

I INTRODUCCIÓN

La confianza está presente en todas las relaciones jurídicas pero reciben el calificativo de fiduciarias sólo algunas aunque entre ellas aquel elemento se presenta con mayor o menor intensidad. En algunas de ellas la confianza es su causa, motivo o finalidad, otras simplemente la consideran remotamente.

La que destaca con mayor energía es la propiedad fiduciaria por la que se atribuye al titular fiduciario un patrimonio para que cumpla una encomienda que le impone el propietario material (fideicomitente) y que ha de ejecutar con aquél a favor de otra persona.

Se alcanza esta propiedad fiduciaria mediante el fideicomiso o *trust* que comparte contenido con la propiedad material. Se produce en consecuencia una división del derecho de propiedad.

Así se entiende por fideicomiso la relación jurídica por la que una persona recibe de otra un encargo que ha de cumplir con unos bienes determinados cuya propiedad se le transfiere a título de confianza. Se distingue de otros negocios donde está presente la confianza (fiduciarios), en que produce la transferencia de la propiedad del patrimonio o bienes sobre los que recae el negocio.

Relaciones jurídicas fiduciarias hay muchas pero no todas transmiten la propiedad de los bienes. Muchas de ellas generan simples derechos de crédito o facultades de administración y gestión al fiduciario sin otorgarle titularidad real de ningún tipo. Se diferencia precisamente el fideicomiso porque no transmite sólo la facultad de gestión de un patrimonio sino también la transmisión de la propiedad formal o legal, con la misión de hacer llegar el contenido íntegro de la propiedad a otra persona (un tercero o el propio fideicomitente) o para destinarla a alguna actividad.

La consecuencia más importante de ambas instituciones al presente es que los bienes transmitidos no llegan a formar parte ni se confunden con el patrimonio del fiduciario sino que se considera como un patrimonio separado que le hace inmune a las reclamaciones de cualesquiera otros acreedores que no sean los propios del fideicomiso. De modo que los acreedores del fiduciario insolvente no podrían contar con ese capital aunque esté en su posesión y figure formalmente como propietario.

Actualmente se tilda de propiedad fiduciaria el derecho por el que el propietario cede a otra persona (fiduciario) la propiedad formal o legal quedándose con su contenido económico. Los rasgos de esta propiedad fiduciaria moderna se aplican y desarrollan principalmente en los países anglosajones (Estados Unidos, Reino Unido, Australia, etc.) a través del *trust* que se utiliza para gestionar patrimonios sucesorios a favor de otros, para la gestión de valores mobiliarios o de capitales (*business trust*), de fondos de pensiones (*pension trust*), para operar como fondo de garantía (*debenture trust*), para representar a una sociedad (*voting trust*), para la creación y administración de patrimonios tan complejos como los dedicados al *time-sharing* inmobiliario, o para obtener rentabilidad fiscal (es el caso del *charitable trust* creado para fines caritativos o no lucrativos), o con el fin de regular el patrimonio conyugal (*marriage settlement*). Puesta la idea en desarrollo, las posibilidades prácticas alcanzadas son inabarcables y cada vez más complejas, habiendo incorporado la propiedad fiduciaria muchos de los ordenamientos jurídicos modernos bajo la forma de un *trust* o un fideicomiso para regular fondos sin personalidad jurídica. Estas figuras se utilizan en otros ordenamientos para conseguir precisamente lo que en la práctica española se alcanza mediante otros instrumentos y así se aplica el fideicomiso en sustitución de nuestra permuta del terreno por parte de los pisos del edificio que se va a construir, nuestro sindicato de accionistas o el otorgamiento de una donación de bienes afectados al cumplimiento de una actividad.

Desdichadamente una propiedad fiduciaria con las características de la que ha quedado descrita no se regula ni reconoce en el ordenamiento jurídico español. Está asumido en el ámbito jurídico que un dominio dividido de estas características contradice el concepto de propiedad de nuestro ordenamiento que la considera como un poder unívoco y opuesto a toda división. Tampoco en nuestro Código Civil tradicionalmente se reconoce entre las causas del contrato, recogidas en el artículo 1274, la de confianza, ni se menciona el dominio fiduciario.

Aceptar esta conclusión clausuraría cualquier esfuerzo por construir una propiedad fiduciaria o un fideicomiso en nuestro ordenamiento y plantearía la duda de si merece la pena tratar de seguir indagando en la propiedad fiduciaria. La respuesta puede ser chocante porque, aún admitiendo que el derecho de propiedad no pueda dividirse, se ha conseguido establecer la eficacia de negocios fiduciarios y de otras figuras basadas en la confianza aunque con menor potencia. En unos se transmite la propiedad, en otros no se produce la transmisión de la propiedad pero crean patrimonios adscritos. Además se genera la insólita presencia de dominios fiduciarios en el ámbito de la sustitución o donación fideicomisaria o en los nuevos instrumentos financieros de inversión colectiva.

La mejor forma de explicar lo que se pretende en este trabajo es mediante el método comparativo de estos fondos con los patrimonios de las fundaciones con personalidad jurídica como modelo de fondos afectos a un encargo, con la salvedad de que los que aquí abordamos ni están sometidos a la Ley de Fundaciones, ni llegan a alcanzar personalidad jurídica, descubriendo lo que la figura puede dar de sí. La razón de pensar en una fiducia o *trust* no es caprichosa o de laboratorio sino que la Comunidad Europea apremia a que los Estados miembros configuren una institución con esas características. El Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985, sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, ha propuesto una normativa aplicable a la figura a la que define como *la relación jurídica creada, «por acto ínter vivos o mortis causa, por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado.*

Sin embargo España no ha ratificado el Convenio, seguramente por las dificultades dogmáticas e históricas que su contenido entrañaría frente a principios de nuestro sistema, aspecto sobre el que profundizaré más adelante.

En Cataluña, aludiendo a la atracción de capitales que la figura del *trust* puede suponer, ha habido varios intentos de implantar la limitación de responsabilidad mediante la regulación de la fiducia *inter vivos* quebequesa¹, pero acabaron por no prosperar debido al principio tradicional catalán –y español–

¹ Vid. la Ponencia presentada en el «I Congreso patrimonial de Dret civil CATALA» (Tarragona, noviembre, 2001).

que no admite la doble propiedad, y más desde que la Llei 6/1990, *deis censos*, la aboliese².

Pese a estas tentativas, el ordenamiento jurídico español es esclavo de los principios tradicionalmente asentados de muy difícil modificación. Ello provoca que, cuando se entra a analizar la naturaleza jurídica de los distintos negocios fiduciarios en cada caso, nos movamos en terrenos pantanosos, oscuros e inseguros que espero poder abordar con la mayor claridad.

En un orden distinto, para cualquier persona de la calle sería difícil de entender que el Ordenamiento no contemplase jurídicamente el acto por el que una persona adscriba o afecte unos bienes encargando a otra que los utilice a favor de una tercera o de una actividad, con base en la confianza sin necesidad de constituir una persona jurídica. Para que pudiera comprender la realidad del ordenamiento español habría que explicarle que aunque no se regule el dominio fiduciario, no supone que la función de confianza no se satisfaga por otros procedimientos. Repárese en tantas circunstancias de la vida en que encargamos a una persona una actividad entregándole parte de nuestro patrimonio en la convicción de que lo destine a cumplir un encargo. Por ejemplo, constituimos un fondo (sin personalidad jurídica) para organizar un viaje entre un grupo de amigos o una cena-homenaje; para subvencionar un proyecto de previsión y/o ahorro; para mantener en pie un monumento; para iniciar una empresa; para asistir a una persona; para constituir un fondo de reparto con el dinero que un grupo de personas vayan obteniendo por una actividad común, en previsión de repartir una herencia, para atribuir una renta vitalicia, etc. La fórmula sirve, pues, de medio de desarrollo, pero también control, respecto de la aplicación de una masa patrimonial para fines de la más variada índole, pública o privada³. Desde esta perspectiva, son infinitos los fondos que pueden llevarse a cabo (para planificar la herencia, para invertir y sacar rentabilidad a un capital, para garantizar deudas a determinados acreedores), y no son pocas las dudas que todos y cada uno de ellos puede provocar en nuestro ordenamiento.

²El más importante intento fue el Anteproyecto de Ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios, al prever el artículo 514-7,2 que "*la persona constituent pot autodesignar-se fiduciària i beneficiària*".

³Cfr. DÍEZ PICAZO, L: "Operaciones y servicios fiduciarios", en *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 25-65; GÓMEZ DE LA LASTRA, M.: "El Estado como fiduciante", L.L., 2003, Tomo E, sección doctrina, pág. 1311, Méjico. Para un amplio estudio del Derecho comparado cfr. ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER, Directora, obra colectiva de *El Trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona 2007.

El Derecho Romano entendió que el fiduciario no era propiamente propietario, pero se ponía en su lugar sólo a los efectos de guardar, proteger y controlar el patrimonio, sin que el propietario perdiese la propiedad.

Qué calificación jurídica puedan tener todas estas figuras forma parte de una interrogante que está sin resolver en nuestro Derecho que no acepta la propiedad fiduciaria, al menos abiertamente. Nos gustaría poder decir que esos fondos se aíslan del patrimonio del cedente de modo que sus acreedores no pueden realizar sus créditos sobre los mismos en caso de su insolvencia pero eso aún no es posible en el Derecho español sino es a través del otorgamiento de negocios jurídicos con causa distinta a la fiduciaria. En España sigue sin poder calificarse la situación jurídica del que realiza la función de fiduciario como de propietario.

Qué queda después de una afirmación como esta es el objeto de este trabajo referido a una afectación que acompaña a unos bienes para cumplir un encargo. Dicha afectación pretendo convertirla en un derecho real que separe estas figuras de los meros derechos de crédito con los que se construyen las relaciones fiduciarias. Para alcanzar esta función fiduciaria se utilizan instituciones que, aunque no constituyen transferencia de una propiedad fiduciaria desdoblándola, permiten que podamos otorgar la realización de un encargo con un patrimonio adscrito al mismo. Es cierto que las formas en que se adscriben varía considerablemente de unas figuras a otras y de ahí la dificultad de establecer sobre ellas un régimen único y una terminología uniforme.

Según VIRGOS SORIANO⁴ muchos de esos negocios no dejan de representar paralelismos parciales del *trust*. Lo cierto es que pocas figuras han sido tan desafortunadas en su evolución y tratamiento como lo ha sido la fiducia en España. Pero como quiera que se ha dado la necesidad en las personas de confiar su patrimonio en beneficio de otra, los paralelismos se han construido fundamentalmente por medio de figuras que solo reúnen algunas de las características del fideicomiso pero no todas. En esta obra analizaremos las formas más sobresalientes por las que en el ordenamiento español se alcanza aquel objetivo como las que constituyen una propiedad revocable o *sub modo*, los contratos fiduciarios como el depósito, el comodato, el mandato o la gestión,

⁴ VIRGOS SORIANO, M.: *El Trust y el Derecho español*, Civitas, Thomson. Civitas, 2006, pág. 11. El trust es una figura desconocida en el Derecho material español.

(donde el fiduciario aparece como mero administrador, gestor o poderdante) o los patrimonios de destino inmunes a las relaciones jurídicas de quien los constituye o de quien figura como titular de los mismos.

Ninguno de ellos consigue disociar la titularidad, el aprovechamiento de la propiedad y la responsabilidad patrimonial, pero nadie podría decir que el ordenamiento jurídico español no precise una institución en la que se pretenda preservar un conjunto de bienes afectos a un proyecto. Esta finalidad se consigue de muy diversas maneras y no todas reciben la calificación de fiduciarias. Aunque se incorpore un patrimonio a una persona jurídica y se independice un patrimonio, no se produce la división de la propiedad, sino que se otorga al ente con personalidad jurídica el título legal de propietario con todas las facultades de la propiedad. El patrimonio se transmite en su beneficio o con el fin de cumplir su objeto social que puede ser también la adscripción de un patrimonio a un destino como ocurre con la fundación. Pero el objeto de este trabajo son los patrimonios sin personalidad jurídica afectos a un encargo que es todo el efecto real que se puede expresar de la confianza en nuestro ordenamiento.

Dicha afección, recayendo sobre cosas, ha de tener un efecto real por el que se otorgue a una persona facultades sobre ellas que puedan incluso ir más allá de la mera administración pudiendo prescindirse incluso de la voluntad del poderdante para cumplir su encomienda y por tanto concediendo incluso al fiduciario la posibilidad de abusar aunque puedan revocarse posteriormente las facultades si son mal utilizadas y sin que sea preciso constituir una persona jurídica para ello.

En estas nieblas he querido, en primer lugar, describir el panorama de la función de la confianza en el Derecho español donde, si se quiere seguir manteniendo el concepto liberal y unívoco del derecho de propiedad junto con las excepciones y contradicciones apuntadas, he creído que la mejor forma de analizarlas será atendiendo a la acentuación de la confianza en instituciones de índole diversa, examinando de qué modo la confianza produce efectos sobre los bienes transferidos al fiduciario en distintas figuras. Unas harto conocidas de propiedad revocable o *sub modo* y utilizadas para otros menesteres, otras de nueva creación o mediante una combinación de las mismas. Me ha parecido que está por hacer una reflexión sobre las finalidades fiduciarias y su cumplimiento a través de figuras clásicas e institucionalizadas con características dis-

pares. Al mismo tiempo, poner en tela de juicio un desequilibrio legislativo que sólo se justifica mediante una previa explicación histórica del instituto de la fiducia y la subsiguiente necesidad de adaptaciones legales de patrimonios separados sin personalidad jurídica para dar respuesta a alguna situación precisa en la que el ordenamiento ha considerado inexcusable concebir un patrimonio vinculado a un destino.

En segundo lugar, trato de establecer una figura fiduciaria de carácter real que sirva para aglutinar a todas las que afecten unos bienes con la confianza, limitando las facultades del propietario. Si la figura influye y recae siempre sobre bienes no cabe otra salida que terminar intentando construir una figura de carácter real (*iura in re aliena*) de la confianza, y de qué modo produce efectos sobre los bienes transferidos al fiduciario, porque éste haya fallecido, o con un titular a la espera, o porque interese sustraer a los propietarios de la gestión de su propiedad. Desde dicha intensidad de la eficacia de la confianza y de menor a mayor grado en la relación, destino la obra a ofrecer la configuración de un derecho o carga real sobre el resultado de una buena administración que faculte al fiduciante y a los beneficiarios para exigir su cumplimiento. Derecho real de fiducia que aglutine aquellos institutos en los que esté presente una intención de confiar a alguien el cumplimiento de un encargo que ha de cumplirse con los bienes que se le entregan⁵.

Es cierto que existen muchos contratos que afectan bienes aunque se construyan sobre obligaciones de dar, hacer o no hacer del deudor. Lo mismo podríamos decir de un contrato de gestión que podría limitarse a la obligación del fiduciario de cumplir una encomienda con lealtad (*pacto fiduciae*). Y en realidad así se han construido las figuras fiduciarias del derecho español. La función fiduciaria se ha adaptado a la tradición española, sin contradecir nuestro tráfico jurídico y económico donde sólo excepcionalmente se han reconocido abiertamente negocios con causa fiduciaria, y donde no se han regulado como institución, ni han tenido un régimen propio.

Pretendo dar un paso más y aún admitiendo los contratos fiduciarios denunciar que ya se presentan figuras que no sólo tienen efectos personales sino que afectan *in re* a los bienes distribuyendo facultades de la propiedad.

⁵ GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Madrid, 1991, pág. 96.

En tercer lugar trato de repasar el panorama tradicional a la luz de la complicación que supone la acogida en España de los fondos de inversión que se definen como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de dinero, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos⁶. Las sociedades gestoras actuarán en beneficio de los partícipes o accionistas con algunas de las facultades del dominio sobre el patrimonio del fondo, sin ser propietarias del mismo, ejerciéndolas en interés de los partícipes de acuerdo con lo dispuesto en las leyes de inversión colectiva, en sus normas de desarrollo y en el reglamento de gestión⁷.

La condición de partícipe se adquiere mediante la realización de la aportación al patrimonio común a cambio de las participaciones representativas de la parte del patrimonio del fondo que les sea atribuido con derecho al reembolso o con títulos de deuda. Ante los principios inquebrantables de la propiedad se instaura una especie de ficción basada en que los partícipes no pierden la propiedad de sus aportaciones, ni de lo que adquieren con sus participaciones.

La naturaleza fiduciaria de este fondo es tan evidente que difícilmente puede seguir manteniéndose el concepto unívoco de la propiedad en nuestro ordenamiento. A este respecto es digno de descubrir que las decisiones sobre la inversión de sus activos, las fusiones, escisiones, transferencia de activos y transformaciones las realizan las instituciones de inversión colectiva y no el propietario⁸, también que la condición del patrimonio de los fondos de inversión no responderá por las deudas de los partícipes, sociedades gestoras o depositarios⁹. Pero aún irradia más cuando se autoriza legalmente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) para suspender temporalmente la suscripción o reembolso de participaciones cuando no sea posible la determi-

⁶ Artículo 3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

⁷ Artículo 47 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

⁸ Artículo 23 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

⁹ Artículo 6 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

nación de su precio o concurra otra causa de fuerza mayor¹⁰, restringiendo seriamente las facultades del propietario.

La característica de ponerse en lugar del propietario llega a términos tan precisos que en las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles pertenecientes al fondo se efectúa a nombre de la gestora y no al de los partícipes¹¹, presuntamente copropietarios.

De lo anteriormente manifestado se deriva una discordancia evidente entre el concepto de propiedad de nuestro ordenamiento y lo que se refleja en la regulación de los fondos de inversión colectiva, donde las facultades de la propiedad se dividen disfrazadas de necesidades sociales y fundamentalmente financieras que no sólo no se rebaten sino que son objeto de una consentida admiración y de una ambición de regulación específica en todos los ordenamientos. En dichos fondos se establecen relaciones complejas en las que una entidad gestora se coloca en el lugar del propietario que sólo aparece como titular material de los bienes que lo conforman representando la misma con un título de participación. Aunque la Ley de Inversión Colectiva hable sólo de la gestión de terceros, basada en la confianza en los fondos, mediante fórmulas jurídicas distintas del contrato de sociedad, que tienen por objeto exclusivo la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros, para compensar por una adecuada composición de sus activos, los riesgos y los tipos de rendimiento¹², se aprecia un acercamiento a la propiedad fiduciaria. Ante estas nuevas realidades, seguir negando la propiedad fiduciaria en todos los casos, se contradice con la realidad a la que debe estar atenta la dogmática jurídica.

Si no se da la propiedad fiduciaria en estos casos sí se ceden derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el

¹⁰ Artículo 7.3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

¹¹ Artículo 38.3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

¹² Los Fondos de Inversión Mobiliaria son 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 tener la finalidad prevista en el párrafo precedente mediante la realización de las operaciones en él mencionadas, sin participación mayoritaria económica o política en ninguna Sociedad.

fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones de aquél, a favor de una persona (beneficiario) que suele ser el mismo fideicomitente, para transmitírsela posteriormente.