLARET Y MARTÍ, *De la fiducia y del «trust»*, cit. (1946); GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J., «Law of trusts», en *The American Journal of Comparative Law* (2), 1953, págs. 25-35; VV.AA., «El fideicomiso en México y su viabilidad en España», en *Jornadas de estudio organizadas por el Banco Nacional de México y el Banco de Bilbao*, Madrid, 20 y 21 de noviembre de 1979, Banco de Bilbao-Banco Nacional de Méxi-

te con el interés dogmático que han suscitado en la doctrina de otros países de nuestro entorno jurídico (13). Por eso, explicar en un foro internacional exper-

co, S.A., Somex, Madrid, 1980; D'ORS, *Sobre el fideicomiso bancario*, cit. (1982); ARROYO MARTÍNEZ, I., «Trust and the Civil Law», en *Louisiana Law Review* (42), 1982, págs. 1709-1720; ID., «Trust y ley civil», en *R. J. Cataluña* (LXXXII), 1983, págs. 95-108 (en lo sucesivo citaré la versión americana de este trabajo); DIEZ-PIZAZO, L., «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», en sus *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987 (reimpresión de la primera edición, 1981); ASÍN CABRERA, M. A., «La ley aplicable al trust en el sistema de Derecho internacional privado español», en *RGD* (XLVI), abril 1990, págs. 2089-2120. Tras la redacción de mi ponencia han aparecido dos monografías que abordan el tema desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, que revelan el creciente interés por la institución, también en España: GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El Trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, y CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

(13) Los estudios monográficos sobre el *trust* en el Derecho anglosajón o poniéndolo en comparación con las instituciones propias de cada país son tan abundantes que sería quimérico intentar reproducirlos en una nota. Basta el siguiente apunte de las siguientes obras clásicas y alguno de los estudios más recientes, donde se pueden consultar extensos listados bibliográficos: en Francia, LEPAULLE, P., *Traité théorique et pratique des Trusts en Droit interne, en Droit fiscal et en Droit International*, Rousseau & Cie., París, 1932 (existe traducción al español de PABLO MACEDO: *Tratado teórico y práctico de los trusts*, Porrúa, México, 1975); MOTULSKY, H., «De l'impossibilité juridique de constituer un "Trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française», en *RCDIP*, 1948, pág. 275 y sigs.; BATIFOL, H., «The Trust problem as seen by a french lawyer», en *Journal of Comparative Legislation* (33), 1951, pág. 18 y sigs.; BÉRAUDO, J. P., «Les trusts anglo-saxons et le droit français», en *LGDJ*, París, 1992. En Alemania, SIEBERT, W., *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatiker und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem*, 2.ª ed., N.G. Elwert'sche Verlag, Marburg, 1933; KÖTZ, H., *Trust und Treuhand. Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen Trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1963; HENSSLER, M., «Treuhandgeschäft-Dogmatik und Wirklichkeit», en *Archiv für die civilistische Praxis*, (196), abril 1996, págs. 37-87. En Italia, FRANCESCHELLI, R., // *trust nel diritto inglese*, Cedam, Padova, 1935; GRASSETTI, C., «Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario», en *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, pág. 548 y sigs.; BUSATO, A., «La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale», en *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, págs. 309-357; GAMBARO, A., «Il trust in Italia e Francia», en *Scritti in onore di Sacco*, Giuffrè, Milano, 1994, I, pág. 495 y sigs. LUPOI, *Introduzione ai Trusts, diritto inglese. Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1994; ID., *Trusts*, cit. El tema ha concitado el máximo interés de los juristas italianos, que han producido una bibliografía ingente desde la ratificación italiana del Convenio de La Haya. En Suiza, REYMOND, C., «Le trust et le Droit suisse», en *Revue de Droit Suisse*, 1954, II, pág. 119 y sigs.; DREYER, D. A., «Le Trust en Droit suisse», en *Etudes suisses de Droit International*, vol. 21, Geneve, 1980. También de interés: BOLGAR, «Why No Trusts in the Civil Law?», en *American Journal of Comparative Law* (II), 1953, pág. 204 y sigs.; DYER A. y VAN LOON, H., «Rapport sur les trusts et institutions analogues», Documento preliminar núm. 1, de mayo 1982, en *Actes et documents de la Quinzieme session de la Conference de La Haye de droit international privé*. Tome II. *Trust-Loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, 1985, págs. 40-65; VON OVERBECK, A. E., *Rapport explicatif*, Documento preliminar núm. 9, de marzo 1984, en *Actes...*, cit.; THORENS, J. P., «The common law trust and the civil law lawyer», en *Comparative and Private International Law*, 1990, págs. 309-315;

to, casi por primera vez (14), el régimen español de las operaciones fiduciarias no es empresa en absoluto fácil; y la dificultad no merma, sino que aumenta, si se toma en consideración que «el siempre espinoso y hasta ahora no unívocamente resuelto tema de los negocios fiduciarios», como lo ha calificado nuestro Tribunal Supremo (15), ha sido estudiado, en cambio, de forma profusa e incluso asfixiante, sin que la doctrina haya llegado a soluciones plenamente concordes sobre casi ninguno de sus aspectos (16). Se comprenderá, entonces, lo arduo que resulta elucidar la naturaleza jurídica o la noción de *trust* existente o trasplantable a nuestro Derecho (17).

2. EL NEGOCIO FIDUCIARIO: LA CLAVE DE APROXIMACIÓN

La vía para la comparación, de todas formas, radica en el estudio de las operaciones fiduciarias válidas en el Derecho español. Puede describirse el

WEISER, F., *Trusts on the continent of Europe*, London, 1936; DE WULF, CHR., *The Trust and corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruxelles, 1965.

(14) En efecto, hasta la fecha, y según mis noticias, España no ha estado representada con una ponencia en los principales congresos internacionales habidos sobre esta materia. Así, en el congreso sobre *La fiducie en droit moderne*, realizado en la Semana internacional de Derecho, en París, 1937 («Travaux...», cit. *supra*), fueron presentadas ponencias nacionales de Bélgica, Brasil, Canadá, Francia, Japón, Polonia y Suiza, y comunicaciones relativas al Derecho egipcio, italiano, portugués, rumano y yugoslavo. En el coloquio de Luxemburgo sobre *Les opérations fiduciaires*, 20 y 21 de septiembre de 1984 («Les opérations...», cit., *supra*), las ponencias nacionales fueron de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda y Suiza. Por razones obvias, tampoco existe un estudio de Derecho español en el Tercer Coloquio de Luxemburgo, mayo 1989, «La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones», cuyos trabajos fueron publicados en la *Revue Juridique et Politique*, 1990, pág. 127 y sigs.; y tampoco se expone el régimen español en el libro *Trusts and Foundations in Europe. A comparative survey*, editado por K. Neuhoﬀ y U. Pavel, London, 1971, pues pese al título y la existencia de un estudio de Derecho español (págs. 165-175), la materia eran las fundaciones. Este silencio puede explicar, en parte, la omisión de cualquier referencia al Derecho español en materia de operaciones fiduciarias en los estudios internacionales, a pesar de haber tenido un desarrollo muy similar al acaecido, por ejemplo, en Derecho alemán o italiano. Cfr. también WILSON, W. A. (dir.), *Trusts and Trusts-like Devices*, London, 1981; AA.VV., *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Convegno di Studio, Madonna di Campiglio, Quaderno 2, Giuﬀré, Milano, 1991; HAYTON, D. H., et al., *Wertrouwd met de Trust. Trusts and Trust-like Arrangements*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1996; HERBOTS, J., PHILIPPE, D., *Le Trust et la Fiducie. Implications pratiques*, Coloquio de Bruselas de 9 febrero 1996, Bruylant, Bruxelles, 1997.

(15) STS 22 diciembre 1988, Fundamento de Derecho 14.º

(16) Debido a la enorme divergencia de pareceres entre los autores españoles, que ha ocasionado la necesidad de copiosas matizaciones al abordar cada aspecto de los negocios fiduciarios, parece oportuno reconducir a notas sintéticas las polémicas no troncales, para abordar sólo en texto los puntos más controvertidos y centrales, en aras de un discurso más limpio.

(17) Cfr. ARROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 1710.

negocio fiduciario señalando que «consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista» (18). Si, a renglón seguido, cotejamos la noción de *trust* que adopta el Convenio de La Haya de 1985, resulta forzoso concluir la afinidad de ambas instituciones. El artículo segundo de este texto internacional establece que «(...) el término "trust" se refiere a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente —por actos entre vivos o a causa de muerte—, cuando los bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario en interés de un beneficiario o para un propósito específico». Aunque España no se ha adherido a este Convenio, su cita resulta inexcusable para fijar el punto de comparación, esto es, la noción del «*trust internacional*» (19), puesto que éste no coincide exactamente con el «*trust anglo-americano*» (20). En efecto, respecto a este último, el negocio fiduciario español presenta unas diferencias mucho más acusadas:

- En cuanto a la tutela de los intereses de las partes, surge el rasgo más diferencial, que estriba en el desdoblamiento del derecho de propiedad en dos titularidades simultáneas sobre el mismo objeto, en favor de dos sujetos diferentes (*legal ownership* para el *trustee* o fiduciario y *beneficial ownership* para el *cestui que trust* o beneficiario), que tiene como reflejo la duplicidad de tutela jurisdiccional de cada una (tribunales civiles y tribunales de equidad). Esto genera una posición sólida para el constituyente del *trust* y, sobre todo, para el beneficiario, pues

(18) STS 2 diciembre 1996, F.D. 4.º Idéntica definición en la STS 4 julio 1998 (F.D. 6.º).

(19) Una precisión terminológica necesaria: el vocablo «trust» admite, por tanto, tres acepciones, para referirse a conceptos cercanos pero distintos: 1.º, «trust» internacional (= Convenio de La Haya), útil para los sistemas de *civil law*; 2.º, «trust» anglo-americano o anglosajón, propio de los sistemas de *common law*; 3.º «trust» a secas, en sentido impropio, como sinónimo de «fiducia», negocio o contrato fiduciario («fiduciary transaction or contract»). Por tanto, para referirme a cada noción emplearé el correspondiente adjetivo.

(20) La definición del *trust* anglosajón resulta escurridiza, incluso para los tratadistas del *common law*. Baste, como muestra, la elaborada oficialmente por el Instituto de Derecho Americano: «A trust (...), when not qualified by the word «charitable», «resulting» or «constructive», is a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the title to the property is held to equitable duties to deal with property for the benefit of another person, which arises as a result of a manifestation of an intention to create it» [*Restatement (second) of the law of trusts*, 2.ª ed., 1959, vol. I, § 2]. Las diferencias más señeras entre el *trust* internacional y el anglosajón se sitúan en que la duplicidad de propiedades se ha sustituido en el primero por la noción de patrimonio autónomo; y también en que se restringe el internacional al *express trust*.

ostentan, según la mayoría de la doctrina, un auténtico derecho real; además, el *trustee* incurre en graves responsabilidades en caso de conducta desleal. En cambio, en la fiducia, se dice, el concepto de propiedad de las familias romano-germánicas impide semejante desdoblamiento, y prácticamente no existe tutela legal de las posiciones de las partes (21), por lo que el eventual abuso del fiduciario, incluso en las teorías más modernas, presenta asperezas en punto a su sanción.

- Respecto al modo de constitución, también existe gran distancia, ya que el *trust* no es un contrato y ni siquiera tiene necesariamente un origen negocial, sino que puede originarse por una declaración unilateral, o deducirse de la intención presunta del que transfiere un bien (*implied trust*) o incluso, puede originarse por una decisión judicial (*constructive trust*). Y, por supuesto, puede tener eficacia *inter vivos* o *mortis causa*. En cambio, el negocio fiduciario, como su propio nombre indica, responde a una génesis contractual y, normalmente, esta categoría se aplica a negocios *inter vivos* (22).
- Las funciones que cumplen el *trust* y la fiducia, por tanto, son diversas en extensión, sirviendo el primero para objetivos mucho más dispares (23). Además, de estas tres diferencias capitales serían alegables muchas otras, como el distinto tratamiento de los conflictos con terceros (*bona fides purchaser doctrine*), el número de partes negociales (dos *versus* tres en *trust*), las funciones del tribunal (incluso reemplazar al *trustee* si dimite o abusa de su posición), etcétera, pero no es momento de abundar en estos extremos.

En consecuencia, la confrontación analítica debe plantearse con el *express trust* —esto es, el resultante de un acto de voluntad— configurado internacio-

(21) Se encuentra bastante asentada en la doctrina española la idea de que si el negocio fiduciario protegido y sancionado legalmente deja de ser auténtica fiducia, pues deja de reposar exclusivamente en la confianza. En este entendimiento se apoya la diferencia entre *trust* y fiducia, pues «si el negocio fiduciario es tutelado en acción real por la ley, deja de ser fiducia y se convierte en *trust*»: CLARET Y MARTÍ, *De la fiducia y del trust*, cit., pág. 34 (puede verse un elenco de diferencias distinto al enunciado en texto en págs. 38-39 de esa obra, desde el prisma de la teoría clásica del doble efecto); en el mismo sentido, GARRIGUES, *Law of trust*, cit., pág. 30; JORDANO BAREA, J. B., *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959, pág. 33 y sigs.; el mejicano RABASA, O., *El Derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del «Common Law»*, Ed. Porrúa, 2.^a ed., México, 1982, pág. 89.

(22) Sobre esto último, ver luego el apartado IV.

(23) Pese a lo cual, como apunta PUIG BRUTAU («La relación fiduciaria», en RDP, 1961, pág. 1013), «el *trust* casi nunca sirve para garantizar los derechos de crédito» mientras que ésta es una de las finalidades primordiales de la fiducia, a la que, por otro lado, falta el sentido fundacional del *trust*. Más en detalle, el mismo autor compara ambas figuras en sus *Fundamentos de Derecho civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1978, II, 1, págs. 520-532.

nalmente con las siguientes características (art. 2 del Convenio de La Haya de 1985): a) constitución de un patrimonio autónomo; b) titularidad a nombre del fiduciario; c) obligación del fiduciario de gestionar los bienes, según lo convenido, y las pautas legales, por lo cual habrá de rendir cuenta del uso de su poder; d) posibilidad de que el fiduciante conserve ciertas prerrogativas o de que el fiduciario posea derechos como beneficiario.

El negocio fiduciario no se encuentra regulado en el Código Civil español, aunque no por ello resulta absolutamente desconocido de *lege lata* en nuestro ordenamiento, puesto que existe normativa al respecto en el Derecho civil foral de Navarra (24). Su validez y régimen han sido establecidos por vía jurisprudencial, de manera que el Tribunal Supremo ha cumplido en este caso su importante función de fuente del Derecho, en la medida que establece el artículo 1.6 del Código Civil (25). Son abundantes las sentencias que ubican el fundamento de validez del negocio fiduciario en la libertad de contratación autorizada por el artículo 1.255 del Código Civil (26), siempre que los particulares no rebasen los límites de las leyes, la moral y el orden público. Por otra parte, el fluido diálogo doctrinal sobre el tema ha ido cimentando una serie de postulados, muchos de ellos aún hoy controvertidos, que han inspirado notablemente las directrices jurisprudenciales (27). Por lo tanto, de cara a abordar las líneas fundamentales de esta institución atípica, el jurista cuenta, a falta de preceptos expresos, con dos materiales imprescindibles: la jurisprudencia y la doctrina.

(24) La Compilación o Fuero Nuevo de Navarra de 1973 regula tanto *lafiducia cum creditore*, en la Ley 466 («fiducia de garantía»), como un tipo especial de *fiducia cum amico*, en la Ley 163 («donación fiduciaria»). Sobre la primera, véase lo dicho después en el apartado III.2.1; sobre la segunda, vid. apartado III.2.2. En cuanto a las leyes civiles especiales de Derecho común, puede entenderse regulada alguna operación fiduciaria concreta, si se da tal calificación a los fondos de inversión o a los de pensiones (vid. *infra*, apartado III.2.2).

(25) La STS 3 abril 1995 (sala 3.ª) señala que las abundantes sentencias de la Sala 1.ª del TS que admiten el negocio fiduciario «constituyen un cuerpo de doctrina constante y reiterada, a efectos de lo que respecto de esta fuente del derecho dispone el artículo 1.6 del Código Civil»; vid. también VIDAL MARTÍNEZ, J., *La venta en garantía en el Derecho civil común español*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 209.

(26) SSTs 3 mayo 1955, 8 marzo 1963, 14 marzo 1964, 18 febrero 1965, 20 noviembre 1965, 4 diciembre 1976, 9 diciembre 1981, 19 mayo 1982, 22 diciembre 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 7 mayo 1991 y 6 julio 1992. También han sostenido su fundamento en el 2.3 LH las SSTs 8 marzo 1963, 19 mayo 1982, 30 enero 1991 y 6 julio 1992; sobre el alcance de este último precepto, vid. *infra*, apartado II.6.1.a).

(27) Además de la correlación entre doctrina y jurisprudencia en cuanto a las fases explicativas del negocio fiduciario, que luego pondré de relieve, el TS no ha tenido reparo en reconocer esta influencia en alguna ocasión. Así, la STS 20 noviembre 1965 afirma que la expansión de las actividades del hombre ha traído consigo «la creación de nuevas figuras jurídicas (...), siendo, entre las que ha elaborado, así la doctrina científica como la jurisprudencial, la figura jurídica del negocio fiduciario una de [ellas].» Cfr. el apoyo

El plan de exposición que se seguirá parte del concepto y origen de la teoría del negocio fiduciario en el Derecho español, para detallar después las diferentes teorías que han pretendido explicarlo, así como el *status* actual de su configuración jurídica, tanto en cuanto a sus efectos, como en cuanto a su deslinde con otras figuras jurídicas. A continuación serán detalladas las diversas modalidades, *inter vivos* y *mortis causa*, de las operaciones fiduciarias, con un examen de los respectivos obstáculos y límites que les afectan, y que afectarían asimismo a cualquier implantación del *trust* que se pretendiese realizar. Un breve repaso de los aspectos registrales, fiscales y de Derecho internacional privado completará el panorama; sólo con estas reflexiones a la vista podrá efectuarse una comparación fidedigna de los negocios fiduciarios en España con el *trust* internacional confeccionado en la Conferencia de La Haya, y podrá darse respuesta cabal a la cuestión de su adaptabilidad al Derecho español.

II. EL NEGOCIO FIDUCIARIO

1. ORIGEN

La *fides* del Derecho arcaico romano constituyó el sustrato de numerosas instituciones jurídicas de signo confidencial que han llegado hasta nuestros días. En su sentido originario, consistía en un fenómeno ético social basado en la lealtad a la palabra dada, cuyo incumplimiento era castigado con la *infamia*. Del tronco común de la *fides* surgieron dos manifestaciones institucionales (28), correspondientes al ámbito de los negocios *mortis causa* y de los negocios *inter vivos*; respectivamente, el «fideicomiso» (29), esto es, un encargo en forma de ruego a una persona para que haga llegar los bienes después de la muerte del disponente a manos de un tercero, y la «fiducia». A

explícito en la doctrina científica, v. gr., en la STS 19 junio 1992 (F.D. 6.º), sobre fundadores fiduciarios de una S.A. Otro dato jalona la afirmación del texto: ilustres profesores, expositores de la teoría del negocio fiduciario, han llegado a ser ponentes en diversos fallos del TS: CASTÁN TOBEÑAS (STS 24 mayo 1944), BONET RAMÓN (SSTS 11 junio 1964, 30 abril 1977), GULLÓN BALLESTEROS (SSTS 22 febrero 1995, 15 mayo 1995).

(28) La *fides* no es sólo un suceso negocial, sino que impregnaba toda la vida romana, ya que se empleaba tanto en las invocaciones a los dioses como en las relaciones internacionales o en la interjección espontánea; vid. CASTRESANA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991; en un aspecto particular, NORR, D., *La «fides» en el Derecho internacional romano*, 2.ª ed., trad. por R. DOMINGO, Madrid, 1996.

(29) Para un examen de fuentes, precedentes (*familiae emptor*) y evolución posterior del fideicomiso, vid. CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 61 y sigs.

pesar de la escasez de fuentes sobre la *fiducia* (30), ocasionada por su decadencia y desuso para la época de los compiladores justinianeos, la doctrina tradicional (31), gestada a partir de las interpretaciones pandectistas, ha venido explicando la fiducia romana como «un negocio formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res Mancipi* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en un determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designada por éste» (32); el enajenante disponía de la *actio fiduciae*, de carácter personal, para exigir la restitución. La confianza, la fiducia, que funcionaba como causa del acto, se realizaba a través de los negocios formales de la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Pero para dotar de contenido a ese negocio era necesario un *pactum* que indicaba si la fiducia se contrajo, bien con el fin de depósito, mandato o comodato, o bien con el fin de garantía. A la primera —posiblemente anterior en el tiempo— se llamó *fiducia cum amico* y a la segunda, *cum creditore* (33). Así pues, esta teoría clásica sobre la fiducia romana resalta dos elementos, el real, formal

(30) Breves referencias en GAYO, *Inst.* 2.59-60; *Pauli Sententiae*, 2.13.1-5; *Mosaicarum et Romanarum Collatio Legum*, 10.2.2; *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* 6.8; *Fragmenta Vaticana*, 94; *Codex Theodosianus*, 15.14.9 y 2.30.2. También existen referencias en las fuentes literarias (CICERÓN, *Tópica*, 10.42; BOECIO, *Com. Top.* 4.10.41, y SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Orig.* 5.25.23). Y en dos documentos epigráficos citados *infra*. Ni en el Digesto ni en el Código de Justiniano se menciona la *fiducia*. Una revisión de los textos sobre la fiducia, incluidas las posibles interpolaciones en el *Corpus Iuris*, puede verse en NOORDRAVEN, B., «Die "fiducia" im römischen Recht», en *Index* (18), Napoli, 1990, págs. 229-264; también, JAKOBS, H. H., «Fiducia und Delegación», en *SZZ*, 1993, pág. 370 y sigs. Entre la doctrina española, cabe destacar el estudio de FUENTESECA, PABLO, *Líneas generales de la «fiducia cum creditore»*, en PARICIO, J., et al., «Derecho romano de obligaciones», ed. Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 387-438, donde puede consultarse abundante bibliografía.

(31) Para una exposición detallada de la misma, JORDANO BAREA, J. B., «Origen y vicisitud de la fiducia romana», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (XXIV), 1948, págs. 322-358; ID., *El negocio fiduciario*, cit., págs. 41-71; NAVARRO MARTORELL, M., *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950, págs. 27-39. Por contra, mantiene una postura más bien aislada frente a la interpretación «pandectista» de la fiducia romana FUENTESECA, CRISTINA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 21-61; en opinión de esta autora, en el modelo clásico romano la *mancipatio fiduciae causa* no transmitía la propiedad, porque no era una venta efectiva, sino ficticia, con entrega simbólica de moneda; al adquirente sólo se le atribuía un *usus* o ejercicio fiduciario de la función dominical, pero no una auténtica propiedad (cuya noción se configuró a fines de la República); en definitiva, la *causa fiduciae* implica una «potestas confiada fiduciariamente para una finalidad concreta a cumplir en función de *dominus fiduciarius*. No puede servir de base para la *usucapio* ni el *fiduciarius* puede pretender la condición de *dominus* quiritario» (pág. 53 *et passim*). Cfr., parecidamente, FUENTESECA, PABLO, *Líneas...*, cit. *passim*, de quien la citada autora toma las ideas matrices.

(32) D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9.^a ed., EUNSA, Pamplona, 1997, § 464, pág. 526.

(33) GAYO, *Inst.* 2.60.

(transmisión de la propiedad), y el obligacional, sin formalidades precisas (*pactum fiduciae*); y esta estructura del negocio parece confirmada por los documentos epigráficos hallados hasta la fecha, en especial, por la conocida *Tabula Baetica*, del siglo I o II d.C., que constituye un formulario o modelo de negocio fiduciario empleado en Andalucía (*Baetica*) (34).

La evolución de la fiducia, concisamente, puede narrarse así (35): en un principio, se hizo necesaria para colmar las lagunas del Derecho primitivo y suplió «toscamente» a instituciones como el *pignus*, el *comodatum* o el *depositum*. Con el advenimiento de los contratos típicos, la *fiducia cum creditore* no desapareció sino que perduró muchos siglos —al menos toda la edad clásica—, de forma paralela a la prenda y la hipoteca, de las que fue forma embrionaria de garantía. El negocio *fiduciae causa* se empleó en este período de forma residual, como cauce para obtener resultados inalcanzables a través de los negocios típicos, lo cual lo consagró como negocio indirecto o *imaginarius*. Uno de los aspectos más conflictivos a nivel teórico y más útiles desde una perspectiva práctica en la *fiducia cum creditore*, fue la posibilidad de que llevase aparejado un pacto comisorio (*lex commissoria*, *Verfallklausel*), por el cual el acreedor-fiduciario se quedaba con la cosa si el deudor-fiduciario incumplía la obligación subyacente (36). La decadencia de la *fiducia* se produjo al caer en desuso los antiguos modos formales de transmisión (*mancipatio* e *in iure cessio*) y no poder ser empleada la *traditio* para las transmisiones fiduciarias porque la *causa fiduciae* no era una de las *iustae causae aditionis*. Por ello, se suprimió tácitamente en la legislación justiniana por medio de interpolaciones la *fiducia cum creditore* por el *pignus*, y la *fiducia cum amico* por el *comodatum*, *mandatum*, o *depositum*.

La ligazón histórica entre el moderno negocio fiduciario y la fiducia romana ha sido descrita con precisión y realismo desmitificador por DE CASTRO: «carece de antecedentes en el Derecho común. Es una figura sin los cuarteles de nobleza de la elaboración medieval. Puede calificársela a la vez de advenediza y de forastera a nuestro Derecho. Hasta fines del siglo pasado no fue inventada y se le dio nombre. Se ha presentado en el mundo jurídico, eso sí,

(34) La transcripción de esta «Fórmula Bética» o «Bronce de Bonanza», así como de otro documento epigráfico importante, cual es la *Mancipatio Pompeiana* (de idéntica estructura formal, aunque con un contenido interno del *pactum* diferente), puede verse en *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, parte III, *Negotia*, ed. por V. ARANGIO-RUIZ, Florencia, 1968, págs. 291-297. Para una explicación del alcance y consecuencias extraíbles de la estructura documentada en la *Tabula Baetica*, véase D'ORS, A., *Epigrafía jurídica de la época romana*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953, págs. 431-446.

(35) Vid. JORDANO BAREA, *Origen...*, cit., pág. 337 y sigs.; ID., *El negocio...*, cit., pág. 56 y sigs.

(36) Ver luego referencias en apartado II.6.1.b).

ungida con el doble carisma del Derecho romano clásico y de la dogmática del pandectismo» (37).

2. NOCIONES TÓPICAS Y ESTRUCTURA

A pesar de la importantísima evolución dogmática acaecida en España en los últimos decenios, de la que se dará cuenta enseguida, incluso hoy en día es lugar común para la explicación del negocio fiduciario la cita de una serie de rasgos que lo vienen caracterizando desde su primigenia elaboración. Así, la jurisprudencia (38) ha asumido como definitorios los siguientes tópicos: *a)* Uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa y típica prevista en el ordenamiento jurídico (39). *b)* Evidente desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin realmente perseguido (40). *c)* Riesgo de abuso del fiduciario (41), debido a la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario si éste procede deslealmente, creando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción o resistiéndose infundadamente a la restitución, *d)* Rango superlativo de la confianza (*fiducia*), que alcanza en este tipo negocial su máxima expresión, superior a la que, en mayor o menor grado, acompaña toda contratación.

Precisamente, con base en el primer rasgo, ha sido habitual comprender al negocio fiduciario en la categoría de los negocios indirectos (42); pero,

(37) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, reimpresión en Civitas, Madrid, 1991, pág. 380; para la evolución histórica en detalle, vid. pág. 390 y sigs. También puede consultarse, entre otros, DIURNI, G., «La fiducia tra scienza e tradizione», en *Actes del I simposi jurídic principat d'Andorra/República de San Marino. El «ius commune» com a dret vigent: Vexperiència judicial d'Andorra i San Marino*, Andorra, 1994, II, págs. 719-734.

(38) Cabe destacar, como SSTS que efectúan una exposición más completa de estas características, las de 31 octubre 1955, 14 marzo 1964, 3 mayo 1976 y 6 abril 1987.

(39) Por ejemplo, STS 7 marzo 1990; suele destacarse la validez de este negocio atípico señalando que no está regulado, pero tampoco prohibido (SSTS 3 mayo 1955, 10 julio 1957, 8 marzo 1963, 19 mayo 1982), y que el móvil de su creación se encuentra en las nuevas necesidades del tráfico jurídico (SSTS 20 noviembre 1965, 4 diciembre 1976).

(40) Este es uno de los rasgos más resaltados, bajo diversas formulaciones, que hablan de «incongruencia» (STS 10 julio 1957), «discrepancia o discordancia entre el medio jurídico y el fin económico o práctico» (v. gr., SSTS 25 mayo 1944, 23 febrero 1951, 31 octubre 1955, 10 noviembre 1958, 5 diciembre 1959, 18 febrero 1965, 20 enero 1966, 4 diciembre 1976, 23 mayo 1980, 28 octubre 1988, 5 marzo 1991, 5 abril 1993, etc.). La admisión de este elemento no es pacífica: vid. contra LACAL FUENTES, P., «El tema del negocio fiduciario», en *RDP* (XXXIV), 1950, págs. 781, 784 y 787.

(41) Por ejemplo, SSTS 22 febrero 1995, 18 febrero 1965.

(42) SSTS 4 enero 1956, 10 noviembre 1958, 14 marzo 1964, 18 febrero 1965, 20 enero 1966, 4 diciembre 1976; cfr. la STS 10 diciembre 1992. Numerosas sentencias de

aún siendo razonable esta conceptualización, en la actualidad no tiene demasiado sentido, debido al desprestigio de este último tipo negocial (43) y a su escasa virtualidad, lo que ha conducido a algunos autores a calificar a los negocios fiduciarios más bien como negocios anómalos, por razón de la causa (44), aunque lícitos.

La construcción del negocio fiduciario en España partió de la «fiducia romana», tal como había sido explicada por el pandectismo. En consecuencia, el otro modelo de negocio fiduciario, conocido como «fiducia germánica» y asentado en los precedentes germánicos del *Salmann* y el *Treuhänder*, aparentemente, apenas ha tenido acogida en el foro español. En la «fiducia germánica», el fiduciario adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de forma tal que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, produciendo *ipso iure* el retorno de la cosa al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio de tercer adquirente. A diferencia de la fiducia romana, en la cual el poder de abuso del fiduciario está limitado imperfectamente por el vínculo obligacional negativo, en la fiducia germánica no existe posibilidad para el fiduciario de consumir el abuso, debido al remedio legal. Con ello quedan eliminadas las notas esenciales de la desproporción entre medio y fin —equilibrados por efecto de la Ley— y la potestad de abuso; y además se presupone que tal condición resolutoria está implícita en

la década de los ochenta y noventa aluden al uso de «medio indirecto», aunque no califican el negocio en sí como indirecto. En la doctrina, sí lo hacen: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 14.^a ed., revisada por J. L. DE LOS MOZOS, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1987, I, 2, pág. 724; HERNÁNDEZ GIL, A., «Comentario a las SSTs 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944», en *RGLJ*, 1945, pág. 701; GÓMEZ GÁLLOO, F. J., «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 1992, págs. 534-536; DE LOS MOZOS, J. L., «Negocio fiduciario», en *La Ley*, 1986; luego en su obra *El negocio jurídico. Estudios de Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 479; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit. págs. 132-139 (expone diversas teorías) y, en concreto, pág. 138; SOTO NIETO, F., «La titularidad del fiduciario en la fiducia *cum creditore*», en *Revista Jurídica de Cataluña* (LXIX) 1970, pág. 532. Recientemente, VALLET DE GOYTISOLO («Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos», en *R. J. Not.*, 14, 1995, págs. 225 y sigs. y 231-232) ha puesto de relieve que ambas categorías no son deslindables conceptualmente de modo nítido, y aunque puede alcanzarse alguna distinción teórica, en la práctica es más difícil de discernir, superponiéndose unas y otras calificaciones.

(43) Cfr. la crítica en DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 443 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1994, II, 1, págs. 477-478; ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 214; ID., *Derecho civil*, 14.^a ed., Bosch, Barcelona, 1996, I, 2 pág. 271 y sigs.; Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, 8.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995, I, pág. 548, entre otros.

(44) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 329 y sigs. y 379 y sigs.; LACRUZ RAMS, *op. cit.*, pág. 473 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 129 y sigs.; vid. también DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 473 y 475.

los negocios, lo cual es más complicado de concebir en países sin la base histórica germánica; problemas todos estos que han inducido a la doctrina a desestimar esta teoría como explicación de los negocios fiduciarios (45). No obstante, habría que revisar en la actualidad las anteriores afirmaciones, pues desde que en los últimos años se preconiza la «limitada eficacia real» de la transmisión fiduciaria, el *status* jurídico, ésta parece hallarse en medio del camino que va de la fiducia romana a la germánica (46).

Las notas tópicas expuestas han propiciado el aislamiento de los negocios fiduciarios (47); es decir, su delimitación respecto a los cercanos «negocios de confianza». Estos son concluidos en interés ajeno, previstos y regulados en todos sus efectos por la ley, que concede al que confía a otro sus intereses los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato; el poder conferido en estos «negocios de confianza» tiene una amplitud proporcional al fin perseguido y son, en definitiva, negocios típicos cuyos incumplimientos están legalmente cubiertos por la ley, en tanto que en el verdadero negocio fiduciario el fiduciante lo juega todo a la pura confianza o lealtad (48). Como «negocios de confianza» característicos piénsese en el mandato, la comisión, la tutela o el depósito, en los cuales la consideración de las cualidades personales de una de las partes influye como motivo psicológico determinante de la celebración del negocio; vendrían a coincidir con los llamados negocios *intuitu personae*. Faltan, en definitiva, las notas de los negocios fiduciarios (atipicidad, desproporción, etc.) y, en especial, la extendida idea de que cuan-

(45) En detalle, JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, cit., pág. 28; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 74 y sigs.

(46) Con todos los matices que se desee hacer a esta idea, lo cierto es que los efectos de la fiducia (y, en especial, del *pactum fiduciae*), consagrados jurisprudencial y doctrinalmente en los últimos años, están más próximos a los propios de la fiducia germánica (sin, por supuesto, identificarse con ésta) que a los de la romana de donde partió la construcción. Vid. estos efectos en el apartado II.6.

(47) Si se entiende que la crítica y abandono de la teoría del doble efecto (esto es, la concepción de la fiducia romana tradicional) ha arrastrado consigo por completo los tópicos antes consignados —cuestión discutible, insegura—, resulta francamente complicado discernir las diferencias entre los negocios fiduciarios y los negocios de confianza; el eclecticismo imperante hoy en la doctrina y la jurisprudencia de cara a definir o dar un concepto de negocio fiduciario (para no incurrir en la teoría del doble efecto y la idea del traspaso dominical) dificulta esta labor.

(48) GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Imp. vda. de Galo Sáez, Madrid, 1955, también Discurso en *RALJ*, 12 enero 1955, y 2.^a reed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, en especial, págs. 18-19; JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, cit., págs. 13-18; ARROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 1712; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 120 y sigs.; ID., «Aislamiento de los negocios fiduciarios», en *RGLJ* (187), 1950, pág. 427 y sigs., quien, abundando en estas ideas, distingue entre negocios fiduciarios «puros», «impuros», «negocios de confianza» y «relaciones fiduciarias» (= *trusts*). La STS 15 de octubre de 1993 advierte «en cuanto a los signos identificatorios del negocio fiduciario», que no ha de confundirse éste con «la confianza, base del mismo».

do la confianza no descansa por entero en la buena fe del otro, sino en la tutela de la ley, la fiducia deja de ser fiducia en sentido técnico; la «fiducia legal» no es auténtica fiducia (49). Por lo demás, con unas u otras precisiones, la diferencia entre «negocios de confianza» y «negocios fiduciarios» está plenamente asentada en el Derecho comparado (50).

Por último, también la peculiar estructura de los negocios fiduciarios los singulariza frente a cualquier otro negocio y arroja interesantes consecuencias. Con independencia de la teoría que se quiera adoptar para explicar el funcionamiento del negocio fiduciario, a mi parecer, es requisito esencial de éste (*ad substantiam*) la descomposición en un plano interno y otro externo, que es el que genera la apariencia en el tráfico jurídico —con la consiguiente posibilidad de abuso—; lo importante es que la relación o convenio interno no aflore *ab initio* de cara a los terceros, sino que cree una apariencia pública (51). La forma usual de plantearse esa dicotomía en la práctica pasa por instrumentar el negocio fiduciario complejo en dos actos jurídicos diversos:

(49) GARRIGUES, *Law...*, cit., pág. 30; ID., *Negocios...*, cit., págs. 98-99; JORDANO, *El negocio...*, cit., pág. 193; en línea similar, GONZÁLEZ MENESES, M., «Sobre la llamada *causa fiduciae*», en *R. J. Not.* (9), 1994, pág. 425 *et passim*.

(50) En Derecho alemán se habla de «fiduciarische Rechtsgeschäfte» (similar a «Treuhand») y de «Vertrauensgeschäfte»; en Derecho italiano, de negocios fiduciarios y negocios «di fiducia»; y en Derecho anglosajón, de «confidence» o «fiduciary relationships», en oposición al «trust»; cfr. WITZ, C., «Rapport introductif», en *Les opérations fiduciaires*, cit., pág. 4; CRISCUOLI, G., «Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduziari ai contratti uberrimae fidei», en *Riv. Dir. Civ.* (XXIX), 1983, I, pág. 136 y sigs.

(51) Así, la STS 20 mayo 1986 establece que «el verdadero negocio fiduciario (...) requiere la coexistencia de una convención expresa y exteriorizada, que normalmente tiene un mayor alcance jurídico que el económico propuesto por las partes en la convención tácita o no exteriorizada». En palabras de ALBALADEJO («El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 4-10 octubre 1993, pág. 666), «hay siempre una parte exterior, o sea, visible y que se lleva a efecto sin que los interesados la mantengan reservada para ellos», la transferencia del derecho, «y otra que los interesados no difunden sino que se guardan para sí, que es la parte negativa, o limitativa, que consiste en el acuerdo de usar el derecho transmitido sólo dentro del ámbito del propósito que movió a transmitirlo, y el compromiso de su posterior retransmisión. *Esta parte limitativa debe permanecer oculta, pues si se manifiesta (...) no habría fiducia*, ya que: 1.º Faltaría el confiar al fiduciario el exceso de facultades que se le dan con la transmisión, ya que aparecería su limitación unida al mismo negocio exterior (...). 2.º Los efectos serían, no los del negocio fiduciario habitualmente exterior, sino los que corresponden al caso presupuestas las limitaciones que el negocio habitualmente interior aporta a aquél» (cursiva mía). En parecida sintonía pueden verse las ideas vertidas por JORDANO BARBA, J. B., «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, pág. 1445; DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, cit., pág. 480. Autores, los tres citados, desvinculados absolutamente de la teoría del doble efecto en las obras citadas. Esta definición estructural, entiendo, está vigente hoy y es compatible con el moderno concepto de la «titularidad fiduciaria»; y aporta valiosos corolarios, como luego se verá, en cuanto a la diferencia con la compraventa con el pacto de retro o los problemas registrales.

por una parte, suele otorgarse una escritura pública en la que se transfiere la titularidad del bien o derecho y, acto seguido (incluso en la misma Notaría), se firma un documento privado (52) en el que se expresa el convenio con los motivos reales de las partes y los límites de dicha titularidad. Este procedimiento es perfectamente lícito, a tenor del artículo 1.230 del Código Civil (53). El acuerdo o aspecto interno también puede plasmarse verbalmente (54). Por lo tanto, el negocio fiduciario, en toda su complejidad, no puede aparecer en un solo documento (55), puesto que supondría la constitución de un derecho real atípico que destruiría la apariencia generadora de riesgos y posibles abusos, al estar éstos limitados realmente, *per se*, en el negocio constitutivo. Como consecuencia de esta estructura, el Tribunal Supremo suele sancionar la elevación del documento privado a escritura pública, para darle plena validez *erga omnes*, cuando se reclama por alguna de las partes el cumplimiento de la relación interna en todos sus términos (56).

3. EVOLUCIÓN DOGMÁTICA

La introducción en España del dispositivo del negocio fiduciario, así como su posterior evolución, tienen fechas y apellidos evidentes, en cuanto a sus hitos cruciales. El primer polo de referencia es un artículo doctrinal de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que data de 1928 (57), en el cual se hacía eco de la

(52) En el 90 por 100 de las SSTs aparece esto claro; entre las más significativas, donde puede confrontarse la variedad de contenido de los pactos internos en relación con el negocio externo, están las SSTs 10 marzo 1944, 28 enero 1946, 23 febrero 1951, 31 octubre 1955, 10 julio 1957, 5 diciembre 1959, 14 marzo 1964, 11 junio 1964, 14 diciembre 1965, 8 mayo 1979, 9 diciembre 1981, 20 mayo 1986, 12 y 25 febrero 1988, 8 marzo 1988, 18 abril 1988, 22 diciembre 1988, 7 marzo 1990, 12 noviembre 1991, 10 diciembre 1992, 22 febrero 1995, 10 julio 1995, 14 febrero 1996, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997, 22 enero 1998, 4 junio 1998. También, v. gr., STSJ Navarra 23 octubre 1997. Por supuesto, para consagrar la estructura externa-interna caben otras posibilidades, como un documento privado y un pacto verbal (v. gr., STS 14 marzo 1964, considerando 2.º).

(53) Artículo 1.230 del Código Civil: «Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero». Sobre esta materia, revisten interés las consideraciones de RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Escrituras, contraescrituras y terceros», en *AAMN*, 1959, XXII, 2, págs. 229-391.

(54) Así, expresamente, SSTs 8 marzo 1963, 14 marzo 1964, 18 abril 1988 y 14 julio 1994, en las que pueden consultarse interesantes reflexiones sobre la validez de este medio y la forma de probar el pacto verbal, no exenta de dificultad.

(55) Cfr., en contra, SAPENA TOMÁS, J., «Actualidad de la *fiducia cum creditore*», en *R. D. Not.*, 1957, págs. 134 y 168.

(56) SSTs 31 octubre 1955, 10 julio 1957, 11 junio 1964, 14 diciembre 1965, 9 diciembre 1981, 14 febrero 1996, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997.

(57) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO, «El fiduciario, cap. IV de "El titular"», en *RCDI* (IV), 1928, pág. 272-291 y 365-372, luego en sus *Estudios de Derecho hipotecario y*

tendencia que, en Alemania, ya había sustituido la explicación tradicional de la fiducia romana por una aproximación del negocio fiduciario a la «fiducia germánica», mediante la atribución al fiduciario de una propiedad formal, tal como hizo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 junio 1922 (58).

Sin embargo, no sería ésta la esclusa por la que se introdujera el negocio fiduciario en España, sino que su auténtica recepción y divulgación se produjo a partir del año 1944, en gran medida debido a la autoridad de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS y su labor, tanto desde la presidencia del Tribunal Supremo, como desde la Cátedra (59). Y la formulación que se impusiera sin ambages fue la llamada «teoría del doble efecto», tal como fuera concebida por el pandectismo tardío alemán (60) y expuesta convincentemente en Italia por F. FERRARA (61), cuyas enseñanzas gozaron de un abrumador predicamento en España durante varios decenios.

La teoría del doble efecto entiende el negocio fiduciario como la suma de dos negocios distintos: un contrato real positivo, en el que se transfiere plenamente la propiedad del bien o derecho, de forma perfecta e irrevocable; y un contrato obligatorio positivo, que genera la obligación del fiduciario de usar tan sólo de cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero. La consecuencia más grave es que el fiduciario obtiene una titularidad plena, dominical, ejercitable *erga omnes*, no sólo en

Derecho civil, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, I, págs. 468-479.

(58) En cuya redacción, según aventura VALLET (*Negocios en fraude...*, cit., pág. 218), debió de intervenir don Jerónimo.

(59) Principalmente, SSTS 25 mayo 1944 (ponente Castán) y 10 marzo 1944. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 1941-1945; y 9.^a ed., Madrid, 1955, I, 2, págs. 513-521; 12.^a ed., cit., I, 2, pág. 637 y sigs.; también en su *Contestación al discurso de ingreso en la RALJ*, de J. GARRIGUES, *Negocios fiduciarios*, cit. (1955), pág. 123 y sigs. Entre los principales valedores de la teoría del doble efecto, cabe destacar a GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 20 y sigs.; JORDANO, *El negocio...*, cit., pág. 11 y sigs. y 75 y sigs.; NAVARRO, *La propiedad...*, cit., pág. 67 y sigs.; CLARET, *op. cit.*, pág. 33 y sigs.; ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit. (1958), pág. 221 y sigs.; LADARIA CALDENIEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952, págs. 54-62; BONET RAMÓN, F., «Algunas figuras afines al contrato de mandato», en *RGLJ* (XVI, 2), 1948, pág. 653 y sigs.; ID., «Comentarios a las SSTS 25 mayo 1944 y 28 enero 1946», en *RDP*, 1944, págs. 856-861, y 1946, págs. 191-196; ID., *Prólogo* al libro de NAVARRO, cit., en especial, pág. 16 y sigs.

(60) La paternidad de esta teoría suele cifrarse en el trabajo de REGBLSBERGER, F., «Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession», en *AcP* (LXIII), 1880, pág. 173 y sigs.; y en *Pandecten*, I, Leipzig, 1893, pág. 518 y sigs.

(61) Especialmente a raíz de la traducción de su obra *La simulación en los negocios jurídicos*, trad. de ATARD y A. DE LA PUENTE, en *ERDP*, 2.^a ed., Madrid, 1931; pero también las obras de otros autores ejercieron importante influencia, como CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad., prólogo y notas de M. ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956, págs. 197 y sigs.; GRASSETTI, BETTI, VON THUR, etc.

relación con terceros, sin distinguir si éstos son de buena o mala fe (62), sino incluso frente al fiduciante. Esta titularidad procura al fiduciario las más amplias facultades de disposición, igual que cualquier propietario, por lo que, en el supuesto de abusar de ella e incumplir su obligación, el fiduciante tan sólo dispone de una acción personal para exigir el resarcimiento de daños y perjuicios que le hayan irrogado esos actos dispositivos, pero en modo alguno puede impedirlos, puesto que se ha despojado de su derecho real sobre el bien.

Los partidarios de la teoría del doble efecto han debatido la naturaleza y estructura del negocio fiduciario; si bien en principio se entendió que se trataba de dos contratos independientes, el real y el obligacional, en los que, sin embargo, se da un lazo de unión consistente en la subordinación del contrato obligatorio al real (63), pronto se buscó el enlace causal del negocio, en dos direcciones: para unos, se trataría de la combinación de dos negocios interdependientes, el real y el obligacional, con mutua subordinación; en definitiva, habría una «conexión de contratos», o «un acto jurídico complejo», causal, en el cual, uno de los contratos es de transmisión real *abstracto* (en el sentido de que la causa reside fuera de él, no de que no tenga causa) y otro obligatorio, *causal*, en el que se expresa la causa de los tres —los dos simples y el complejo— que es única, y denominada *causa fiduciae* (64). En cambio, para otros, el negocio fiduciario es único (real-obligacional) y unitario. Los efectos reales y los obligatorios tienen el mismo fundamento causal, que

(62) Sostuvieron la validez de los actos realizados por el fiduciario con terceros de mala fe, por ejemplo, LADARIA, *op. cit.*, pág. 57; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1948, II, pág. 227; JORDANO BARFEA, J. B., «Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en *ADC*, 1966, págs. 625 y 627; FERRARA, *op. cit.* (ed. 1961), pág. 73.

(63) Explicación acogida por la STS 18 febrero 1965; cfr. también STS 14 marzo 1964; cfr. también FERRARA, CARIOTA-FERRARA (lugares citados), SCHÓNY, etc.

(64) NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., págs. 119, 91 y 22, entre otras; parecidamente, afirmando la existencia de dos negocios simples unidos, íntima pero no esencialmente, por un vínculo consensual (*causa fiduciae*), que son queridos por las partes como un todo, CLARET, *op. cit.*, pág. 33; GARRIGUES, *Negocios fiduciarios...*, cit., pág. 20 y sigs.

El Tribunal Supremo ha mostrado poca preocupación por depurar la naturaleza del negocio desde esta perspectiva estructural y, aunque suele aludir a su carácter complejo, unas veces afirma que es un contrato complejo constituido por dos interdependientes (recíprocamente dependientes) ligados por la causa, que es elemento obligacional (STS 3 mayo 1955, 15 octubre 1964), mientras que otras veces sostiene que dichos contratos son independientes (10 julio 1955, 4 diciembre 1976, 9 diciembre 1981); y, últimamente, mantiene la misma dicotomía con la expresión «acto formal complejo (o mixto), integrado por dos interdependientes, de finalidad unitaria» (8 marzo 1963, 19 mayo 1982, 8 marzo 1988), o idéntica, pero aludiendo a que dichos actos son independientes, aunque ligados por la causa (7 marzo 1990, 30 enero 1991, 6 julio 1992, 3 abril 1995, 5 julio 1996, 19 junio 1997).

informa todo el negocio; la obligación de retransmitir surge por el carácter transitorio o temporal de la *causa fiduciae*, que limita personalmente la facultad de disposición del fiduciario; pero no existe duplicidad negocial, sino un único negocio causal (65).

De cualquier modo, la invocada *causa fiduciae* produce el efecto de transferir la propiedad al fiduciario y aquí está la clave para comprender tanto los rasgos del negocio desde esta teoría (desproporción, potestad de abuso), como las injusticias materiales que ocasiona su rotulación precisa pero artificiosa. Conscientes de ello, algunos autores trataron de suavizar los efectos nocivos, sosteniendo la invalidez de la transmisión efectuada por el fiduciario en favor de terceros que conociesen su auténtica calidad de tal y la obligación contraída, y careciesen, por ende, de buena fe (66). Sin embargo, quedan sin resolver otros muchos problemas, entre los que descolla la intervención de los terceros acreedores, ya del fiduciante, ya del fiduciario. En concreto, por mencionar la secuela más intolerable y llamativa, en los casos de ejecución universal o particular del fiduciario, y particularmente, en su quiebra, el fiduciante, en puridad lógica, no tendría derecho a separar los bienes confiados en fiducia respecto de la masa de la quiebra, puesto que responderían de las deudas de su actual propietario, el fiduciario; con lo cual, al fiduciante sólo le asistiría un derecho de crédito en concurso con el resto de los acreedores del fiduciario. Los defensores de la teoría del doble efecto hubieron de incurrir en una aporía insalvable para tutelar los derechos del fiduciante y concederle la recuperación del objeto transferido fiduciariamente, cuando no lo consideraban propietario del mismo (67).

La hegemonía de la teoría del doble efecto fue fulminada por la magistral exposición de sus fallas, realizada por el profesor DE CASTRO en una conferencia impartida el 14 de noviembre de 1966 en la Academia Matritense del Notariado (68). DE CASTRO demostró de forma incontestable la inadmisibilidad técnica y material de esta construcción, dentro del ordenamiento jurídico español, y propuso como fórmula superadora el concepto de «titularidad fiduciaria», que no implica transmisión de la propiedad al fiduciario. Sus reflexiones, con ulteriores matices, han sido aceptadas casi unánimemente por

(65) JORDANO, *El negocio fiduciario*, cit., págs. 137-138; ID., «Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario», en *RDP*, 1958, pág. 830; ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 222 y 225.

(66) Vid. Pura BRUTAU, *La relación fiduciaria*, cit., pág. 1016 y sigs.

(67) Sobre la solución de este problema, desde la moderna concepción de la titularidad fiduciaria, vid. luego el apartado 11.6.1.c).

(68) DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *R. D. Not.* (53-54), 1966, pág. 7 y sigs.; también en *AAMN* (XVII), 1972, págs. 5-39; después reelaborado y ampliado en su obra *El negocio jurídico*, cit., págs. 379-442.

la doctrina española posterior (69), y han servido de base a las soluciones jurisprudenciales de los últimos años.

En síntesis, los argumentos sobre los que se fundamenta su crítica, que explica y documenta profusamente, son los cinco siguientes: 1) El apoyo histórico del doble efecto no presenta suficiente consistencia, pues en las fuentes romanas existen algunos mecanismos que permiten dudar de que el fiduciario adquiriese el dominio pleno (70), además de que el auge de la fiducia tuvo lugar en época primitiva y en correlación con el formalismo, y tales circunstancias se han desvanecido. 2) La doctrina alemana e italiana, que crearon la teoría, la han abandonado, con lo que el argumento de autoridad también desaparece. 3) Las injustas consecuencias que se derivan de la aplicación lógica y directa de sus postulados (desprotección total del fiduciante, tutela infundada de terceros adquirentes de mala fe, anomalías en relación con los acreedores, etc.) ponen en tela de juicio la bondad y utilidad de la construcción. 4) El principio de autonomía de la voluntad, que se dice servir de fundamento, se enfrenta abiertamente con lo que en realidad las partes quisieron (no transmitir la propiedad; recuérdese la frecuente contradicción del documento público con un documento privado) (71). 5) Pero, sobre todo, como argumento capital, esa duplicidad de efectos no encaja con un sistema causalista como el español. Detengámonos un poco en él.

El ordenamiento español no admite los negocios abstractos, pues para la existencia de cada contrato se requiere una causa propia y adecuada (arts. 1.261 y 1.274 del Código Civil); y la transmisión de la propiedad se produce por consecuencia de ciertos contratos (los que tienen tal naturaleza transmisiva) mediante la tradición (art. 609 del Código Civil). Así, explica DE CASTRO (72), en la venta en garantía, la compraventa, como negocio transmisor, carece de causa propia, pues falta el precio (art. 1.445 del Código Civil), y no tiene otra causa, si se sostiene que son dos contratos independien-

(69) Además de obras que se citan después (p. ej., vid. nota 80), son ejemplares los casos de algunos de los principales defensores de la teoría del doble efecto, que, en notables trabajos posteriores, se han desmarcado de la misma, para acogerse a las tesis de DE CASTRO; así, señaladamente, JORDANO BAREA, *Mandato para adquirir...*, cit. (1983); ALBALADEJO, *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, cit. (1993). En la actualidad, y de forma aislada y algo ecléctica, sostiene que existe traspaso de la propiedad en la venta en garantía VIDAL MARTÍNEZ (*La venta en garantía...*, cit., págs. 223, 226, 229 y sigs.), pero parece aceptar en parte los efectos de la moderna «titularidad fiduciaria».

(70) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 389-391. Abundando en esta dirección, recientemente, FUENTESECA, P., *Líneas...*, cit., pág. 387 y sigs.; FUENTESECA, C, *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 21 y sigs.

(71) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 386; igualmente, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, pág. 52.; SOTO NIETO, *op. cit.*, págs. 539-540, etc.

(72) *El negocio jurídico*, cit., págs. 406-409.

tes. Si se pasa a sostener la unidad del negocio, mediante la causa unitaria representada por la *causa fiduciae*, la creación resulta artificiosa, puesto que no hay reciprocidad de prestaciones propia de un contrato con causa onerosa; a la entrega de la cosa no corresponde un precio, sino un fin de garantía, o, en su caso, de mandato. En conclusión, se asemeja a un negocio simulado; eliminada la venta por simulada, queda el título disimulado de garantía o de mandato, insuficientes para transmitir la propiedad. El resultado es que *la «causa fiduciae» es inadecuada en el sistema causalista para transmitir plenamente la propiedad.*

Una vez descartada la teoría del doble efecto, los esfuerzos de la doctrina se han encaminado a delimitar el alcance de la titularidad atribuida al fiduciario. Y una de las soluciones que más éxito ha tenido es la que distingue una «*propiedad material*», que corresponde al fiduciante, quien de esta forma no llega a desprenderse del dominio, y una «*propiedad formal*», atribuida al fiduciario en virtud de la apariencia creada por el negocio externo. De esta forma, el fiduciante seguiría ostentando el poder de goce de la cosa, con todos sus frutos, accesiones, mejoras, etc. (73); y la propiedad formal del fiduciario ampararía la adquisición del bien por eventuales terceros de buena fe que, confiados en la apariencia, hubiesen creído que el fiduciario era el auténtico dueño; pero, claro está, *Inter partes*, la titularidad formal no sería esgrimible contra el fiduciante, que podría reivindicar la cosa. Como puede apreciarse, esta descomposición de la propiedad acercaría en grado sumo el negocio fiduciario al *trust* anglosajón y a su distinción entre *legal* y *equitable title*. Sin embargo, esta solución ha sido ásperamente criticada, debido a que supondría la creación de un tipo especial de derecho real, poco acorde, se argumenta, con la presunta tendencia al cierre del número de los derechos reales y con el concepto unitario de propiedad acogido en el ordenamiento español (74).

(73) Vid. Díez Pícazo, *Operaciones fiduciarias...*, cit., pág. 35; Jordano, *Mandato...*, cit., pág. 1445; Gómez Gállico, *op. cit.*, págs. 538-539; Sapena, *op. cit.*, pág. 188 y sigs., con algunos matices en relación con el Registro de la Propiedad; Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho civil*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1988, II, 1, págs. 463-470; Lacruz-Rams, *Elementos*, cit., II, 1, pág. 475. De hecho, es muy frecuente en la práctica que el fiduciante quede, sobre todo en la fiducia de garantía, como poseedor del objeto dado en fiducia (similar al *constituto posesorio*), con ciertas obligaciones derivadas de su propiedad material (v. STS 2 noviembre 1991), o como arrendatario, actuando como precio el interés del préstamo subyacente (v. SSTs 10 noviembre 1958, 3 mayo 1976, 25 febrero 1988, 18 abril 1988); sobre este punto, Sapena, *ibidem*.

(74) Encabeza la crítica de Castro, *El negocio jurídico*, cit., págs. 409, 422 (aunque véase lo que expongo a continuación en texto); también, de Ángel, *op. cit.*, pág. 53; Garrigues, *Negocios...*, cit., págs. 82-83 y 94; Vidal, *op. cit.*, pág. 221; Arroyo, *op. cit.*, pág. 1720; Fuente Seca, C., *El negocio...*, cit., págs. 179, 195, 206-207 y 218-219; cfr., además, Felguera Rey, M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 120-121. Una réplica a estas críticas puede hallarse en Gómez Gállico, *ibidem*.

Estas reprobaciones, más encaminadas contra la designación y la deformación del concepto clásico de propiedad que contra los resultados justos de la distinción entre propiedad material y formal, han llevado a DE CASTRO y al resto de la doctrina a sustituir el concepto de «propiedad formal» por el de «titularidad fiduciaria». Lo cual, si bien se mira, no es otra cosa, a mi entender, que una hábil estratagema nominal para conseguir los efectos de la «propiedad formal» sin mancillar la venerable designación de «propiedad» (75). En resumidas cuentas, los efectos que se aparejan a la «titularidad fiduciaria», plenamente admitida hoy doctrinal y jurisprudencialmente, con una «limitada eficacia real», son: el derecho de retención del fiduciario; su preferencia en el cobro garantizado con la fiducia; un poder limitado por el disfrute del fiduciante; la obligación de retransmitir tras cumplirse los fines acordados; la imposibilidad de usucapir por parte del fiduciario; la garantía de que los terceros de buena fe, a título oneroso, no saldrán perjudicados por la apariencia creada; el derecho de separación del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario; entre otros efectos, que luego serán examinados (76).

Una vez consolidada la noción moderna de titularidad fiduciaria, tras un tortuoso camino, quizá no resultase descabellado, dando un paso más, añadirle la idea de «patrimonio-afectación» (*Zweckvermögen, Zwecksatzungen*) o «patrimonio destinado a un fin». La suma de ambas ideas situaría el negocio fiduciario español en una esfera muy cercana al *trust* internacional confeccionado por la Conferencia de La Haya de 1985. Así, con el negocio fiduciario, se constituiría un patrimonio destinado a una concreta finalidad, de garantía o de gestión, de manera que el fiduciario ostentaría sobre el mismo tan sólo una titularidad formal o fiduciaria, de carácter funcional y transitorio, pero no ingresaría en su propio patrimonio. Los rasgos de estos patrimonios autónomos se aplicarían al patrimonio fiduciario, en el sentido de constituir una

(75) Esta afirmación se fundamenta en las reflexiones del propio DE CASTRO (*El negocio jurídico*, cit., págs. 422-423), pues según sus palabras literales, «posiblemente, los reproches hechos a la teoría de la propiedad formal del fiduciario se han dirigido especialmente contra la designación utilizada y no tanto respecto a sus resultados». «La llamada propiedad formal del fiduciario (...) está en dependencia estricta de los pactos que la originan, y conforme a ellos tendrá mayor o menor alcance. Si fuera posible sustraerse al prejuicio que pesa sobre la doctrina, en relación al negocio fiduciario, sería preferible hablar sencillamente de una *titularidad fiduciaria*». «Se siga usando el término de propiedad formal o se prefiera el de titularidad fiduciaria para la condición jurídica del fiduciario, lo que importa es (...)» (cursiva del autor). También DE ÁNGEL (*op. cit.*, pág. 53) afirma que «se trata de llegar a sus consecuencias sin forzar demasiado las cosas ni desarticular los conceptos técnicos tradicionales». Otros autores prefieren emplear como sinónimo de titularidad fiduciaria el sintagma de «propiedad limitada» (SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 541; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1984, I, 3, pág. 227), en el sentido de funcional y transitoria.

(76) Conviene distinguir entre los efectos de la titularidad fiduciaria en los negocios de garantía y de gestión: me remito al apartado II.6.

universalidad jurídica, cuya unidad provendría del destino a un fin concreto, en el cual operaría el principio de subrogación real y responsabilidad autónoma, que dejaría de existir al desaparecer su base jurídica (77). Aunque sólo minoritariamente, este diseño ha sido ratificado por la jurisprudencia (Res. DGRN 14 junio 1922 y STS 23 mayo 1935) (78) y por algún autor (79). Por lo demás, la idea de «patrimonio-afectación» no resulta desconocida en el ordenamiento positivo español (80).

(77) ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, traducido y anotado por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 2.^a edición, al cuidado de PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1953, I, 1, págs. 598-602; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1990, I, vol. 3.º, págs. 74-76. Para cita de la doctrina clásica sobre el tema (BEKKER, BRINZ, etc.), exposición más detallada y aplicación de la tesis del patrimonio-afectación a la herencia de confianza y, sobre todo, a la fiducia continuada de la Ley 293 F.N.N., vid. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., pág. 1323 y sigs.

(78) La STS 13 mayo 1935, siguiendo el razonamiento de la Res. DGRN 14 junio 1922 (vid. comentario en J. GONZÁLEZ, *El fiduciario*, cit., pág. 468 y sigs.), señaló que «la figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas es muy compleja, pero en síntesis cabe afirmar que por ella se constituye un *patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizada por su finalidad fiduciaria*, o sea, por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza». Los bienes, sigue la sentencia, «pasaban a poder de los *adjudicatarios únicamente como órganos de disposición* que, por consecuencia, no podían atribuirse un dominio absoluto, o sea para toda clase de fines, y sí tan sólo, cumpliendo la voluntad del testador para pagar las deudas de la testamentaria» (cursivas mías). La idea de un patrimonio separado se deja sentir en la STS 22 febrero 1995, según la cual, «el fiduciario no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante».

(79) JORDANO BAREA, *Mandato para adquirir...*, cit., págs. 1440-1441. Naturalmente, para extraer mayores resultados de la aplicación de esta idea ha de dedicársele un análisis más pormenorizado que el que ahora puede ofrecerse; por lo demás, falta en la bibliografía española un estudio monográfico de los patrimonios de afectación (muy tratados, v. gr., en la doctrina mexicana, en relación con su fideicomiso); como referencias útiles, GUINCHARD, S., *L'affectation des biens en droit privé français*, París, 1976; FUSARO, A., «"Affectatio", "destination" e vincoli di destinazione», en *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, P. Cendon, Giuffrè, Milano, 1994, II, págs. 453-480; LA PORTA, U., *Destinazione di beni alio scopo e causa negoziale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1994; BIANCA, M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996. El tema ha merecido recientemente la atención de algunos autores, que han presentado ponencias sobre ello en el Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas de 1996; de entre los varios trabajos, que constituyeron el Foro II de discusión de este Congreso («Afección del patrimonio a un fin»), destacaré (por su atención al *trust*) el de LÓPEZ JACOISTE, J. J., *Afección de patrimonios al cumplimiento de fines*, «Congreso...», cit., RAJL, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1998, págs. 421-440 (cfr. *ibidem* los trabajos de LIANO FLORES y DE PRADA GONZÁLEZ).

(80) Por ejemplo, la definición de «fundación» en la nueva Ley 30/1994, de 24 de noviembre, responde a esta idea: organizaciones que «tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general» (art. 1) —sobre el desarrollo y alcance de esta idea en las fundaciones, cfr., sobre todo, LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», en *RDP*, 1965, págs. 567-

Si reflexionamos sobre la evolución dogmática ahora narrada y examinamos la cuestión en sus términos más crudos y binarios, llegaremos a la conclusión de que prácticamente el nudo gordiano del negocio fiduciario se encuentra en decidir si hay o no transmisión de la propiedad (81) desde el

608; y DE CASTRO y BRAVO, F., «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *ADC*, 1953, pág. 623 y sigs., y en *La persona jurídica*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1991, pág. 87 y núm. 25—. La misma idea gravita en la Ley 57/1968 (art. 6.2) de anticipos para la construcción y venta de viviendas y en la jurisprudencia penal recaída a raíz de la misma (SSTS 25 junio 1975, 28 marzo 1974: cfr. en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 75-82), o en el Decreto de 20 mayo 1965 sobre los «patrimonios de suscripción», para obtener fondos para alguna causa por cuestación pública (cfr. LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, 4.^a ed., Trivium, Madrid, 1995, I, págs. 441-442); y también en los conceptos legales de fondos de inversión y de pensiones, que se transcriben *infra* (apartado III.2.2).

Desde una perspectiva doctrinal, también goza de cierta expansión la idea de los patrimonios destinados a un fin, aplicada, por ejemplo, a figuras como la herencia yacente, la comunidad de gananciales (cfr. BENAVENTE MOREDA, P., *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993, págs. 93-95; y un considerable sector doctrinal hoy), algunas manifestaciones de la fiducia sucesoria (CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 1328 y sigs. y 568 y sigs.), empresas mercantiles de responsabilidad limitada (DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., y DE PRADA, J. M., «Sociedades comerciales», en *R. D. Not.* (81), 1973, en concreto, págs. 219-232, con referencias al *trust*), etc. Por supuesto, la admisión de este tipos de patrimonios no es pacífica y suelen erigirse contra ellos la idea de propiedad y de patrimonio tradicionales. V. gr., una crítica, en relación con el *trust*, en GARRICUES, *Negocios...*, cit., págs. 94-95.

Desde una perspectiva comparada, además de la noción de *trust* del Convenio de La Haya, cabe citar el uso del concepto «patrimonio-afectación» en el Proyecto francés sobre la fiducia de 1992 y su éxito de cara a explicar la naturaleza del *trust* (cfr. alusiones en GALLIMARD, M., «Textes et colloques sur la fiducia», en *Fiducia, trust, mandato ed agency*, cit., págs. 205, 207, 210 y sigs.), ya desde la entusiasta e influyente defensa de LEPAULLE en este sentido. En el Derecho positivo comparado se encuentra recogida esta tesis en la descripción de la fiducia de: el Código Civil de Quebec (art. 1.261), el Código Civil de Etiopía (art. 525), la Ley 24.441 de Argentina (art. 14), el Código de Comercio de Colombia (art. 1.227), etc. (cfr. los textos y teoría sobre el patrimonio de afectación en LUPOI, *Trusts*, cit., págs. 387-390, 472-483 y 338, núm. 7).

(81) Resueltamente contraria a la transmisión de la propiedad se muestra la última doctrina: DE ÁNGEL, *op. cit.*, págs. 57, 65, *passim*; PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 60; FELIU REY, *op. cit.*, págs. 113 y 116; PUIG BRUTAU, J., «Negocio fiduciario», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1982, XVII, pág. 207; FUENTESECA, C., *El negocio...*, cit., págs. 67, 82 y sigs., *passim*; REGLERO CAMPOS, L. F., *Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio*, en AA.VV., *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, II, 1, págs. 440 y sigs. y 445; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y «leasing»)*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 166 y 168. Como muestra, son importantes las Res. DGRN 10 junio 1986 y 30 junio 1987 y, entre otras, las SSTS 21 marzo 1969 y 2 diciembre 1996. En cambio, en favor de la transmisión de la propiedad, VIDAL, *op. cit.*, págs. 225, 229, etc.; y, también, recientemente, con firmeza, vuelve a abogar por el patrón de la fiducia romana clásica y la transmisión de la propiedad RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 136-144, 167 y sigs., etc. Cfr. también el tenor literal de la Ley 466 F.N.N.

fiduciante hasta el fiduciario. Rechazada modernamente la existencia de una tal traslación dominical, surge el problema de calificar el derecho real o cuasi-real que el fiduciario tiene, y para ello se usan las expresiones «titularidad fiduciaria, formal», *dominium impropriae dictum*, en definitiva, una suerte de propiedad formal, una nueva «propiedad» (fiduciaria). Esta escurridiza conceptualización, de trascendentes consecuencias prácticas, ha supuesto un auténtico suplicio de Tántalo para los juristas de este siglo: tan pronto parecía haberse alcanzado una solución, al rechazar el traspaso dominical, surgen nuevos y nuevos problemas (82), en relación con el contorno de derechos y deberes de las partes y su correcta incardinación en las instituciones tradicionales, problemas que se tratan de solventar siempre, sobre todo, en atención a postulados de justicia. El debate, en definitiva, no está cerrado (83), aunque parece haber encontrado puntos de consenso.

Así, por ejemplo, hoy se admite la validez de la llamada *causa fiduciae* como elemento de anclaje del negocio fiduciario en el sistema causalista español de los derechos reales (cfr. art. 609 del Código Civil). Pero esta «causa» especial ha sufrido una evolución paralela a la del negocio que sustenta: en principio, se pretendió construir el negocio fiduciario sin especiales consideraciones a la causa, bajo influjo del sistema abstracto de los creadores alemanes de la teoría; después se esgrimió la *causa fiduciae* como fundamento del negocio y base en la que radica la transmisión de la propiedad al fiduciario; por último, se entiende hoy que la *causa fiduciae* «aloja la limitada eficacia real» del contrato fiduciario, pero no sirve para transferir la propiedad, y se identifica con el fin de garantía, administración o mandato perseguido (84).

(82) Cfr. un tono crítico afín en ROJO AJURIA, L., «Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)», en *ADC*, 1989, pág. 764, núm. 157.

(83) Las materias en las que se centra el debate doctrinal de los cinco últimos años, son temas «de siempre» del negocio fiduciario, hasta ahora poco analizados y debatidos: en especial, la simulación y la prohibición del pacto comisorio. Vid. luego, en apartados II.6.1. y II.7.1.

(84) V. gr., SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 542; VALLET, *Negocios en fraude...*, cit., pág. 220; Díez-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., pág. 29, etc. Con matices, FUENTESECA, C., *El negocio...*, cit., págs. 63 y sigs. y 211 y sigs., que entiende que la *causa fiduciae* puede configurarse bien como mandato o bien como derecho real atípico de garantía. Peculiarmente, GONZÁLEZ MENESES (*Sobre la llamada «causa fiduciae»*, cit., pág. 425 y *passim*) entiende que esa causa no existe como tal, sino que es sólo un ingrediente ético que acompaña al negocio para conseguir un fin práctico. Cfr. crítica a la *causa fiduciae* en DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 471 y sigs. El apoyo legal de la *causa fiducia*, en cualquier caso es polémico: para unos se encuentra en el artículo 1.901 del Código Civil, que alude a «otra justa causa» (así, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentario a la Res. DGRN 5 junio 1991», en *CCJC*, núm. 27, 1991, pág. 765 y sigs.; ID., en sus Anotaciones al *Tratado de Derecho civil. Parte General*, de ENNECCERUS-NIPPERDEY, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1981, 1-2.º, vol. 1, pág. 134; le sigue REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, pág. 445; en contra, vid. FELIU REY, *op. cit.*, págs. 121-122, núm. 245), mien-

Para concluir este panorama dogmático queda por resolver una pregunta, de sencilla respuesta en el contexto español: ¿el negocio fiduciario se incluye en el ámbito obligacional o en el ámbito de los derechos reales y la propiedad? (85) Después de lo dicho, la respuesta es clara: toda la problemática de la fiducia se encierra en el sistema de los derechos reales y ese es el prisma desde el que debe examinarse el tema (86), sin que resulte óbice el hecho de que en los manuales y tratados españoles suele explicarse el negocio fiduciario al hilo de los negocios jurídicos, como un tipo de éstos.

4. EL NEGOCIO FIDUCIARIO ANTE LA JURISPRUDENCIA

4.1. *Etapas*

La evolución doctrinal que se acaba de exponer ha tenido asimismo su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Así, es posible detectar también la sucesión de tres teorías, principalmente, que en ocasiones se solapan en el tiempo o hacen fugaces apariciones fuera del período de su apogeo; en concreto, la teoría de la propiedad formal, la del doble efecto y la teoría de la titularidad fiduciaria. Naturalmente, las tres fases o etapas que a continuación se proponen no son taxativas, debido a la razón que se acaba de apuntar, pero suponen una aproximación bastante cabal, que, en algunos casos, admite subdivisiones, no del todo rígidas:

Primera etapa: 1922-1944. Como se dijo, los primeros pasos para explicar el negocio fiduciario se dieron sobre el patrón de la propiedad relativa o formal y, aún más, concibiendo el objeto de la fiducia como un patrimonio autónomo afectado a un fin con sus propios órganos de disposición —los fiduciarios—. En esta línea, son cruciales la Resolución de la DGRN de 14 de junio de 1922 (87) y la STS de 23 de mayo de 1935, ya citadas. El germen

tras que para otros, la mayoría, está en el artículo 1.274 del Código Civil. Para referencias jurisprudenciales, vid. luego el apartado III.1.

(85) Así reza el título de esta sección del Congreso: «Trusts: a matter of property or of obligation? / La fiducia: droit des biens ou droit des obligations?» y la cuestión ha suscitado una viva polémica, por ejemplo, en Quebec.

(86) Así, GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., pág. 764; cfr. también DÍEZ-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., pág. 41; en el terreno de las obligaciones *Inter partes*, no existen dificultades, debido al principio de autonomía de la voluntad; pero el sistema de la propiedad y los derechos reales contiene aspectos de orden público que afectan a los pactos fiduciarios de los contratantes.

(87) Cfr. también la Res. DGRN 26 diciembre 1946, la cual, tras distinguir entre un propietario formal, legalmente autorizado para disponer, y un dueño material que disfruta los bienes económicamente, describe los negocios fiduciarios según la teoría del doble efecto (transmisión del dominio limitada por una obligación personal).

doctrinal de estas decisiones reaparecerá, en cuanto a la propiedad o titularidad formal, a partir de una importante sentencia de 1963 y, con mayor fuerza, entreverada con la moderna «titularidad fiduciaria», especialmente a finales de la década de 1980.

Segunda etapa: 1944-1982. El entronizamiento de la teoría del doble efecto se produciría con las SSTS de 10 de marzo de 1944, 25 de mayo de 1944 —la primera que emplea el término «negocio fiduciario»— y 28 de enero de 1946 (88). A partir de aquí, el Tribunal Supremo mostró unidad en cuanto a la explicación (89), a nivel teórico-lógico, pero fueron muy escasas las sentencias en que aplicó con todas sus consecuencias los postulados del doble efecto; así sucedió, en toda su crudeza, en la STS de 18 de febrero de 1965 (90). En cambio, y muy especialmente a partir de la citadísima sentencia de 8 de marzo de 1963 (91), la Sala sigue manteniendo dicha explicación de la naturaleza y estructura del negocio, pero trata de atenuar sus efectos injustos en el fallo, permitiendo el rescate de los bienes por el fiduciante que cumplió, haciendo inoponible la titularidad externa *inter partes* (92), o, simplemente, inaplicando en cuanto a los efectos la teoría que dice seguir (93).

(88) Cfr. los comentarios a estas sentencias de HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 690 y sigs.; y de BONET RAMÓN, citados, págs. 856 y sigs. y 191 y sigs.

(89) SSTs 23 febrero 1951, 3 mayo 1955, 31 octubre 1955, 10 julio 1957, 5 diciembre 1959, 15 octubre 1964, 18 febrero 1965, 30 octubre 1965, 20 noviembre 1965, 4 abril 1972, 3 mayo 1976, 4 diciembre 1976, 23 mayo 1980, 27 junio 1980, 9 diciembre 1981.

(90) Cfr. también las SSTs 15 octubre 1964 y 20 enero 1966.

(91) Esta STS efectúa primero una descripción según la teoría del doble efecto —transmisión plena de la propiedad con la obligación de retransmitir cuando se cumpla la obligación garantizada—, para concluir, buscando la justicia del caso concreto, que «aunque frente a terceros aquélla [la fiduciaria] ostentase la cualidad de titular *erga omnes*, con todas las facultades inherentes al dominio consignadas en el artículo 348, respecto del fiduciante, únicamente obtuvo un *dominium impropiae dictum*, o sea, una propiedad formal y sujeta a condición que origina a favor del recurrido un derecho de reversión esgrimible a través de una acción personal derivada de la *bona fidei*» (sic). Esta sentencia ha supuesto un auténtico *leading case* en la materia de las relaciones *inter partes* de fiduciante y fiduciario, y ha sido numerosas veces citada, literal o encubiertamente.

(92) Así, v. gr., SSTs 8 marzo 1963, 14 marzo 1964, 11 junio 1964, 9 diciembre 1981.

(93) V. gr., SSTs 4 diciembre 1976 y 27 junio 1980. En la STS 5 diciembre 1959, aunque describe el negocio conforme al doble efecto y afirma la «aparente transmisión de la propiedad» al fiduciario, señala que la «titularidad fiduciaria de confianza y garantía» no le confiere «poder de disposición» y, por tanto, no puede enajenar al margen del fin convenido; la Sala ordena la nulidad de las enajenaciones realizadas a terceros, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que asisten a éstos. También la STS 30 octubre 1965 reconoce el traspaso de propiedad al fiduciario y el límite obligatorio negativo, pero llega a la conclusión de que el pacto vinculante de retransmitir implica que el fiduciario carece «de derecho para incorporar a su patrimonio lo que le fue transferido para otro fin con base en la confianza».

Tercera etapa: 1982-1997. Dos sentencias importantes inician el viraje hacia esta nueva fase: primero, la STS de 19 de mayo de 1982, que, aunque comienza describiendo el negocio fiduciario con todos los tópicos explicativos de la teoría del doble efecto, incluido el traspaso dominical, acaba concluyendo que la causa, que coincide con el fin de garantía, produce sólo una «limitada eficacia real», sin que exista auténtica transmisión de la propiedad *inter partes*; el resultado práctico es que el fiduciario no puede obtener la propiedad, sino sólo la devolución del crédito garantizado por fiducia y el objeto ha de volver al patrimonio del fiduciante en quiebra, auténtico propietario (94). Con el precedente práctico de esta sentencia, la STS de 2 de junio de 1982 (95) proclama también el abandono teórico, al señalar que «la doctrina científica más reciente se aparta de la teoría del "doble efecto" (real y obligatorio) en el contrato fiduciario, que había sido introducida por la Sentencia de 25 de mayo de 1944, y generalmente aceptada, e incluso prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae*»; a continuación recoge la noción de «titularidad fiduciaria o propiedad formal [que] habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido, debiendo observar el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada (96) —arts. 1.255 y 1.286 del Código Civil—», con el resultado de desaparecer la titularidad fiduciaria cuando se cumplan las obligaciones del fiduciante-deudor en la venta en garantía. A partir de estas sentencias, el Supremo seguirá perfilando los efectos de la «titularidad fiduciaria» (97), que convive, en sus fundamentos de derecho, en pie de igualdad, con los sintagmas «propiedad o titularidad formal» (98).

Puede advertirse, en esta última fase, una línea más conservadora y otra más rupturista, desde el punto de vista de las declaraciones, aunque, en cuanto

(94) Sigue la doctrina de esta sentencia la importante Res. 30 junio 1987 (vid. comentario por CARRASCO PERERA, A., en *CCJC*, 15, 1987); cfr., similarmente, STS 5 julio 1996.

(95) Seguida por las SSTS 6 abril 1987, 25 febrero 1988, 22 diciembre 1988, 8 marzo 1988, 30 enero 1991, 6 julio 1992.

(96) Sobre la responsabilidad del fiduciante por la apariencia creada, SSTS 12 febrero 1988, 7 marzo 1990 y 30 enero 1991.

(97) Este término ya había sido empleado por las SSTS 5 diciembre 1959 y 21 marzo 1969; como sentencias de mayor interés, en cuanto al contenido de esta titularidad, pueden citarse las SSTS 22 diciembre 1988, 19 mayo 1989, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 7 mayo 1991, 6 julio 1992.

(98) A ella aluden (además de las SSTS 8 marzo 1963, 9 diciembre 1981 y 2 junio 1982 y las citadas resoluciones de 1922 y 1946) las sentencias de 9 octubre 1987, 8 marzo 1988, 19 mayo 1989, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 12 noviembre 1991, 6 julio 1992, 5 julio 1993, 14 febrero 1996, 5 julio 1996, 31 diciembre 1997 (que llega a aludir a la titularidad administrativa de estancos como formal impuesta); también STSJ Navarra 23 mayo 1997. De interés, la STSJ Navarra 3 marzo 1994 y las consecuencias que extrae de la titularidad material o real.

a los efectos, existe cierta uniformidad; así, algunas sentencias siguen aferrándose a las explicaciones de la teoría del doble efecto, sobre todo en los casos en que esta interpretación no genera injusticias, pero siempre consolidando los logros de la fase anterior en cuanto a la eficacia *inter partes* del acuerdo fiduciario y la facultad de rescate por el fiduciante (99); en cambio, otras sentencias proclaman el abandono de aquella teoría y, salvo pequeñas concesiones a la explicación del concepto, se dirigen a pergeñar un nuevo contenido de la titularidad. Por todo ello, se hace incapié en que la fiducia no transmite el dominio (100) —con importantes efectos en relación con tercerías—, si bien no es infrecuente, aun hoy, leer explicaciones algo trasnochadas, sentada esa premisa. Y tampoco han sido ajenas a la labor jurisprudente las zozobras y contradicciones, incluso admitiendo en alguna ocasión el traspaso del dominio (101), pero es muy raro encontrar fallos que apuren los resultados últimos de esta postura (102).

La evolución de las últimas décadas es apreciable, pero ha preponderado cierto eclecticismo en la Sala Primera del Tribunal Supremo, como resaca de la última convulsión doctrinal, lo cual ha favorecido el abuso de la cita de la teoría del negocio fiduciario por los recurrentes, en contra de las advertencias del Alto Tribunal acerca de la moderación necesaria a la hora de calificar estos negocios (103). La alegación, muchas veces infundada (sobre todo en el último lustro), de la existencia de un negocio fiduciario, ha obligado al

(99) Como paradigma, STS 7 marzo 1990; también SSTS 18 abril 1988, 19 mayo 1989 y 14 julio 1994 («posición jurídica desdoblada según mire a terceros o a los fiduciarios»), 5 julio 1996, 19 junio 1997.

(100) SSTS 19 mayo 1982, 25 febrero 1988, 22 diciembre 1988, 30 enero 1991, 7 mayo 1991, 6 julio 1992, 22 febrero 1995, 2 diciembre 1996 y la contundente Res. DGRN 30 junio 1987. Las SSTSJ Cataluña 29 mayo 1991 y 31 octubre 1991 subrayan que no se está ante un negocio fiduciario cuando se opera una auténtica transmisión del dominio.

(101) SSTS 6 abril 1987 y 5 julio 1996; cfr. 5 julio 1993.

(102) En la STS 12 febrero 1988 se permitió el embargo del bien ostentado formalmente por el fiduciario, en virtud de los efectos del negocio fiduciario inscrito en el Registro, en favor de terceros de buena fe con título oneroso. El fundamento fue la responsabilidad del fiduciante por la apariencia; pero la especial cualificación de estos terceros hace que el supuesto no entre dentro de los resultados del doble efecto. Más curiosa es la aplicación literal de esta teoría por la curiosa STS 3 abril 1995 (sala 3.^a) para eludir un resultado injusto de tipo tributario, la cual, con el objeto de negar la existencia de un negocio fiduciario, señala que en el caso no hubo transmisión de propiedad por faltar tradición.

(103) Según la STS 3 mayo 1955, «es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos», cuya base está en la confianza superlativa, de forma que si se demuestra la ausencia de tal confianza (v. gr., por necesidad o angustia económica), «será preciso abandonar la ruta del negocio fiduciario por inexistencia de *fiducia*, que habría de actuar como elemento esencial y decisivo, para emprender, en trance de construcción jurídica, otros derroteros que conduzcan a la misma finalidad de cumplimiento de lo verdaderamente convenido (...)».

juzgador a tratar de poner coto a esta avalancha de recursos algo trapaceros, rechazándolos bien por plantearse como cuestión nueva en la casación, sin prueba suficiente (104), o bien por merecer al juzgador una calificación distinta el negocio concreto en examen (105).

También puede detectarse un incremento de la litigiosidad y, por ende, de la doctrina jurisprudencial, sobre la *fiducia cum amico*, que hasta hace poco contaba con escasos pronunciamientos jurisdiccionales directos (106).

4.2. Prueba

La prueba del convenio fiduciario cobra una importancia capital, dada la estructura de estos negocios (externa/interna), puesto que, si no se realiza satisfactoriamente, el tribunal no declarará la existencia de un negocio fiduciario (107) o no concederá la retransmisión de los bienes al supuesto fiduciante (108). Siendo tal su importancia, no es menor su complejidad, pues «la labor apreciativa de la prueba habrá de ofrecerse especialmente delicada y difícil, exigiendo la máxima sagacidad y prudencia por parte del Juzgador, para la aprehensión de todo y sólo lo que evidencien la realidad y condiciones del pacto» (109), pues «la valoración de los instrumentos probatorios» es imprescindible para «averiguar la verdad material que anida en la maraña de apariencias formales que constituyen la superestructura de esta especie singular de los negocios jurídicos» (110).

La dificultad probatoria aminorará si existe un documento complementario, a modo de contradeciaración de la relación externa creada. Entonces, el

(104) SSTs 17 julio 1991, 25 mayo 1995, 22 junio 1995; igualmente, STS 15 octubre 1964. Cfr. también el caso especial de la STS 26 marzo 1997. Cfr. STS 18 noviembre 1997.

(105) SSTs 27 junio 1980, 20 mayo 1986, 21 julio 1992, 5 julio 1993, 15 octubre 1993, 4 febrero 1994, 10 julio 1995, 7 octubre 1997, 21 enero 1998; la STS 23 mayo 1980 y la STSJ Navarra, 9 febrero 1994, entienden que no hay negocio fiduciario sino simulación absoluta en el caso.

(106) Así, SSTs 9 octubre 1987, 5 julio 1989, 30 abril 1992, 4 febrero 1994, 14 julio 1994, 14 octubre 1994, 22 febrero 1995, 21 marzo 1995, 27 noviembre 1995, 5 julio 1996, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997, 24 marzo 1997, 19 junio 1997, 24 noviembre 1997, 31 diciembre 1997, 24 febrero 1998, 4 julio 1998. Con antelación, cfr. SSTs 5 diciembre 1959, 30 octubre 1965, 30 abril 1977. También SSTSJ Navarra 9 febrero 1994, 3 marzo 1994, 20 febrero 1997, 23 octubre 1997 y Cataluña 9 marzo 1995.

(107) SSTs 9 junio 1988, 21 julio 1992, 25 mayo 1995, 22 junio 1995.

(108) SSTs 15 octubre 1964, 4 diciembre 1976.

(109) STS 14 marzo 1964. Otras reflexiones sobre la dificultad de prueba en la STS 19 junio 1997.

(110) STS 19 junio 1992, «e intuir de su íntima interrelación su verdadero significado (...), en todos los temas controvertidos inmersos en el negocio fiduciario».

juzgador efectuará un examen de conjunto de la prueba documental, «no dejándose arrastrar por la estructura de forma y contenido del utilizado como simple medio vehicular» (111). En cambio, si este documento no aparece, o se perdió o el pacto fiduciario fue verbal (112), entonces hay que recurrir a otros medios de prueba (113). Además de la prueba documental, cabe la testifical (114), la confesoria (115) y, de forma supletoria, la indiciaria o de presunciones (art. 1.253 del Código Civil) (116).

Así pues, para averiguar la voluntad real de los contratantes será menester acudir en ocasiones a su conducta (117), a actos anteriores, coetáneos o posteriores como módulo interpretativo subsidiario (118), en definitiva, a una serie de indicios que generen una presunción de fiducia, prueba ésta que debe ser empleada prudentemente (119). ¿Cuáles pueden ser esos indicios decisivos? Podrán ser todos los pactos anormales en el negocio externo, por ejemplo, en la compraventa (120): el de arriendo, el de interés del precio del retracto, la retención de la posesión de la cosa, la prohibición al comprador (fiduciario) de transformarla, la obligación del vendedor de tenerla asegurada, la imputación de todos los gastos al vendedor (fiduciante), la prohibición de

(111) SSTS 10 noviembre 1958, 14 marzo 1964, 4 abril 1972. También, STSJ Navarra 23 octubre 1997, cuyo objeto principal fue la relevancia jurídica del documento privado donde consta el *pactum fiduciae*.

(112) Sobre esto y las reflexiones del TS en punto a la prueba del pacto verbal, ver nota 53.

(113) STS 27 noviembre 1995. En la STS 8 mayo 1979, se rechazó como prueba del pacto fiduciario la sola fotocopia de documento privado, pero se entendió probado merced a la prueba testifical.

(114) Vid. SSTS 18 marzo 1997 y 8 mayo 1979, en que la prueba testifical, combinada con otras, demuestra el contenido de la fiducia.

(115) La STS 13 marzo 1995 admitió como prueba el reconocimiento implícito del pacto fiduciario por uno de los litigantes en sus alegaciones.

(116) En este sentido, en la doctrina, con algún detenimiento, JORDANO BAREA, *Dic-tamen sobre recuperación...*, cit., pág. 624; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 439 y sigs. y, sobre todo, núm. 195; SAPENA, *op. cit.*, pág. 172; DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 51, núm. 7; DORAL GARCÍA, J. A. y DEL ARCO, M. A., *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982, pág. 273 y sigs.

(117) STS 14 julio 1994.

(118) SSTS 10 noviembre 1958, 14 marzo 1964; sin embargo, la STS 27 junio 1980 gusta de insistir en el carácter subsidiario de este medio, de forma que no será empleable si el tenor literal de los documentos aportados es claro.

(119) En tanto que la STS 22 junio 1995 sanciona la validez de las presunciones, aunque de forma supletoria, la STS 4 abril 1972 advierte que dichas presunciones en actos de los contratantes, válidas, deben basarse en un «cuidadoso examen de una complejidad de datos»; y la STS 21 julio 1992 reitera que no cabe acudir al juego de las presunciones en la fiducia frente a otros medios de prueba incontestables. De interés, también la STS 31 diciembre 1997.

(120) Refiere estos pactos, constatables en las sentencias examinadas, SAPENA, *op. cit.*, pág. 172.

disponer impuesta al comprador, la injusticia del precio, etc. También suelen valorar los tribunales como indicios de fiducia la percepción de los beneficios de la cosa por quien la transfiere, es decir, su disfrute material, así como su responsabilidad por la misma (121).

Por todo lo dicho, es importante plantear bien el pleito, en cuanto a la calificación del negocio jurídico y en cuanto a las pruebas aportadas en primera instancia, porque el Tribunal Supremo, en sintonía con una jurisprudencia general sin apenas fisuras, viene insistiendo en que en la casación no puede desarticularse la prueba apreciada en conjunto por la sala de instancia, cuyo criterio prevalecerá salvo que sea absurdo, ilógico o contrario a algún precepto legal, puesto que la casación no es una tercera instancia (122).

4.3. Validez, fraude de ley y correctivos

En la actualidad, es usual afirmar que los negocios fiduciarios son distintos de los fraudulentos, y, por tanto, válidos, aunque cuando, dadas las circunstancias y hechos de un caso, resulte probado que la fiducia encubría un fin ilícito o se realizó en fraude de ley (art. 6, núms. 3 y 4 del Código Civil), el negocio será radicalmente nulo (123).

(121) Son destacables los siguientes fallos: en la STS 18 abril 1988 sirvieron como pruebas indiciarias del pacto fiduciario que el fiduciante pagaba los impuestos de la cosa y quedaba como arrendatario; en la STS 9 junio 1988, el fiduciario (*cum amico*) carecía de dinero para comprar el bien por sí, y las inscripciones catastrales y registrales fueron promovidas y sufragadas por el fiduciante, quien también cubría las contribuciones rústicas; en la STS 19 mayo 1989 el fiduciante poseía la cosa con notoriedad de propietario, pagaba las contribuciones, percibió indemnizaciones por servidumbres en las fincas objeto de la fiducia, etc.; en la STS 18 marzo 1997, los fiduciantes siguieron siendo propietarios, como demuestra que pagaran la factura de instalaciones en un local y percibieran el alquiler del mismo, en tanto que la fiduciaria sólo ocupó un inmueble tras firmar un documento privado.

(122) En este sentido, rehusando revisar la calificación de la instancia sobre supuestos negocios fiduciarios, SSTs 10 julio 1957, 4 abril 1972, 8 mayo 1979, 18 abril 1988, 9 junio 1988, 17 julio 1991, 25 mayo 1995, 27 noviembre 1995, 24 marzo 1997, 19 junio 1997, 7 octubre 1997, 4 junio 1998. La STS 5 julio 1996 insiste en que «la interpretación de los contratos constituye facultad exclusiva de los juzgadores de instancia y ha de respetarse en casación», recordando que «suprimido hoy el error en la apreciación de la prueba, el ataque sólo cabe por error en la valoración, con cita de la norma de hermenéutica que se considere infringida». Por contra, aisladamente, la STS 30 abril 1992 aprecia la existencia de un mandato o fiducia *cum amico*, que el tribunal *a quo* no consideraba, argumentando que «esta integración o fijación del contexto fáctico sobre el que ha de operarse en el enjuiciamiento del tema controvertido, no es competencia de la exclusividad de la Sala de instancia, sino también de ésta de casación, cuando aquélla lo ha verificado sin completar el relato histórico».

(123) SSTs 10 marzo 1944, 25 mayo 1944, 28 enero 1946, 3 mayo 1976, 4 diciembre 1976, 23 mayo 1980, 30 abril 1992, 6 julio 1992, 2 diciembre 1996, 22 enero 1998.

Pese a esta declaración de principio, es posible columbrar en el quehacer jurisprudencial una diferencia de trato, consciente o inconsciente, según el negocio fiduciario vulnere o trate de eludir normas de Derecho sustantivo civil o mercantil, por una parte, o bien, por otra, prescripciones de otras ramas del ordenamiento. En este sentido, puede afirmarse que el Tribunal Supremo no suele declarar la nulidad del negocio fiduciario realizado con el objeto de vulnerar normas fiscales o administrativas (124), para lo cual es frecuente emplear modalidades de fiducia *cum amico* o *nomen commodat*. En cambio, no tolera tan fácilmente —aunque lo cierto es que no ha caído en posiciones rígidas en demasía— la elusión de la normativa civil sobre el fraude a los acreedores (125), la prohibición de los préstamos usurarios, la interdicción del pacto comisorio (126) o el abuso del derecho, que constituyen importantes límites, sobre todo, para la *fiducia cum creditore*.

En concreto, la aplicación de la Ley de usura de 1908, a través de su artículo 9 (127), puede suponer un importante correctivo a los negocios fi-

También, en la doctrina, LADARIA, *op. cit.*, pág. 59; NAVARRO MARTORELL, *Aislamiento...*, cit., pág. 459; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 418; SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 534; VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 212; NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., *El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1988, pág. 71 (quien señala que su problema no es de admisibilidad, sino de control). Algunos autores suelen insistir en que, pese a ser distintos, en la práctica suelen estar ligados: FELIU REY, *op. cit.*, págs. 110-111; SOLS LUCÍA, A., *El fraude de ley*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 123 y sigs.

(124) Cinco fallos ilustrarán esta aseveración. En la STS 9 diciembre 1981 se declaró que no existe causa ilícita por fraude a las ordenanzas farmacéuticas (que prohíben que una persona sea titular de dos farmacias) en una fiducia *cum amico* constituida para adquirir una nueva farmacia por el fiduciante, que ya poseía una. La STS 5 julio 1989 concluyó que el «negocio jurídico de puesta a nombre de otro», semejante a la fiducia, es válido cuando se concierta para eludir responsabilidades de tipo administrativo. Tampoco se estimó la existencia de fraude en la constitución fiduciaria de una Sociedad Anónima para rodear normas administrativas (Reglamento de Ordenación de transportes mecánicos por carretera de 1949) en la STS 19 junio 1992 (F.D. 8.º). La STS 14 octubre 1994 declaró la validez de la compra de acciones por medio de testafiero debido a la imposibilidad administrativa momentánea de hacerlo por sí. Por último, la STS 19 junio 1997 confirmó la reclamación de los fiduciantes contra los fiduciarios para obtener la propiedad de un piso que éstos adquirieron como «testaferros», respecto a unas viviendas de protección oficial «a la que [aquéllos] no podían optar, por tener otra de las mismas características ya en propiedad»; la Sala no considera fraudulento ni ineficaz el negocio. Cfr. STS 19 diciembre 1997 (Sala 3.ª, sobre el empleo de un titular fiduciario residente en Gibraltar, con fines de importación) y STS 31 diciembre 1997.

(125) En este sentido, vid. STSJ Navarra 22 enero 1994 que anula una fiducia de garantía otorgada, como quedó demostrado, con el único objeto de defraudar a otros acreedores.

(126) STS 22 diciembre 1988; vid. luego precisiones en apartado II.6.1.

(127) Artículo 9 de la Ley de usura de 23 julio 1908 (*Gaceta*, núm. 206, 24 julio 1908): «Lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido».

duciarios de garantía concertados abusivamente (128). Pero la consiguiente nulidad del negocio sólo tendrá lugar cuando se den los dos requisitos establecidos jurisprudencialmente al efecto: 1.º) Prueba cumplida de la situación económica angustiosa del deudor-fiduciante, que no le deja otra alternativa que concertar la garantía fiduciaria (129). 2.º) La desproporción económica que revela el carácter usurario del préstamo no se obtiene de comparar el importe de la deuda y el valor de la garantía, sino de contrastar la diferencia entre lo realmente recibido y lo que debe ser devuelto (130).

5. TIPOS: FIDUCIA *CUM AMICO* Y *CUM CREDITORE*; FIDUCIA-GESTIÓN, FIDUCIA-GARANTÍA Y FIDUCIA-LIBERALIDAD

El tratamiento indiferenciado del negocio fiduciario, como rúbrica única, sin distinguir entre sus dos modalidades clásicas, resulta antinatural, habida cuenta no sólo del diferente grado de confianza existente en cada una, sino del dispar *status* generado por la fiducia *cum creditore*, en que la situación fiduciaria se impone por el fiduciario y en su exclusivo beneficio, como acreedor, en relación con la fiducia *cum amico*, en la que el fiduciario actúa a la conveniencia del fiduciante (131) y en su interés. Distinguir ambos tipos no

(128) En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 539; FELIU REY, *op. cit.*, pág. 137. También, en detalle, las interesantes reflexiones de SAPENA, *op. cit.*, págs. 207-210; y un estudio de la jurisprudencia que relaciona usura con venta en garantía en VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 213-216.

(129) Fue rechazada la alegación de usura, por falta de situación económica angustiosa, en los negocios fiduciarios de las SSTs 10 diciembre 1992 y 25 febrero 1988. En cambio, el juzgador apreció como probada la situación angustiosa que desembocó en una fiducia de garantía en la STS 5 julio 1982, que anuló el negocio. Otros remedios para conseguir la ineficacia del negocio, cuando éste se concluye ante una necesidad económica acuciante, son el expediente de la falta de consentimiento o la existencia de un negocio simulado, y no fiduciario, por no tener su base en la confianza, sino en la necesidad absoluta (STS 3 mayo 1955; cfr. la STS 14 diciembre 1965). La STS 30 junio 1998 subraya, ante una venta en garantía, que «para calificar de usurario determinado préstamo ha de atenderse al momento de la celebración del contrato y es la realidad socio-económica de entonces la que ha de contemplarse y no la actual» (1983, cuando había estabilidad de los intereses del dinero).

(130) STS 25 febrero 1988; ésta continúa argumentando que la finca sólo estaba cedida a efectos de garantía, sin plazo ni cláusula de comiso ni otra obligación que abonar una renta mensual no usuraria, permaneciendo los fiduciarios en su posesión y disfrute, con posibilidad de recobrar la titularidad formal. Igualmente, SAPENA (*op. cit.*, pág. 207 y sigs.), quien señala que el valor superior de la garantía sobre el préstamo puede ocurrir también en la hipoteca, prenda o anticresis, y que el cálculo del carácter usurario, de límite impreciso, conviene hacerlo cuando el acreedor se ha apropiado definitivamente del bien.

(131) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 408; ID., *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 29. Le sigue VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 183-184. En la STSJ Navarra

obedece sólo a la sagacidad conceptual o al prurito terminológico, sino que presenta importantes consecuencias: acabamos de ver cómo los límites y la orientación del fraude son diferentes en ambos tipos de fiducia, como también lo son, para cada una, las figuras afines (132), las consecuencias registrales (133) y, sobre todo, como examinaremos a continuación, los efectos de la titularidad fiduciaria según sea su finalidad de garantía o de gestión. Es importante, por tanto, no generalizar, no hablar del negocio fiduciario en sentido unívoco, usualmente identificado con la fiducia *cum creditore*.

Como trasunto estas categorías tradicionales, existe una tipología moderna de los negocios fiduciarios que goza de notoria expansión en el ámbito comparado; se trata de la distinción entre «fiducia-gestión» (*fiducie-gestion*) y «fiducia-garantía» (*fiducie-sûrete*), además de la «fiducia-liberalidad» (*fiducie-libéralité*) (134). En la fiducia para fines de gestión o administración, fiducia de gestión o, simplemente, fiducia-gestión, el fiduciante transfiere al fiduciario la titularidad de los bienes con el único objeto de gestionarlos mejor, dadas las cualidades del fiduciario o la especial situación del fiduciante. Cuando la gestión sea en beneficio de un tercero al que se quiere beneficiar con dichos bienes, estaremos ante una fiducia-liberalidad (término que incluye la fiducia sucesoria y la fiducia de liberalidad *inter vivos*) (135), mientras que si la gestión es en propio interés del fiduciante nos encontraremos ante una fiducia-gestión por cuenta del fiduciante. En la «fiducia de garantía» (136) el fiduciante-deudor comunica la titularidad de los bienes o derechos al fiduciario, que asegura su crédito contra aquél en virtud de una sólida posición en relación con la cosa hasta que le sea satisfecho el débito.

1994 se remarca esta diferencia, con base en la dependencia más aguda del fiduciario hacia el fiduciante en la fiducia *cum amico* que en la fiducia *cum creditore*.

(132) Vid. *infra*, apartado II.7.

(133) Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 548.

(134) En detalle, ver la influyente obra de WITZ, C., *La fiducie en Droit privé français*, ed. Economica, Paris, 1981, pág. 54 y sigs. En Derecho alemán se distingue entre *Verwaltungstreuhand* y *Sicherungstreuhand*.

(135) Sobre la fiducia sucesoria y sus plasmaciones, CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria...*, cit., pág. 13 y sigs. y 197 y sigs.; y luego, apartado IV. La figura más eminente de la fiducia-liberalidad *inter vivos* es la donación fiduciaria; para la explicación de ésta, CÁMARA LAPUENTE, S., «Donación fiduciaria. Comentarios a la Ley 163 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, EDERSA, Madrid, 1998, tomo XXXVII, 1.º, págs. 51-75.

(136) Esta denominación emplea la Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra [al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., «La fiducia de garantía en Navarra», en *R. J. Navarra*, (XIV), julio-diciembre 1992, pág. 163 y sigs.]. La STS 22 diciembre 1988 propuso un giro terminológico —no demasiado secundado— en relación con la *fiducia cum creditore*, del siguiente tenor: «negocio de fiducia en garantía o negocio de garantía con fiducia».

La historia legislativa común de España ha conocido el reflejo normativo de intensas oleadas en el uso de la fiducia *cum amico* o fiducia-gestión. Así ha sucedido en situaciones de crisis social en que el derecho de propiedad quedaba vulnerado por expropiaciones fundadas en coyunturas políticas (137). El caso más paradigmático es el sucedido durante la persecución de los bienes de la Iglesia durante la etapa republicana; diversas normas trataron de reponer los bienes al *status* jurídico anterior a aquél en que la Iglesia, Ordenes y Congregaciones religiosas (Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero de 1942), y después también «cualquiera persona natural» (Decreto Ley de 28 de junio de 1962) «hubieran apelado al efugio de valerse de personas interpuestas, hoy muertas o desaparecidas, haciendo radicar nominativamente en éstas la titularidad de su dominio, cuya disposición en realidad se reservaban», a fin de salvaguardar sus bienes de disposiciones persecutorias del poder público (art. 1 de la Ley de 1941). Estos preceptos legales tutelaron la reclamación del fiduciante contra los herederos del fiduciario y ampararon la rectificación registral de los asientos afectados, so pretexto de que esos bienes «no salieron nunca de su verdadero patrimonio», el del fiduciante (art. 3, Ley de 1941) (138).

6. EFECTOS DE LA TITULARIDAD FIDUCIARIA MODERNA

Es hora de examinar, separadamente, la diferente eficacia de la titularidad fiduciaria, según se trate de fiducia-gestión o de fiducia-garantía. En un esquema simple, podemos distinguir, primero, dos situaciones en la dinámica de la *fiducia-garantía*:

- Una situación de funcionamiento «normal», en la cual puede suceder:
 - 1.º) Que el fiduciante-deudor cumpla las obligaciones contraídas y garantizadas con la fiducia; en tal caso, el fiduciario le devolverá el bien o derecho (139), ejecutando el convenio fiduciario. Es lo que se ha

(137) Por ejemplo, para evitar expropiación de bienes de los exiliados durante la ocupación marxista de Barcelona se emplearon legados y herencias de confianza (cfr. STS 2 noviembre 1944). VALLET DE GOYTISOLO *{Negocios en fraude...}*, cit., págs. 208-209, núm. 13) narra interesantes supuestos concretos ocasionados por la desamortización del siglo XIX o por la postguerra.

(138) La STS 5 julio 1989 se refiere a esos avatares históricos y a un caso más reciente. Las consecuencias de la legislación apuntada pueden verse, más en detalle, en DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 414-416; *El negocio fiduciario...*, cit., págs. 35-37; GARRIGÜES, *Negocios...*, cit., págs. 27-30.

(139) Imponen esa obligación las SSTs 10 julio 1957, 11 junio 1964, 14 diciembre 1965, 21 marzo 1969, 8 mayo 1972, 4 diciembre 1976, 2 junio 1982, 18 abril 1988, 22 diciembre 1988, 19 mayo 1989, 7 marzo 1990. La frase: el pacto obligacional «constriñe

dado en llamar el «derecho de rescate». 2.º) Que el fiduciante-deudor no cumpla en la forma o plazo estipulados; entonces el fiduciario-acreedor obtendrá la satisfacción de su garantía en la forma convenida, que puede ir desde la apropiación de la cosa (siempre que se respete la prohibición del pacto comisorio), hasta la venta del bien, pasando por un *ius retentionis* conminatorio. La resolución de este trance no es uniforme y dista mucho de ser pacífica, como vamos a ver.

- Una situación de funcionamiento «anormal», en la cual puede suceder: 1.º) Que el fiduciario, reclamado para la devolución por el fiduciante que ha cumplido su parte, se comporte deslealmente y adopte dos actitudes (140): a) Negarse a la restitución, que en todo caso deberá realizar, según se ha dicho (141); b) Haber enajenado los bienes confiados a terceros adquirentes, que gozarán de una protección diferente ante las pretensiones del fiduciante, según sean terceros hipotecarios o terceros civiles, con o sin buena fe. En cualquier caso, concurrentemente, el fiduciante posee un derecho a la indemnización de daños y

al comprador al uso del derecho adquiriendo en forma que no impida el rescate y consiguiendo deber en otro caso de indemnización de daños y perjuicios», que obra en algunas sentencias (3 mayo 1976, 6 abril 1987), no debe ser entendida en el sentido de ser optativo para el fiduciario devolver o pagar la indemnización si no quiere hacerlo, ni significa tampoco, en el contexto de la moderna titularidad fiduciaria, que si da un uso desleal al bien, el *único* castigo sea una indemnización. El readquirente debe dejar indemne al acreedor, por lo que reintegrará no sólo el capital del préstamo y sus intereses, sino también cualesquiera otros gastos (sobre esta idea, SAPENA, *op. cit.*, págs. 197-199).

(140) Cfr. SSTs 5 mayo 1955, 14 marzo 1964, 3 mayo 1976, 6 abril 1987. Por otra parte, acaso podría sostenerse la responsabilidad criminal del fiduciario desleal por delito de apropiación indebida, según aparece configurado éste en el artículo 252 del nuevo Código Penal de 23 noviembre 1995 (así lo afirmaban, para la legalidad anterior, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 417-418; le sigue VALLET DE GOYTISOLO, *Negocios en fraude...*, cit., pág. 219; también Soñs VILLA, I., «Negocio fiduciario y fideicomiso en España», en AA.VV., *El fideicomiso en México...*, cit., págs. 107-108); para que alguien cometa este delito es preciso que su título no sea transmisivo de la propiedad; por tanto, no se cumpliría el tipo penal si se entendiese que el negocio fiduciario se rige por la teoría del doble efecto. En consecuencia, mantener como norma general y no *ad casum*, la delictividad de la actuación desleal del fiduciario, cuando la propia naturaleza del negocio es controvertida y no delineada por preceptos legales, quizá pueda ser excesivo.

(141) Vid. nota penúltima. Cfr., también, Ley 466 F.N.N. Sólo el pago efectivo de la deuda o su consignación generan la obligación de devolución para el fiduciario, sin que baste el mero ofrecimiento de pago parcial en trámites de demanda (SSTs 10 julio 1957, 21 marzo 1969; cfr. STS 4 abril 1972), ni tenga relevancia el ofrecimiento extemporáneo de avales bancarios por el fiduciante incumplidor (STS 14 febrero 1996). Si en el pleito existe compromiso al fiduciante a devolver todo lo que adeuda o el que le restaba por reintegrar, el fallo incluirá tanto la condena al pago como el rescate del bien (SSTs 8 mayo 1979, 18 abril 1988). Cfr. STS 4 junio 1998 (que establece la obligación de devolver y desatiende —sin entrar al fondo— la subsistencia de garantías por otras deudas, no probadas).

perjuicios (142). 2.º) Que el fiduciante-deudor reclame el bien sin cumplir su obligación, alegando que el negocio fiduciario es simulado absolutamente, que no tiene causa, que no está permitido o con cualquier otro pretexto. Su pretensión no triunfará y subsistirá el derecho de retención del fiduciario hasta que se extinga la obligación (143). 3.º) Que se promuevan procedimientos de ejecución universal (quiebra, suspensión de pagos) o singular en los patrimonios del fiduciario o del fiduciante, truncando la estabilidad de la garantía fiduciaria.

En cuanto a la *fiducia-gestión*, la situación de funcionamiento «normal» tiene lugar con la cesión de la titularidad fiduciaria sobre el objeto en favor del fiduciario y su retransmisión al fiduciante una vez cumplidos los fines encomendados. El funcionamiento «anormal» devendrá cuando el fiduciario se niegue a devolver el objeto en el momento que se lo solicite el fiduciante (144) (cuando éste quiera, pues no hay obligaciones subyacentes y la base es la más absoluta confianza), o cuando lo emplee en unos fines ajenos a los ordenados (v. gr., en su propio beneficio, o enajenándolo a terceros en contra del destino de los bienes). También podrán plantear problemas las situaciones de quiebras.

Desglosemos los problemas más intrincados acto seguido.

6.1 *Fiducia-garantía*

- a) La limitada eficacia real: consecuencias «inter partes» y frente a terceros. Incidencia del Registro

La principal consecuencia de la moderna titularidad fiduciaria es, como se viene insistiendo, la falta de transmisión de la propiedad plena al fiduciario. Este recibe tan sólo una titularidad formal o «dominio impropio» que proyecta una apariencia externa de propiedad y constituye su fuente de garantía. Entre las partes de la fiducia de garantía, el fiduciario no puede esgrimir su título como propiedad perfecta frente al fiduciante. En esta línea, el fiduciario ni si-

(142) Cfr. ~SSTS 3 mayo 1976 y 6 abril 1987; SAPENA, *op. cit.*, pág. 174.

(143) SSTS 21 marzo 1969, 2 junio 1982, 25 febrero 1988.

(144) Está obligado a ello: SSTS 9 diciembre 1981, 4 febrero 1994, 14 julio 1994, 14 octubre 1994, 5 julio 1996, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997, 24 marzo 1997, 24 noviembre 1997; también STSJ Navarra 23 octubre 1997. Junto a la devolución procederá, en muchos casos, otorgar una escritura pública para la retransmisión (SSTS 4 febrero 1994, 18 marzo 1997). En caso de incumplimiento del fiduciario, es, si cabe, más evidente la restitución (SSTS 30 octubre 1965, 4 febrero 1994). También los causahabientes del fiduciario están obligados a la devolución: STS 27 noviembre 1995. En el caso de la STS 4 diciembre 1976, el tribunal no obligó a devolver al presunto fiduciario y testafarro porque no se consiguió probar la existencia del pacto fiduciario.

quiera puede adquirir la propiedad por usucapión, pues le faltan los requisitos para ello (ni justo título suficiente, ni buena fe ni posesión en concepto de dueño) (145); tampoco podrá hacer suyos los frutos del objeto cedido en garantía (146), quedando a salvo, naturalmente, los eventuales pactos de los contratantes que, por lo demás, en ocasiones respetan la posesión y el disfrute del bien en favor de su propietario material, el fiduciante-deudor.

Como derechos primordiales de cada parte en esta *relación interna* destacan el derecho de recuperación o rescate del fiduciante y el derecho de retención del fiduciario. Cuando el deudor constituyente de la fiducia cumpla su obligación, tendrá derecho a reclamar por medio de una acción real, que normalmente será la acción reivindicatoria (147), los bienes confiados al fiduciario; dicha acción será real, y no personal, porque el fiduciante en ningún momento ha perdido la propiedad, y esto es una consecuencia más, en su aspecto negativo, de la limitada eficacia real de la *causa fiduciae*. Lo que ocurre es que a esta acción será oponible por vía de excepción un derecho de retención (*ius o titulus retentionis*) del objeto por parte del fiduciario, con base en un «poder y título bastante» (la titularidad fiduciaria) (148) para eximir de la restitución mientras el deudor no cumpla. Este derecho de retención se concibe por la jurisprudencia y la doctrina (149) como el baluarte

(145) Sobre esto, en detalle y con cita jurisprudencial, JORDANO BAREA, *Mandato...*, cit., págs. 1447-1450; también DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 434.

(146) La STS 30 enero 1991 sanciona que la titularidad formal no permite al fiduciario hacer suyos los frutos, que, a lo sumo, podría aplicar a la reducción de su crédito.

(147) Considerar como personal la acción del fiduciante (p. ej., STS 14 diciembre 1966; y PUIG BRUTAU, *Negocio fiduciario*, cit., pág. 208), supondría un resabio de la teoría del doble efecto, al presumir que el fundamento de la acción es el derecho de crédito creado por el pacto y no la propiedad conservada. La acción reivindicatoria es el cauce procesal adecuado cuando el fiduciario tiene la cosa en su poder, esto es, cuando tiene la posesión (vid. *infra* la importante STS 2 diciembre 1996, respecto a la fiducia *cum amico*). En cambio, es razonable pensar que si el fiduciante conservó la posesión de la cosa por medio de una suerte de constituto posesorio, la acción ejercitable para recobrar la titularidad absoluta es la acción declarativa de dominio (cfr., en otro orden de ideas, DE LOS MOZOS, *Negocio fiduciario*, cit., pág. 481). Acciones reales similares pueden verse en el artículo 11.3.d del Convenio de la Haya sobre *trusts*. La diferencia anterior conduce a distinguir qué es lo que recupera el fiduciante (o, desde el otro punto de vista, qué puede retener el fiduciario), pues no tiene un contenido unitario, sino que depende de los pactos constitutivos de la fiducia: si el fiduciante conservaba la posesión de la cosa y el fiduciario sólo tenía una titularidad registral, la devolución se constreñirá a realizar los actos precisos para recomponer la situación inicial (escrituras de cesión, cancelación de inscripciones y nuevos asientos, etc.); si el fiduciario detentaba también la posesión, la restitución alcanzará a ésta igualmente (vid. PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 64).

(148) SSTs 5 diciembre 1959, 21 marzo 1969, 2 junio 1982, 25 febrero 1988, 22 diciembre 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 6 julio 1992.

(149) Suscriben la existencia de este *ius retentionis*, por ejemplo, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 432 y 434; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 481; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 169; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 546. En contra, GETE-ALONSO,

más firme del fiduciario en la fase de seguridad de la garantía, tal y como es entendida hoy la titularidad del fiduciario.

Por otra parte, en el *aspecto exterior* de la titularidad fiduciaria, la apariencia de propiedad trae consigo el poder de disposición sobre la cosa, que, en realidad, no se corresponde con las facultades dispositivas de cualquier propietario, debido, una vez más, a la limitada eficacia real de la causa fiduciaria, que impide una disposición del bien ajena al fin de garantía convenido. Por eso, un conflicto jurídico significativo puede producirse en el caso de que el fiduciario enajene el bien a terceros que lo adquieran confiados en su titularidad formal (150). La respuesta moderna a esta situación suele cifrarse en que los terceros que contraten con el fiduciario no podrán ser perjudicados por confiar en la plena eficacia de la titularidad dominical que el fiduciante confirió al fiduciario, sin exteriorizar su limitada condición de fiduciario; así se deriva de la responsabilidad que incumbe al fiduciante por sus actos propios, y siempre que se trate de terceros de buena fe y a título oneroso (151). Cabe demandar de la jurisprudencia, sin embargo, una mayor definición de este principio. En particular, debido a la protección adicional que procura el sistema registral y al régimen disímil que introduce la distinta naturaleza de los bienes, bueno será hacer la siguiente distinción (152):

- a) Si el inmueble está inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario, el artículo 34 LH protege al adquirente por negocio

Comentario a la Res. DGRN 5 junio 1991, cit., pág. 767 (cree que si ya es propietario no puede otorgársele un poder menor). Para un examen de la naturaleza jurídica polémica del derecho de retención del fiduciario, vid. distintas opiniones (admitiéndolo, en todo caso), en VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 223 y sigs.; PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 63; FELIU REY, *op. cit.*, pág. 123, núm. 252; FUENTESECA, C, *El negocio...*, cit., pág. 220 y sigs.

(150) Acerca de posibles medidas cautelares para evitar una enajenación contravenidora, JORDANO BAREA, *Mandato...*, cit., pág. 1451.

(151) Así, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 435; le sigue PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 65; también PUIG BRUTAU, *Negocio...*, pág. 208, que considera válidos esos actos. Parecidamente, FELIU REY, *op. cit.*, pág. 120; ALBALADEJO, *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 675. En el mismo sentido, la STS 6 junio 1995 (que resolvió la adquisición del tercero porque conocía el pacto fiduciario y, por tanto, carecía de buena fe; de lo contrario, dice el TS, hubiera sido protegido). Parecidamente, la STS 12 febrero 1988 declaró que «los actos dispositivos que realice el fiduciario, aparente titular dominical, serán plenamente eficaces en favor de tercero de buena fe por título oneroso, que haya inscrito su adquisición, en virtud de la responsabilidad del fiduciante, al haber creado» la apariencia. Similar, la STSJ Cataluña de 2 julio 1990, con cita de otra jurisprudencia. La STS 18 abril 1988 declaró la nulidad del acto de aportación de unas fincas tenidas en fiducia de garantía, por parte del fiduciario a una Sociedad Anónima constituida por él y otras personas.

(152) Sigue un esquema parecido GETE-ALONSO, *Anotaciones a ENNECCERUS-NIPPERDEY, Tratado...*, cit., 1-2.º, vol. 1, págs. 135-136, aunque sus resultados no son del todo idénticos.

jurídico válido, a título oneroso, de buena fe, que adquiriera de quien aparece en el Registro como titular con facultad de disposición. El tercero que adquiere del titular fiduciario y registral tendrá una posición plenamente protegida, sobre todo si se tiene en cuenta que, normalmente, el convenio fiduciario, interno, oculto, no constará en la inscripción registral. Ahora bien, es legítimo sostener que carece de buena fe y, por tanto, de la tutela que proporciona el régimen registral, el tercer adquirente que conoce el carácter fiduciario de la titularidad de su transmitente por conocimientos extrarregistrales (153).

- b) Si el inmueble no está inscrito o no lo está a favor del fiduciario, éste podrá disponer a favor de tercero, pero no podrá transmitirle más derecho que el que él mismo tenía —*nemo dat plus...*—. En consecuencia, si este tercero (civil) adquirió a título oneroso y de buena fe, no podrá salir perjudicado con el negocio, como reza el principio, por lo que deberá resultar totalmente indemnizado por el fiduciario, ante la legítima reivindicación del bien por el fiduciante, que prosperará (154).
- c) Si se trata de un bien mueble, es posible la defensa de la posición del tercer adquirente *a non domino* (no lo es el fiduciario), cuando aquél cumpla los requisitos del artículo 464 del Código Civil; de forma que la reivindicación del fiduciante, excepcionalmente, no prosperará contra el adquirente *a non domino*, dada la apariencia que el fiduciante creó (no fue «privado ilegalmente» del bien); tendrá una acción de indemnización contra el fiduciario que contravino el acuerdo fiduciario. Pero, una vez más, si se prueba la ausencia de buena fe del tercero (por conocer la calidad fiduciaria de su transferente), la transmisión no será válida y el fiduciante recuperará el objeto (155).

Conviene hacer una precisión general sobre las relaciones entre la eficacia del Registro de la Propiedad y el negocio fiduciario. El artículo 2.3.º de la Ley Hipotecaria establece que son inscribibles «los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto

(153) En este sentido, VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 227 y 230; y, especialmente, SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, págs. 178-185.

(154) Vid. SAPENA, *op. cit.*, pág. 182 y sigs. En esta línea, STS 26 febrero 1990 (y vid. interesantes comentarios al respecto de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, en CCJC, 23, 1990, marginal 598, págs. 485-506. Cfr. también, RODRÍGUEZ ADRADOS, *Escrituras, contraescrituras y terceros*, cit., pág. 229 y sigs.

(155) En contra, GETE-ALONSO, *loe. ult. cit.*, que estima que «el que la causa configure a la propiedad haciéndola limitada temporalmente, si es conocido por el tercero, no tiene por qué perjudicarlo porque ha adquirido de aquél que era su propietario».

determinado». La doctrina española moderna ha fundado en este precepto la posibilidad de inscribir el negocio fiduciario. Es bien cierto que la titularidad del fiduciario tiene acceso al Registro (156) y se ajusta perfectamente a la titularidad formal de todo titular registral, dada su apariencia de propietario. Pero, en mi opinión, es incorrecto sostener que el negocio fiduciario entero, como complejo negocio unitario, incluido su aspecto interno (el convenio fiduciario que limita la titularidad externa), sea objeto de inscripción (157). Y no lo es, debido a la estructura de la fiducia, ya explicada, en la que hay un plano externo y otro interno, oculto; en el documento que se presenta a la calificación registral no constará la finalidad fiduciaria, pues, de lo contrario, o bien se tratará de un derecho real atípico distinto de la fiducia o si no, contendrá aspectos de carácter obligacional que impedirán su inscripción (158). El tenor literal del citado artículo 2.3.º LH, no supone objeción alguna a esta idea, puesto que, desde su origen (en 1861), tenía por fin primordial permitir la inscripción de herencias de confianza y fideicomisos de tipo romano, y, de ningún modo, fue redactado pensando en los negocios fiduciarios (159), aunque, a la postre, su faceta externa tenga cabida en la norma.

(156) A modo de ejemplo, cfr. como SSTs más significativas, las de 22 mayo 1956, 10 noviembre 1958, 12 febrero 1988, 30 enero 1991, y la Resolución DGRN 14 junio 1922. Naturalmente, una vez cumplidos los fines de la fiducia y destruida la titularidad fiduciaria, procede la cancelación de la inscripción y el cambio de titular registral para acomodar la realidad al Registro: SSTs 22 mayo 1956 y 18 marzo 1997.

(157) En el mismo sentido, ALBALADEJO, *El negocio fiduciario...*, cit., págs. 666 y 675; secunda su opinión FUENTESECA, C., *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 197; del mismo parecer, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 357. A similares resultados, desde la óptica de la teoría del doble efecto llegan algunos autores, pero por diferente argumentación: en lugar de rechazar la inscripción del pacto fiduciario por su carácter oculto, la niegan en virtud de la imposibilidad de inscribir los derechos puramente personales u obligacionales (arts. 9 y 98 LH; y 7 y 9 del Reglamento); así, v. gr., GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 41-42; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., págs. 216-220. En cambio, algún autor (ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1948, II, pág. 227 y sigs.) ha sostenido que el negocio fiduciario ingresa en el Registro en todo su contenido, incluido el pacto fiduciario; cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, págs. 534 y 546; VALLET DE GOYTISOLO, *Negocios en fraude...*, cit., págs. 224-225.

(158) En este sentido, Res. 30 junio 1987 (que no admitió la inscripción de una venta en garantía en la que el fin fiduciario constaba en el único documento público que articulaba el negocio, alegando, entre otros interesantes argumentos que no podía reflejarse el complejo derecho real de garantía producido por falta de su extensión y naturaleza en la escritura, en virtud del principio de especialidad); cfr. también STS 7 mayo 1991 (que traía causa del mismo negocio examinado en la citada resolución).

(159) Diversos argumentos evidencian esa afirmación, como las declaraciones de los redactores de la primera Ley Hipotecaria de 8 febrero 1861, las interpretaciones de los primeros comentaristas, el examen sistemático de otros preceptos legales y reglamentarios, etc.; creo haberlo demostrado cumplidamente en CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 873-892, a donde me remito. Ello explica la reacción de

b) Realización de la garantía y pacto comisorio

Acabamos de ver cómo durante la fase de seguridad o pendencia de la garantía fiduciaria la protección del acreedor se produce sobre todo mediante el derecho de retención. Pero la cuestión más importante en realidad en cuanto a la eficacia de la fiducia-garantía y su futura subsistencia en el ordenamiento jurídico se encuentra en explicar qué ocurrirá si llega la fase de realización o satisfacción de la garantía; es decir, ¿*quid* si el deudor fiduciante incumple sus obligaciones? ¿Podrá el acreedor fiduciario apropiarse definitivamente del objeto, habrá de recurrir a procedimientos ejecutivos similares a los de otras garantías reales, o carecerá de cualquier otra facultad distinta del *ius retentionis*? En verdad, de la respuesta a estos interrogantes depende el fomento o la erradicación de los negocios fiduciarios *cum creditore* como alternativa negocial útil.

El obstáculo más grave a la eficacia de la fiducia de garantía estriba en la prohibición del pacto comisorio. Este consiste en que el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, se adjudica íntegramente la cosa en satisfacción de su crédito; y la incorpora a su patrimonio automáticamente o también la realiza mediante un procedimiento expresamente convenido por las partes, pero que no es el previsto por la ley (160) (por ejemplo, la venta privada, no pública, por el acreedor). En la actualidad, la doctrina dominante entiende que el pacto comisorio está proscrito con carácter general para todos los negocios de garantía, aunque la prohibición resida, con carácter expreso, exclusivamente, en el entorno de algunas garantías reales típicas (arts. 1.859 y 1.884 del Código Civil) (161); por tanto, esta prohibición se extiende también, de forma analógica, a la fiducia de garantía (162).

asombro de la doctrina española ante la presunta regulación registral de los negocios fiduciarios treinta años antes de que éstos fuesen desarrollados por los autores alemanes y con más de ochenta años de antelación a los primeros análisis y pronunciamientos españoles sobre la fiducia. También las adjudicaciones para pago tienen cabida en el artículo 2,3.º del Código Civil, tal como éste fue concebido desde sus orígenes (cfr., asimismo, art. 45 LH).

(160) BUSTOS PUECHE, J. E., «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», en *ADC*, 1990, pág. 559.

(161) Acerca de la explicación histórica de estos artículos y sus diferencias, así como de las varias fundamentaciones de la interdicción del pacto comisorio, vid., por todos, FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio...*, cit., págs. 33 y sigs. y 66 y sigs., respectivamente.

(162) REGLERO CAMPOS, *Ejecución de las garantías...*, cit., págs. 425-6, 439, 441, 445; PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 61; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, págs. 166-167; VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 201 y sigs. y 220 (con matices); BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pág. 569; FELIU REY, *op. cit.*, pág. 138; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 541 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la Res. DGRN 30 junio 1987», en *CCJC*, 1987, núm. 15, pág. 4933; ROCA TRÍAS, E., «Rasgos básicos de la regulación española en materia

Sin embargo, esta aplicación del veto al pacto comisorio no debe llevarnos a concluir la nulidad del entero negocio fiduciario, puesto que, y en esto existe acuerdo doctrinal, la nulidad del pacto no se extiende al contrato (163), en virtud del adagio *utile per inutile non vitiatur*. El problema es que la imposibilidad del comiso en la fiducia deja bastante desgarnecida la posición jurídica del fiduciario, sobre todo si se observa desde el punto de vista tradicional, que predomina en la conciencia de cualquier jurista, consistente en que «el prestamista fiduciario se encuentra con un respaldo de garantía de más enérgica y contundente eficacia que la que puedan proporcionarle la prenda y la hipoteca» (164). ¿En qué queda esta garantía si es nulo el pacto entre los contratantes de apropiación por el fiduciario si el fiduciante incumple?

Por ello, es necesario aplicar la prohibición del pacto comisorio, para no facilitar un cómodo expediente defraudatorio de un límite imperativo, pero conviene conceder al fiduciario mecanismos útiles en el momento de la satisfacción de su garantía, si no se quiere acabar con el recurso a las fiducias de garantía. ¿Cómo se puede conseguir este equilibrio? Por supuesto, a modo de premisa, si no existe pacto de carácter comisorio, el fiduciario nunca podrá apropiarse de la cosa; es decir, no cabe entender implícito el pacto en toda fiducia-garantía. Si dicho pacto existe, las soluciones serán distintas, a mi entender, dependiendo de que exista desproporción o no entre la deuda y el objeto dado en garantía, es decir, dependiendo de que sea un pacto comisorio puro o bien un pacto marciano.

— En el primer caso, ¿cabría la apropiación directa por el fiduciario si el valor de la garantía es desproporcionadamente superior? Dos haces de respuestas han sido ofrecidos:

de negocios de garantía», en AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, I, pág. 160; DURAN RIVACOBIA, *La prohibición del pacto comisorio...*, cit., pág. 84; *La propiedad en garantía*, cit., pág. 168 y sigs. Sobre todo, en este sentido, pionera y argumentada fue la Res. DGRN 10 junio 1986. En cambio, cfr., en contra, la criticada (REGLERO, *op. cit.*, págs. 421-422; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 543), STSJ Cataluña 31 octubre 1991, que afirmó que «no existe en nuestra legislación común una prohibición general del pacto comisorio, pues aunque el artículo 1.859 del Código Civil previene que el acreedor no puede apropiarse de las cosas hipotecadas, otros —verbigracia el 1.504— parecen admitirlo». Según GETE-ALONSO [*Anotaciones a ENNECERUS-NIPPERDEY*, cit., 1, 2, 1.º, pág. 137; aunque con posterioridad ha suavizado su postura: *Comentario a la Res. DGRN 5 junio 1991*, cit., pág. 768), «es éste el único punto que puede hacernos pensar en la no admisión del negocio fiduciario con garantía, en nuestro sistema; dado el supuesto de que supondría una violación de la prohibición del pacto comisorio, lo que haría al negocio con causa ilícita».

(163) STS 13 marzo 1995; vid. *infra*.

(164) SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 531, quien insiste (pág. 542) en las ventajas de la satisfacción del crédito y en que, de forma previa, «el *tradens* se ha desprendido de la titularidad de la cosa, bloqueándola de tal modo a favor del *accipiens* que ya no le es posible servirse de ella para garantía de otros acreedores».

1.º) Partiendo de una concepción clásica de la fiducia, tributaria de su diseño romano, se ha sostenido la licitud de esa apropiación o consolidación del dominio del acreedor fiduciario (165). Así parecía permitirse en el Derecho romano clásico (166), así lo admite una importante línea jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (167), y así, incluso legislativamente, resulta del tenor literal de la Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra (168). Algún autor, con el fin de ofrecer alguna protección al deudor-fiduciante, dotar de publicidad suficiente al definitivo trapaso dominical y evitar el automatismo de la *lex comisorio* pura, ha sugerido la necesidad de un requerimiento (notarial o judicial) de pago, que haga insuficiente la voluntad unilateral del

(165) LADARIA CALDENTEY, *op. cit.*, pág. 58, núm. 59, que estima que el efecto natural de la fiducia es conservar la cosa definitivamente o proceder a su venta y alega en su favor abundante doctrina romanista, en especial, BURDESE, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, págs. 9-10.

(166) No existe, sin embargo, acuerdo en la doctrina romanista acerca de que la fiducia llevase aparejada, de suyo, siempre y como efecto natural, una *lex commissoria*, aunque la mayoría se pronuncia, con precauciones, debido a la escasez de fuentes, en sentido negativo (FUENTESECA, P., *Líneas...*, cit. págs. 433-435; FUENTESECA, C., *El negocio...*, cit. págs. 31, 49-52 y 56-58; BISCARDI, A., «La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali», en *Studi Betti*, II, 1962, págs. 575-589; D'ORS, *Epigrafía...*, cit., pág. 444; *Derecho privado...*, 8.ª ed., § 464, pág. 521). Esto no empece a reconocer la validez de establecer en el Derecho romano clásico (hasta Constantino) bien un pacto comisorio o un pacto de vender en caso de incumplimiento, ambos válidos (vid. mismos autores).

(167) SSTs 20 enero 1966, 20 mayo 1986, 6 abril 1987, 7 marzo 1990, 6 julio 1992, 21 julio 1992 y 30 junio 1998. En estas sentencias, el supuesto de hecho, las pretensiones de los recurrentes y el fallo conducen a la admisión del pacto comisorio en la fiducia de garantía. Así, por ejemplo, en la STS 20 enero 1966, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor se quedó con la cosa, previa notificación notarial al deudor, aunque el Tribunal calificó la fiducia como una compraventa con condición suspensiva. En el FD 2.º de la STS 21 julio 1992 se señala, *a contrario*, que el fiduciario no necesita acudir a la pública subasta, pues puede, simplemente quedarse con la propiedad si hubo incumplimiento. Las manifestaciones directas, más contundentes sobre este punto, son realizadas en la STS 7 marzo 1990: «si el cumplimiento no llega a producirse dentro del plazo para ello estipulado expresamente, consolidará [el fiduciario] el pleno dominio en su favor, siempre que no existan otros obstáculos, al margen del propio negocio fiduciario, que impidan al contrato, a través del cual aquél fue instrumentado, desplegar la referida virtualidad transmisiva del dominio»; y en la STS 6 julio 1992, en la que se concluye que pasado el plazo de la opción *d&c.* compra en garantía, el fiduciario adquiere la propiedad pues la transferencia corre «las eventualidades de lo que acontezca sobre la obligación principal garantizada». Por último, la STS 30 junio 1998 declara que la venta en garantía «produce sus efectos de forma limitada durante el tiempo de vigencia de la obligación garantizada, ya que los adquirentes quedaban obligados a retrovender si sus enajenantes cumplían con los pagos acordados y hacían uso del retracto convencional acordado, y de no ser así, como en este caso ha sucedido, es cuando se produce la consolidación del pleno dominio a favor de los recurridos de la vivienda adquirida en la escritura de 4-11-83. Se trata de un negocio plenamente válido y eficaz...»

(168) Ley 466 F.N. *in fine*: «si así se hubiere pactado, podrá el acreedor, en caso de mora del deudor, adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada». Cfr. leyes 477 y 486.

acreedor y propicie la confluencia con la voluntad del deudor, que declare expresa o tácitamente no querer o no poder pagar, o al menos, pruebe su falta de oposición a la transmisión (169). Se trata, en definitiva, de una modulación, atemperada, de la misma tesis.

2.º) Pero esta tesis de la apropiación por el fiduciario encuentra la barrera infranqueable de la vigente prohibición del pacto comisorio, si, como suele entenderse hoy en día, afecta a todo tipo de garantías reales. La apropiación no sería posible, tanto por aplicación directa y analógica de la prohibición a la fiducia, según la mayoría de la doctrina científica y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (170) y, asimismo, una corriente jurisprudencial (171), como por aplicación indirecta del veto, a través de las ideas del

(169) SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pág. 199 y sigs. y, sobre todo, págs. 204-206, detallando las formas de ese requerimiento y su apoyo legal y consuetudinario. También se ha sugerido (SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 546 y núm. 54) que si el dominio ha de tornarse irrevocable y encuentra oposición del prestatario incumplidor, tras la interpelación, precisará una declaración judicial definidora, en la cual el juez podrá atender a la nivelación patrimonial justa, de forma que si la cosa vale más que el préstamo, el acreedor podrá quedarse con la cosa abonando la diferencia al fiduciante, según indique la resolución judicial. Esta solución coincide prácticamente con el válido mecanismo del pacto marciano, examinado *infra*.

(170) La posición de la DGRN es muy firme: Resoluciones de 10 junio 1986, 30 junio 1987, 29 septiembre 1987 y 5 junio 1991. Pese a las importantes declaraciones en el sentido la prohibición del pacto comisorio también para la fiducia que hacen las Res. de 30 junio 1987 y 5 junio 1991, cabe dudar que los negocios que se presentaban a calificación en ellas fuesen auténticos negocios fiduciarios, dado que el complejo negocio, con todos sus pactos, se presentaba en un documento público único, lo que produjo problemas de calificación para el Registrador y la Dirección General en ambos supuestos, y la denegación de acceso al Registro en el primer caso (FD 4.º), por tratarse de una garantía atípica sin naturaleza precisa y no servir para transmitir la propiedad. En la citada Res. de 30 junio 1987, se subraya que «la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno; a lo sumo podría fundar una transmisión eventual a consolidar en caso de incumplimiento, pero tal hipótesis choca frontalmente con la prohibición legal del pacto comisorio proclamada, entre otros, en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil». Ya en la Res. DGRN 10 junio 1986, tras repasar la historia y amplitud de la prohibición, se concluía, en el considerando 4.º, que «no cabe argüir en favor del pacto comisorio la admisión jurisprudencial de supuestos de *fiducia cum creditore pignoris jure*, pues, según la mejor doctrina, si la causa de la transmisión es la garantía, el adquirente, cualquiera que sea la vestidura externa del negocio, tendrá sobre la cosa sólo facultades de garantía entre las que no puede estar (...) la de apropiación por falta de cumplimiento de la obligación». Respecto a la doctrina científica, véase la citada en una nota anterior.

(171) Principalmente, la STS 22 diciembre 1988, que rechazó en su FD 18.^a la aplicación al caso de la *lex commissoria*, señalando que «este repudio obedece a la consideración de que en aquellos casos en que, como el aquí contemplado, la causa eficiente de la garantía consistente en la transmisión de la propiedad fue el préstamo, la aceptación de estos pactos no es aconsejable: a) Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza; b) Porque en el Código Civil existe una

fraude (172), la simulación, la usura, el enriquecimiento injusto, etc. La consecuencia de aplicar la prohibición es que, para satisfacer su crédito, el fiduciario-acreedor debe acudir a los procedimientos propios de la hipoteca o la prenda, es decir, a la venta en pública subasta judicial o notarial (173), en los cuales se garantiza la publicidad y el retorno del dinero sobrante, tras cubrir el débito, al deudor. En definitiva, la garantía del fiduciario, en fase de eje-

concreta prohibición de los mismos para los contratos de garantía a que el artículo 1.859 se refiere (hipoteca y prenda); c) Porque aun cuando algún sector de la doctrina científica no lo admita, lo cierto es que la más generalizada posición acepta que la prohibición contenida en dicho precepto pueda extenderse a otros supuestos, lo cual no rechaza la jurisprudencia de esta Sala», por aplicación analógica. En la STS 13 marzo 1995 se solicitaba la nulidad de un negocio fiduciario por existencia de una «ilícita cláusula comisorio», lo cual no concedió el TS, porque, además de estar admitida la fiducia-garantía, «a lo más que pudiera llegarse, en casos como el presente, si se entiende que lo dispuesto en los artículos 1.859 y 1.984 [sic] es extensible a la fiducia *cum creditore* sería a la anulación del pacto comisorio que, en estos términos, no se ha solicitado, por lo que razones de congruencia imposibilitan declararla». Por su parte, la STS 19 mayo 1982, sin hacer referencia a la prohibición del pacto comisorio, declaró que la fiduciaria «no puede obtener más que la devolución íntegra de la cantidad reconocidamente adeudada, sin que pueda accederse a la solicitada incorporación a su patrimonio, por modo definitivo, del derecho de propiedad sobre la finca objeto de compraventa, ya que no fue este efecto la finalidad perseguida, sino que se quiso sólo el garantizar la efectividad de la devolución de la cantidad (...)». Aunque no se pronuncian en los términos de las tres sentencias anteriores, son de interés: la STS 30 enero 1991, en la cual, aunque a nivel teórico el TS sostenga que el fiduciario sólo puede obtener una devolución de lo garantizado, a nivel práctico, la consecuencia práctica del fallo es la facultad de enajenar del fiduciario para cobrarse (FD 4.º y 6.º); y la STS 10 diciembre 1992, que indica que en el negocio sólo hay un préstamo a devolver y, por lo tanto, no «puede convertirse en un derecho real *quasi* de hipoteca en cuya virtud se sujeten los locales al cumplimiento de la obligación (el préstamo) que garantizan». De sumo interés también, la STS 14 febrero 1996, intermedia (vid. *infra*). Y, por último, estima que la prohibición «es aplicable a toda garantía, dadas las razones de moralidad e interés general en que se asienta», prohibición que incluye la fiducia *cum creditore*, la STS 13 mayo 1998.

(172) V. gr., PUIG BRUTAU, J., en sus anotaciones a G. BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1959, págs. 373-375: los acreedores podrían impugnar por fraude la adquisición del *superfluum* por parte del adquirente de la garantía.

(173) Cfr. artículos 1.858 y 1.872 del Código Civil (prenda) y 1.429 y sigs. LEC. Además de los autores citados antes (nota 161) respecto a la extensión de la prohibición del comiso a la fiducia, preconizan también la misma posición que un acreedor prendario o hipotecario para el fiduciario en fase de realización JORDANO BAREA, *Naturaleza, estructura...*, cit., pág. 831; ID., *El negocio fiduciario*, cit., págs. 141 y 144; PINO BRUTAU, *Fundamentos...*, 2.ª ed., cit., II, 1, pág. 515; LACRUZ-RAMS, *Elementos...*, 3.ª ed., cit., II, 1, pág. 476; GONZÁLEZ MENESES, *op. cit.*, pág. 431; FUENTESECA, C., *El negocio...*, cit., págs. 224-225 (que describe el *iter* procesal); cfr. también REGLERO, *op. cit.*, págs. 449-450. Contra la doctrina dominante, pone objeciones a la existencia de *ius distrahendi* del fiduciario, por suponer creación de créditos preferentes *extra legem* FELIU REY (*op. cit.*, págs. 124-126 y, en especial, núm. 255), que entiende que el derecho de retención es el único contenido de la garantía del fiduciario; con similar orientación, ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 161.

cución, se concretaría en su facultad de vender el objeto por los cauces legales para las demás garantías y resarcirse con el precio de la venta hasta el importe de su crédito.

— En cambio, en el caso de que el valor de la garantía sea proporcionado y equivalente a la deuda, el fiduciario podría obtener la propiedad del bien ante el incumplimiento del deudor, si así se pactó y se fijaron plazos, puesto que se trataría de un pacto marciano, generalmente admitido, y también para los negocios fiduciarios (174). El único límite es que debe existir un procedimiento objetivo de valoración de la cosa (175), para evitar la desprotección total del deudor.

Como se ha podido comprobar, en la relación entre pacto comisorio y fiducia, al Tribunal Supremo le corresponde un papel importante en los años venideros, que le urge arrostrar, teniendo en cuenta que no sigue una línea uniforme, más bien inclinada aún a permitir el comiso en la fiducia de garantía, en contra de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (176). Recientemente, es de apreciar la prudencia del juzgador en la STS de 14 de febrero de 1996: ante el incumplimiento del deudor, el acreedor fiduciario solicitó judicialmente «una declaración firme, eficaz, definitiva y vinculante de la propiedad», conforme a los derechos cedidos en escritura pública; la sentencia no reconoció la apropiación definitiva, sino que declaró que se cumpliera (con elevación a escritura pública) lo estipulado en el documento privado que contenía el acuerdo fiduciario, en el cual se prevenía la venta de los apartamentos dados en fiducia en caso de incumplimiento

(174) Expresamente, FELIU REY, *op. cit.*, págs. 90-92; BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 75 (el fiduciario debe abonar al fiduciante «una suma igual a la diferencia entre el valor del bien, calculado de forma objetiva, y la cuantía del débito impagado»); CARAMÉS PUENTES, J. C., «Algunas garantías inmobiliarias atípicas o indirectas», en *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, enero-junio 1981, pág. 143; GETE-ALONSO, *Comentarios a la Res. DGRN 5 junio 1991*, cit., pág. 768. También defienden su admisión en general, VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 205; REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, págs. 430-432 (válidos los pactos en que exista conmutatividad, justiprecio); cfr. DURAN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 71-72 y 75-76 y sigs. Para más bibliografía sobre el pacto marciano, consultar las obras citadas.

(175) Sobre las modalidades de procedimientos objetivos y su crítica, vid. GÓMEZ GÁLILIO, *op. cit.*, págs. 544-545; BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, págs. 564-566, quienes ponen en duda la viabilidad del pacto. A favor del mismo y de la valoración objetiva, en detalle, FELIU REY, págs. 77-88 y, en especial, pág. 79.

(176) Sobre las posibles causas de esta divergencia entre el TS y la DGRN, GETE-ALONSO, *Comentario a la Res. DGRN 5 junio 1991*, cit., págs. 764-765; FELIU REY, *op. cit.*, págs. 137-138. Para un examen pormenorizado de la jurisprudencia, DURAN RIVACOBÁ, R., «La prohibición del pacto comisorio en la jurisprudencia», en *Estudios sobre ejecución universal*, Oviedo, 1997, págs. 15-196; *La propiedad en garantía...*, cit., en especial, pág. 168 y sigs.

y se contenían las necesarias previsiones para la aplicación de la cantidad que el fiduciario pudiera obtener con la venta (177).

c) Procedimientos ejecutivos de terceros acreedores contra fiduciario o fiduciante

El análisis realizado hasta ahora, que acaba de contemplar los efectos *inter partes* del incumplimiento del deudor fiduciante, no estaría completo sin tener en cuenta las incidencias que la aparición de otros acreedores del fiduciante o del propio fiduciario puede ocasionar respecto al contrato fiduciario y a los derechos de los contratantes y, en concreto, los derechos preferentes sobre la cosa fiduciada que puedan tener éstos en relación con dichos terceros acreedores. Ha sido éste uno de los temas más conflictivos y, en concreto, la quiebra del fiduciario o del fiduciante, ha sido considerada como «una preciosa piedra de toque para calibrar la eficacia de las diversas fórmulas definidoras de dicha relación» (178). En la actualidad puede considerarse el problema resuelto satisfactoria y concordemente desde la configuración de la moderna titularidad fiduciaria (179).

Los problemas que ocasionaba la teoría del doble efecto en este punto radicaban en el traspaso de la propiedad al fiduciario, pues, en consecuencia, el fiduciante sería un acreedor más del fiduciario quebrado, sin derecho real ni de separación sobre el bien fiduciado, sino sólo con un derecho de crédito tratado igual que el de cualquier otro acreedor (*par conditio credito-*

(177) De interés, en esta línea (aunque con resultados contradictorios) el matiz que resalta la STS 13 mayo 1998, al afirmar que «en la transmisión de la propiedad con fines de garantía, ante la falta de todo convenio entre las partes sobre la realización de los bienes, ni el acreedor puede apropiárselos porque incurriría en la prohibición del pacto comisorio (...), ni puede determinar el procedimiento de realización forzosa de su crédito: ha de hacerlo acudiendo a las normas de procedimiento legalmente establecidas, que son de *ius cogens* y de interés público (...)». La Sala del TS imputa al fiduciario-acreedor haber procedido «con notoria precipitación y torpeza, pues no ha convenido con el deudor el modo y manera de proceder contra los bienes, caso de incumplimiento de la obligación garantizada (...). Arrogándose el poder de ejecutar, por sí y ante sí, se ha acogido al artículo 1.872 del Código Civil y ha subastado notarialmente el inmueble y las joyas transmitidas en garantía (...) y es que el precepto citado, en el que trata de amparar su conducta, está dictado sólo y exclusivamente para la realización de un derecho real de prenda» (cursiva mía).

(178) NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 275.

(179) Los estudios más detallados sobre el tema son los de DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 409-414; DE ÁNGEL, *op. cit.*, en especial, págs. 56-67; y, muy recientemente, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M, *La reserva de dominio en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 341-458. Desde un punto de vista comparado (italiano, alemán e inglés), es de provecho la clásica monografía de JAEGER, P. G., *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Giuffrè, Milano, 1968.

ruin) (180). La cesión de una titularidad fiduciaria, en lugar de un traspaso dominical, invierte las soluciones que, en síntesis, pueden exponerse de la siguiente forma, según se trate de procedimientos de ejecución universal (quiebra, como paradigma; concurso; suspensión de pagos) o de ejecución singular (embargo):

— En la *ejecución universal por deudas del fiduciario*, al fiduciante, como auténtico propietario que es, le asiste el derecho de separación del bien de la masa del quebrado o concursado (181). En consecuencia, podrá recuperar o rescatar el bien objeto de la fiducia-garantía, pero a condición de pagar la deuda debida (o lo que restase) al fiduciario quebrado (182), en definitiva, a la masa de la quiebra, como subrogada suya; pues de lo contrario se dejaría ineficaz el negocio fiduciario, con incumplimiento de la obligación del fiduciante, y se defraudarían los derechos de los acreedores del fiduciario, el cual contaba con ese crédito contra el fiduciante en su activo patrimonial.

El fundamento legal para esta solución se ha encontrado en el artículo 908 del Código de Comercio, que establece que los «bienes que existan en la masa de la quiebra, *cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable*, se considerarán de *dominio ajeno* y se

(180) Así, NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 278. Aunque, ante el tenor del artículo 908 del Código de Comercio y buscando la equidad, a costa de romper la lógica de la construcción, se postuló por sus mismos defensores el derecho de separación del fiduciante, con base en el enriquecimiento injusto de la masa de la quiebra o la frustración del fin fiduciario si se incluían los bienes en la masa de la quiebra del fiduciario (cfr., con distintos matices, JORDANO, *El negocio...*, cit., págs. 146-155, sobre todo, pág. 152 y sigs.; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 85; NÚÑEZ LAGOS, R., «Mandatario sin poder», en RDP [XXX], 1946, págs. 625-626; cfr. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 696). En cuanto a la quiebra del fiduciante, según el doble efecto, el fiduciario, como propietario, sí tendría derecho de separación de la *res sub fiducia*, aunque la masa de la quiebra, como subrogado personal del fiduciante, tendría los mismos derechos personales que éste contra el fiduciario por el pacto interno.

(181) DE CASTRO, *op. ult. cit.*, pág. 410 y sigs.; DE ÁNGEL, *op. cit.*, págs. 57-58; JORDANO, *Mandato...*, cit., págs. 1450-1452 (con examen detenido del Código de Comercio); GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 546; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 174; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El derecho de separación en la quiebra», en AA.VV., *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 285-286, etc.

(182) VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 232-233, quien trae en apoyo de esta idea la STS 19 mayo 1989 (relativa a otra garantía, la reserva de dominio); también, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, págs. 349 y 357. En línea similar, la STS 22 diciembre 1988 en la que, ante la suspensión de pagos del fiduciario, el comité liquidador solicitó la adquisición plena de la propiedad, a lo que el TS contestó afirmando que el fiduciario no tenía titularidad dominical sobre el bien, sino que «ostenta como garantías, además del *ius distrahendi*, un derecho de preferencia para el cobro de su capital, sin olvidar el derecho a ejercitar judicialmente las oportunas acciones para exigir el cumplimiento del débito». Es decir, por el hecho de quedar incurso en un procedimiento concursal, el fiduciario no pierde su crédito de cobro preferente sobre la cosa, aunque el bien, lo mismo que no le pertenecía, no pertenece a la nueva configuración de su patrimonio en quiebra o concurso, en relación con sus propios acreedores.

pondrán a disposición de *sus legítimos dueños*, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla» (183).

Por otra parte, en la quiebra del fiduciario serán preferidos, en relación con el bien fiduciado, los acreedores del fiduciante, antes que los acreedores del propio quebrado, pues si el fiduciante puede retirar su bien ante la quiebra del fiduciario, también podrán hacerlo los acreedores de aquél en virtud de una acción subrogatoria (art. 1.111 del Código Civil) (184).

— En la *ejecución universal por deudas del fiduciante*, en cambio, no existe derecho de separación para el fiduciario (que no es propietario) y, por tanto, no podrá reivindicar el bien; pero la doctrina y la jurisprudencia reconocen un derecho preferente de cobro para el fiduciario, es decir, un crédito privilegiado respecto al resto de los acreedores del fiduciante en lo que afecta al objeto de la fiducia (185). El resultado es que en fase de reconocimiento

(183) El artículo 909 enumera una serie de supuestos de aplicación de ese *ius separationis ex iure dominii*, entre los que no figura expresamente la fiducia de garantía, pero cabe incluirla en el principio general; la fiducia-gestión es fácilmente incardinable, dentro de este precepto, entre los bienes que el quebrado tuviese «en depósito o administración» o en «comisión de compra o de venta». Suele citarse como antecedente lejano de estas normas las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en las que se disponía (17, 28) la entrega de las cosas «recibidas por el fallido en comisión o depósito confidencial» a quienes «legítimamente pertenecieren» (vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 410).

(184) LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pág. 350, con mayor argumentación; puede verse ahí también (págs. 350-352) la cuestión de la prevalencia del fiduciante sobre los acreedores del fiduciario quebrado en el caso de una cuenta indistinta a nombre de fiduciario y fiduciante; y la dudosa alegación del fiduciante de subrogación real respecto a los bienes que sustituyeron a los fiduciados en el patrimonio del fiduciario.

(185) Así, sobre todo, las SSTs 19 mayo 1982, 7 mayo 1991 y, también, 10 marzo 1944 (vid. comentario de HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, en especial, pág. 697). En la STS 19 mayo 1982, los síndicos de la quiebra sostuvieron que el fiduciante, quebrado, tenía la propiedad de la cosa, pese a la titularidad registral del fiduciario; el TS reconoció el derecho de los síndicos a recobrar la finca, previo pago de lo adeudado por el fiduciante, pues frente a otros acreedores de éste, la limitada eficacia real de la venta en garantía se revela «a la manera de un crédito privilegiado que gozará de preferencia para hacer efectiva sobre la finca aquella parte del capital del mutuo que restaba por devolver». También la STS 7 mayo 1991 realizó idéntica declaración, en un supuesto de embargo por deudas del fiduciante (vid. *infra*). La STS 10 marzo 1944 permitió el rescate del bien por la masa de acreedores del fiduciante quebrado, que se había reservado ese derecho, de forma que «le sustituye así en el ejercicio de sus derechos de contenido económico, como en el cumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza». Y cfr., la antes citada STS 22 diciembre 1988. En contra del privilegio crediticio se pronuncian las SSTs 10 diciembre 1992 (la fiducia no es una «cuasi-hipoteca») y 5 julio 1982 (cuyo alcance es muy relativizable, porque existía usura en la fiducia, por lo cual el TS decretó, ante la suspensión de pagos del fiduciante, que el bien volviese a su patrimonio y que el fiduciario tuviese un crédito ordinario por el principal, sin los intereses, sin ningún tipo de privilegios). En la doctrina, favorables a la existencia de ese crédito preferente o privi-

y graduación de los créditos en el concurso o quiebra, se reconocerá su derecho preferente (186), y el fiduciario estará obligado a devolver el bien a la masa de la quiebra del fiduciante, siempre que ésta le satisfaga previamente el pago de la deuda de dicho fiduciante (187).

Igual que en el caso de quiebra del fiduciario, así queda salvaguardado el equilibrio de las prestaciones y el respeto a las relaciones internas pactadas por las partes. No es posible conceder a las masas más derechos que el que tenían los quebrados. Pero el problema de la solución en el caso de quiebra del fiduciante, que no ha pasado desapercibido a los autores, estriba en que el privilegio crediticio del fiduciario no se encuentra tipificado legalmente y su admisión presupone reconocer a los particulares la facultad de derogar el principio de la *par conditio creditorum* y la regla de que no existe privilegio sin ley, pues hay un orden legal de prelación de créditos privilegiados (188). Para salvar este escollo, parece que la única vía, aparte de la eventual definición legal del privilegio o un sistema de publicidad *ad hoc*, consiste en la equiparación, a efectos concursales, del fiduciario a un acreedor prendario (cfr. art. 1.922, 2.º del Código Civil) o hipotecario (cfr. art. 1.923, 3.º del Código Civil), si la transmisión fiduciaria se acompañó de publicidad y aviso suficiente hacia terceros, mediante entrega de la cosa, escritura pública o inscripción registral, según los casos (189).

— En los casos de *ejecución singular por deudas del fiduciante*, la solución es similar: será posible la anotación de embargo, pero el fiduciario podrá ejercitar su derecho preferente a través de una tercería de mejor derecho (art. 1.536 LEC), pero no podrá interponer una tercería de dominio, por la simple razón de que no es dueño (190).

legiado, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 409 y sigs.; DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 59 y sigs.; BOUZA VIDAL, *op. cit.*, págs. 76-77; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 175; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pág. 353 y sigs.

(186) Artículos 1.250-1.277 LEC (en especial, art. 1.269), para el concurso, y artículos 1.378-1.380 LEC y 908-919 CCom. para la quiebra; vid. DE ÁNGEL, *op. cit.*, págs. 57 y 65.

(187) VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 233-234; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pág. 356.

(188) Artículos 1.922, 1.923, 1.926, 1.927 del Código Civil; artículos 914 y 918 del Código de Comercio; vid., los mismos autores citados en las tres notas que anteceden.

(189) Vid., argumentación minuciosa en DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 60 y sigs.; y apostillas en LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pág. 353-355, que sugiere también la posibilidad (cfr. STS 7 mayo 1991) de considerarlo como un crédito escriturario, sin constar en escritura pública.

(190) STS 7 mayo 1991 que llega a esta solución y concluye que «si el título que aquí se exhibe es instrumento jurídico apto para concurrir con los de otros acreedores en una eventual prelación de créditos, dado su carácter notarial, es decir, para irrumpir en una tercería de mejor derecho, no lo es en el presente caso de tercería de dominio por carecer de suficiente entidad y eficacia para que haya podido jurídicamente operar el

— Si se trata de un *procedimiento de ejecución singular por deudas del fiduciario*, el embargo por sus acreedores no podrá culminar con éxito, porque el fiduciario carece de la propiedad del bien, y el fiduciante, auténtico propietario, podrá ejercitar una tercería de dominio para recobrar el bien confiado (191).

6.2. *Fiducia-gestión*

a) La limitada eficacia real: consecuencias

Buscando los contrastes con los efectos propios de la moderna titularidad fiduciaria de garantía, podemos dividir los resultados de la limitada eficacia real de la fiducia-gestión en dos bloques: eficacia *Inter partes* y frente a terceros. Entre las partes, se manifiesta una superior dependencia del fiduciario respecto al fiduciante, pues mientras éste conserva la propiedad material o económica del bien, con la percepción de todos sus beneficios y la responsabilidad real por las obligaciones que genere, el fiduciario recibe una titularidad formal o fiduciaria que ha de emplear en beneficio del fiduciante o de las personas o fines indicados por éste. La titularidad fiduciaria, ahora, no supone una garantía para el fiduciario, que nada entrega a cambio de ostentarla, sino que es un instrumento en interés y beneficio total del fiduciante. Su carácter temporal y transitorio viene delimitado por la duración de la causa de gestión, custodia o administración del bien. Por ello, la jurisprudencia ha resaltado la similitud de la fiducia-gestión con el mandato (192), hasta el punto de aplicarle en ocasiones la normativa de esta institución.

ingreso de la finca de autos en el patrimonio de la entidad tercerista. También PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 66; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 546; BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pág. 76; DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 65. El fiduciario cobrará con preferencia al demandante del embargo y después, el resto se asignará a éste.

(191) Cfr., en contra, la STS 12 febrero 1988, en la cual se declaró embargable un bien ostentado formalmente por el fiduciario, a cuyo nombre estaba inscrito en el Registro; el TS se basa para ello en la protección de los terceros que confiaron en la publicidad registral. Comentario de la sentencia y opinión disidente de ella en PÉREZ DE ONTIVEROS, *ibidem*. También contrarios a la embargabilidad por deudas del fiduciario GÓMEZ GÁLLIGO, *ibidem*; DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 57; LACRUZ, *Elementos...*, 2.^a ed., cit., I, 3, pág. 227; LACRUZ-RAMS, *Elementos...*, 3.^a ed., cit., II, 1, págs. 476-477. Curiosa, la solución de la STS 16 septiembre 1997, que considera improcedente una «tercería de mejor derecho» interpuesta por los fiduciarios (conforme a Derecho navarro) ante el embargo del objeto-garantía del fiduciario, al producirse la consignación (respecto a la deuda con el tercero) y alzamiento del embargo.

(192) Ya desde la temprana Res. DGRN 14 junio 1922 («interiormente las relaciones jurídicas de adjudicante y adjudicatario se aproximan a la comisión y al mandato»). Así las SSTs 4 mayo 1950 («un contrato de mandato en el que la nota de confianza que le

En este orden de ideas, el fiduciante tendrá derecho a recuperar la cosa confiada, con mayor amplitud que en la fiducia-garantía: podrá recobrarla ejercitando la acción reivindicatoria (193) (si el fiduciario se opone) en cualquier momento y sin necesidad de alegar causa alguna, tanto por su libre voluntad (el rasgo de la confianza y el carácter *intuitu personae* del negocio se acentúan; cfr. arts. 1.733 y 1.775 del Código Civil), como por incumplimiento de los fines gestores encomendados al fiduciario; en este último caso, además, podrá obtener de él una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (194), pues el fiduciario, como en otros negocios típicos de gestión, responde por la realizada (195). Una vez retransmitida la titularidad, generalmente (aunque no de forma necesaria) mediante escritura pública, se procederá a cambiar de nuevo la titularidad registral en favor del fiduciante, cuando se hubiese alterado por la relación fiduciaria, para acomodar la realidad registral a la extrarregistral (196). En definitiva, el fiduciario nunca puede pretender la adjudicación definitiva de la cosa, puesto que carece de

inspira fue elevada en grado superlativo, dando matiz de negocio fiduciario al mandato»), 9 octubre 1987 (fiducia *cum amico* para administrar y crear un supermercado; cuestión sobre la rendición de cuentas y art. 1.709 del Código Civil), 30 abril 1992 (existe mandato, «o más propiamente, una figura tan cercana al mandato como al negocio fiduciario denominada *fiducia cum amico*, ardid o instrumento jurídico —pues tanto da, con tal de que no envuelva fraude— [...]; aplicación del art. 1.731 del Código Civil), 21 marzo 1995 (equiparación de fiduciarios y mandatarios sin representación, art. 1.717 del Código Civil), 5 julio 1995 (fusión de teoría sobre negocios fiduciarios y doctrina de la extralimitación y ratificación en el mandato), 24 marzo 1997 (califica un mandato para adquirir como «relación de fiducia con mandato», y en la Audiencia «negocio de mandato fiduciario»), 24 noviembre 1997 («fiduciarios mandatarios», que tienen la obligación de rendir cuentas y devolver el dinero recibido). Sobre las posibles diferencias con el mandato no representativo, vid. luego apartado II.7.2. La afinidad es también patente con otro negocio de confianza como el depósito, a cuyos fines puede atender la fiducia-gestión.

(193) En este sentido, es ejemplar la STS 2 diciembre 1996, que declaró que «con el objetivo de recuperar el dominio, en realidad nunca perdido en virtud de la *fiducia cum amico*», el fiduciante tenía aptitud legal para ejercitar la acción reivindicatoria, pues le asistían todos «los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quien tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien, y la debida identificación de la cosa». En cambio, con argumentos confusos, la STS 5 julio 1996, en contra de lo estimado en la instancia, califica como acción personal la encaminada a destruir la titularidad formal conducente a integrar los inmuebles en el patrimonio del fiduciante (FD 2.º y 5.º). Sobre la obligación de devolver el bien por el fiduciario-gestor al fiduciante, vid. la abundante jurisprudencia citada *supra* (al inicio de este apartado 6.º).

(194) STS 2 diciembre 1996. Cfr. artículos 1.096 y 1.101 del Código Civil («si incurre en dolo, negligencia o morosidad»).

(195) Artículos 1.718, 1.726, 1.766, 1.767, 2.º, 1.778 del Código Civil. Vid. GETE-ALONSO, *Anotaciones ENNECCERUS-NIPPERDEY, Tratado...*, cit., I, 2.1.º, págs. 137-138.

(196) STS 18 marzo 1997; cfr. también STS 2 diciembre 1996. Cfr. artículo 38, § 2 LH.

causa para ello e incurriría en fraude y mala fe (197); tanto él, como sus causahabientes deben devolver el bien a su legítimo dueño (198).

Abundando en estas reflexiones, al derecho de recuperación del fiduciante no corresponde, como ocurre, en cambio, en la fiducia de garantía, un derecho de retención del fiduciario (199), puesto que éste no tiene un crédito antecedente contra aquél; salvo, claro está, que el crédito se haya generado con las gestiones del fiduciario, el cual tiene derecho al reembolso de todos los gastos efectuados por cuenta e interés del fiduciante (200).

Las causas de extinción de la fiducia también son distintas en la constituida para garantía o para gestión, pues en la primera, la causa principal es el cumplimiento de la obligación garantizada, con la consiguiente retransmisión, mientras que en la fiducia-gestión, además del cumplimiento de los fines establecidos, también extingue el negocio la revocación, renuncia, muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia de cualquiera de las partes (201).

En cuanto a la *eficacia de la fiducia-gestión frente a terceros*, la titularidad formal del fiduciario le legitima para realizar todo tipo de operaciones y gestiones en interés del fiduciante, pero actuando en el tráfico por cuenta propia, a modo de dueño del bien confiado (202). Cabe distinguir una terna

(197) STS 5 junio 1996. En este sentido, vid. artículo 11.3.d. del Convenio de La Haya de 1985 sobre *trusts*.

(198) STS 27 noviembre 1995. Cfr. también STS 19 junio 1997. No tiene ningún sentido pensar en aplicaciones analógicas del pacto marciano, como también es absurdo, y esta es otra diferencia resaltable, alegar la prohibición del pacto comisorio para la fiducia-gestión, por razones tan evidentes que hacen peregrina e innecesaria la afirmación misma.

(199) Lo pone de manifiesto también la STSJ Navarra 3 marzo 1994.

(200) STS 24 marzo 1997: el fiduciario-mandatario «ha de ser reintegrado de todo lo adelantado en el cumplimiento del encargo de confianza y demás cantidades pactadas en las relaciones internas» (precio de compra, gastos y comisión pactada. Cfr. artículos 1.728-1.730, y 1.779-1.780 del Código Civil. También tendrá derecho (art. 1.729 del Código Civil) a la indemnización por todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento de las gestiones, sin culpa ni imprudencia del fiduciario. No tiene éste, en cambio, derecho a vender los bienes (*ius distrahendi*) para apropiarse del producto de la venta, ni total, ni parcialmente, ni para satisfacerse de dichos desembolsos. Como garantía de cobro de los gastos sólo posee el *ius retentionis* (art. 1.730 del Código Civil). Por lo demás, estará obligado a rendir cuentas al fiduciante (cfr. art. 1.720 del Código Civil y la citada STS 24 marzo 1997, FD 6.º).

(201) Cfr. artículos 1.732, 1.733-1.739, 1.766, 1.776 del Código Civil.

(202) Según la STSJ Navarra 20 febrero 1997, el fiduciario está legitimado para ejercitar frente a terceros las acciones derivadas de su titularidad fiduciaria o formal; esto se ponía en duda por los demandados, una entidad gestora de carteras de valores, con la cual había contratado unas inversiones una persona, el titular fiduciario, en calidad de persona interpuesta de su padre, a quien iban a parar los beneficios de esas operaciones; ante los malos resultados de éstas en una época, el fiduciario demandó a los gestores rendición de cuentas e indemnización, a lo cual se opusieron los demandados alegando

de posibles terceros relacionados con esta fiducia *cum amico*: 1.º) Pueden existir terceros beneficiarios de la fiducia —cosa que no acaece en la fiducia de garantía—, que serán las personas en cuyo favor el constituyente establezca la administración fiduciaria y sus productos, o aquéllos en quienes revertirá la titularidad una vez extinguido el negocio fiduciario. No existen acciones específicas para la protección de su posición jurídica, a diferencia de lo que ocurre en el *trust* anglosajón. Sin embargo, si consiguen probar la calidad fiduciaria del titular y el contenido del acuerdo fiduciario en su favor (para lo cual el fiduciante puede haberles facilitado pruebas documentales suficientes), les asistirá los mismos derechos y acciones que al propio fiduciante. 2.º) El régimen de los terceros de buena fe que adquieren confiados en el poder de disposición del fiduciario recibe idéntica protección que en el supuesto de fiducia-garantía, de la forma desglosada anteriormente (203). 3.º) Los terceros contratantes con el fiduciario no tienen acción directa contra el fiduciante oculto, auténtico propietario y beneficiario de las gestiones, salvo que, apurando la analogía con el mandato no representativo, «se trate de cosas propias del mandante» o fiduciante (art. 1.717, 2.º del Código Civil *in fine*), es decir, que la apariencia y la propiedad *secundum tabulas* indiquen que la cosa es en realidad del fiduciante, pese a las actividades del fiduciario obrando sobre ella como su titular (204).

falta de legitimación del fiduciario. El TS atendió las pretensiones del fiduciario (cfr. la STS 11 julio 1998, RA 6601, donde similar contrato se asimila al mandato).

(203) La STS 5 diciembre 1959, ante la enajenación del fiduciario *cum amico* a terceros, resolvió que la titularidad fiduciaria no incluía poder de disposición por lo que procedía la devolución de las fincas, sin perjuicio de las oportunas acciones de resarcimiento por la infidelidad. Según la STS 5 julio 1989, «el negocio de puesta a nombre de otro *inomen commodat*), dada su validez, no cabe extenderse más allá de lo prevenido, conforme al acuerdo de voluntades de los contratantes, por lo que una de las partes incurre en vicio de simulación y nulidad por falta de consentimiento del verdadero titular, *salvo que esté protegido por la buena fe el tercero adquirente*, en aras de la seguridad jurídica» (cursiva mía). Por su parte, la STSJ Cataluña 9 marzo 1995 afirmó que el negocio fiduciario *cum amico* «no priva de la propiedad al fiduciante, ni siquiera en el caso de que el fiduciario —mero titular formal— enajene a tercero, salvo que éste desconociera la realidad de la fiducia contractual». Importante en cuanto a esta limitada eficacia real de la titularidad frente a terceros de buena fe la STSJ Navarra 23 mayo 1997. Insiste en la inoponibilidad de la fiducia a tercero de buena fe, especialmente al tercero hipotecario, GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, págs. 547-548. GETE-ALONSO (*Anotaciones ENNECERUS-NIPPERDEY, Tratado...*, cit., I, 2,1, pág. 138) estima que existe diferencia con los terceros adquirentes de la fiducia *cum creditore*, y para la fiducia *cum amico* opina que resultan protegidos todos los terceros adquirentes, civiles o hipotecarios, siempre que sean de buena fe, con independencia de que el bien sea mueble o inmueble; el fiduciante, según ella, sólo tendrá acciones personales contra el fiduciario infiel.

(204) Así lo sancionó la STS 21 marzo 1995 que concedió acción directa al contratista de unas obras en una finca de propiedad de la Compañía de Jesús, que figuraba como tal dueña en el Registro, contra ésta, pese a que ella no había concertado las obras por sí, sino mediante «mandatarios, fiduciarios o testaferros de la recurrida, propietaria frente a terce-

b) Procedimientos ejecutivos de terceros acreedores contra fiduciario o fiduciante

La solución de estos problemas presenta importantes matices diferenciales en relación con la fiducia de garantía. En síntesis, en la fiducia-gestión:

- Si se produce la *quiebra del fiduciario*, no cabe duda de que compete al fiduciante el derecho de separación de la masa de la quiebra (205), por múltiples razones: la principal, porque es el verdadero propietario (cfr. expresamente, art. 909, 3.º), pero además, porque la fiducia se habría extinguido debido a la quiebra o insolvencia del fiduciario (cfr. art. 1.732, 3.º del Código Civil) y a la imposibilidad de continuar con su misión por inhabilitación (art. 878 del Código de Comercio) y pérdida de la confianza en sus cualidades gestoras, en las que no podría subrogarse la masa de la quiebra por ser un negocio *intuitu personae* (206). Por lo tanto, procederá la restitución al fiduciante, y la masa de la quiebra carecerá de derecho de retención similar a los casos de fiducia-garantía, salvo que se adeude al fiduciario el importe de gastos, etc. (207). Asimismo, el fiduciante podrá ejercitar tercería de dominio en caso de embargo por los acreedores del fiduciario (208).
- Si quien *quiebra es el fiduciante*, es evidente la obligación del fiduciario de devolver el bien fiduciado a la masa de la quiebra (209), puesto que incluso puede existir complicidad del amigo y gestor para defraudar los derechos de los acreedores, lo que le haría perder todo eventual derecho contra la masa de la quiebra (210).

ros del bien»; previamente, la Compañía de Jesús había concluido un contrato de compraventa con reserva de dominio con dichos testaferros, a los que concedió poder general para realizar operaciones de promoción inmobiliaria, aunque no hicieron valer dicho poder.

(205) En la STS 2 diciembre 1996 una compañía mercantil (fiduciante) y la intervención judicial designada en el expediente de suspensión de pagos de la misma, consiguieron recuperar la finca que estaba en poder de los fiduciarios *cum amico*.

(206) JORDANO, *El negocio fiduciario*, cit., pág. 153. Cfr., en similar entendimiento, GETE-ALONSO, *Anotaciones...*, cit., pág. 137.

(207) LOBATO GARCÍA MIJÁN, *op. cit.*, pág. 357.

(208) JORDANO, *Mandato...*, cit., pág. 1450.

(209) Así lo reconoce la STS 3 julio 1992, en la que la sindicatura de la quiebra del fiduciante reclamó al fiduciario unas letras de cambio que aquél había endosado a éste plenamente para cobro (no en garantía, como se alegó). El TS declaró (FD 6.º) que el fiduciante nunca dejó de ser propietario de los créditos representados en las letras y que, por tanto, procedía su restitución a la masa de la quiebra. Acerca del problema del ensoso de letras para cobro y la quiebra, vid. artículo 909, 4.º y 5.º del Código de Comercio y, desde distintos planteamientos, GARRIGUES, *Negocios fiduciarios...*, cit., págs. 85-86; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 323; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 414.

(210) En la STSJ Navarra 9 febrero 1994, el quebrado había donado sus bienes a sus hijos con reserva de usufructo y el tribunal calificó el negocio como una simulación

7. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

7.1. Simulación

Ha sido concepción dominante, que perdura hasta el presente en la jurisprudencia (211), distinguir entre el negocio fiduciario y el negocio simulado, como categorías perfectamente deslindables. Sin embargo, en los últimos años se aprecia una tendencia doctrinal, cada vez más pujante y extendida, de considerar que, *en el plano de los efectos*, el negocio fiduciario se identifica con la simulación relativa.

La doctrina tradicional establece las diferencias entre fiducia y simulación en los asertos siguientes; parafraseando a la STS de 28 de octubre de 1988 (212): 1.º El simulado es un negocio ficticio, no real, aunque, en algún caso, puede ocultar uno verdadero; el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun sirviendo a finalidad económica distinta de lo normal. Este rasgo voluntarista es el más reiterado por los tribunales. 2.º El simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo, al resultar de la combinación de dos negocios distintos. 3.º El simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido (213).

absoluta, aunque expone las diferencias entre simulación absoluta y fiducia *cum amico* y niega que la donación pueda servir de base para la fiducia (sic). Vid. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *op. cit.*, pág. 356.

(211) En un plano general de distinción, SSTs 25 mayo 1944, 19 mayo 1982 («sin que pueda motejarse de contrato ficticio, aparente o simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes», expresión esta muy reiterada en la jurisprudencia), 8 marzo 1988, 28 octubre 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 14 julio 1994, 5 julio 1996, 18 marzo 1997 (en ésta, de forma implícita). También en general, las SSTs 23 febrero 1951 y 9 diciembre 1981, aunque luego fundan el negocio fiduciario en el artículo 1.276 del Código Civil. En especial, resaltan la diferencia de la fiducia con la simulación absoluta, las SSTs 10 marzo 1944, 14 marzo 1964, 18 febrero 1965 (como tema principal), 6 julio 1992. Insisten de forma expresa en la disparidad del negocio fiduciario tanto con la simulación absoluta como con la relativa las SSTs 28 enero 1946, 3 mayo 1955 (pese a la diferencia con la simulación relativa, alude a que ésta tiene «contornos muy similares a los del negocio fiduciario»), 8 marzo 1963, 4 abril 1972, 2 junio 1982, 6 abril 1987; estas sentencias, no obstante, no argumentan pormenorizadamente las diferencias, más allá del argumento de la querencia real del negocio; así, también STS 19 junio 1997 (declara la diferencia y la inaplicabilidad del art. 1.276, aunque llega al mismo resultado) y STSJ Navarra 23 mayo 1997. De manera más tangencial, cfr. también SSTs 22 mayo 1956 y 3 abril 1995.

(212) Sentencia que, prácticamente, asume y transcribe los rasgos distintivos tal como los esbozara FERRARA. Vid. también STSJ Navarra 9 febrero 1994.

(213) Otra elaboración de un catálogo de diferencias puede verse en SOTO NIETO, *op. cit.*, págs. 74-75; LACRUZ-RAMS, *Elementos...*, 3.ª ed., cit., II, 1, pág. 475. En la doctrina, mantienen esta diferenciación entre negocio fiduciario y simulado CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986,

Pero estos rasgos distintivos, que, sin duda, son ciertos respecto a la simulación absoluta, son más cuestionables respecto a la simulación relativa (214). En efecto, en el negocio simulado absolutamente, no existe voluntad de las partes de crear efecto jurídico real de ningún tipo, sino que tan sólo se busca una apariencia; pero ni siquiera los efectos del negocio aparente son queridos en verdad, por lo que falta el consentimiento contractual (art. 1.261, 1.º del Código Civil) y, a diferencia de la fiducia, que se basa en la *causa fiduciae*, es un negocio carente por completo de causa (arts. 1.275 y 1.276 del Código Civil); en consecuencia, es un negocio nulo por entero y la acción para declararlo así es imprescriptible. En cambio, en la simulación relativa se expresa una causa falsa, de forma que se manifiesta celebrar un negocio que sirve, en realidad, para encubrir otro efectivamente concluido y querido. El resultado es que si se prueba la existencia y validez del acto disimulado, éste será válido y sólo se anulará el acto simulado (art. 1.276 del Código Civil). De igual manera, estima la tendencia doctrinal apuntada, en el negocio fiduciario, lo que se declara en el negocio externo (querer la transmisión real) no responde a la voluntad verdadera, que es sólo la que recoge el negocio interno (garantizar, gestionar, etc.); por lo tanto, la fiducia es un caso de simulación relativa (215), que se regirá por las normas de ésta, es decir, el artículo 1.276 del Código Civil: el acto externo, simulado, es nulo y mantiene su eficacia jurídica el acto interno, disimulado, que contiene la causa verdadera del negocio fiduciario (mandato o garantía).

De llevar hasta sus últimas consecuencias esta recalificación del negocio fiduciario, esta categoría negocial habría de desaparecer como tal, por quedar

págs. 53-58; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho...*, 9.ª ed., cit., I, 2, págs. 515-516; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 697 y 699-700; GAYA SICILIA, R., «Comentario a la STS 11 febrero 1989», en *CCJC* (19), 1989, pág. 213; GETE-ALONSO, M. C., «Comentario a la STS 7 marzo 1990», en *CCJC*, núm. 22, 1990, pág. 340; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, págs. 535-536; LADARIA, *op. cit.*, págs. 59-60; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 140 y sigs.; PANTALEÓN PRIETO, F., *Negocio fiduciario*, voz en «Enciclopedia Jurídica Básica», Civitas, Madrid, 1995, III, págs. 4408-4409; entre otros.

(214) Una crítica puntual de cada uno de los argumentos puede verse en FELIU REY, *op. cit.*, págs. 111-113.

(215) Quien, con mayor claridad e insistencia ha sostenido esta idea, ha sido, recientemente, ALBALADEJO, *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, cit., *passim*; a quien sigue FUENTESECA, C., *El negocio fiduciario...*, cit., págs. 77 y sigs. y 195 y sigs. Ya antes de ambos, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 408-409 y 423-424; JORDANO, *El negocio fiduciario*, cit., págs. 159 y sigs. y 196; LACAL, *op. cit.*, pág. 783 y sigs.; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 471-472; también FELIU REY, *op. cit.*, págs. 107 y sigs. y 123; DURAN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía...*, cit., pág. 150 y sigs., en especial, págs. 162-163; VALLET DE GOYTISOLO (*Negocios en fraude...*, pág. 231) afirma que no son fácilmente separables y pone ejemplos de negocios que combinan simulación y fiducia (pág. 208 y sigs.). Resueltamente en contra de esta corriente argumenta en detalle RODRÍGUEZ ROSADO, *Fiducia y pacto de retro...*, cit., págs. 124 y sigs. y 136 y sigs.

sin autonomía, debido a su equiparación total con el negocio simulado relativamente. Por el momento, un semejante cambio de actitud no parece haber calado seriamente en el Tribunal Supremo (216).

El parangón con el negocio simulado sirve tanto de cara a la eficacia de la fiducia de garantía como de la fiducia de gestión. De hecho, esta última puede calificarse como una interposición de personas. Pero, dado que se encuentra arraigada la distinción entre interposición real e interposición ficticia de personas, para la cual se han esbozado diversos criterios (beneficio o no del interpuesto, su papel activo o pasivo, los fines fraudulentos, la forma, etc.) (217), si se defiende el carácter simulado del negocio fiduciario, en el caso de fiducia *cum amico* se hablará de interposición ficticia (218), mien-

(216) La actitud de la jurisprudencia, equívoca en muchos casos, puede clasificarse así: 1.º) La equiparación total entre fiducia y simulación relativa apenas se ha producido; como sentencias más notoria en sentido positivo, a mi entender, puede citarse la STS 21 marzo 1969 en la cual, tras aludir a la titularidad fiduciaria y sus consecuencias, estima probada la existencia de una «voluntad simulatoria»; la STS 25 septiembre 1956, que habla de «relación compleja del negocio fiduciario *inter partes*, o más bien, y sobre todo respecto de terceros, un negocio relativamente simulado con secuela de que el vínculo obligacional objeto de la *fiducia*, o el encubierto por simulación, sería el único eficaz ante el derecho»; y, aparentemente, la STS 2 diciembre 1983: «la simulación alegada y apreciada (...) se revela en apreciar que las invocadas escrituras responden, en definitiva, a un negocio de mera garantía de tipo fiduciario, cuya validez tiene reconocida esta Sala»; pero, cfr. DELGADO ECHEVERRÍA [«Comentario a la STS 2 diciembre 1983», en *CCJC* (4), 1984, págs. 1179-1180], que, tras un detenido examen del complejo supuesto de hecho y de los argumentos del TS llega a la conclusión de que éste no equipara ambos negocios ni incurre en contradicción, sino que existe en el caso un negocio simulado (nulo) que encubre otro fiduciario con persona distinta. 2.º) El TS ha declarado la existencia de simulación (relativa o absoluta) en algunos casos concretos, pero, implícita o expresamente, distingue como negocios diversos el simulado y el fiduciario: SSTs 23 mayo 1980, 28 octubre 1988, 5 abril 1993 y 10 julio 1995; esta última afirma que no es fiducia, sino simulación, aunque no ofrece criterios para la discriminación, y concluye la validez del contrato disimulado, que vincula a las partes. 3.º) Un último bloque de fallos, sin incidir en diferencias o similitudes, emplea una terminología ambigua, mezclada, que impide obtener conclusiones firmes; así, por ejemplo, SSTs 5 diciembre 1959 («simula y encubre un negocio fiduciario»), 18 abril 1988 («encubría un negocio fiduciario bajo apariencia de una compraventa»; sentencia en la que ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 671, entiende reflejada claramente su tesis), 22 febrero 1995 («compraventa ficticia» y negocio fiduciario), 2 diciembre 1996, 3 diciembre 1996 («un negocio fiduciario por el que se transmitía la propiedad [...] por el cauce de la compraventa simulada»; sobre esta sentencia, vid. el comentario de M. RIVERA FERNÁNDEZ en *CCJC*, núm. 43, enero-marzo 1997, págs. 353-363), 22 enero 1998 («compraventa en garantía y opción de compra posterior en favor del vendedor, integrando todo ello un contrato fiduciario, de naturaleza compleja, pero en modo alguno un contrato que simulase un préstamo. Más bien nos hallamos ante un negocio jurídico disimulado...»).

(217) Un repaso de la dicotomía interposición real-ficticia, con referencias bibliográficas, en CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria...*, cit., págs. 498-508.

(218) Así, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 471-472. Con perspectiva comparatista, vid. MORELLO, U., «Fiducia e trust: due esperienze a confronto», en AA.VV., *Fiducia, trust*,

tras que, de abogar por la diferencia con la simulación, la interposición será real, lo cual aproxima la fiducia-gestión a la representación indirecta o mandato *proprio nomine* (219).

7.2. *Fiducia-gestión y representación indirecta*

El mandato no representativo o representación indirecta (*undisclosed agency*, art. 1.717 del Código Civil) y la comisión mercantil *proprio nomine* (arts. 245, 246 y sigs. del Código de Comercio) consisten en que el mandatario o agente contrata con terceros en su propio nombre y sin darles a conocer que el acto jurídico realizado se produce por cuenta o en interés de otra persona. Varias diferencias teóricas respecto a la fiducia han sido ensayadas. La más sencilla y evidente estriba en el carácter regulado, típico, de la representación indirecta, en la que existe protección legal del comitente (cfr. arts. 256 y 258 del Código de Comercio), en contraste con el carácter atípico y sus consecuencias del negocio fiduciario (220). Desde el prisma de la teoría del doble efecto, las diferencias parecen multiplicarse por razón de la investidura del derecho del fiduciario en relación con el del mandatario, sobre todo si se entiende que el mandatario no hace suya la cosa (221), que pasa directamente del dominio del mandante a los terceros o viceversa, aunque este es un punto muy controvertido y admite matices diversos en el mandato para enajenar y en el mandato para

mandato ed agency, Giuffré, Milano, 1991, págs. 71-73 y 77-81. La STSJ Navarra 20 febrero 1997 realiza la siguiente identificación terminológica: «persona interpuesta o "testaferro"» o «titular fiduciario», y, más adelante señala sobre el «testaferro o persona interpuesta (...)» incidiendo en lo que sería un negocio simulado, que puede ser anulado o impugnado según los casos». Emplea el rótulo de «testaferros» la STS 19 junio 1997, niega que se trate de una simulación, aunque su distinción no es nítida en diversas afirmaciones del fallo.

(219) En este sentido, por ejemplo, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación...*, cit., pág. 91; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 51-52; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 156 y sigs. NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, pág. 611 y sigs. Cfr. la STS 5 julio 1989, que señala que el «negocio jurídico de puesta a nombre de otro» es semejante a los «negocios fiduciarios» y presenta «concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas» y la clásica STS 1 febrero 1941, la cual equipara interposición válida de personas y mandato no representativo.

(220) NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 167 y sigs.; CLARET Y MARTÍ, *op. cit.*, pág. 17 y sigs.

(221) Vid. GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 52-53; con diversas precisiones y abundante cita doctrinal, NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 158 y sigs. GARRIGUES (*ibidem*), partiendo de su concepción de la estructura del negocio fiduciario, señala que en él hay dos negocios distintos (el real y el obligatorio) y en la comisión no hay más que un negocio regulado en todos sus aspectos por la ley.

adquirir (222). Otras tentativas de diferenciación resaltan, precisamente, que la representación indirecta suele darse para comprar o vender, y no para administrar, como ocurre frecuentemente en la fiducia (223). O también que, frente al mandato o comisión de compra en forma de representación indirecta, el fiduciario no se limita a adquirir, sino que debe conservar la titularidad adquirida durante algún tiempo en su poder, de manera que queda afectada a una finalidad fiduciaria (gestión) (224).

Sin desdoro del mérito de este esfuerzo teórico, lo cierto es que los criterios no resultan concluyentes en la práctica para calificar una concreta relación jurídica como representación indirecta o como fiducia (225) y, de hecho, es habitual encontrar en la jurisprudencia el empleo indistinto, ante supuestos similares, de la fiducia en un caso o del mandato no representativo en otro, cuando no efectúan los tribunales una refundición de ambas instituciones (226).

(222) Consúltense los completos trabajos de JORDANO BAREA, «Mandato para enajenar», en *ADC* (IV, 4), 1951, pág. 1458 y sigs. (desde la perspectiva del doble efecto y diferenciando la *causa fiduciae* y la *causa mandati*), y *Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, cit., pág. 1439 y sigs. (desde la perspectiva de la moderna titularidad fiduciaria). Una exposición de las diversas tesis en LEÓN ALONSO, J. R., «Comentarios al artículo 1.717 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, EDERSA, Madrid, 1986, t. XXI, 2.º, pág. 180 y sigs.; vid. también LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La gestión típica derivada del mandato», en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (dir.), *Contratos de gestión*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 65-85, en especial, pág. 72 y sigs.

(223) GARRIGUES, *ibidem*.

(224) Díez-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., pág. 34; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, 8.ª ed., cit. I, pág. 542. En estas obras puede leerse otra diferencia que, propiamente, sólo sirve para demarcar la fiducia-garantía: el representante actúa siempre por cuenta del representado y en su interés, mientras que el fiduciario actúa no sólo por cuenta e interés del fiduciante, sino también por cuenta e interés propios.

(225) Por ello no es de extrañar que algunos hayan configurado el mandato para adquirir *proprio nomine* como un negocio fiduciario: LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Retención y mandato*, Bolonia, 1976, pág. 105 y sigs.; también parece equiparlos JORDANO, *Mandato para adquirir...*, cit., págs. 1440-1441. Por lo demás, la utilidad de aplicar normas del mandato a la fiducia-gestión, que carece de regulación, ya se apreció *supra*.

(226) Una constatación de ese uso inopinado en la jurisprudencia puede verse en DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 425-429. En la jurisprudencia más reciente cabe destacar las SSTs, citadas anteriormente, de 30 abril 1992, 21 marzo 1995 y 24 marzo 1997; en esta última se califica como «relación de fiducia con mandato» y se aplican los principios de la fiducia a un caso de mandato para licitar en un subasta, que tradicionalmente se ha considerado como supuesto típico de representación indirecta. En la STS 24 noviembre 1997, donde se parte de la existencia incontrovertida de un negocio fiduciario y el objeto del recurso es tan sólo fijar la cantidad que debe ser devuelta a los fiduciantes, el tribunal se refiere a los «fiduciarios mandatarios» y su obligación de rendir cuentas. Presenta interés la STS 4 julio 1998, en la que el Alto Tribunal no duda en calificar como negocio fiduciario una compraventa de acciones con los fines de un mandato de ulterior venta de las mismas, que los intervinientes concertaron para sustituir un anterior poder, por entender más ventajosa a sus fines la fórmula fiduciaria.

7.3. *Fiducia-garantía y compraventa con pacto de retro*

En el Código Civil español aparece regulada la compraventa con pacto de retroventa o «retracto convencional» en el artículo 1.507, que consiste en el derecho que se reserva el vendedor a recuperar la cosa vendida pagando su precio, gastos y demás cuantías convenidas. Es un pacto típico y puede servir de cauce a una operación de garantía (227), aunque no toda venta con dicho pacto persigue ese fin ni encubre un préstamo. Cuando una venta con pacto de retro se emplea con funciones de garantía adquiere cierto parecido con un negocio fiduciario, lo cual ha movido a algún autor a identificar ambos institutos (228). Sin embargo, acertadamente, suele distinguirse entre fiducia de garantía y venta a retro con ese fin, a través de varios argumentos: en primer lugar, está muy extendida la idea de que en el pacto de retro compete al vendedor una acción real para la readquisición de la cosa vendida (art. 1.510 del Código Civil), mientras que la fiducia sólo crea en favor del deudor fiduciante una pretensión personal para obtener la retransmisión desde el fiduciario (así la STS de 14 de marzo de

(227) Los artículos 1.507-1.520 del Código Civil español establecen un régimen pensando en la compraventa con pacto de retro sin función de garantía, aunque esta finalidad es posible y lícita en el marco del Código, en virtud del artículo 1.255, y, desde luego, es muy frecuente en la práctica. En cambio, en el Derecho civil privativo de Navarra se distingue entre «la venta con pacto de retro como garantía» o «a carta de gracia» (Leyes 475-480 F.N.), la «venta a retro» simple (Leyes 576-586 F.N.) y la «fiducia de garantía (Ley 466 F.N.)». La Compilación catalana regula, por su parte, la «venta a carta de gracia». Sobre la diferencia entre fiducia y pacto de retro en Navarra, vid. RUBIO TORRANO, E., «La venta a carta de gracia en el Derecho navarro», en *R. J. Navarra* (2), julio-diciembre 1986, págs. 13-30, en especial, págs. 27-29. Para Cataluña, vid. STS 7 marzo 1990 y STSJ Cataluña 29 mayo 1991, y el comentario a la última de YSAS SOLANES, M., «El negocio fiduciario, la compraventa a carta de gracia y la venta con pacto de retro», en *La llei de Catalunya i Balears. Revista jurídica general i de jurisprudencia*, año I, octubre 1991, pág. 1 y sigs.

(228) V. gr., cfr. SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pág. 127 y sigs.

(229) Respaldan esta diferencia, con cita de jurisprudencia no tan clara, Pura BRUTAU, *Negocio fiduciario*, cit., pág. 206; LACRUZ-RAMS, *Elementos...*, cit. 3.^a ed., II, 1, págs. 475-476; GAYA SICILIA, *op. cit.*, págs. 213-214. Así expuesta, la idea no acaba de casar del todo bien con la moderna titularidad fiduciaria, pues si el fiduciante deudor sigue siendo propietario (material) y tiene a su disposición la acción reivindicatoria o la declarativa (vid. *supra*), no parece posible sostener que tenga sólo una acción personal para recobrar la cosa. Quizá esa tesis pueda tener una cabal explicación relacionándola con los terceros y su protección, por comparación del artículo 1.510 del Código Civil y el acceso al Registro del derecho real generado por el pacto de retro, con el concreto amparo de terceros que genera la falta de inscripción del pacto fiduciario en el Registro de la Propiedad. La diferencia entre ambas figuras, también es preconizada por VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 186 y sigs.; GONZÁLEZ MENESES, *op. cit.*, pág. 423 y 429 y sigs., quien cree que en la venta a retro nada queda a la buena fe del acreedor, que no puede defraudar. Últimamente, también, DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «El pacto de retroventa.

1964) (229). En segundo lugar, también ha servido de criterio para discernir la existencia de verdadero precio (retro) o no (fiducia) (cfr. Res. DGRN de 5 de junio de 1991) (230) y también, en tercer lugar, la voluntad de vender realmente, característica de la compraventa con pacto de retro y ausente en la fiducia de garantía (231).

Pero, a mi entender, el criterio distintivo más fiable, que, de forma explícita o implícita ha guiado al Tribunal Supremo, radica en que el pacto de retro figura inserto en la escritura de compraventa, formando un todo con ella, de forma que es público; en cambio, en la fiducia, dada su genuina estructura, el pacto que limita la transferencia real y, en definitiva, causaliza el negocio, es siempre oculto, y se encuentra instrumentado en documento privado aparte (o verbalmente) (232), como se explicó antes. No existe, por tanto, dicotomía

Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado (Estudio de la jurisprudencia del TS y de las Res. DGRN», en *RCDI*, núm. 644, 1998, págs. 57-115; y RODRÍGUEZ ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit, pág. 158 y sigs., quien las distingue por los efectos y califica la retroventa como un negocio indirecto, no fiduciario (pág. 159).

(230) REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, pág. 439.

(231) DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 51, núm. 7; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 161. Aunque, como reconocen estos autores, este criterio subjetivo plantea importantes problemas de prueba.

(232) Vid. STS 20 mayo 1986. Entre la jurisprudencia del Supremo que ha calificado el negocio como compraventa con pacto de retro y no como fiducia cuando todo el negocio, incluido el pacto de retro se encuentra plasmado en un solo documento, descollan los siguientes fallos: SSTS 8 marzo 1957, 23 marzo 1957, 14 diciembre 1966, 3 mayo 1976, 24 enero 1983, 14 mayo 1990 (todo en un solo documento privado, en las dos últimas sentencias). Cuando, en cambio, la posibilidad de readquisición no aparece en la escritura de venta, sino que se expresa en documento privado aparte, en el que se desvela el fin de garantía de la venta, el TS apenas ha dudado en calificar el negocio como fiduciario y no como venta a retro: por ejemplo, STS 5 julio 1982 (y las abundantes SSTS citadas *supra* acerca de la estructura de la fiducia). Ha mostrado, empero, alguna vacilación en este planteamiento en la STS 21 marzo 1969, en la que habla de titularidad fiduciaria, pese a que se consignó un pacto de retro en garantía en un solo documento público; aunque la narración de los hechos permite poner en duda que el fin de garantía se desprendiese de la escritura, sino más bien de una manifestación posterior ante testigos. También la STS 19 mayo 1989, en la que existe un único documento público, y el tribunal *a quo* califica el negocio como fiduciario, aunque el TS, implícitamente, parece no estar conforme con esa calificación y preferir la de venta a retro. Por último, también en contra de la tesis expuesta en texto, la STS 7 mayo 1991 (y la Res. DGRN 30 junio 1987, que versó sobre el mismo documento), en la que existía una venta en garantía, calificada como fiducia, en la que todo se expresaba públicamente. En igual sentido que el que defiende, RUBIO TORRANO, E., *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 162 y 175 donde puede verse un examen más detenido de parte de la jurisprudencia citada; según él, «todos los supuestos sobre los que se ha elaborado la doctrina jurisprudencial relativa al carácter fiduciario de la venta en garantía han operado no sobre la base de un retracto convencional, tal como lo define el artículo 1.507 del Código Civil, sino más bien sobre la existencia de una primera compraventa a la que

entre un plano interno y otro externo en el pacto de retro en garantía. De esta diferencia estructural derivan, propiamente, los diferentes efectos de cada figura, especialmente frente a terceros.

8. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FIDUCIA (BANKING TRUST)

Para concluir este recuento de los problemas que plantean los negocios fiduciarios en Derecho español y dar paso a la enumeración de modalidades posibles en la práctica civil y mercantil, conviene hacer notar un dato digno de atención. Desde hace algunos decenios se ha detectado en España el interés de sociedades e instituciones bancarias por ofrecer a sus clientes «servicios fiduciarios», a imagen de lo que acontece en los Estados Unidos y bajo el influjo del prestigio que tienen en Europa algunas sociedades (bancarias o no) consagradas a estos menesteres (llamadas «sociedades fiduciarias») (233). A tal efecto, han sido solicitados informes y dictámenes a asesorías jurídicas y a destacados jurisconsultos para determinar la viabilidad legal de crear departamentos fiduciarios que ofreciesen servicios del tipo de fideicomisos de inversión, garantía, seguro de vida, ejecución testamentaria, representación de accionistas, pensiones, gestiones bursátiles o de cualquier otro tipo, etc. (234). Aunque no se ha producido una implantación generalizada, ni mucho menos

posteriormente se le ha añadido un nuevo documento que trata de fijar el alcance y significado del primer negocio»; y «en todos los supuestos de hecho en que la compraventa ha sido cumplimentada en documento aparte al que inicialmente contiene el contrato, el TS ha visto una operación de garantía plasmada en negocio complejo, que ha calificado de fiduciario (...). Por el contrario, en los pocos casos en que el TS se ha encontrado con un solo documento, incluso privado, en el que aparece incorporado el pacto de retro, no ha dudado en ver un retracto convencional». Por su parte, ARECHEDERRA ARANZADI («Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones», en *ADC*, 1978, págs. 447 y 451) señala que cuando el pacto de retro se use con fines de garantía no convierte al contrato en un negocio fiduciario, porque no hay duplicidad de planos, sino negocio unitario, la recuperación de la cosa sigue un proceso de eficacia real, incorporado al mecanismo transmisor y la confianza no integra la base negocial de la venta a retro. Por último, cabe indicar que también las SSTS 19 mayo 1989 y 24 mayo 1997 (¡fiducia *cum amico*!) diferencian fiducia y venta con pacto de retro en garantía, aun sin aportar argumentos. En el diseño legislativo de la fiducia navarra, la distinción que apunto puede ser más discutible.

(233) Las, a juicio de GARRIGUES (*Negocios...*, cit., pág. 54 y sigs.), mal llamadas «sociedades fiduciarias» nacieron en Inglaterra y se expandieron por Norteamérica y diversos países como Alemania, primero, Suiza, después e Italia. Cfr. PUTTI, P. M., 7 *fondi comuni di investimento*, LIPARI, N. (dir.), «Diritto privato europeo», Cedam, Milano, 1997, I, págs. 362-370 (con abundante bibliografía).

(234) Como botón de muestra de este fenómeno es el dictamen que la sociedad GEFISACO encargó a Luis DIEZ-PICAZO, publicado por éste con el título «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios» en sus *Dictámenes jurídicos*, ya citados (págs. 25-65);

un reconocimiento legislativo específico, la conclusión de estos estudios parece decantarse en favor de la licitud de esas prestaciones y, si bien muchas de ellas pueden alcanzarse mediante las figuras tradicionales del Derecho español como el mandato (revocable o irrevocable), la comisión, el depósito o la representación, lo cierto es que el recurso a los negocios fiduciarios puede aportar interesantes ventajas (235).

En el horizonte legislativo sí figura actualmente normativa concreta sobre dos tipos de estos «servicios fiduciarios», hace tiempo operativos dentro del «fideicomiso bancario» de los países latinoamericanos y en el entorno europeo, como los fondos de inversión (Ley de 26 de diciembre de 1984 y Reglamento de 2 de noviembre de 1990) y los fondos de pensiones (Ley 8 de junio de 1987) (236). Desde una perspectiva *de lege ferenda*, se aboga desde hace tiempo por los beneficios que podría reportar una regulación española de los fideicomisos o *trusts* bancarios, a ejemplo del régimen mexicano o de otros países (237), limitando la calidad de fiduciarios a instituciones de crédito, de forma que el Estado pudiese controlar el cumplimiento de sus deberes.

el dictamen está fechado en 1971 y su lectura es altamente recomendable, pues pormenoriza cada uno de estos servicios y su ajustabilidad al ordenamiento español, cuyas ideas sería excesivo reproducir aquí. Otro importante ejemplo de la tendencia reseñada son las «Jornadas de estudio organizadas por el Banco Nacional de México y el Banco de Bilbao», que tuvieron lugar en Madrid el 20 y 21 de noviembre de 1979, cuyas ponencias se publicaron en el libro *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, 1980. También GARRIGUES (*Negocios...*, cit., págs. 56-58) da noticia del contenido de algunos informes del Banco Español de Crédito. El interés de los bancos en servicios de ejecución sucesoria puede constatar en el premio convocado por el Banco de España para monografías sobre cuestiones económicas y jurídico-mercantiles en la especialidad bancaria, cuya edición de 1962 ganó la obra *La ejecución sucesoria como actividad mercantil de la empresa bancaria*, un resumen del cual es el artículo de su autor PÉREZ ESCOLAR, R., «El albaceazgo y la empresa bancaria», en *R. D. Mercantil*, 1963, pág. 251 y sigs. Cfr. también D'ORS, *Sobre el fideicomiso bancario*, cit., pág. 403 y sigs.

(235) Así, DíEZ-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., págs. 39-40; también GARRIGUES (*Negocios...*, cit., págs. 57-59), quien, sin embargo, minimiza el papel de la fiducia en estos servicios, y resalta su efectividad simplemente a través de las figuras tradicionales.

(236) Acerca de la posibilidad, controvertida, de configurar su naturaleza como negocios fiduciarios, véase lo que se dice luego (apartado III.2.2).

(237) GARRIGUES, *Law of trusts*, cit., pág. 35; ID., *Negocios...*, cit., pág. 97; ID., en «El fideicomiso en México y su viabilidad en España», cit., pág. 234; ARROYO MARTÍNEZ, *Trust and the civil law*, cit., pág. 1711 y núm. 3; SÁNCHEZ CALERO, F., «Hacia un reconocimiento legislativo en España del fideicomiso bancario», en *El fideicomiso en México...*, cit., págs. 193-221, en especial, págs. 195-197 y 220-221; en ese estudio puede verse pormenorizadamente la eventual adaptación del fideicomiso mexicano en el ordenamiento español. En Europa, el ejemplo reciente en esta línea puede ser el luxemburgués, desde 1983.

III. OPERACIONES FIDUCIARIAS *INTER VIVOS*

1. OBSTÁCULOS Y LÍMITES. RECAPITULACIÓN

Antes de desgranar las modalidades lícitas de la fiducia en negocios *inter vivos*, conviene tener a la vista, a modo de repaso de lo ya dicho, los obstáculos oponibles al negocio fiduciario y, cabe decir, también a la admisibilidad del *trust* foráneo, así como los límites que afectan a ambas figuras.

- a) La primera objeción estriba en el sistema español traslativo del dominio, fundado en la concurrencia de título y modo (art. 609 del Código Civil; no basta el nudo consentimiento ni la mera entrega, como en otros sistemas) y, sobre todo, en la existencia de *causa* lícita y verdadera «que justifique el reconocimiento jurídico del fin práctico querido por los contratantes» (238). Por tanto, ni se admiten los negocios abstractos para fundamentar el negocio fiduciario, ni es posible admitir una causa verdadera que fundamente el negocio fiduciario en su aspecto exterior, siendo éste inválido. El problema de la causa nos conduce, por ende, a la *simulación*, habiendo de destacarse que ésta (relativa) no anula todo el negocio fiduciario, sino que hace prevalecer la voluntad real de las partes (el plano interno), preservando siempre los derechos de los terceros que confiaron en la operación aparente. En último término, el reparo de la causa no ha constituido en España un veto infranqueable a la fiducia, puesto que se ha admitido la existencia de una causa atípica, la *causa fiduciae*, que no produce la traslación del dominio, sino que tiene una limitada eficacia real, y se identifica con los fines de garantía o mandato perseguidos (239).
- b) El concepto de *propiedad* única e indivisible que figura en el Código Civil español (art. 348), tributario del francés (art. 544) en este punto, ha podido esgrimirse en contra de la división en una propiedad material y otra formal para cada uno de los partícipes en la fiducia. La elusión de esta crítica, en España, se ha conseguido a través del

(238) Res. DGRN 30 junio 1987, que opone ese obstáculo a la fiducia. Cfr. también Res. 5 junio 1991.

(239) Esta concepción de la causa está consolidada en la última jurisprudencia: por ejemplo, SSTs 22 diciembre 1988, 6 julio 1992, 5 julio 1993, 22 febrero 1995, 13 marzo 1995, 5 julio 1996; SSTSJ Cataluña 2 julio 1990 y SSTSJ Navarra 22 enero 1994; y Resolución DGRN 10 junio 1986. También admiten que el fiduciario es un negocio causal, cuya *causa fiduciae* es lícita, como matices varios, las SSTs 25 mayo 1944, 3 mayo 1955, 8 marzo 1963, 15 octubre 1964, 20 noviembre 1965, 20 enero 1966, 3 mayo 1976, 19 mayo 1982, 6 abril 1987, 8 marzo 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991.

ingenioso (240) recurso la noción de «titularidad fiduciaria» y la delimitación de su ámbito, inasimilable al contenido de una auténtica propiedad en el sentido del Código. Además, cabe alegar el declive del concepto clásico o «napoleónico» de la propiedad, no sólo debido a las atemperaciones constitucionales (art. 33, 2 CE), sino por la introducción de algunas figuras que lo ponen en entredicho como, por ejemplo, dejando aparte los censos enfitéuticos (241), la moderna «multipropiedad» (*time sharing*) (242). Esto ha llevado a concluir a los estudiosos de los principios del *Civil Law* en relación con el *trust*, que tal obstáculo es meramente conceptual (243) y lo mismo cabe predicar de la fiducia.

- c) Relacionado con lo anterior está la regla del *numerus clausus* en la creación de derechos reales por la voluntad de los particulares, propia de los sistemas de tradición romanista. En España se ha producido un gran debate, aún no clausurado, para definir si el sistema del Código Civil es de *numerus clausus* o *apertus*. Aun partiendo de la tipicidad como principio general, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial y registral muestra un criterio flexible y favorable a la apertura (244) y la argumentación en favor del *numerus apertus* parece más conso-

(240) Aunque, quizá, en el fondo claudicante, pese a su extendido reconocimiento doctrinal y jurisprudencial.

(241) Figura incorporada al Código Civil español por razones históricas, que admite una división del dominio en útil y directo (cfr. arts. 1.605 y 1.628-1.654). En Cataluña, cfr. Ley 6/1990, de 16 de marzo, del Parlamento de Cataluña, de los censos (arts. 2 y 13-27).

(242) Cfr. Res. DGRN 4 abril 1993 sobre su régimen y requisitos de acceso al Registro. La alegación de la multipropiedad como ejemplo del declive del concepto de propiedad clásica es usual entre quienes comparan el *trust* anglosajón y los principios del *Civil Law*; como ejemplo, vid. BUSATO, *op. cit.*, págs. 342-3; MAZZONI, A., «Les opérations fiduciaires en droit italien», en AA.VV., *Les opérations fiduciaires*, cit., pág. 341; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 165, núm. 20. Sin embargo, la actual definición legal de esta institución como generadora de un posible derecho real limitado, típico (art. 1 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre), relativiza bastante el argumento.

(243) LYONS, *Double Taxation of Estates, Inheritances and Gifts in the EU and the Anglo-American Trust*, cit. (1997), pág. 81 y bibliografía allí citada. Como dice este autor, no es fácil calificar como propiedad la del fiduciario, si no puede usarla como le plazca, escapa del poder de sus acreedores y cae fuera de cualquier régimen económico matrimonial.

(244) El papel de la DGRN es crucial en este punto, puesto que cuando se crea un derecho real distinto de los legales y se pretende su inscripción registral, el Centro Directivo se muestra favorable al *numerus apertus*, aunque establezca una serie de límites; son ya clásicas las Resoluciones de 20 septiembre 1966, 14 mayo 1984, 23 y 26 octubre 1987. Para un examen de la abundante jurisprudencia registral sobre el tema, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, III, págs. 118-126.

lidada (245), con fundamento en el mismo Derecho positivo (arts. 1.255 del Código Civil, 2.2.º de la Ley Hipotecaria y art. 7 del Reglamento Hipotecario). La conclusión es la validez de los negocios que creen situaciones reales no previstas por el ordenamiento, siempre que se den unos requisitos y se respeten unos límites: existencia de causa justa, interés serio y legítimo, no contravención de la Ley y el orden público, etc. (246). El negocio fiduciario respeta esas coordenadas y, por ello, no es de extrañar el reconocimiento jurisprudencial de figuras como la venta en garantía, con todos los caracteres de un *ius in rem* o garantía real atípica. Al margen de pronunciamientos teóricos, de hecho, en la práctica, es incuestionable la admisión consuetudinaria de una serie de instituciones que suponen derechos reales atípicos, como el *leasing*, la compraventa con pacto de retro en garantía, la reserva de dominio al margen de la tipificada en la Ley de venta a plazos (247), la opción en garantía, etc.

- d) El *sistema registral* no es óbice para la admisión del negocio fiduciario, como tampoco lo sería respecto a un *trust* angloamericano o internacional, puesto que no se exige la inscripción de los derechos reales con carácter constitutivo, sino declarativo; es decir, el derecho real, como regla general, nace con independencia de la inscripción. Además, el negocio fiduciario es inscribible en el Registro de la Propiedad, al menos en su aspecto externo, según la normativa general (art. 2.1.º de la Ley Hipotecaria), o expresamente, según la mayoría de los autores, por la norma contenida en el art. 2.3.º LH. El problema puede plantearse, tanto en el *trust* como en la fiducia, cuando la realidad fiduciaria no aflore en la inscripción registral, como normalmente sucederá, y los terceros no conozcan la calidad fiduciaria del titular. Por otra parte, la falta de tutela legal de los derechos de los beneficiarios de la fiducia (248) (fiduciante o terceros favorecidos) no puede convertirse en un obstáculo infranqueable a estas

(245) Por todos, ver las obras de Díez-PICAZO, L., «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 1976, pág. 273 y sigs.; *Fundamentos...*, cit., III, págs. 107-137; también Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 5.ª ed., 4.ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1995, III, págs. 56-58; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 22; ALBALADEJO, *Derecho civil*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, III, 1, págs. 29-34; BOUZA VIDAL, *op. cit.*, págs. 17 y sigs., y 68 y sigs.; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, págs. 36-38 y 164-165.

(246) Un compendio de los límites en Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., III, págs. 57-58.

(247) Algunos sí regulados en Derecho navarro: cfr. Leyes 463, 475 y sigs., y 483 y sigs. FNN.

(248) Cfr. LYONS, *op. cit.*, pág. 82. Me refiero a la ausencia de marco procesal similar a la división anglosajona de Tribunales de *Common Law* y de *Equity*.

figuras, pues dicha protección se va consolidando por vía jurisprudencial, pese a un dificultoso trámite probatorio.

- e) La *vulneración de normas imperativas* no es argumento suficiente para declarar la interdicción del negocio fiduciario, porque ningún precepto prohíbe éste directamente; pero si a través de la fiducia se pretendiese eludir preceptos de *ius cogens*, el negocio será declarado nulo; con lo cual, esas normas, civiles o mercantiles, constituyen límites insoslayables para él. En un plano civil, además de la Ley de Usura, la prohibición del fraude de acreedores o las cláusulas de inalienabilidad prolongada (aplicables a la fiducia-gestión, pero, sobre todo, a la fiducia-liberalidad, donde serán tratadas), destaca la prohibición del pacto comisorio, que, sin embargo no anula como regla general la fiducia de garantía, sino que, en su caso, obliga al fiduciario a satisfacerse mediante la venta por procedimientos legales, amén de resultar válido el pacto marciano. En un plano mercantil o comercial, también será inválido el negocio fiduciario que tenga por objeto eludir la normativa que limita las operaciones sobre acciones (249) o sobre el derecho de voto de los accionistas, o sobre cualquier otro extremo.

2. MODALIDADES Y SUS VENTAJAS

2.1. *Fiducia-garantía*

Serán posibles tantos negocios de fiducia-garantía cuantos revestimientos puedan crearse por la autonomía de la voluntad para constituir eficazmente el negocio externo transmisivo, creador de la apariencia o titularidad formal o fiduciaria. Así se desprende también de la única regulación positiva de la institución en España, en concreto, en la Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra, a cuyo tenor, «por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho *mediante una forma eficaz frente a terceros*». El instrumento más empleado es la compraventa; la venta en garantía, admitida jurisprudencialmente (250), ha sido habitualmente considerada como el negocio fiduciario por excelencia. Pero son igualmente factibles y lícitos cualesquiera otros actos negociales adecuados a la naturaleza de cada objeto, cualquier forma normalmente apta para transmitir la propiedad, o también un derecho real limitado, pero que ahora, debido a la

(249) Cfr. artículo 88 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

(250) Un examen pormenorizado de las sentencias, en VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía...*, cit., págs. 1-169.

peculiar estructura de la fiducia y a su causa de garantía, sólo genera una titularidad limitada, formal, fiduciaria. Por ejemplo, pueden ser empleadas fiduciariamente, con fin de garantía, la opción de compra o venta (251), la cesión (de créditos o derechos de crédito), el endoso (de títulos, acciones u obligaciones), la adjudicación, etc. (252).

La fiducia de garantía cubre las funciones para las que se encuentran tipificadas las garantías legales: la hipoteca y la prenda (253). Y en la mayoría de los casos, con mayor eficacia que éstas. De esta forma, cuando la garantía fiduciaria recaiga sobre inmuebles, sustituirá a la hipoteca; mientras que si la fiducia se emplea como garantía mobiliaria, la figura relegada será la prenda. No resulta ajeno a esta permutación de instrumentos jurídicos el origen histórico de todos ellos, pues en Derecho romano, recuérdese, la *fiducia cum creditore* constituyó el germen rudimentario del *pignus* y la *hypoteca*, que la acabaron sustituyendo. Hoy, con nuevas circunstancias, la fiducia vuelve a demostrar su utilidad y vigencia, y recupera su puesto de privilegio en el tráfico jurídico. En general, puede decirse que la fiducia reúne mayores ventajas sobre la prenda y la hipoteca, no sólo por la huida del formalismo que representa toda garantía atípica, sino especialmente por la mayor sencillez de su proceso de constitución (que también puede ser más económico), la atenuación de los costes fiscales —mucho más gravosos para la prenda y, sobre todo, para la hipoteca, y más generosa o eludible para la transmisión en general (254)—, y, por último, la mayor comodidad, agilidad y beneficio que reportan al acreedor los procedimientos de satisfacción de su crédito cuando

(251) Son muy frecuentes dos tipos: la concesión de un préstamo garantizado con una opción de compra que concede el prestatario al prestamista sobre un objeto de su propiedad, sin que en la opción aparezca el negocio subyacente; y un préstamo que se garantiza por contrato de compraventa, equivaliendo el precio de venta al importe del empréstito y figurando en la escritura una opción de compra para el vendedor-deudor en un plazo, pero sin aludir a la causa real de la venta, la garantía. Cfr., a modo de ejemplo, la STS 6 julio 1992. Sobre estas modalidades, vid., FELIU REY, *op. cit.*, en especial, págs. 21-32 y 141 y sigs. (con análisis jurisprudencial). También TALMA CHARLES, J., *El contrato de opción*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 341-353.

(252) También se han equiparado funcionalmente otras figuras al negocio fiduciario, hasta el punto de preconizar su inclusión en éste. Así ha ocurrido con el *leasing* y la reserva de dominio. Pueden consultarse referencias bibliográficas, respectivamente, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *ADC*, 1982, págs. 56 y sigs.; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *La reserva de dominio...*, cit., págs. 63-65 y núm. 76.

(253) Tanto es así, que incluso la Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra establece que «el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio en la Ley 470».

(254) DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, pág. 54. Esta afirmación es absolutamente cierta respecto a los valores y títulos-valores, pero debe ser muy relativizada en cuanto a otros bienes, puesto que la aparente transmisión resultará gravada como tal por los diversos impuestos.

están garantizados con una fiducia, siempre que no se incurra en la prohibición del pacto comisorio (v. gr., mediante un pacto marciano).

Si ahora nos atenemos a la relación funcional entre prenda y fiducia, podemos subrayar que en la práctica, ésta ha ganado terreno a aquélla, como ya ocurrió en otros países, como Alemania, donde la fiducia de garantía desplazó tanto a la prenda de créditos (255) como, en parte, a la prenda de valores (256). Esta afirmación cobra su auténtica importancia si se tiene presente la amplia gama de objetos sobre los que puede recaer la prenda y, por ende, la fiducia, en el tráfico mobiliario moderno; no sólo son posibles respecto a cosas muebles materiales, sino también respecto a créditos y valores negociables, tanto los clásicos títulos-valores (letra de cambio, cheque y pagaré), como acciones, valores representados mediante anotaciones en cuenta y otro tipo de derechos (257).

Con el soporte de estas ideas, relacionar las ventajas concretas de la fiducia respecto a la prenda (258) resulta esclarecedor: 1.º La constitución es más sencilla que la prenda, que requiere entrega de la posesión y otorgamien-

(255) Cfr., en detalle, ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda de créditos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 53-58, y, en especial, pág. 54. Como señala esta autora, la cesión fiduciaria de créditos reporta incuestionables ventajas respecto a la prenda de créditos en los países en que ésta se encuentra regulada legalmente, pues no sólo es una garantía ágil y adaptable a las nuevas necesidades (cesiones de créditos futuros en garantía y cesiones globales), sino que evita los inconvenientes de la necesidad de notificar la prenda al deudor para que el contrato tenga eficacia real (§ 1280 BGB y art. 900 del Código Civil suizo). En España, la prenda de créditos no está regulada, aunque es válida, pese a la polémica sobre su naturaleza. La fiducia cumple idénticas funciones a la prenda de créditos y, como señala ARANDA (*op. cit.*, págs. 138 y sigs. y, sobre todo, 147 y 149), si se asimila la fiducia a una simulación relativa, los efectos son los del negocio disimulado, que en el caso de muebles será siempre una prenda, con lo que, de cara a la fase de realización, el fiduciario tiene una posición similar al acreedor pignoratício (art. 1.922, 2.º).

(256) Según SALINAS ADELANTADO, C., *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 145 y sigs., la venta en garantía ha sustituido en Alemania a la prenda, salvo en el caso de valores mobiliarios.

(257) Por ejemplo, y sin ningún imposible ánimo exhaustivo, participaciones en fondos de inversión, derechos dimanantes de un seguro de vida, títulos representativos de mercancías depositadas en almacenes generales, participaciones de sociedades limitadas, etc. Sobre la garantía prendaria de estos y otros objetos, es recomendable la lectura de AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, tomo II («Garantías reales»), vol. 1 («Garantías inmobiliarias»). En relación con el dinero como objeto de la fiducia de garantía, cabe razonablemente dudar de su viabilidad y autonomía institucional, a diferencia de la posibilidad evidente de la prenda irregular, por múltiples razones, pero principalmente por la moderna concepción de la titularidad fiduciaria, que implica transmisión limitada y no plena, en tanto que en la prenda irregular la transferencia de propiedad es plena e irrevocable, con facultad de enajenar y consumir libremente los bienes, y obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad; sobre estas ideas, vid. CRUZ MORENO, M., *La prenda irregular*, Colegio de Registradores-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 143-145.

to de escritura pública (arts. 1.863 y 1.865 del Código Civil). 2.º) No es necesario el traspaso posesorio del objeto dado en garantía (259), lo cual puede ser muy importante en las empresas que necesitan los bienes para seguir con su actividad. 3.º) La forma de ejecución, dejando al margen el problema del comiso prohibido, es más fácil para el acreedor fiduciario (cfr. art. 1.872 del Código Civil), pues adquiere definitivamente el dominio del objeto o, en su caso, puede enajenarlo según lo pactado, al margen de los procedimientos legales. 4.º) Fiscalmente es provechosa la fiducia en algunos casos, puesto que las transmisiones de valores están exentas del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre el Valor Añadido (según el art. 108 de la Ley de Mercado de Valores de 1988), mientras que las constituciones de prenda y otras garantías no lo están del primer impuesto (260). Por supuesto, estas ventajas no pueden ocultar los riesgos que entraña el negocio fiduciario en sí, derivados de la posibilidad de abuso del fiduciario o de la falta de publicidad de la relación interna, pero, ponderados unas y otros, sin duda, el resultado es la existencia de una garantía alternativa a las legales, recomendable en ocasiones, según las circunstancias de cada caso.

De entre los bienes susceptibles de constituir una garantía mobiliaria conviene destacar la letra de cambio, dado que en la práctica diaria el endoso en garantía fiduciario o encubierto ha rebasado con creces el recurso al endoso expreso en garantía, regulado en nuestro Derecho (261). Este último contiene la mención «valor en garantía», «valor en prenda» o cualquier otra que implique una garantía y «confiere al tenedor un derecho de prenda sobre el crédito cambiario, que incorpora la facultad de cobrarse con el importe de la letra y entregar la diferencia al deudor» (262). En cambio, en el endoso fiduciario se omite cualquier mención a esas cláusulas y el endosatario aparece formal y documentalmente como acreedor cambiario, aun cuando *inter partes*, entre endosante y endosatario, el endoso se ha realizado con la sola finalidad de garantizar un crédito. De forma unánime, la doctrina considera

(258) Cfr. SALINAS ADELANTADO, *op. cit.*, pág. 155 y sigs.

(259) Este problema fue parcialmente solucionado por la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, aunque aún quedan supuestos en los que la fiducia se revela útil para salvar los inconvenientes y lagunas de esa ley, sobre todo por la enumeración exhaustiva de bienes pignoraables sin desplazamiento y la exigencia de requisitos formales de constitución (cfr. DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 54).

(260) Sí están exentas del IVA estas garantías reales, según el artículo 20.1.18.º) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre. Sobre esta materia, vid. CISNEROS GUILLEN, L., «La tributación de las garantías en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», en AA.VV., *Tratado de las garantías en la contratación mercantil* cit., I, págs. 335-363.

(261) Artículo 22 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985.

(262) STS 3 julio 1992, Fundamento de Derecho 5.º

este endoso pleno como un supuesto de fiducia *cum creditore* (263), y le aplica la teoría del negocio fiduciario.

Sin entrar en las múltiples cuestiones que plantea el endoso pleno fiduciario (264), me limitaré a compendiar sus ventajas (265): 1.º Imposibilita al deudor oponer al endosatario (fiduciario-acreedor pignoraticio de buena fe) las excepciones personales que pudiera oponer al endosante (fiduciante-pignorante) (266). 2.º No se menoscaba así el crédito del endosante-pignorante, porque no aparece en el cuerpo de la letra ninguna mención de la constitución de la garantía (267). 3.º Para el endosatario representa la más segura garantía, dado que él, acreedor pignoraticio en el fondo, aparece como titular de la cosa pignorada (268) y si el fiduciante no cumple podrá verse inmediatamente resarcido en su derecho. 4.º Precisamente, el crédito quedará extinguido mediante el cobro del importe de la letra por el endosatario que, en cuanto tenedor legítimo aparente del título podrá endosarla a su vez plenamente a un tercero cuando hubiese vencido la obligación principal garantizada y el endosante no la hubiera satisfecho, pendiente aún el vencimiento de la cambial (269).

(263) PARICIO SERRANO, L., «Endosos limitados encubiertos», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)* (27), 1987, pág. 559 y sigs.; PAZ-ARES, C., *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, dirigidos por A. Menéndez, Madrid, 1986, págs. 272 y 379; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 75 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19.^a ed., Eds. de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, II, pág. 79; VERGEZ SÁNCHEZ, M., en *Derecho cambiario. Estudios...*, cit., pág. 496 y sigs.; VIGUERA RUBIO, J. M., *La prenda cambiaria: el endoso en garantía*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, págs. 61-79; NAVARRO CHINCHILLA, J. J., «La pignoración de la letra de cambio», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, cit., II, 1, págs. 515-518.

(264) El problema específico más importante de esta figura estriba en las excepciones oponibles por el deudor (en concreto, la excepción de tráfico y la *exceptio doli*), que es polémico; para un tratamiento del tema, NAVARRO CHINCHILLA, *op. cit.*, pág. 518 y, con más detalle, PARICIO SERRANO, *Endosos limitados encubiertos*, cit., págs. 558-564. También presenta matices la situación de quiebra de endosante y endosatario, aunque las soluciones son parejas a las de cualquier fiducia, pues si quiebra el fiduciante, el fiduciario está protegido, así como los terceros de buena fe (art. 19, 2 LCCH) y si quiebra el fiduciario se aplican los artículos 908-909 del Código de Comercio (además de los autores citados, puede verse el problema desde la perspectiva de la teoría del doble efecto en GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 86-87; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 319 y sigs.). Por último, la prohibición del pacto comisorio en relación con el endoso fiduciario debe resolverse igual que en cualquier otra fiducia de garantía (sobre el tema, VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, págs. 70-79).

(265) Cfr. NAVARRO CHINCHILLA, *op. cit.*, págs. 515-516.

(266) PARICIO SERRANO, *Endosos limitados encubiertos*, cit., págs. 563-564.

(267) VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, pág. 62.

(268) PARICIO SERRANO, *Endosos limitados encubiertos*, cit., pág. 564.

(269) VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, págs. 62-63. O incluso, como dice PARICIO SERRANO (*ibidem*), abusando de su derecho, el endosatario podrá, antes de tiempo, endosar de nuevo plenamente la letra, evitando los problemas del endoso en garantía expreso.

Por todo ello, no causa extrañeza que el endoso en garantía, encubierto o fiduciario, se use con asiduidad cuando el importe de la deuda garantizada y de la cantidad pignorada son semejantes o cuando, no siéndolo, el endosante-pignorante no tema que el endosatario abuse de su posición aparente; y, por el contrario, se suele preferir el endoso en garantía expreso si el importe de la letra pignorada es muy superior al de la obligación garantizada o se tenga poca confianza en el acreedor pignoraticio (270).

Una precisión final sobre todas estas modalidades de fiducia de garantía: no parece que existan impedimentos para que una sociedad o banco actúe como intermediario de confianza entre un acreedor y un deudor, y se erija en el depositario del bien constituido en garantía del cumplimiento, para conservarlo, restituirlo o venderlo según las vicisitudes de la obligación garantizada (271).

2.2. *Fiducia-gestión*

Las posibilidades son múltiples en el ámbito civil y algunas ya han sido colacionadas: por ejemplo, puede servir para la descentralización y agilidad en los negocios; para encomendar la gestión de bienes para fines políticos, caritativos o religiosos; para mantener el crédito o la clientela (de forma que el negocio sigue a nombre de quien lo traspasa, ocultándose el nuevo dueño) (272); para eludir leyes injustas de carácter expoliatorio; asegurar una mejor administración de los bienes (v. gr., en favor de un hijo despilfarrador o disminuido); obtener una negociación más ventajosa (273), y un extenso etcétera (274). Puede decirse, en general, que la fiducia abarca también todos

(270) PARICIO SERRANO, L., «La circulación de los títulos cambiarios», en *RDBB* (49), 1992, pág. 251; VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, pág. 63; NAVARRO CHINCHILLA, *op. cit.*, págs. 515-516.

(271) Sobre ello, agudamente, Díez-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., págs. 46-49, quien distingue el «fideicomiso de garantía» sobre muebles, posible en virtud del artículo 1.683 del Código Civil (posesión de la cosa pignorada por un tercero designado de común acuerdo), y sobre bienes inmuebles, más problemática.

(272) Aplicaciones citadas por DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 388-389.

(273) VALLET DE GOYTISOLO, *Negocios en fraude...*, cit., págs. 208-209, quien aporta el ejemplo usual de poner a nombre del fiduciario una propiedad para que éste la transmita o la adquiera y la sanee, mejore, parcele, liquide carga, divida horizontalmente, etc., con el objeto de venderla después, a menudo por parcelas, chalets, locales, pisos o departamentos, todo por cuenta del fiduciante.

(274) V. gr., como ya se dijo, para evitar ciertas normas administrativas o fiscales (STS 5 julio 1989, 9 diciembre 1981, etc.) o para beneficiarse de ellas (STS 30 abril 1992, para obtener un préstamo oficial ventajoso para pequeñas empresas; STS 5 julio 1996, para conseguir facilidades en la construcción de viviendas de protección oficial); para establecer un supermercado en beneficio del fiduciante (STS 9 octubre 1987); donación fiduciaria para ayudar a construir un edificio para el fiduciante (STS 14 julio 1994), etc.

los supuestos imaginables de representación indirecta, con la que sólo le separa una fina y ecléctica línea, y en especial, que cubre con regularidad las funciones del mandato para adquirir (275) o para enajenar. Asimismo, la adjudicación de bienes para pago de deudas (tanto *inter vivos*, como, sobre todo, *mortis causa*) es considerada como negocio fiduciario (276), de manera que el adjudicatario es «más bien un propietario formal, legalmente autorizado para disponer de los mismos, que un dueño material que los disfrute económicamente» (vid. art. 45 LH) (277).

En el entorno mercantil la fiducia-gestión ha tenido un auge, si cabe, aún mayor en una serie de prácticas como la cesión de acciones para diversos fines, entre los que destaca el ejercicio del derecho de voto en interés del fiduciante; la designación de un síndico que recibe fiduciariamente las acciones para votar según el acuerdo de un sindicato de accionistas; la transmisión en garantía de una empresa mercantil al acreedor, que aparece de cara a terceros como dueño único (278), de forma similar a la mencionada venta en garantía; el endoso fiduciario de letras de cambio con simples fines de cobro o apoderamiento; el fundador fiduciario de una Sociedad Anónima; el empleo de sociedades fiduciarias, a modo de intermediarios; los fondos de inversión y de pensiones, etc. Examinemos con mayor detenimiento algunas de estas modalidades y su viabilidad en Derecho español.

Es frecuente, en primer lugar, *la puesta de acciones a nombre de una persona de confianza* para sortear dificultades administrativas, financieras o impositivas; puede ir combinada con una comisión mercantil de adquisición o enajenación de esas acciones (279) que revista forma oculta, esto es, que

(275) Vid. SSTS 4 mayo 1950, 16 mayo 1983 y 24 marzo 1997, entre otras.

(276) Así lo entiende prácticamente toda la doctrina española, excepción hecha de GONZÁLEZ PALOMINO («La adjudicación para pago de deudas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, 1945, pág. 207 y sigs.), que considera al adjudicatario como un mandatario. Vid., en la opinión dominante, v. gr., LACAL, *op. cit.*, pág. 786; JORDANO BAREA, *Dictamen...*, cit., págs. 623-624 (vid. más bibliografía allí citada); GÓMEZ GÁLIGO, *op. cit.*, págs. 550-551; SOLÍS VILLA, I., «Negocio fiduciario y fideicomiso en España», en VV.AA., *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, 1980, págs. 110-112.

(277) Resoluciones DGRN 14 junio 1922 y 26 diciembre 1946; SSTS 23 mayo 1935 y 30 octubre 1965; todas las cuales subrayan, además, su carácter de negocio fiduciario. Según la Resolución de 14 junio 1922, el adjudicatario «está dotado de una posición de titularidad real frente a terceros, que le permite la enajenación independiente o reglamentada de los bienes inmuebles bajo protección de los artículos 20 y 34 LH». Facultades de enajenación, señala LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho civil*, 5.^a ed., Bosch, Barcelona, 1993, págs. 106-107), limitadas a actos que se dirigen a cumplir los fines de la adjudicación.

(278) GARRIGUES, *Law of Trusts*, cit., pág. 29.

(279) Cfr. SSTS 14 octubre 1994, 24 septiembre 1987 y el supuesto de hecho de la Sentencia de 4 diciembre 1976. En la STS 4 julio 1998 los mandantes (para enajenar) op-

la comisión no sea conocida por los terceros, quienes confíen en que el titular es propietario y no mero comisionista (280).

Pero el uso más corriente de la cesión fiduciaria de acciones acaso sea la transmisión con la finalidad de obtener representación, de forma encubierta, en la junta general de accionistas; de esta forma, el fiduciario ejercita el derecho de voto del fiduciante según las instrucciones de éste, que sigue siendo el propietario material de la acción, pese a que, externamente, frente a los terceros y, en especial, frente a la sociedad, el fiduciario aparece como titular que obra en nombre propio. Esta fórmula fiduciaria guarda clara correspondencia con el *voting trust* anglosajón, a pesar de que existen algunas disparidades, como la emisión por el *trustee*, a petición del fiduciante, de un certificado representativo de las acciones recibidas, certificado que constituye un título negociable (281); esto no sucede en Derecho español. La Ley de Sociedades Anónimas reconoce que todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona (art. 106 LSA) (282). Para conseguir ese efecto puede recurrirse a la forma «desproporcionada» de la transferencia fiduciaria tanto de acciones nominativas, como al portador (283) o registradas mediante anotaciones en cuenta, cumpliendo los requisitos específicos que la Ley establece para la transmisión de cada tipo de valores. Este negocio es válido y distinto de la denominada «cesión de la legitimación» (*legitimationsübertragung*), que se considera nula en nuestro Derecho (284). Respecto al representante nor-

taron por revestir un antiguo poder de la forma de una compraventa para que el fiduciario apareciese como propietario ante el futuro comprador y para sortear los inconvenientes en la negociación sobre los derechos de adquisición preferente de otros accionistas.

(280) Insiste en la diferencia entre comisión mercantil (similar al mandato civil) y fiducia, conceptuando al primero como mero «negocio de confianza», PEINADO GRACIA, J. I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 28-32; ID., «La comisión de garantía en el ordenamiento español (cooperación y conflicto en el contrato de comisión)», en AA.VV., *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, I, págs. 983-986.

(281) Sobre los *voting trusts* y figuras conexas en Derecho norteamericano e inglés, PEDROL RÍUS, A., *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Edit. Revista de Derecho privado, 1969, págs. 213-222.

(282) Según la redacción dada al artículo por el Texto Refundido de la Ley por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, similar en el principio general al antiguo artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 julio 1951.

(283) Sobre la problemática dispar que presenta la transmisión fiduciaria de las acciones, según sean nominativas o al portador, BÉRGAMO LLABRÉS, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, Madrid, 1970, II, pág. 529 y sigs.; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 63 y sigs.

(284) Así, expresamente, la Resolución DGRN 9 diciembre 1997; esta decisión, añade que «de ser un negocio fiduciario (...), la cesión frente a terceros, incluida la propia sociedad, lo sería de la titularidad de las acciones con todos sus derechos»; y niega la validez de la cesión de titularidad aparente sólo para el ejercicio del derecho de voto.

mal, el accionista fiduciario presenta indudables ventajas, como son, aparte de mantener el anonimato del auténtico titular (285), evitar la necesidad de reiterar el poder cada vez que se reúna la Junta (requisito establecido por el art. 106, 2 LSA de 1989) y eliminar la posibilidad de revocarlo (cfr. art. 106, 3 LSA), lo cual se muestra particularmente provechoso en los sindicatos de acciones, en especial, de bloqueo con cesión fiduciaria de las acciones al síndico (286). Pero cuando se utilice la figura del accionista fiduciario para eludir la aplicación de una norma coactiva del Derecho de sociedades anónimas (287), y sólo en ese caso, podrá declararse ilícita su interven-

Sobre la nulidad de la «cesión de la legitimación» hay unanimidad doctrinal, tanto antes como después de la nueva redacción de la LSA de 1989 (cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación de los accionistas en la Junta General de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 42). Los autores españoles consideran la «cesión de la legitimación» (válida en Alemania tras las AktG. 1937 y 1965) al margen de la representación, pues el accionista de legitimación actúa no sólo en nombre propio, sino también *en interés propio* en cuanto al ejercicio del derecho de voto (URÍA, R., en GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.^a ed., revisada por A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCÍA, Madrid, 1976, I, págs. 685-686; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1947, I, 2.^o, pág. 965; ID., *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1933, pág. 99 y sigs.; RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1974, pág. 350; PEDROL RIUS, *La anónima actual...*, cit., pág. 179). Su empleo ha partido de una práctica bancaria internacional, en virtud de la cual los bancos ejercitan el derecho de voto de las acciones que tienen en depósito (o en prenda); para ello insertan en las condiciones generales una cláusula por la que quedan autorizados a usar en interés y por cuenta propios los derechos de voto que el accionista, propietario de los demás derechos del título, no usa por sí. La diferencia con el negocio fiduciario se ha querido ver en que éste transmite plenamente la propiedad, mientras que la pura legitimación no lo hace (PEDROL RIUS, A., *La sindicación de acciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, pág. 110; BÉRGAMO, *op. cit.*, 1, pág. 572; GARRIGUES, *Tratado...*, cit., I, 2.^o, pág. 965). Pero, como se puede apreciar, esta afirmación parte de la abandonada teoría del doble efecto. La auténtica diferencia se encuentra en que el fiduciario, pese a actuar en nombre propio, lo hace en interés de su fiduciante, mientras que el accionista de legitimación obra en interés propio. Sin embargo, recientemente, algún autor (RONCERO SÁNCHEZ, A., *Representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 81 y sigs. y bibliografía allí citada) ha sostenido que la cesión de la legitimación es, en realidad, un supuesto de representación indirecta (el legitimado debe actuar en interés del accionista y no en el suyo propio) y, en definitiva, un caso de titularidad fiduciaria, y afirma que se encuentra igualmente prohibida en Derecho español debido a que la LSA (art. 106) consagra el principio implícito de publicidad de las relaciones de representación. En cualquier caso, cabe añadir, el problema de la cesión legitimadora tradicional empleada por los bancos se ha paliado casi por completo con el mecanismo del nuevo artículo 107 LSA (vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, pág. 72 y sigs.)

(285) Lo cual constituiría causa de nulidad de la figura, según la opinión minoritaria de RONCERO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 84-86.

(286) Cfr. BÉRGAMO, *op. cit.*, II, pág. 528.

(287) Por ejemplo, cuando se recurra a la fiducia para burlar la prohibición de votar en asuntos en los que el fiduciante tenga intereses contradictorios con los intereses sociales; o para eludir las disposiciones estatutarias que limiten el número de votos frente a

ción (288); con la consecuencia de que el *fraus le gis* viciará de nulidad el acuerdo de la junta si el voto del accionista fiduciario ha sido decisivo para que se formase la necesaria mayoría (289).

Presenta similares ventajas a las ahora vistas (irrevocabilidad, perdurabilidad, plena legitimación del fiduciario) el supuesto de un *sindicato de voto* en el que las acciones sindicadas se transmiten fiduciariamente al síndico para que actúe en interés de sus fiduciantes. De esta forma se evitan los inconvenientes de la sindicación de voto basada en el simple compromiso personal acerca del ejercicio del derecho de voto. Por todo ello, un importante sector de la doctrina abogó por la vía fiduciaria (290). Pero los problemas característicos de la teoría del doble efecto, la excesiva confianza en el síndico, imprescindible para la operación, y el difícil control en caso de incumplimiento llevaron a algunos autores a rechazar este mecanismo (291). Sin embargo,

los tenedores de determinado número de acciones; o las que prohíban computar el voto de los administradores para la aprobación del balance, etc. (vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, págs. 294-295; URÍA, en URÍA-GARRIGUES, *Comentario...*, cit., I, pág. 690; URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J. M., en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, V, *La Junta General de Accionistas* (arts. 93-122 LSA), Civitas, Madrid, 1992, pág. 217). En realidad, las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones pueden ser de origen legal (por ejemplo, los límites a la participación de extranjeros en algunas sociedades anónimas), estatutarias (derechos de adquisición preferente de la sociedad, autorización de la transmisión por los órganos sociales, etc.) o convencionales. Sobre ello, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 217 y sigs.; y, en especial, RAMOS GASCÓN, F. J., *Régimen jurídico de los valores*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1997, págs. 570-592. Constituye un supuesto común la transmisión fiduciaria para burlar la cláusula del estatuto social que limite el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo (art. 105,2 LSA), que será nula, pero presenta un problema probatorio distinto, según el tipo de acciones que sea, más fácil cuando sean títulos al portador (sobre este punto, BUFETE RAMÓN HERMOSILLA, *Apuntes sobre las sociedades de capital no cotizadas*, Macraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 119-120).

(288) GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 65; GIRÓN TENA, *ibidem*; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, págs. 42-43; URÍA, en URÍA-GARRIGUES, *Comentario...*, cit., I, pág. 690; URÍA-MENÉNDEZ-MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, págs. 217-218.

(289) URÍA, *ibidem*; URÍA-MENÉNDEZ-MUÑOZ PLANAS, *ibidem*. Esta nulidad también se producirá cuando el titular formal de unas acciones y socio mayoritario pretenda arrogarse el derecho de voto que, según los pactos internos, correspondía al otro socio como legítimo propietario (STS 24 septiembre 1987).

(290) BÉRGAMO, *op. cit.*, II, pág. 525 y sigs.; GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, III, dictamen 190, pág. 407 y sigs., en especial, pág. 412 y sigs.; ID., «Sindicatos de accionistas», en *R. D. Mercantil*, 1955, pág. 103 y sigs.; *Negocios...*, cit., págs. 62 y sigs.; URÍA, en GARRIGUES-URÍA, *op. cit.*, I, pág. 667; URÍA-MENÉNDEZ-MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, V, pág. 104; últimamente, también BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 281; VICENT CHULIÁ, *Introducción...*, 9.^a ed., cit., pág. 251.

(291) Señaladamente, PEDROL RÍUS, *La anónima actual...*, cit., págs. 351-357, en especial, esta última.

en la actualidad, tras la revisión de la teoría sobre la fiducia y el surgimiento de la moderna configuración de la titularidad fiduciaria, que ataja bastantes de esos problemas, existe una orientación doctrinal que, certeramente, vuelve a ponderar los beneficios de la fiducia en la sindicación de acciones, amén de sus ventajas fiscales (recuérdense las exenciones del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores) (292).

Otra modalidad de fiducia-gestión *inter vivos* es el *endoso fiduciario*, que es un endoso pleno con fines de apoderamiento o cobranza encubiertos, en el cual el endosatario aparece formalmente como propietario de la letra de cambio, igual que vimos que ocurría en los endosos en garantía encubierto. Su carácter de negocios fiduciarios y su extraordinaria difusión en la práctica son notorios (293). Entre sus ventajas más relevantes respecto al endoso de apoderamiento expreso regulado por la Ley cambiaría (art. 21), cabe destacar que al endosatario, propietario externo (pero mero mandatario en las relaciones internas), no se le podrían oponer las excepciones personales que el deudor tuviese frente al endosante (auténtico propietario y comitente) (294).

La licitud de la figura de los *fundadores fiduciarios de una sociedad* también ha sido reconocida en nuestro Derecho (295). Tanto la Ley de So-

(292) En este sentido, el completo análisis de PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 493-503, y en especial, pág. 501 y sigs. Allí puede verse la evolución descrita con mayor detalle.

(293) Ambos extremos son puestos de relieve por la STS 3 julio 1992 según la cual es «frecuente en la práctica mercantil que el endoso de apoderamiento o comisión de cobranza se haga en forma encubierta, apareciendo externamente el endoso como pleno, pero continuando el endosante como verdadero propietario de la letra y titular de los derechos cambiados en orden a las relaciones internas entre endosante y endosatario, al obrar este último en nombre propio, aunque por cuenta de su comitente» (FD 4.º) y «el «endoso para cobranza», no manifiesto o encubierto como negocio fiduciario bajo la forma de endoso pleno, sólo faculta para obrar por cuenta del endosante». Igualmente, la doctrina citada antes respecto al endoso fiduciario de garantía (GARRIGUES, SÁNCHEZ CALERO, PAZ-ARES, VERGEZ, PARICIO SERRANO, *op. cit.*, pág. 551), además de VICENT CHULIÁ, *Introducción...*, 9.ª ed., cit., pág. 702. También insisten en su frecuencia y efectos especiales URÍA, R., *Derecho mercantil*, 22.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 944; Ruiz DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho mercantil*, Eds. Deusto, S.A., Bilbao, 1996, pág. 529.

(294) Vid. los autores citados en la nota anterior y, en especial, una exposición pormenorizada del tema de las excepciones alegables por el deudor cambiario frente a la pretensión del tenedor en PARICIO SERRANO, *op. cit.*, págs. 552-559, quien concluye la posibilidad de alegar la excepción de tráfico cambiario y, sobre todo, la excepción de falta de titularidad, pero no la *exceptio doli*. Este mismo autor recoge, entre las razones para acudir a este medio, el encubrir mejor al mandatario o comisionista por los anticipos hechos al endosante, y el hecho de denotar el endoso de apoderamiento expreso cierta desconfianza por el uso que pueda hacer el endosatario del título recibido.

(295) Expresamente la admite la STS 19 junio 1992 [: «la actuación de los señores (...) no respondía sino a una figura reconocida doctrinalmente como "fundadores fiducia-

ciudades Anónimas (LSA) como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) fijan (y fijaban, en sus antiguas versiones) (296) un número mínimo de personas, físicas o jurídicas, para la constitución de entidades de este género. Pero puede suceder que concurren como fundadores personas que suscriban un número mínimo de acciones (muchas veces una sola), obrando en realidad por cuenta del único interesado real en la constitución de la sociedad, el fiduciante, de forma que las formalidades legales respecto al número de socios iniciales queden cumplidas. Se considera que esta operación es un negocio fiduciario válido (salvo que persiga un fin fraudulento de otras normas), y no simulado, y que no afrenta la normativa sobre la estructura de la sociedad como grupo de personas, desde el momento en que no es causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano; ni vulnera las normas sobre responsabilidad de los fundadores, pues la Ley prescribe que la responsabilidad de los fundadores alcanza también a las personas por cuya cuenta actuaron (297). No obstante lo dicho, cabe augurar un menor empleo de este recurso fiduciario desde el momento en que las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada han sido explícitamente reguladas en nuestro ordenamiento (298).

Con frecuencia se relaciona la figura de la *interconexión de sociedades*, más o menos solapada, con la fiducia. La *fiducia cum amico* se articula muchas veces entre personas jurídicas que, aunque formalmente son distintas,

nios"...»; su complejo supuesto de hecho consistió en la creación de una sociedad anónima por la persona que había pagado todas las deudas de una línea de transportes operativa por concesión administrativa. Para conseguir este negocio, intransmisible abiertamente sin perder la concesión, sus dueños actuaron conjuntamente con su acreedor como fundadores fiduciarios de la sociedad anónima, que incluía la línea de autobuses en el objeto social, de forma que las acciones pertenecían realmente al acreedor, pese a la titularidad formal del negocio seguía radicada en los concesionarios originales]. Recientemente, también la STS 24 febrero 1998 (FD 5.º), que rechaza la alegación del recurrente de que «la sala de instancia ha confundido la figura del fundador fiduciario con la del clandestino, que utiliza a tres hombres de paja para simular pluralidad de sujetos en el contrato de sociedad, sin que concorra la existencia de *affectio societatis*, sino simple ánimo de servir a un amigo o subordinado». Y, asimismo, la STSJ Navarra 28 noviembre 1997 (FD 4.º). Quien, con mayor detalle se ha ocupado de esta figura es GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 67-75; vid. pág. 67 sobre los múltiples motivos que inducen a este proceder; vid. también DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 416-417; y BUFETE RAMÓN HERMOSILLA, *Apuntes...*, cit., págs. 120-121 (con crítica de la sentencia citada, págs. 121-123).

(296) Artículos 14 y 34 LSA, según su texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre; y artículos 16,1,b) y 16,2 LSRL, aprobada por Ley 2/1995, de 23 de marzo.

(297) Artículo 18 LSA de 1989 (antiguo art. 13), de manera que el verdadero fundador no puede ocultarse tras la persona de un fiduciario insolvente; vid. GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 74-75.

(298) Artículos 125-129 y 16,1,d) de la LSRL de 1995; y artículo 34,1,d) de la LSA (reformado por la Disposición Adicional segunda de la LSRL de 1995).

encubren unos mismos intereses. O dicho con otras palabras, no es raro que la persona jurídica fiduciaria encuentre su razón de ser (o explicación de su constitución) en el previo propósito de utilizarla en la vida jurídica como instrumento de actuación de la persona jurídica fiduciante. Y éste puede ser el punto de partida para aplicar la doctrina del levantamiento del velo para evitar abusos de derecho o actuaciones fraudulentas (299).

Los *fondos de inversión mobiliaria* han experimentado un gran auge en España durante el último decenio, dentro de las denominadas «instituciones de inversión colectiva» (300), debido a su atrayente fórmula para el ahorro y sus beneficios fiscales (301). Los fondos de inversión son fruto de una adaptación del *investment trust* anglosajón al Derecho continental europeo. Este *trust* se basa en la reunión de capitales depositados en un banco o entidad financiera, el *trustee*, que custodia y administra la inversión según las directrices dadas por el gestor especializado (302). Dos formas adopta el *investment trust*, según su constitución sea societaria (*statutory investment trust*) o contractual (*contractual investment trust*); la primera inspiró el surgimiento de las «sociedades de

(299) Así lo explica, casi literalmente, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 3.^a ed., Civitas (1.^a ed., 1990), Madrid, 1995, págs. 209-210; y cfr. la STS 13 julio 1987.

(300) Las Instituciones de Inversión Colectiva están reguladas por la Ley 46/1984, de 26 diciembre, desarrollada por su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1393/1990, de 2 noviembre (parcialmente reformado por el Real Decreto 686/1993, de 7 mayo) y por bastantes normas de rango reglamentario inferior (órdenes ministeriales y circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores). Aparte de las modificaciones fiscales, numerosos preceptos de la Ley 46/1984 fueron reformados por la Ley 24/1988, de 28 julio, del Mercado de Valores (Disposición Adicional 6.^a). Un cuadro completo de estas instituciones podría realizarse distinguiendo dos grupos, según la naturaleza financiera o no financiera de los bienes. Si son de carácter financiero (dinero y valores), pueden ser Sociedades de Inversión Mobiliaria (de capital fijo o variable), Fondos de Inversión Mobiliaria, Fondos de Inversión en activos del mercado monetario y Fondos de Inversión en Deuda del Estado (Fondtesoro; Orden Ministerial de 7 junio 1990). Si se trata de bienes que no tengan carácter financiero, las instituciones pueden ser (según Ley 19/1992, de 7 julio, y Reglamento citado 686/1993) Sociedades de Inversión Inmobiliaria y Fondos de Inversión Inmobiliaria. Finalmente, también están reguladas las Sociedades Gestoras de Carteras de Valores. Una visión general de todas estas instituciones puede verse en SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19.^a ed., cit., págs. 662-670. La bibliografía sobre estas instituciones y, en concreto, sobre los Fondos de Inversión Mobiliaria, es muy extensa; pueden consultarse catálogos bibliográficos bastante completos en FARRANDO MIGUEL, I., «La inversión a través de instituciones de Inversión Colectiva», en *RDBB* (51), 1993, pág. 681 y sigs., en especial, págs. 737-741; y, sobre todo, PALA LAGUNA, R., «Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad de las sociedades gestoras de fondos de inversión», en *RDBB* (65), 1997, pág. 75 y sigs., en especial, págs. 119-124.

(301) Vid. GENEROSO HERMOSO y cois., *Fondos de inversión mobiliarios e inmobiliarios*, Ed. Edigener, Madrid, 1992, págs. 55-70 para un resumen de su régimen fiscal y ventajas.

(302) En especial, en la modalidad británica de los *unit trusts*.

inversión mobiliaria» (SIM) españolas, que son sociedades anónimas, y la segunda originó nuestros «fondos de inversión mobiliaria» (FIM) (303). El régimen legal de estos fondos, tras una primera regulación en 1964, se halla sustancialmente (con algunos retoques posteriores), en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) de 26 diciembre 1984 y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre (304). El problema de su incorporación y calificación jurídica no es de fácil resolución, al no existir en Derecho español la institución del *trust* o alguna plenamente equiparable. Esto ha obligado a desnaturalizar un poco el modelo anglosajón y a buscarle acomodo entre las instituciones tradicionales del *civil law* (305).

La Ley (art. 2,2 LIIC) define los fondos de inversión mobiliaria como «patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuyo derecho de propiedad se representa mediante un certificado de participación, administrados por una Sociedad Gestora a quien se atribuyen las facultades del dominio sin ser propietaria del Fondo, con el concurso de un Depositario, y constituidos con el exclusivo objeto de (...) la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros para compensar (...) los riesgos y los tipos de rendimiento» (306). Además, los fondos carecen de personalidad jurídica. Ante esta concepción legal, se han ensayado diversas explicaciones de la naturaleza jurídica del fondo (comunidad de bienes, propiedad temporal, etc.), primando en la actua-

(303) TAPIA HERMIDA, A. J., «La gestión de los fondos de pensiones (un análisis jurídico)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (RDBBj) (30), 1988, pág. 396 (con citas bibliográficas). Aunque debe tenerse presente, como subraya SÁNCHEZ CALERO (*Hacia un reconocimiento legislativo en España del fideicomiso bancario...*, cit, pág. 195), que esta institución se transplantó a nuestro Derecho, no directamente del Derecho americano, sino de las adaptaciones producidas en los países europeos. Sobre la comparación con el *investment trust*, vid. VERDERA Y TUELLS, E., «La constitución de los Fondos de Inversión Inmobiliaria», en AA.VV., *Coloquio sobre el régimen de los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, Bilbao, 1974, pág. 31 y sigs.

(304) Las fases de la regulación española, en esquema, son las siguientes: primero se regularon las SIM, por Ley 15 julio 1952, al ser más fácilmente adaptables al Derecho español debido a su estructura societaria; después, al reordenarlas, fueron regulados por primera vez los FIM, por Decreto-ley 30 abril 1964; y, finalmente, con retoques anteriores y posteriores (citados en una nota anterior) tanto las SIM como los FIM están regulados por la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 26 diciembre 1984. Recientemente, cambios en el régimen de las IIC sobre inmuebles, en la Ley 20/1998, de 1 de julio.

(305) Cfr. PALA LAGUNA, *op. cit.*, pág. 86 y sigs.

(306) Entre las notas características de estos fondos de inversión cabe citar la captación pública de recursos económicos a través de emisión de títulos propios, la formación de un fondo común para gestionarlo y la gestión especificada por la limitación del riesgo a través de la diversificación de inversiones. Cumple destacar también la configuración tripartita del negocio: existen los inversores (partícipes o beneficiarios), la entidad gestora (constituida por expertos en inversión financiera) y la entidad depositaria (que custodia los valores, ejecuta las instrucciones del gestor y controla su actividad).

lidad dos explicaciones: la primera, que sigue el tenor legal, estima que existe una copropiedad de los partícipes y un mandato para la gestión de esa cotitularidad, combinados con la idea del patrimonio afectado a un fin que el fondo constituye (307). La segunda explicación, mayoritaria, reputa errados los términos legales y estima que no existe una propiedad de los partícipes, sino que sus derechos se asemejan a las participaciones de los socios en una Sociedad Anónima, por lo que concluyen que el fondo de inversión tiene naturaleza de sociedad o asociación (308). La tesis de la propiedad fiduciaria del fondo, pese al origen de la institución en el *trust*, apenas ha tenido eco, salvo, a lo sumo, para indicar la relación de confianza entre las partes; es decir, para resaltar su carácter de «relación fiduciaria» o «negocio de confianza», pero sin calificarlo como un «negocio fiduciario» en sentido estricto (309).

En claro paralelismo con los fondos de inversión están los *fondos de pensiones*, regulados por la Ley de 8 de junio de 1987 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 30 de septiembre de 1988 (310). También los fondos de pensiones suponen una adaptación del *trust* angloamericano a nuestro Derecho

(307) Diversos preceptos avalan claramente esta concepción (cfr., v. gr., art. 28 LIIC). La sostienen, por ejemplo, muy argumentadamente PALÁ LAGUNA, *op. cit.*, págs. 82 y sigs., 87 y sigs., 95, *passim* (vid. en notas 17 y 32 cita de otros autores en el mismo sentido); antes, VERDERA Y TUELLS, *op. cit.*, págs. 27 y sigs., 100 y 162-164.

(308) Cada autor matiza particularmente el carácter de esa sociedad y su normativa supletoria. Vid. especialmente, DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Participaciones y certificados en los Fondos de Inversión Mobiliaria», en AA.VV., *Coloquio sobre el régimen jurídico de los fondos de inversión mobiliaria*, Bilbao, 1974, pág. 359 y sigs.; BROSETA PONT, M., «La sociedad gestora en los fondos de inversión mobiliaria», en AA.VV., *Coloquio...*, cit., págs. 232-233; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Instituciones de Inversión Colectiva (Sociedades y Fondos de Inversión)», en AA.VV., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, págs. 173-174. Para mayor desarrollo de esta posición doctrinal, VILLARINO HERRERA, J., *La naturaleza jurídica de los Fondos de Inversión en el Derecho español*, tesis doctoral inédita, Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

(309) Alude a esta relación fiduciaria entre propietarios y sociedad gestora VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1991, I, 2, pág. 991. Antes de la legislación vigente, acogía esta tesis SÁNCHEZ CALERO *{Instituciones de Derecho Mercantil*, 3.^a ed., Valladolid, 1973, pág. 293); y «Deberes de información y balances en los Fondos de Inversión Mobiliaria», en AA.VV., *Coloquio sobre el régimen jurídico...*, cit., pág. 446) que señalaba que «entre los partícipes y la sociedad gestora hay una relación de confianza (de *fiducia*), que da lugar a un negocio fiduciario que responde a la concepción anglosajona de la institución jurídica del *trust*». Sin embargo, parece haber abandonado en escritos posteriores esa idea, para adscribirse al carácter asociativo del fondo.

(310) Deben tenerse presentes también las modificaciones introducidas en el capítulo I de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones introducidas por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 8 noviembre 1995. Sobre su beneficioso régimen fiscal, vid. ALONSO MURILLO, F., *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.

y su antecedente legislativo inmediato son precisamente los fondos de inversión, con los cuales, no obstante, presentan alguna diferencia por razón de las finalidades (de previsión social). La Ley distingue entre los «planes de pensiones», que son el esquema contractual en el que debe desarrollarse la gestión (pues definen los fines y los medios), y los «fondos de pensiones», que son el objeto de la administración (311). Estos son definidos legalmente como «patrimonios creados al exclusivo efecto de dar cumplimiento a los planes de pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán de acuerdo con la presente Ley» (art. 2 Ley) y «carecerán de personalidad jurídica» (312). La similitud con los FIM ha hecho que se reproduzca el debate en torno a su naturaleza jurídica, principalmente dividido entre su consideración como una forma de copropiedad unida a un mandato de gestión (313), con especial hincapié en su carácter de patrimonio de destinación (314), y la similitud de los fondos de pensiones con la estructura de una sociedad (315). Junto a estas dos explicaciones, tiene bastante respaldo la idea del patrimonio fundacional, que, por tanto, acerca la figura más a las *universitas rerum* (fundaciones) que a las *universitas personarum* (asociaciones o corporaciones) (316). Y también ha tenido éxito, desde luego mucho mayor que para los FIM, sin llegar a ser preponderante, la descripción del fondo de inversión a través de la noción del negocio

(311) Cfr. TAPIA HERMIDA, A. J., *La gestión de los fondos de pensiones...*, cit., pág. 381 y sigs.

(312) Artículo 11,1 *in fine* de la Ley y artículo 25 del Reglamento. La Exposición de Motivos de la Ley insiste en su carácter de patrimonio-afectación en los siguientes términos: «adoptarán la naturaleza de patrimonios separados carentes de personalidad jurídica e integrados por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los Planes de Pensiones adscritos». También aquí concurren tres partes en el negocio: los partícipes, la entidad gestora (sociedades anónimas especializadas, con autorización o entidades aseguradoras) y la entidad depositaria (entidad de crédito o depósito domiciliada en España); y, además, a diferencia de los FIM, existe una Comisión de Control del Plan de Pensiones.

(313) Cfr. TAPIA HERMIDA, *La gestión...*, cit., pág. 402 (copropiedad, depósito y mandato).

(314) BOLAS ALFONSO, J., «Constitución de los fondos de pensiones: especial referencia a la escritura de constitución», en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre Planes y Fondos de Pensiones*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, págs. 102-103; MICHAVILA NÚÑEZ, J. M., «Naturaleza y tipología de los planes de pensiones», en los mismos *Estudios...*, cit., pág. 67.

(315) DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Notas delimitadoras y naturaleza jurídica de los fondos de pensiones», en AA.VV., *Régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones*, 2.ª ed., Editorial Española de Seguros, Madrid, 1989, pág. 92; MICHAVILA, *op. cit.*, pág. 66; SÁNCHEZ CALERO, F., «Delimitación y notas características de los Planes de Pensiones», en AA.VV., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 25; VEROEZ, M., «LOS contratos de gestión y depósito de Fondos de Pensiones», en AA.VV., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 116.

(316) BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 102. Otras tesis, menos consistentes, que han sido sugeridas: propiedad de la entidad gestora, la asignación de personalidad jurídica al fondo (contra el tenor legal), contrato de seguro, etc.

fiduciario (317). La entidad gestora tendría las facultades de un auténtico fiduciario. En contra de esta última tesis se ha alegado, principalmente, que, según el régimen legal, no hay transmisión de la propiedad al gestor (318); pero esta objeción se desvanece, como ha sucedido con otras instituciones antes vistas, si se concibe la fiducia, tras su moderna revisión, como el traspaso de una mera «titularidad fiduciaria», que hace que el partícipe del fondo siga siendo el auténtico propietario.

Por último, se detecta en la práctica jurídica española un uso recurrente, frecuentísimo, del *trust* anglosajón, en sus líneas más puras, como pieza básica del negocio de «multipropiedad» (sic) o derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Se trata de la modalidad del *Club-Trustee*, que, dentro de su variante más usual, consiste en la constitución de una sociedad en la que participan como fundadores los promotores y los gestores de los servicios (en su caso, meros contratistas), en la que se permite el ingreso como partícipes a los sucesivos adquirentes del derecho de multipropiedad. La titularidad formal de la sociedad y de los diversos ingresos corresponde un *trustee*, que administra el conjunto en beneficio del club y sus miembros (319). La adopción transfronteriza de esta institución en España tiene su explicación en la afluencia turística británica a nuestro país y en las ventajas fiscales que lleva aparejada, según el foro del fiduciario. Queda en duda la incidencia que la nueva Ley 42/1998, de 15 de diciembre, pueda tener sobre esta variante de «multipropiedad» con elemento extranjero.

(317) Expresamente, antes de la ley vigente, FERNÁNDEZ RADAÑA, F., «LOS Fondos de Pensiones. Problemas de su tratamiento legal», en AA.VV., *Los Fondos de Pensiones*, Documentos de la Bolsa de Madrid, Servicio de Estudios, Madrid, 1984. Con posterioridad a la Ley, GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 555; y, en un sentido más amplio de fiducia, cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. ult. cit.*, págs. 90-91; y, especialmente, USTARROZ UGALDE, J. R., «La naturaleza jurídica de los fondos de pensiones», en *RDBB* (27), 1987, pág. 592 (y 589 y sigs.) quien acaba concluyendo que «sustancialmente entre los partícipes y la sociedad gestora hay una relación de confianza que da lugar a un negocio fiduciario que responde a la concepción anglosajona de la institución jurídica del *trust*».

(318) ALONSO MURILLO, *op. cit.*, pág. 40. Reveladoras de la idea que subyace en esta orientación son las palabras de TAPIA HERMIDA (*La gestión...*, cit., pág. 401): los efectos reales y obligacionales del *trust* anglosajón explican el fondo de pensiones «sin los riesgos que implica la explicación de nuestro negocio fiduciario de acuerdo con la teoría del doble efecto y que hacen inaplicable tal figura a los fondos de pensiones». Cfr. TAPIA HERMIDA, *La gestión...*, cit., pág. 401.

(319) Sobre el desarrollo del Club-Trustee en España y su comparación con categorías españolas, por todos, LETE ACHIRICA, J., *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 67 y sigs. Sus rasgos en el Derecho británico, también en MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes jurídicos de multipropiedad en el Derecho comparado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 187 y sigs.; BAKER, K., «La multipropiedad en el Reino Unido», en AA.VV., *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 173 y sigs.

IV. OPERACIONES FIDUCIARIAS *MORTIS CAUSA*

1. LÍMITES Y OBSTÁCULOS

Al hablar de operaciones fiduciarias *mortis causa* nos referimos a la antes denominada «fiducia-liberalidad», que, entre la doctrina española recibe la denominación de «fiducia sucesoria». Esta tiene su origen remoto en *elfideicommissum* y no en la *fiducia* romana, y consiste en una categoría que engloba una serie de instituciones en las que los testadores o disponentes *mortis causa* encomiendan a personas de su confianza encargos sobre la aplicación de los bienes de la herencia a un destino; para su ejecución les conceden facultades más o menos amplias, con un mayor o menor grado de arbitrio sobre la forma de conseguir ese fin. En esta materia es imprescindible distinguir entre el Código Civil español y la legislación de los territorios con Derecho civil especial. En éstos se permiten y regulan muy diversas modalidades de fiducia sucesoria, debido a una libertad de testar más amplia y a un mayor respeto a la tradición histórica; mientras que en el Código Civil estas instituciones se encuentran muy restringidas, cuando no abiertamente prohibidas. Los límites que el Código impone, tanto a la fiducia sucesoria como a cualquier supuesto fundado en el *trust* que pretendiese ser lícito en España, son los siguientes (320):

- a) Existe prohibición expresa de delegar en otra persona la facultad de hacer testamento o de encomendar al arbitrio de un mandatario (*commissarius*) las concretas disposiciones testamentarias (art. 670 del Código Civil). El así llamado «testamento por comisario» (similar al *power of appointment* anglosajón) no es válido en Derecho común español (321). Tampoco es posible cualquier disposición que deje en absoluta incertidumbre la identidad del beneficiario (art. 750 del Código Civil).
- b) También prohíbe el Código Civil las disposiciones «que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador» (art. 785, 4.º y Disposición Transitoria 2.ª). Por lo tanto, no surtirán efecto todas las manifestaciones de la fiducia sucesoria secreta, derivadas del *tacitum fideicom-*

(320) Cfr. ARROYO FERNÁNDEZ, *Trust...*, cit., págs. 1716-1717; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La fiducia sucesoria. Ensayo de construcción dogmática», en *RCDI* (LX, 2), 1987, pág. 1751; GARRIGUES, *Law of trusts*, cit., págs. 33-34; SÁNCHEZ CALERO, *Hacia un reconocimiento legislativo...*, cit., págs. 197-198.

(321) Las causas de esta prohibición radican en una rigurosa concepción clásica del testamento y, sobre todo, en sus notas de estrictamente personal y sujeto a formalidades insoslayables.

missum romano: desde la más compleja, conocida con el nombre de «herencia de confianza», hasta el simple *nuntius*, es decir, el encargado de transmitir la última voluntad del testador que éste le transmitió verbalmente. Los llamados *secret* y *half-secret trusts* anglosajones son ilícitos para el Código Civil español (322).

- c) Las sustituciones fideicomisarias son permitidas por el Código (arts. 781-787), aunque están sometidas a una serie de límites temporales para evitar las vinculaciones perpetuas de la propiedad y favorecer su libre circulación (323). La sustitución fideicomisaria se caracteriza por la existencia de una múltiple liberalidad en favor de varias personas llamadas a ser herederos del testador según el orden sucesivo establecido por éste. Los sucesivos beneficiarios (fideicomisarios) no podrán superar dos llamamientos, si se trata de personas que no vivan al fallecer el testador (arts. 781 y 786 del Código Civil) (324).
- d) También supone un límite infranqueable en nuestro sistema sucesorio la «legítima», que consiste en «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (art. 806) (325). Esa parte de la herencia indisponible para el testador consiste en una cuota variable según quiénes sean los herederos forzosos (descendientes, ascendientes y viudo o viuda, según el art. 807 y sigs.) y según cómo concurran unos con otros. En consecuencia, cualquier disposición del testador que vulnere las reglas de la sucesión forzosa será nula (326).

(322) Sobre la extensión de la prohibición del artículo 785,4.º del Código Civil y el análisis comparativo de los *secret trusts* anglosajones con las modalidades de la fiducia sucesoria absoluta y relativamente secreta, vid. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 1224-1256 y 1391-1425, respectivamente. Acerca del alcance del artículo 670 del Código Civil, *ibidem*, págs. 1190-1205, con abundante bibliografía.

(323) Para una comparación de estas normas contrarias a la inalienabilidad y la vinculación con la correspondiente «*rule against perpetuities*» que afecta a los *trusts* anglosajones, vid. PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho comparado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1951, pág. 62 y sigs., y sobre todo pág. 71 y sigs.

(324) El artículo 785, en sus párrafos 2.º y 3.º contiene, además, prohibiciones más generales sobre disposiciones que persigan la vinculación.

(325) La legítima afecta a todas las disposiciones del testador; vid. artículos 636, 782 y 813.

(326) Resultan de sumo interés las reflexiones de DIEZ-PICAZO (*Operaciones fiduciarias...*, cit., págs. 55-56) acerca de las legítimas como límite para el testador que quiera imponer una administración permanente o temporal similar al *trust* sobre bienes que corresponden por ley a los herederos forzosos; puesto que se produciría una lesión de la intangibilidad cualitativa de la legítima; al menos, respecto a la legítima estricta, y, con más dudas, respecto a la mejora.

- e) Los pactos sobre la herencia futura (art. 1.271,2.º del Código Civil), así como todo tipo de contratos sucesorios están prohibidos, puesto que sólo se admite el testamento como cauce único de distribución voluntaria de la herencia (art. 658 del Código Civil). Se trata de un obstáculo más a cualquier transacción fiduciaria *mortis causa*.

En los Derechos civiles, propios de ciertos territorios españoles, también existen algunos de los límites señalados, formulados con distintas peculiaridades (327), pero ello no ha impedido el reconocimiento legislativo de variadas manifestaciones de la fiducia sucesoria, como vamos a comprobar ahora.

2. MODALIDADES: LA FIDUCIA SUCESORIA

Dejando aparte los múltiples matices que presenta cada figura concreta, según la regulación establecida por cada uno de estos Derechos territoriales (328), es posible reconducirlas todas a dos grupos, según se trate de una «fiducia sucesoria» en sentido estricto o en sentido lato. Dentro de la estricta fiducia sucesoria pueden fijarse dos conjuntos de instituciones:

- El primer conjunto tiene como denominador común la concesión de arbitrio o margen de intervención con su propia voluntad al fiduciario que recibe el encargo de ordenar total o parcialmente la sucesión del *de cuius*. El fiduciario se subroga en todas o en algunas de las facultades dispositivas y ordenadoras de la sucesión que tenía del causante y le sustituye estableciendo con su propia voluntad (del fiduciario) el destino de bienes ajenos (del fallecido). Supone una suerte de «repre-

(327) Existen, por ejemplo, las legítimas en la mayoría de estos derechos especiales, si bien no siempre con idénticas proporciones al Código Civil (cfr. Cataluña); y en algún caso, como Navarra, la sucesión forzosa es puramente formal, puesto que puede dejarse sin contenido económico (cfr. el caso de Aragón, donde la legítima es colectiva). La sustitución fideicomisaria está regulada con muchísimo detalle en Cataluña, aunque con parecidos límites a los del Código Civil (cfr. arts. 180-249 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña de 30 diciembre 1991); también en Navarra, aunque el límite se extiende hasta el cuarto llamamiento (Ley 224,2 del Fuero Nuevo de Navarra).

(328) Una visión de conjunto, con detalladas referencias normativas a cada figura puede verse, sobre todo en ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor a través de tercero*, Tecnos, Madrid, 1992; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 13-20 y 597 y sigs.; FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. cit.*, *passim*; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *La fiducia sucesoria en Aragón*, Col. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, págs. 25-63. Totalmente superada por la renovación legislativa, pero de alguna utilidad como panorama general, HIERNEIS, O., *Das besondere Erbrecht der sogenannten Foralrechtsgebiete Spaniens*, Berlin-Tübingen, 1966. Es fundamental en la materia la exposición de la STS 30 octubre 1944 (ponente CASTÁN TOBEÑAS).

sentación *post mortem*». Cuando las facultades conferidas al fiduciario mediante poder son totales, hasta el punto de que prácticamente otorga testamento en lugar del testador y elige al heredero, según sus propios criterios, estaremos ante un «testamento por comisario», prohibido por el Código Civil y permitido en el territorio aforado de Vizcaya (329). Si, en cambio, la libertad dispositiva del fiduciario está limitada de alguna manera por el *de cuius*, de forma que tiene la facultad de elegir al heredero o distribuir la herencia, pero entre las personas designadas por el testador o disponente, o bajo pautas más o menos amplias consignadas en el instrumento sucesorio, nos encontraremos con un «fiduciario-comisario»; éste, admitido en Baleares, Cataluña, Navarra, Aragón, País Vasco y Galicia, suele ser el cónyuge sobreviviente o algún pariente del finado (330) y, habitualmente, la finalidad de esta figura es de eminente carácter familiar, en el sentido de elegir el sucesor más apto para regir la explotación familiar, agrícola, industrial o mercantil. Precisamente, la gran ventaja que procura es diferir la elección del sucesor (puede que, por ejemplo, a la muerte del testador, sus hijos sean aún muy pequeños) y encomendarla a una persona de la absoluta confianza del causante. En el ámbito del Código Civil, no existen instituciones parangonables en amplitud a éstas, debido a los principios señalados, salvo la distribución de la mejora encomendable al cónyuge (art. 831) y, hasta cierto punto, los mandatarios para la distribución de bienes en favor de clases determinadas o del alma del testador (arts. 671, 747, 749 y 751) (331).

(329) Artículos 32-48 de la Ley 3/1992, de 1 julio, del Derecho civil foral del País Vasco. Sobre esta figura y su evolución histórica en toda Europa, vid. la minuciosa obra de NÚÑEZ IGLESIAS, A., *El testamento por comisario*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1991.

(330) Sólo en Navarra se admite que el fiduciario pueda ser cualquier persona, incluso sin parentesco con el causante de la sucesión. Por otra parte, este tipo de fiduciario elector o distribuidor puede combinarse en algunas legislaciones (Cataluña, arts. 201 y 202; Navarra, Ley 235) con una sustitución fideicomisaria, de manera que el fiduciario, que primero es heredero con disfrute de la herencia, está habilitado para elegir a sus sustitutos fideicomisarios. Para Baleares, cfr. artículos 18-23 y 71 de su Ley 8/1990, de 28 junio; para Cataluña, artículos 148-149 de su Código de 1991; para Navarra, Leyes 281-288 de su Compilación de 1973; para Aragón, artículos 110-118 de su Compilación, modificada por Ley 3/1985, de 21 mayo; para el País Vasco, artículo 33 de su ley de 1992; para Galicia, artículos 141-143 de su Ley 4/1995, de 14 mayo.

(331) Desde 1981 hasta 1995 existió una institución similar a los fiduciarios-comisarios en el ámbito del Derecho estatal, sólo en relación con las explotaciones agrarias, regulada por la Ley 49/1981, de 24 diciembre, derogada por la Ley 19/1995, de 4 julio. Vid. NÚÑEZ IGLESIAS, A., «El testamento por comisario del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1615, 25 octubre 1991, págs. 5230-5280.

- El segundo conjunto institucional se caracteriza por el limitado o nulo arbitrio del fiduciario, a quien también encomienda el disponente la facultad de disponer u ordenar su herencia, pero sin remitirse a la voluntad de aquél, sino de acuerdo con las instrucciones secretas que le confía el causante al margen del testamento o instrumento sucesorio. Se trata de los llamados «herederos de confianza» (*half-secret trustees*), que son instituidos herederos con el único objetivo de que, en su momento, revelen la auténtica voluntad del *de cuius*, o la mantengan reservada y la ejecuten. La identidad del auténtico heredero o beneficiario permanece oculta, mientras el fiduciario sigue gestionando el patrimonio, sin disfrutarlo para sí, dada su condición de heredero meramente formal y, en último lugar, de especial ejecutor testamentario con retribución. Esta figura está admitida y regulada en Cataluña y en Navarra (332). También es posible ahí que la titularidad del fiduciario con instrucciones secretas sea en concepto de legatario o de albacea. En el Derecho de Navarra existen además, dos variantes especiales: la «fiducia continuada» y la «donación fiduciaria». La primera, que es una institución novedosa e híbrida de fundación, *trust* anglosajón y fideicomiso bancario hispanoamericano, consiste en una forma de liberalidad *mortis causa*, por la que el disponente establece el destino permanente de su herencia en favor de beneficiarios indeterminados, a través de una serie de herederos fiduciarios sucesivos que, dotados con las más amplias facultades para la gestión del patrimonio afectado, recibieron confidencialmente las instrucciones a tal fin (333). Por otra parte, la donación fiduciaria persigue idénticos fines mediante un negocio *inter vivos*: el donante impone a los sucesivos donatarios una carga que requiere un cumplimiento continuado o periódico (334).

Por último, dentro de la fiducia sucesoria en sentido lato o amplio, equiparable a los denominados «negocios de confianza», pueden in-

(332) Artículos 150-153 del Código de Sucesiones catalán; Leyes 289-295 de la Compilación navarra. La designación de los fiduciarios puede realizarse no sólo en testamento sino en otros tipos de instrumentos sucesorios lícitos en esos Derechos, como los contratos sucesorios, donaciones *mortis causa*, etc. Además de otras disparidades, merece la pena resaltar que en Navarra los fiduciarios pueden ser personas jurídicas, mientras que en Cataluña no. Sobre el régimen y problemática (actual e histórica) de las herencias de confianza, CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit, *passim*. A mi entender, estas figuras no son «negocios fiduciarios» *stricto sensu* (*op. cit.*, págs. 529-549).

(333) Cfr. Ley 293 de la Compilación navarra. En detalle, CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 1292-1359.

(334) Cfr. Ley 163. Sobre ello, con especial atención a su caracterización jurídica diversa de la donación modal, CÁMARA LAPUENTE, *Donación fiduciaria...*, cit, pág. 51 y sigs. Con argumentación recusable, estiman imposible la categoría de la donación fiduciaria la STSJ Navarra 9 febrero 1994 y la STSJ Cataluña 2 julio 1990.

cluirse las sustituciones fideicomisarias (335), las designaciones de heredero y legatario *sub modo* (336), el albaceazgo (337), los contadores partidores (338), el mandato *post mortem* (339), etc.

V. FISCALIDAD

Dado el carácter atípico del negocio fiduciario, no existe regulación alguna de su régimen fiscal, de igual forma que tampoco existen normas sustantivas al respecto. Ello plantea un sinnúmero de dificultades teóricas y prácticas respecto a cada impuesto, dependiendo del carácter *inter vivos* o *mortis causa* de la fiducia, de la naturaleza de los bienes y de la finalidad de garantía o de gestión; dificultades que han sido muy poco estudiadas en España (340) y que sería temerario e inoportuno tratar de resolver aquí y ahora. En cualquier caso, debe tenerse presente que a la hora de la reclamación del pago de un impuesto sólo se tendrá presente el aspecto externo del negocio fiduciario, esto es, la apariencia de transmisión de la titularidad sobre el bien o derecho, quedando sin relevancia tributaria el aspecto interno de la fiducia, el auténtico alcance causal del negocio (341); lo cual, sin duda, puede generar algunos inconvenientes, al considerar al fiduciario como

(335) Artículos 781-787 del Código Civil; artículos 180-249 del Código de Sucesiones catalán; Leyes 224-239 de la Compilación navarra.

(336) Artículos 797-798 del Código Civil (cfr. art. 619); artículos 161-166 del Código de Sucesiones catalán.

(337) Artículos 892-911 del Código Civil; artículos 308-321 del Código de Sucesiones catalán; Leyes 296-299 de la Compilación navarra.

(338) Artículo 1.057 del Código Civil; artículos 55-56 del Código de Sucesiones catalán; Leyes 340-344 de la Compilación navarra; artículos 159-163 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

(339) Ineficaz según el Código Civil (cfr. art. 1.732, 3.º); válido en Navarra (Leyes 559 y 151,2). Sobre esta figura, ALBIEZ DOHRMAN, K. J., *Negocios atributivos «post mortem»*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 194 y sigs.

(340) Cfr. GÓMEZ DÉGANO, J. L., «Problemas fiscales que plantea la figura del fideicomiso y sus posibles soluciones», en AA.VV., *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, 1980, págs. 143-177; GOTA LOSADA, A., *Problemas fiscales que plantea...*, *ibidem*, págs. 179-185. Para un análisis comparado con pautas útiles de cara al Derecho español, pueden consultarse las siguientes obras: TRIPET, F., *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*, Litec, París, 1989; LYONS, *Double taxation of estates, inheritances and gifts in the EU and the anglo-american trust*, cit, pág. 75 y sigs.; AA.VV., *Gli aspetti civilistici e fiscali dell'intestazione fiduciaria*, Actas del Coloquio de Venecia de 5 junio 1976, Milano, 1976; KIRSTEN, M., *Treuhand und Treuhänder im Steuerrecht*, 2.ª ed., Berlín, 1978; en Luxemburgo, ELVINGER, A., «Taxation of fiduciary relationships (and related structures)», en *European Taxation* (37, 4.º), abril 1997, págs. 118-125.

(341) En este sentido, GÓMEZ DÉGANO, *op. cit.*, pág. 148.

propietario, y, por tanto, sometida esa primera transmisión a gravamen (342).

Esa es la situación respecto a los negocios fiduciarios en general. Pero hemos visto cómo algunas instituciones de signo fiduciario tienen una regulación positiva, que se traduce, asimismo, en un régimen fiscal propio. En este sentido, el trato de favor existente para los fondos de inversión y de pensiones en la legislación tributaria (343); o las normas fiscales, no siempre del todo beneficiosas, que existen para las manifestaciones de la fiducia sucesoria (344).

VI. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Una breve ojeada al Derecho internacional privado de carácter convencional obliga a recalcar, necesariamente, en dos convenios con previsiones sobre la materia del *trust*: el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia

(342) Cfr., sin embargo, las ventajas apuntadas respecto a transmisión de valores, a raíz del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Resulta cuando menos curiosa la argumentación que efectúa la STS 3 abril 1995 (Sala 3.ª, sección 2.ª) para evitar que el fiduciario pague el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD). La sentencia se acoge a rajatabla a la «teoría del doble efecto» —empleando incluso esa denominación— y sostiene que en el negocio fiduciario hay transmisión plena de los bienes. En el supuesto en cuestión, señala, no existió esa transmisión, sobre todo porque sólo existía un documento privado en el que constaba el negocio; como su objeto era la cesión (condicionada) de unos puestos de atraque en garantía al Banco Bilbao Vizcaya, y, por tanto, se trataba de bienes inmuebles, el documento privado no generó *traditio ficta* (art. 1.462 del Código Civil); en definitiva, hubo título, pero no modo y, por tanto, no se produjo transmisión de la propiedad, por lo que no procedía el pago del ITPAJD y se condenó a la oficina recaudadora a la devolución de lo pagado por ese concepto por el presunto fiduciario, el BBV.

(343) Vid., por todos, ALONSO MURILLO, *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*, cit.; GENEROSO HERMOSO y cois., *Fondos de inversión mobiliarios e inmobiliarios*, cit., pág. 55 y sigs.

(344) Principalmente, cfr. el artículo 54 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, promulgado por Real Decreto 1629/1991, de 8 noviembre (en desarrollo de la Ley 19/1987, de 18 diciembre, sobre dicho impuesto); en especial, su apartado 8.º relativo a los fiduciarios-comisarios en Aragón (pero también en Cataluña, País Vasco, Baleares y Galicia); cfr., MERINO HERNÁNDEZ, *La fiducia sucesoria en Aragón*, cit., págs. 203-214; y ORIA ALMUDÍ, J., «El tratamiento de la fiducia sucesoria aragonesa en el impuesto de sucesiones», en *Revista de Derecho Civil Aragonés* (II, 1), 1996, págs. 73-81. Y los apartados 1.º, 2.º, 3.º y 6.º sobre la herencia de confianza en Cataluña. En Navarra existe un régimen fiscal específico (peor) de estas figuras en los artículos 59 y 60 de las normas para la exacción de los Impuestos sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobadas por Acuerdo de la Diputación Foral de 10 abril 1970; cfr. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 976-990.

civil y comercial y el citado Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, relativo a la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento.

El Convenio de Bruselas, ratificado por España, incluye una norma de competencia judicial relativa al *trust* en el párrafo sexto de su artículo quinto, párrafo introducido, a instancia del Reino Unido e Irlanda, por el Convenio de adhesión de 9 de octubre de 1978. Según este precepto, cualquiera de los Intervinientes en un *trust* (constituyente, fiduciario o beneficiario) pueden ser demandados ante los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio estuviese domiciliado el *trust* (345). Por supuesto, el constituyente del *trust* puede fijar un foro exclusivo de competencia, dentro del marco que establece el artículo 17 del convenio (párrafos 3.º y 4.º) (346). Es fundamental para la aplicación del artículo 5,6.º, el concepto de «domicilio» del *trust* (347), tan familiar a la concepción británica; aunque el *trust* carece de personalidad jurídica, tiene su domicilio en el país con el que guarda vínculos más estrechos. En cualquier caso, la normas citadas del Convenio de Bruselas tienen escasa aplicación en los sistemas de *civil law* que desconocen el *trust* como España, puesto que, por una parte, la norma de competencia del artículo 5,6.º sólo se refiere a las relaciones jurídicas internas de un *trust* (348) y, por otra parte, su ámbito material de aplicación es escaso, puesto que quedan fuera muchos supuestos (*trusts* sobre relaciones económico-matrimoniales, *trusts mortis causa* y supuestos de quiebras) (349).

(345) Artículo 5 del Convenio de Bruselas de 1968: «Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro estado contratante: (...) 6. En su condición de fundador, *trustee* o beneficiario de un *trust* constituido ya en aplicación de la ley, ya por escrito o por un acuerdo verbal confirmado por escrito, ante los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio estuviere domiciliado el *trust*».

(346) Cfr. también el artículo 16, puesto que las competencias exclusivas establecidas por este precepto prevalecen sobre la norma de competencia establecida por el artículo 5,6.º del convenio.

(347) El artículo 53, párrafo segundo, establece que «para determinar si un *trust* está domiciliado en el Estado contratante, cuyos tribunales conocen el asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado».

(348) Por relaciones internas se entiende los pleitos entre diversos *trustees* y entre éstos y los beneficiarios; no los contratos del *trustee* con terceros, puesto que entonces se aplicarán las mismas reglas del convenio que para cualquier otro contrato. Cfr. IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Comentario al artículo 5,6.º del Convenio de Bruselas», en CALVO CARAVACA, A. L. (dir.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994, pág. 153, quien no descarta la aplicación del precepto a las relaciones externas.

(349) En este sentido, el Informe SCHLOSSER, JOCE, C. 59 de 5 marzo 1979, pág. 106. Resaltan también esa limitada aplicación ASÍN CABRERA, *La Ley aplicable al Trust en el sistema de Derecho internacional privado español*, cit., pág. 2107; IRIARTE ÁNGEL, *op. cit.*, págs. 153-154. Los asuntos enunciados en texto pueden consultarse con mayor detalle en estas dos últimas obras.

En cuanto al Convenio de La Haya de 1985, no está de más insistir en que no versa sobre la creación del *trust*, sino sólo sobre qué ley debe aplicarse a la validez y efectos de un *trust* una vez que éste ya existe por constitución voluntaria y documentada por escrito. España fue uno de los 32 países representados en la sesión plenaria de la conferencia, pero no ha firmado el convenio (350). Las principales normas de Derecho internacional privado están en los artículos 6 y 7 (351), que establecen como criterio de conexión principal el principio de autonomía de la voluntad y, en su defecto, unas pautas para determinar la ley con la que el *trust* está más estrechamente vinculado.

Pero dado que este Convenio de La Haya no tiene vigencia en España, cuando un juez español se declare competente para conocer de un litigio internacional relativo a un *trust*, se encontrará con el problema de la *calificación* del acto o negocio jurídico, para poder dictaminar cuál es la ley que rige el caso (352). Y esta calificación se realizará «siempre con arreglo a la ley española» (art. 12,1 del Código Civil). En consecuencia, igual que viene sucediendo en otros países de *civil law*, acudirá al método de la interpretación por analogía respecto a instituciones reguladas en el Derecho español (353). Pese a las diferencias existentes, a estos efectos, el *trust inter vivos* se equipará primordialmente a los distintos contratos que cubren sus funciones, de manera que se apliquen al supuesto de hecho las normas de conflicto previstas en el ordenamiento para las obligaciones contractuales (cfr. art. 10,5 del Código Civil). Por su parte, las normas de conflicto sobre disposiciones testamentarias servirán para resolver los problemas planteados por un *trust mortis*

(350) El convenio entró en vigor en Australia, Italia y el Reino Unido el 1 de enero de 1992; y en los Países Bajos el 1 de febrero de 1996 (cfr. en LYONS, *op. cit.*, pág. 88, núm. 120).

(351) Puede consultarse el texto del Convenio en castellano en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., BORRAS, A., (coord.), *Recopilación de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993). Traducción al castellano*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 335-345, con indicación bibliográfica.

(352) Se trata de un problema de «institución desconocida»; cfr. GARDE CASTILLO, J., *La «institución desconocida» en el Derecho internacional privado*, Ed. Reus, Madrid, 1947; BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, 1977.

(353) ASÍN CABRERA, *op. cit.*, págs. 2104 y 2095 y sigs. (con abundante bibliografía internacional), quien considera que no es el método óptimo porque desnaturaliza el *trust*. Exploran este método dos obras recientes a las que me remito (para un mayor desarrollo de las cuestiones de Derecho Internacional Privado en este punto): GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, cit. (1997), pág. 55 y sigs.; CHECA MARTÍNEZ, *El «trust» angloamericano en el Derecho español*, cit. (1998), quien aboga con énfasis por la incorporación del Convenio de La Haya al Derecho español (vid. págs. 143-144) y propone seguir la experiencia de los Países Bajos en este sentido, con una ley interna que precisase ciertos aspectos del régimen sustantivo del *trust*.

causa (art. 9,8 del Código Civil) (354). Instituciones como el albaceazgo, la sustitución fideicomisaria, la fiducia sucesoria o, *inter vivos*, el negocio fiduciario (355), el mandato, la fundación, etc., servirán a estos fines.

De todas formas, la regla que ha de predominar es la admisión en España de los efectos del *trust* válidamente constituido en su país de origen, siempre que no se infrinjan las normas imperativas del Derecho español (356) expuestas con anterioridad. La ratificación por España del Convenio de La Haya, sin duda, evitaría a los jueces españoles el complejo y no siempre satisfactorio procedimiento de la calificación jurídica de una institución inexistente en Derecho español; y ello no supondría la introducción en el Derecho interno del lejano concepto del *trust* anglo-americano, que el Convenio no adopta, sino, a lo sumo, el reconocimiento a efectos de Derecho internacional privado del concepto de *trust* internacional, que no está tan lejos de la moderna configuración del negocio fiduciario o de las manifestaciones legislativas de la fiducia sucesoria.

VII EL NEGOCIO FIDUCIARIO ESPAÑOL Y EL *TRUST* INTERNACIONAL. COMPARACIÓN

Precisamente, con esta última idea llegamos a la culminación del presente trabajo, tal como se propuso al inicio. Ahora estamos en condiciones de efectuar una comparación fundamentada y sucinta entre el negocio fiduciario español y el *trust* internacional diseñado por el Convenio de La Haya de 1985. A modo de conclusión puede señalarse que la fiducia española se ajusta bastante bien a las características del *trust* que establecen el artículo 2 del Convenio y otros preceptos concordantes y que tan sólo en algún punto puede faltar esa armonía. Recapitulando, nuestra fiducia cumple los siguientes rasgos establecidos por el Convenio:

- «Los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*» (art. 2, a). La tesis de la existencia de un

(354) Sobre la coexistencia de dos normas de conflicto distintas para los *trusts* testamentarios en el caso de que España ratificase el Convenio de La Haya, vid. ASÍN CABRERA, *op. cit.*, págs. 2113-2116; cfr. también pág. 2101 y sigs.

(355) Sobre la problemática de Derecho internacional privado de la venta en garantía, vid., específicamente, SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, págs. 157-176, en especial, pág. 171; BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pág. 67 y sigs.

(356) Expresan esta idea PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, 2.^a ed., cit., II, 1, pág. 531; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 95; ASÍN CABRERA, *op. cit.*, pág. 2105 (el juez español podría interponer la excepción de orden público); cfr. el dictamen de F. CLEMENTE DE DIEGO (*Dictámenes jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1958, III, págs. 241-254) sobre un español residente en Nueva York que quería constituir un *trust* en su testamento.

patrimonio autónomo y afectado a un fin no ha sido acogida de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia española, aunque existen algunas instituciones reguladas legalmente que adoptan esta configuración (fondos de inversión y de pensiones, fiducia continuada en Navarra). En cualquier caso, sí existe consenso en que el fiduciario no es propietario de los bienes, objeto de la fiducia, sino mero titular formal.

- «El título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee*» (art. 2, *b*). El fiduciario en Derecho español ostenta una «titularidad fiduciaria» sobre los bienes que le legitima para actuar como titular frente a cualquier tercero, tanto en juicio como fuera de él o ante notario (cfr. art. 11, par. 2.º). Como consecuencia de ello, los acreedores personales del fiduciario no pueden ostentar derechos sobre los bienes dados en fiducia, ni forman parte del patrimonio del fiduciario en caso de insolvencia o quiebra de éste (art. 11, § 3, *a y b*); ni forman parte del régimen patrimonial del matrimonio ni de la sucesión del fiduciario (art. 11, § 3, *c*), por la sencilla razón de que el auténtico propietario (material) de los bienes sigue siendo el fiduciante. Por esto, también, la jurisprudencia española admite que el fiduciante pueda reivindicar los bienes cuando el fiduciante infringe sus obligaciones o los enajena indebidamente; aunque deben respetarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe (cfr. art. 11, § 3, *d*).
- «El *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust*» (art. 2, *c*). Lo cual es plenamente aplicable al fiduciario español y alcanza su máximo grado de sintonía en la fiducia-gestión. El abandono de la teoría del doble efecto y su menor protección de la exigibilidad de esas obligaciones, ha fortalecido en parte los derechos del fiduciante a la hora de exigir el cumplimiento de aquéllas. Actualmente, la *causa fiduciae*, con su limitada eficacia real, que acota los poderes del fiduciario.
- El Convenio establece que seguirá existiendo un *trust*, aunque el constituyente conserve ciertas prerrogativas (art. 2, *in fine*). No sólo no hay obstáculo en Derecho español a que el fiduciante retenga ciertos derechos sobre la cosa fiduciada, sino que en la práctica prevalece esa configuración del negocio fiduciario: en la fiducia-garantía es usual que el fiduciante retenga la posesión y disfrute de la cosa (mediante diversos títulos) y en la fiducia-gestión, precisamente, todos los beneficios de la actividad del fiduciario son para el fiduciante.
- También existirá un *trust* aunque el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario (art. 2, *in fine*). Esta regla, contraria al régimen del *trust* anglosajón, encaja perfectamente con la esencia de la fiducia-

garantía (357), en la que el fiduciario es el principal beneficiario de la constitución de la fiducia e incluso, si así se pacta, puede recibir beneficios directos de la cosa (v. gr., imputar los frutos al pago de los intereses del préstamo). En la fiducia-gestión, en cambio, no será lo habitual, aunque el fiduciario puede percibir una retribución por su actividad. Por último, en la fiducia sucesoria, en principio, el fiduciario no puede ser beneficiario de los bienes confiados, ya sea fiduciario-comisario o heredero de confianza; aunque es posible, respecto al segundo, fijar una remuneración (358); y respecto al primero es frecuente yuxtaponer un derecho de disfrute sobre los bienes (v. gr., un usufructo) en su favor (359), especialmente si el fiduciario es el cónyuge.

- La definición del artículo 2 del Convenio señala que el *trust* es «en interés de un beneficiario o con un fin determinado». Debe apuntarse que en la fiducia no siempre existirá un tercer beneficiario; esta persona nunca aparecerá en la fiducia de garantía, dado su esquema negocial bipartito; en cambio, podrá existir en la fiducia-gestión (aunque el uso práctico de esta institución revela que no es lo más habitual) y siempre existirá en los supuestos de fiducia sucesoria. Los derechos del beneficiario y su exigibilidad dependerán en buena medida del título constitutivo, y, en líneas generales, puede decirse que son equiparables a los del fiduciante.
- La citada definición también alude a la posibilidad de que el *trust* se constituya por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Y si los rasgos anteriores encajan bastante bien con la fiducia contractual, puede concluirse lo mismo (incluso con mayor precisión, a tenor de su perfil legal) respecto a la fiducia sucesoria (360).

Hasta aquí los puntos de confluencia armónica entre el *trust* internacional y la fiducia española. Existen, no obstante, dos rasgos incluidos en el Con-

(357) Cfr. CLARET Y MARTÍ, *De la fiducia y del trust*, cit., pág. 38.

(358) Artículos 151 y 153,1 del Código de Sucesiones catalán; Ley 294 de la Compilación navarra.

(359) Incluso algunas legislaciones civiles especiales de ciertos territorios españoles establecen derechos reales de disfrute por parte de los fiduciarios encargados de la elección del heredero o de la distribución de la herencia, como sucede en Mallorca y Menorca (arts. 18 y 23 Compilación Baleares) o el llamado «alkar poderoso» del País Vasco (art. 33 y concordantes de la Ley vasca de 1992). También sucede en las sustituciones fideicomisarias en que el fiduciario, auténtico heredero, tiene facultad de elegir al siguiente heredero del fideicomitente (arts. 210-202 Cataluña; Ley 235 Navarra).

(360) Una comparación más detallada entre el *trust* del Convenio y la herencia de confianza puede verse en CÁMARA LAPUENTH, S., *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 653-558.

venio de La Haya que no acaban de conjugarse del todo bien con la fiducia, sin que la discrepancia sea tan radical como en apariencia pudiera suponerse.

- En primer lugar, parece que el Convenio sanciona la posibilidad de que el *trustee* delege sus funciones total o parcialmente (361); en cambio, la titularidad surgida de una operación fiduciaria en España se configura como personalísima, *intuitu personae*, y, en principio, parece indelegable, puesto que el fiduciante confió sólo en las cualidades de esa persona. Desde luego, resulta extraño pensar en una delegación del fiduciario en el supuesto de fiducia de garantía (362). La especial relación de confianza con el fiduciario de una fiducia de gestión parece rechazar la delegación del encargo y las facultades, pero el empleo de la analogía con el mandato podría hacer superar ese escollo (cfr. art. 1.721 del Código Civil). Por último, el cargo del fiduciario en la fiducia sucesoria es declarado por ley personalísimo e intransferible (363).
- En segundo lugar, el Convenio (art. 12) faculta al *trustee* para solicitar la inscripción en el Registro en su calidad de tal «o de cualquier otra forma en la que se ponga de manifestó la existencia del *trust*, siempre que ello no esté prohibido por la Ley del Estado» o sea incompatible con ella. Como se explicó antes, dada la propia estructura de la fiducia (con una parte oculta) y las características del Derecho registral español (que no admite el acceso de pactos meramente obligacionales) será muy difícil que el carácter fiduciario del título aflore en la inscripción del Registro.

Por lo demás, el Convenio de La Haya de 1985 contiene otras interesantes previsiones, de suma utilidad para el Derecho español sobre esta materia, como el respeto de las normas imperativas, invulnerables mediante la constitución de un *trust* (art. 15), y la consideración de las normas de conflicto interregional establecidas por cada Estado, cuando existen dentro de él terri-

(361) El artículo 2,b) del Convenio establece que el título de los bienes se constituye en nombre del *trustee* «o de otra persona por cuenta del *trustee*». Y según el artículo 8, la Ley que rija el *trust* determinará: «c) el derecho del *trustee* a delegar total o parcialmente el desempeño de sus obligaciones o el ejercicio de sus facultades».

(362) Salvo que, acaso, se optase por un tipo de fideicomiso bancario en que la titularidad del objeto dado en garantía se atribuyese a un tercero (una entidad de crédito), en lugar de ostentarla el propio acreedor; sobre este supuesto y su posible licitud, vid. DÍEZ-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., págs. 46-49.

(363) Artículo 142 de la Ley gallega de 1995; artículo 39 de la Ley vasca de 1992; artículo 149,3.º (pero cfr. núm. 4.º) del Código de Sucesiones catalán. Aunque, bajo ciertas condiciones y límites es posible delegar la mera ejecución de las decisiones tomadas personalmente por el fiduciario (cfr. Leyes 282 y 291,2 de la Compilación navarra; y art. 19,1 de la Compilación de Baleares).

torios con normativa propia en materia fiduciaria (arts. 23, 24 y 29), como puede ser el caso de España.

VIII. CONCLUSIÓN

El negocio fiduciario español, con sus múltiples ramificaciones, guarda importantes similitudes con el *trust* internacional, según se encuentra regulado en el Convenio de La Haya. Esta afinidad institucional, así como la existencia de otras figuras jurídicas tradicionales en nuestro Derecho, que, aisladas o combinadas, cubren las funciones del *trust* de tipo anglosajón desautorizan la problemática recepción de este instrumento jurídico en nuestro Derecho, por el momento (364). Instituciones clásicas como el mandato, la fundación, las donaciones y legados *sub modo*, el albaceazgo, las sustituciones fideicomisarias y, además, de otras, principalmente, el negocio fiduciario (cuya configuración es jurisprudencial) siguen siendo aptas para desempeñar las funciones que el flexible *trust* abarca. Igualmente, la regulación moderna de los fondos de inversión y de pensiones facilita el empleo de formas jurídicas que hace tiempo resultaban inviables en nuestro sistema jurídico; antes de la vigencia de estas normas, el *trust* anglosajón y su adaptación iberoamericana, el fideicomiso bancario, se aparecían ante el jurista español probablemente como una solución apetecible a la que urgía llegar. En el ámbito sucesorio, si bien el Código Civil español veta a través de sus principios bastantes modalidades fiduciarias, éstas no son desconocidas en todo el territorio español, puesto que tienen una regulación minuciosa en algunas zonas con legislación civil propia.

Pero es el negocio fiduciario, en definitiva, la clave para cualquier aproximación certera hacia el *trust*. En España se ha producido un gran debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la fiducia desde la década de 1940, debido, en parte, a la ausencia de regulación en el Código Civil. El principal foco de polémica, durante muchos años, ha consistido en determinar la naturaleza y efectos del negocio fiduciario; en concreto, el problema de si transmite o no la propiedad al fiduciario y las consecuencias que de ello se derivan. Una vez que se ha alcanzado una difusa concordia sobre este punto, centrada en el concepto de «titularidad fiduciaria» como sinónimo de propie-

(364) A similar conclusión llegan la mayoría de los estudios de comparación entre fiducia y *trust* realizados por juristas españoles: GARRIGUES, *Law of trusts*, cit., págs. 34-35; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, 2.^a ed., cit., II, 1, pág. 529; ASÍN CABRERA, *op. cit.*, pág. 2118; más optimista a su incorporación de *lege ferenda* se muestra ARROYO MARTÍNEZ, *Trust and the civil law*, cit., pág. 1720. En cualquier caso debe tenerse presente, una vez más, que la firma por España del Convenio de La Haya sobre ley aplicable al *trust* no significaría la incorporación del *trust* al Derecho interno material y su regulación.

dad formal del fiduciario, que permite sostener que el fiduciante sigue siendo el auténtico propietario (material) de los bienes, la controversia ha dado un viraje hacia dos cuestiones capitales: en primer lugar, en cuanto a naturaleza y estructura, existe un sector doctrinal que preconiza su asimilación a un negocio relativamente simulado, lo cual podría conducir, llevada la idea a sus últimas consecuencias, a la desaparición del negocio fiduciario como categoría autónoma. En segundo lugar, en cuanto a efectos jurídicos (téngase en cuenta que equiparar fiducia y simulación no altera en realidad la eficacia de aquélla), supone un peligro para la subsistencia de la fiducia de garantía la forma en que se pretenda aplicar la prohibición legal del pacto comisorio; y éste es un tema de discusión muy revitalizado en la actualidad.

Por otra parte, las funciones de garantía y gestión que la fiducia proporciona han sido muy aprovechadas en el ámbito mercantil, donde esta institución goza de numerosas manifestaciones (cesión fiduciaria de acciones para voto, sindicación de acciones, endoso de letras para cobro o en garantía, sociedades fiduciarias, etc.). También parece detectarse en los últimos años una mayor potenciación del empleo de la fiducia con fines de gestión en general.

En definitiva, si los obstáculos y límites que el ordenamiento español erige frente al negocio fiduciario no han sido dique suficiente para contener su clara implantación y su aceptación jurisprudencial, no parece que los mismos límites puedan oponerse frontalmente a una recepción futura del *trust* internacional. Pero esta afirmación debe ser contrapesada con otra idea: más de medio siglo de jurisprudencia sobre los negocios fiduciarios no ha conseguido por ahora fijar con toda la precisión deseable la naturaleza y efectos de esta institución compleja; de donde cabe concluir que el tejido jurídico español aún no está preparado para recibir en toda su magnitud una figura afín, pero con nuevos problemas, como es el *trust* internacional. En aras a dar nuevos pasos hacia este objetivo cumple hacer un doble llamamiento: a la jurisprudencia, para que clarifique y afine aún más el régimen de la fiducia (con la esperanza futura, quizás, de una plasmación legislativa de este régimen); y a los juristas españoles, para que, a través de una intensificación del estudio comparado (en sintonía con el camino emprendido recientemente por diversos juristas para alcanzar un régimen convergente europeo sobre esta institución), consigan dar con las claves para limar asperezas conceptuales entre la fiducia y el *trust*.

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Profesor Titular Interino de Derecho civil
Universidad de La Rioja

ANEXO I

**JURISPRUDENCIA ESPECIFICA SOBRE NEGOCIOS
FIDUCIARIOS (365)**

TRIBUNAL SUPREMO

23 de mayo de 1935 JC, págs. 151-161
10 de marzo de 1944 JC, págs. 124-150
25 de mayo de 1944 JC, págs. 788-806
28 de enero de 1946 JC, págs. 167-190
23 de febrero de 1951 JC, págs. 718-729
3 de mayo de 1955 JC, págs. 5-17
7 de junio de 1955 JC, págs. 765-781
31 de octubre de 1955 JC, págs. 844-856
25 de septiembre de 1956 JC, págs. 295-303
10 de julio de 1957 JC, págs. 405-426
10 de noviembre de 1958 JC, págs. 220-249
5 de diciembre de 1959 JC, págs. 308-331
8 de marzo de 1963 JC, págs. 140-153
14 de marzo de 1964 JC, págs. 551-571
11 de junio de 1964 JC, págs. 377-383
15 de octubre de 1964 RA n.º 4451, págs. 2709-2710
18 de febrero de 1965 JC, págs. 598-611
30 de octubre de 1965 JC, págs. 981-999
20 de noviembre de 1965 JC, págs. 639-657
14 de diciembre de 1965 JC, págs. 458-466
20 de enero de 1966 JC, págs. 94-122
21 de marzo de 1969 JC, págs. 420-433
4 de abril de 1972 RA n.º 1576, págs. 1157-1158
3 de mayo de 1976 JC, págs. 5-13
4 de diciembre de 1976 JC, págs. 517-546
30 de abril de 1977 JC, págs. 706-720
8 de mayo de 1979 RA n.º 2837, págs. 2301-2302
27 de junio de 1980 JC, págs. 745-756
23 de mayo de 1980 RA n.º 1958, págs. 1492-1494

(365) JC = *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, ed. Reus, Madrid; desde 1950, edición oficial del Ministerio de Justicia (Servicio de publicaciones). RA = *Repertorio de Jurisprudencia*, ed. Aranzadi, Pamplona. ADGRN = *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Ministerio de Justicia, Madrid.

- 9 de diciembre de 1981 JC, págs. 668-684
19 de mayo de 1982 JC, págs. 318-326
2 de junio de 1982 JC, págs. 663-673
5 de julio de 1982 RA n.º 4215, págs. 2738-2740
2 de diciembre de 1983 RA n.º 454, págs. 324-335
20 de mayo de 1986 JC, págs. 816-828
6 de abril de 1987 JC, págs. 81-89
9 de octubre de 1987 JC, págs. 191-197
12 de febrero de 1988 JC, págs. 522-529
25 de febrero de 1988 RA n.º 1305, págs. 1253-1255
8 de marzo de 1988 JC, págs. 992-1000
18 de abril de 1988 JC, págs. 208-215
9 de junio de 1988 RA n.º 4809, págs. 4725-4726
28 de octubre de 1988 JC, págs. 632-637
22 de diciembre de 1988 JC, págs. 1565-1575
19 de mayo de 1989 RA n.º 3780, págs. 4290-4291
5 de julio de 1989 RA n.º 5396, págs. 6180-6184
7 de marzo de 1990 JC, págs. 676-684
30 de enero de 1991 JC, págs. 250-260
5 de marzo de 1991 RA n.º 1717, págs. 2316-2318
7 de mayo de 1991 JC, págs. 453-457
12 de noviembre de 1991 RA n.º 8109, págs. 11112-11113
30 de abril de 1992 RA n.º 4474, págs. 5930-5932
6 de julio de 1992 JC, págs. 113-118
19 de junio de 1992 RA n.º 5362, págs. 7012-7015
21 de julio de 1992 JC, págs. 421-424
10 de diciembre de 1992 JC, págs. 1393-1400
5 de abril de 1993 RA n.º 2791, págs. 3596-3600
5 de julio de 1993 RA n.º 5794, págs. 7335-7337
15 de octubre de 1993 RA n.º 7322, págs. 9324-9326
4 de febrero de 1994 RA n.º 908, págs. 1180-1181
4 de febrero de 1994 RA n.º 911, págs. 1186-1187
14 de julio de 1994 RA n.º 6395, págs. 8187-8189
14 de octubre de 1994 JC, págs. 277-281
22 de febrero de 1995 JC, págs. 664-669
13 de marzo de 1995 RA n.º 2422, págs. 3218-3219
15 de marzo de 1995 JC, págs. 1075-1078
21 de marzo de 1995 JC, págs. 1243-1247
3 de abril de 1995 (Sala 3.ª) RA n.º 3649, págs. 4863-4866
25 de mayo de 1995 JC, págs. 893-897
6 de junio de 1995 RA n.º 5054, págs. 5796-5799
22 de junio de 1995 JC, págs. 1535-1538

10 de julio de 1995 RA n.º 5561, págs. 7502-7504
27 de noviembre de 1995 RA n.º 8741, págs. 11673-11674
14 de febrero de 1996 RA n.º 1253, págs. 1689-1691
5 de julio de 1996 RA n.º 5576, págs. 7381-7387
2 de diciembre de 1996 RA n.º 8784, págs. 12142-12144
18 de marzo de 1997 RA n.º 1982, págs. 3080-3081
24 de marzo de 1997 RA n.º 2477, págs. 3771-3772
19 de junio de 1997 RA n.º 5418, págs. 8284-8286
16 de septiembre de 1997 RA n.º 6454, p. 1047
24 de noviembre de 1997 RA n.º 8395, págs. 13420-13422
31 de diciembre de 1997 RA n.º 9494, págs. 15164-15166
22 de enero de 1998 RA n.º 60, págs. 118-119
24 de febrero de 1998 RA n.º 977, págs. 1546-1549
13 de mayo de 1998 RA n.º 3687, págs. 5319-5321
4 de junio de 1998 RA n.º 4670, págs. 6909-6911
30 de junio de 1998 RA n.º 5294, págs. 7837-7839
4 de julio de 1998 RA n.º 5413, págs. 7988-7992

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

14 de junio de 1922 ADGRN, págs. 165-184
26 de diciembre de 1946 ADGRN, págs. 516-524
30 de junio de 1987 ADGRN, págs. 125-131
5 de junio de 1991 ADGRN, págs. 126-131
9 de diciembre de 1997 RA n.º 9197, págs. 1491-1494

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

2 de julio de 1990 (Cataluña) RA n.º 2578, págs. 3485-3491
29 de mayo de 1991 (Cataluña) RA n.º 3903, págs. 5136-5139
31 de octubre de 1991 (Cataluña) RA n.º 3912, págs. 5159-5160
22 de enero de 1994 (Navarra) RA n.º 578, págs. 739-740
9 de febrero de 1994 (Navarra) RA n.º 1605, págs. 2138-2143
3 de marzo de 1994 (Navarra) RA n.º 2115, págs. 2847-2862
9 de marzo de 1995 (Cataluña) RA n.º 6772, págs. 9038-9039
29 de abril de 1996 (Navarra) RA n.º 2920, págs. 3910-3915
20 de febrero de 1997 (Navarra) RA n.º 834, págs. 1298-1305
23 de mayo de 1997 (Navarra) RA n.º 4469, págs. 6755-6758
28 de noviembre de 1997 (Navarra) RA n.º 8273, págs. 13149-13154

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958; «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», en *Actualidad Civil*, núm. 36, semana del 4 al 10 de octubre de 1993, págs. 663-675; *Derecho civil*, 14.^a ed., Bosch, Barcelona, 1996, I, 2 págs. 277-283.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor», en *RCDI*, 1973, págs. 47-67.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones», en *ADC*, 1978, págs. 441-451.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., «Trust and the civil law», en *Louisiana Law Review*, 42, 1982, págs. 1709-1720; también, «Trust y Ley civil», en *R. J. Cataluña* (LXXXII), 1983, págs. 95-108.
- ASÍN CABRERA, M. A., «La ley aplicable al trust en el sistema de Derecho internacional privado español», en *RGD* (XLVI), abril 1990, págs. 2089-2120.
- BONET RAMÓN, F., «Algunas figuras afines al contrato de mandato», en *RGLJ* (XVI, 2), 1948, págs. 633-673; «Comentarios a las SSTs de 25 de mayo de 1944 y 28 de enero de 1946», en *RDP*, 1944, págs. 856-861, y 1946, págs. 191-196; *Prólogo* al libro de NAVARRO MARTORELL (cfr. *infra*), págs. 13-19.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «La fiducia de garantía en Navarra», en *R. J. Navarra* (XIV), julio-diciembre 1992, págs. 163-175; *La fiducia sucesoria secreta*, Dykinson, Madrid, 1996; «Donación fiduciaria. Comentarios a la Ley 163 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alaban, EDERSA, Madrid, 1998, tomo XXXVII, 1.º, págs. 51-75.
- CARIOTA-FERRARA, L., *El negocio jurídico*, traducción, prólogo y notas de M. ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987», en *CCJC*, núm. 15, 1987, págs. 4933 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 9.^a ed., Inst. Ed. Reus, Madrid, 1955, I, 2, págs. 513-521; 14.^a ed., revisada por J. L. DE LOS MOZOS, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1987, I, 2, págs. 725-741.
- CLARET Y MARTÍ, P., *De la fiducia y del trust. Estudio de derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 1946.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *Revista de Derecho Notarial*, (53-54), 1966, pág. 7 y sigs.; también en *AAMN* (XVII), 1972, pág. 5 y sigs.; *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, reimpresión en Civitas, Madrid, 1991.
- CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PIAZO, L., «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», en sus *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987 (reimpresión de la primera edición, 1981), págs. 25-65.

- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, 8.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995, I, págs. 536-547.
- DORAL GARCÍA, J. A., y DEL ARCO, M. A., *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982.
- DURAN RIVACOBIA, R., «La prohibición del pacto comisorio en la jurisprudencia», en *Estudios sobre ejecución universal*, Oviedo, 1997, págs. 3-196; *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- FELIU REY, M. 1., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La fiducia sucesoria. Ensayo de construcción dogmática», en *RCDI* (LX, 2), 1987, págs. 1730-1752.
- FUENTESECA, CRISTINA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997.
- FUENTESECA, PABLO, «Líneas generales de la fiducia cum creditore», en PARICIO, J. y cois., *Derecho romano de obligaciones*, ed. Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 387-438.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Madrid, 1955, también «Discurso», en *RALJ*, 12 de enero de 1955, y 2.^a reed., Cuadernos Civitas, 1981. «Clausura de las jornadas de estudio sobre el fideicomiso», en *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, 1980, págs. 223-235; «Law of trusts», en *The American Journal of Comparative Law* (2), 1953, págs. 25-35.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *Anotaciones al Tratado de Derecho civil. Parte General*, de ENNECCERUS-NIPPERDEY, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1981, 1-2.^a, vol. 1, págs. 133-138; «Comentario a la Resolución de la DGRN de 5 de junio de 1991», en *CCJC*, núm. 27, 1991, págs. 759-770; «Comentario a la STS de 7 de mayo de 1987», en *CCJC*, núm. 14, 1987, págs. 4621-4630; «Comentario a la STS de 7 de marzo de 1990», en *CCJC*, núm. 22, 1990, págs. 333-347.
- GÓMEZ DEGANO, J. L., «Problemas fiscales que plantea la figura del fideicomiso y sus posibles soluciones», en *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, págs. 143-177.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 1992, págs. 533-557.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO, «El fiduciario», cap. IV de *El titular*, en *RCDI* (IV), 1928, págs. 272-291 y 365-372, luego en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, I, págs. 468-479.
- GONZÁLEZ MENESES, M., «Sobre la llamada causa fiduciae», en *Revista Jurídica del Notariado*, 9, 1994, págs. 419-434.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., «Nota sobre la fiducia de garantía», en *Bocetos jurídicos*, AAMN, III, 1946, pág. 369 y sigs.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 129-135.
- HERNÁNDEZ GIL, A., «Comentario a las SSTs de 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944», en *RGLJ*, 1945, págs. 690-701.

- DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado (Estudio de la jurisprudencia del TS y de las Res. DGRN)», en *RCDI*, núm. 644, 1998, págs. 57-115.
- JORDANO BAREA, J. B., «Origen y vicisitud de la fiducia romana», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (XXIV), 1948, págs. 322-358; «Sobre el negocio fiduciario», en *ADC* (III, 1), 1950, pág. 128 y sigs.; «Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario», en *ADC* (III, 4), 1950, pág. 1258 y sigs.; «Mandato para enajenar», en *ADC* (IV, 4), 1951, págs. 1458-1498; «El negocio fiduciario», en *RDP* (marzo), pág. 212 y sigs.; «Problemática del negocio fiduciario», en *RDP*, 1958 (junio), pág. 515 y sigs.; «Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario», en *RDP*, 1958 (octubre), pág. 827 y sigs.; «Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto», en *RDP*, 1958, pág. 1019 y sigs.; *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959; «Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en *ADC*, 1966, págs. 619-628; «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1435-1454.
- LACAL FUENTES, P., «El tema del negocio fiduciario», en *RDP* (XXXIV), 1950, págs. 777-787.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y cois., *Elementos de Derecho civil*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1994, II, 1.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1984, I, 3.
- LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952.
- MIÑANA, E., «Los "trusts". Breves consideraciones acerca de los medios de su implantación en España», en *RGLJ* (158), 1931, págs. 599-616.
- DE LOS MOZOS, J. L., «Negocio fiduciario», en *La Ley*, 1986; luego en «El negocio jurídico. Estudios de Derecho Civil», Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 463-484.
- NAVARRO MARTORELL, M., «Aislamiento de los negocios fiduciarios», en *RGLJ* (187), 1950, pág. 427 y sigs.; «Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios», en *RDP*, 1950, pág. 777 y sigs.; *La propiedad fiduciaria. La fiducia histórica. Los modernos negocios fiduciarios. La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950.
- NÚÑEZ LAGOS, R., «Mandatario sin poder», en *RDP* (XXX), 1946, págs. 609.
- D'ORS PEREZ-PEIX, A., «Sobre el fideicomiso bancario», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (VI), 1982, págs. 403-415.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Negocio fiduciario», voz en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, III, págs. 4407-4409.
- PARICIO SERRANO, L., «Endosos limitados encubiertos», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)* (27), 1987, págs. 541-564.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Consideraciones en torno al pacto de fiducia cum creditore», en *R. J. Navarra*, 12, julio-diciembre 1991, págs. 43-67.
- PUIG BRUTAU, J., «Negocio fiduciario», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1982, XVII, págs. 204-210; «La relación fiduciaria», en *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 1009-1020; *Fundamentos de Derecho civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1978, II, 1, págs. 500-532; *Estudios de Derecho comparado*, Eds. Ariel, Barcelona, 1951, pág. 62 y sigs.

- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1996», en *CCJC*, núm. 43, enero-marzo 1997, págs. 353-363.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- RUBIO TORRANO, E., *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y «leasing»)*, Civitas, Madrid, 1993.
- SAPENA TOMÁS, J., «Actualidad de la *fiducia cum creditore*», en *R. D. Notarial*, 1957, págs. 125 y sigs.
- SOTO NIETO, F., «La titularidad del fiduciario en la *fiducia cum creditore*», en *Revista Jurídica de Cataluña* (LXIX) 1970, págs. 529-548.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos», en *Revista Jurídica del Notariado*, 14, 1995, págs. 199-232.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Civitas, Madrid, 1990.
- VV.AA., «El fideicomiso en México y su viabilidad en España», en *Jornadas de estudio organizadas por el Banco Nacional de México y el Banco de Bilbao, Madrid, 20 y 21 de noviembre de 1979*, Banco de Bilbao-Banco Nacional de México, S.A., Somex, Madrid, 1980.