



EL TRUST ANGLOAMERICANO EN EL DERECHO ESPAÑOL

*Análisis de la necesidad y viabilidad de incorporarlo a
nuestro sistema jurídico*

Autor: Íñigo Ríos de Juan
5º E-3 D
Derecho Mercantil
Tutor: Prof. Dr. Miguel Martínez Muñoz

Madrid
Abril, 2018

Íñigo
Ríos
de Juan

El trust angloamericano en el Derecho español: análisis de la necesidad y
viabilidad de incorporarlo a nuestro sistema jurídico



Resumen

El trust angloamericano es una figura ajena a los sistemas de Derecho Civil, muy utilizada en la práctica jurídica y económica internacional por la gran versatilidad funcional que le otorga su flexibilidad y sencillez. La Unión Europea se ha mostrado partidaria de su regulación y utilización por los Estados Miembros, y Francia recientemente lo ha incorporado en su *Code Civil* a través de la figura de la “*fiducie*”. Este trabajo pretende determinar si es necesaria la introducción del trust en nuestro sistema jurídico, para lo cual se han analizado los equivalentes funcionales al trust presentes en el Derecho español. Tras concluirse que aquéllos no permiten en todos los casos satisfacer las mismas necesidades que la figura anglosajona cubre, se han detectado una serie de razones de orden jurídico, económico y de competitividad que hacen aconsejable su regulación, y se ha propuesto una estructura que permita salvar las dificultades que su incardinación en nuestro sistema supone. Tal propuesta pretende alejarse dogmatismos doctrinales y ser una solución viable y práctica, por lo que está basada en figuras que el legislador español se ha mostrado dispuesto a aceptar y en el Derecho Comparado.

Palabras clave

Trust, fiducia, patrimonio separado, España, gestión patrimonial.

Abstract

The Anglo-American trust is an institution unknown for Civil Law systems, widely used in international legal and economic practice due to its great functional versatility, provided by its flexibility and simplicity. The European Union has promoted its regulation and use among Member States, and France has recently incorporated it into its Civil Code through the “fiducie”. This paper aims to determine if the introduction of the trust in our legal system is necessary, for which the functional equivalents to the trust in Spanish law have been analyzed. After concluding that they do not satisfy in all cases the same needs that the Anglo-Saxon figure covers, a series of legal, economic and competitiveness reasons have been detected that make its regulation advisable, and a structure has been proposed to overcome the difficulties that the incardinación of the trust in our system supposes. Such proposal aims to avoid doctrinal dogmatism and be a viable and practical solution, reason why it is based on institutions that the Spanish legislator is prepared to accept and in Comparative Law.

Keywords

Trust, fiducia, separate patrimony, Spain, patrimonial management.

Índice de contenidos

1. INTRODUCCIÓN	6
2. EL TRUST ANGLOAMERICANO Y LA FIDUCIA. NOTAS PRINCIPALES Y DIFERENCIAS	7
2.1. El negocio fiduciario	7
2.1.1. Concepto de negocio fiduciario	7
2.1.2. Evolución jurisprudencial del negocio fiduciario	8
2.1.2.1. Teoría del doble efecto.....	8
2.1.2.2. Teoría de la titularidad fiduciaria.....	10
2.2. El trust angloamericano	13
2.2.1. Origen del trust	13
2.2.2. Contenido del trust.....	15
2.2.2.1. Concepto de trust	15
2.2.2.2. El <i>trustee</i>	16
2.2.2.3. El beneficiario	17
2.2.2.4. El <i>settlor</i>	18
2.2.3. Principales utilidades del trust	19
2.2.3.1. Trust en sucesiones	19
2.2.3.2. Trust como herramienta de gestión.....	20
2.2.3.3. Trust como herramienta de garantía	22
2.2.3.4. Trust con fines de interés público	22
2.3. Principales diferencias entre el negocio fiduciario y el trust	23
2.3.1. Naturaleza	23
2.3.2. Confianza como nota característica	24
2.3.3. La dualidad de la propiedad y su transmisión.....	24
2.3.4. Estructura subjetiva.....	26
2.3.5. Responsabilidad patrimonial.....	27
3. EL TRUST EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	30
3.1. Regulación actual del trust en España.....	30
3.2. Estudio de la necesidad de introducir el trust en España	33
3.2.1. Instituciones sustitutivas del trust en España.....	34
3.2.1.1. Garantías	34
3.2.1.2. Sucesiones.....	35
3.2.1.3. Protección de discapacitados	36
3.2.1.4. Protección y gestión de patrimonios.....	38
3.2.2. Otros motivos que aconsejan la regulación del trust en España	39
4. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL TRUST EN DERECHO ESPAÑOL. SOLUCIONES A LOS PRINCIPALES IMPEDIMENTOS PARA SU IMPLANTACIÓN	42
4.1. Creación de un patrimonio separado.....	43
4.2. Desdoblamiento y titularidad de la propiedad.....	44
5. CONCLUSIONES	48
6. BIBLIOGRAFÍA	51

Listado de abreviaturas

CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CDI	Convenio para Evitar la Doble Imposición
CLAT	Convenio de la Haya sobre Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
IIC	Instituciones de Inversión Colectiva
LCJI	Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil
LH	Ley Hipotecaria
LSC	Ley de Sociedades de Capital
PETL	Principios del Derecho Europeo del Trust
RD	Real Decreto Ley
RDL	Real Decreto Legislativo
RH	Reglamento Hipotecario
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El trust es una figura muy utilizada en la práctica jurídica y económica internacional pues, por su flexibilidad y sencillez, puede ser empleada para todo tipo de finalidades. Es por eso que su imitación en las últimas décadas ha sido una máxima en todo el mundo por aquellos países de tradición jurídica distinta del *Common Law* que han pretendido eliminar las rigideces de su propio sistema y abrirse al exterior. A modo de ejemplo, Rusia (1993), Argentina (1995), China (2001), Luxemburgo (2003), Uruguay (2003) o Francia (2007), y antes, países como Japón (1922), México (1932) o Israel (1979), han regulado figuras análogas al trust. También en la Unión Europea existe una visión positiva del fenómeno, plasmada en su inclusión en las tendencias de armonización del Derecho Privado, en las que se enmarcan los PETL, y en numerosas resoluciones de la Comisión Europea que lo recomiendan para distintos fines.

Existen, en la actualidad, tres relaciones que un Estado puede tener con los trusts: no regularlos ni reconocer los constituidos en el extranjero; no incorporarlos a la legislación interna, pero reconocerlos, en mayor o menor medida; y dotarles de regulación. En España, hasta el momento, se ha optado por la primera de estas alternativas: se ignora la realidad de la figura, y nuestras autoridades públicas, cuando deben enfrentarse a un trust, lo tienen por inexistente, lo que propicia una gran inseguridad jurídica.

En este trabajo se pretende determinar si contamos en nuestro ordenamiento con alguna figura que nos permita cubrir las mismas necesidades que el trust satisface y, en caso negativo, estudiar la viabilidad de implantarlo en España, las principales dificultades para hacerlo y posibles soluciones a las mismas. Para cumplir con estos objetivos, se analizará en primer lugar la figura más próxima al trust anglosajón existente en nuestro ordenamiento: la fiducia. Una comparación de sus características y las del trust nos mostrará que, desde su concepción doctrinal y jurisprudencial actual, la utilidad del negocio fiduciario tal y como fue concebido se ha desvanecido casi íntegramente. Por ello, tras detectar una serie de necesidades y oportunidades que hacen recomendable la regulación del trust, terminaremos ofreciendo soluciones prácticas y viables para implantar la figura en España, con base en Derecho Comparado y en ciertas instituciones recientemente desarrolladas en Derecho español.

2. EL TRUST ANGLOAMERICANO Y LA FIDUCIA. NOTAS PRINCIPALES Y DIFERENCIAS

2.1. El negocio fiduciario

2.1.1. Concepto de negocio fiduciario

Para poder comprender el concepto del trust es necesario referirse antes al negocio fiduciario, que muchos consideran su antecedente directo. El negocio fiduciario puede ser observado desde muy distintas perspectivas y ser definido con diversos alcances. Por un lado, desde una concepción amplia del término, abarcaría todo negocio jurídico en cuya configuración la nota de la confianza tuviera una importancia capital, como indica el propio adjetivo “fiduciario”. En él serían subsumibles contratos como el mandato civil (arts. 1709 y ss. CC), cuya revocación es libre por el mandante en caso de pérdida de confianza en el mandatario (art. 1733 CC); la comisión mercantil, negocio análogo al mandato, regulado en los arts. 244 y ss. CCo, que facultan al comitente a revocar la comisión en cualquier estado del negocio (art. 279 CCo); el contrato de depósito (arts. 1758 y ss. CC), en el que el depositante puede reclamar y obtener la restitución del bien mueble objeto de depósito a cualquier tiempo, aun habiéndose fijado un plazo para la devolución (art. 1775 CC); o el contrato de arrendamiento de servicios (art. 1544 CC) que, como ha señalado reiteradamente el TS¹, se trata de una relación *in tuitu personae* que comprende un deber de fidelidad que emana del art. 1258 CC.

Por otro lado, desde una perspectiva más restrictiva, el negocio fiduciario es una institución atípica, en la medida en que no se encuentra tipificada en nuestro ordenamiento y, de hecho, su legalidad y encaje en nuestro sistema jurídico han sido modulados por la jurisprudencia ante el más absoluto silencio legal al respecto. En los negocios jurídicos mencionados *supra* la confianza juega un papel importante, pero en la fiducia en sentido estricto “el fiduciante lo juega todo a la pura confianza”². Así, mientras que en los primeros las potestades del fiduciario están limitadas por ley, al tratarse de negocios típicos, y es la propia norma la que impone el deber de lealtad, en

¹ Entre otras, las SSTS (Sala de lo Civil) de 28 de enero de 1998 y de 30 de julio de 2007.

² GARRIGUES DIAZ-Cañabate, J., *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, p.12.

los segundos, el único límite del fiduciario es la confianza. De esta forma, cabe la posibilidad de abuso del poder otorgado por el fiduciante, en la medida en que es posible emplearlo, bien en interés del fiduciante (lo cual es el objeto propio del negocio jurídico), bien en interés del fiduciario (en fraude de la confianza depositada en él). En el marco del presente trabajo, nos referiremos principalmente a esta concepción estricta del negocio fiduciario.

Pues bien, precisamente para evitar los abusos que de la atribución patrimonial se pueden derivar, la fiducia se configura como un negocio jurídico complejo, en el que los intereses del fiduciante se protegen mediante el llamado pacto fiduciario o *pactum fiduciae*, de naturaleza obligacional, que limita las facultades que recibe el fiduciario en relación al elemento patrimonial transmitido.

Así, la estructura propia del negocio fiduciario está integrada por un contrato real y uno obligacional. Mediante el primero se transmite un derecho real sobre suyo contenido la doctrina discute, mientras que el segundo, el *pactum fiduciae*, pretende limitar las facultades de disposición del fiduciario y reglar el uso que de la atribución éste puede realizar en función de la finalidad convenida, tiene eficacia *inter partes*, suele incorporar la obligación de reparar por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de los extremos pactados e incluye, asimismo, la obligación de que, una vez cumplida la finalidad preestablecida, el adquirente debe, bien restituir la propiedad al fiduciante, bien transmitir la propiedad a una tercera persona. Si bien doctrina y jurisprudencia admiten unánimemente la naturaleza y alcance de este pacto, existen discrepancias en lo que respecta al derecho que es efectivamente transmitido sobre el bien fiduciario en el negocio de naturaleza real. En este sentido, podemos distinguir dos grandes teorías: la del doble efecto y la de la titularidad fiduciaria.

2.1.2. Evolución jurisprudencial del negocio fiduciario

2.1.2.1. Teoría del doble efecto

Para la primera de estas posturas desarrollada por REGELBERGER³ e incorporada a nuestro ordenamiento por vía jurisprudencial⁴ a partir de las tesis de FERRARA⁵, el

³ REGELBERGER, F., *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, AcP, 1880 (cit. DE CASTRO).

contrato real positivo atribuye la propiedad plena de forma perfecta e irrevocable, con eficacia *erga omnes*, y el negocio obligacional negativo limita las facultades del fiduciario. Son independientes el uno del otro y no se limitan recíprocamente. Así, el abuso por parte del fiduciario de sus potestades no tendrá consecuencia alguna sobre la validez de la transmisión real operada, y se limitará a producir los efectos previstos en el pacto obligacional.

¿Cuál es la utilidad del negocio fiduciario? Se han distinguido dos finalidades diversas de esta institución: por un lado, la conservación de un bien o derecho, esto es, la administración o gestión del mismo, a través de la transmisión de la propiedad a una persona física o jurídica con una esfera patrimonial diferenciada (es la llamada *fiducia cum amico*); por otro, garantizar el pago de obligaciones (la *fiducia cum creditore*), esto es, servir de garantía personal, *erga unum*, en contraposición a la garantía real, oponible *erga omnes*.

El problema característico que la doctrina dominante aduce del negocio fiduciario es la disparidad entre sus fines y medios. Así, mientras que el fin es, bien conservar la cosa transmitida, bien garantizar el pago de un crédito, el medio empleado para alcanzarlo es transmitir la propiedad, con lo que persiguiéndose un efecto jurídico determinado se produce otro más fuerte. Si bien esto es claro en la *fiducia cum creditore*, quizás sea más discutible en la modalidad *cum amico*, donde la intensidad de fines y medios discurre en paralelo cuando la única manera de conservar la propiedad es transmitirla (por ejemplo, en casos de embargo o de concurso de acreedores).

Estas consideraciones nos hacen traer a colación el concepto de negocio simulado, el cual debemos deslindar del negocio fiduciario para comprender realmente las bases de éste. Debemos partir de que, mientras que los negocios fiduciarios cuentan con la llamada *causa fiduciae*^{6 7}, el negocio perfeccionado mediando simulación absoluta

⁴ Entre otras, en las SSTS (Sala de lo Civil) de 28 de enero de 1946 y de 18 de febrero de 1965. La última sentencia que defendió la teoría del doble efecto con transmisión plena de la propiedad fue la STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 1965.

⁵ FERRARA, L., *I negozi fiduciari*, Milán, 1905 (cit. DE CASTRO).

⁶ STS (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 1991.

⁷ La *causa fiduciae* es, en la *fiducia cum amico*, la transmisión de la propiedad, y en la *fiducia cum creditore* el afianzamiento de una obligación (vid. SSTS (Sala de lo Civil) de 8 de marzo de 1963, de 19 de mayo de 1982 y de 6 de julio de 1992).

carece de causa, es un negocio ficticio, lo que lo hace nulo (art. 1275 CC)⁸. Así, el hecho de que exista disonancia entre la causa expresada (o estructura jurídica) y la causa verdadera (o la finalidad económica subyacente) del negocio no hace que éste devenga en ineficaz, pues la obtención, a través de la combinación de estructuras jurídicas legales, de consecuencias no previstas en la ley no puede ser considerada ilícita, dado el principio de libertad de pactos que se consagra en nuestro ordenamiento a través de los arts. 1091 y 1255 CC. Por tanto, el negocio fiduciario es válido siempre y cuando no envuelva fraude de ley, como han señalado multitud de sentencias desde la STS (Sala de lo Civil) de 25 de mayo de 1944, como la STS (Sala de lo Civil) número 182/2012, de 28 de marzo.

2.1.2.2. Teoría de la titularidad fiduciaria

La teoría del doble efecto, caracterizada por la radical separación de dos pactos (real y obligacional) que integran el negocio fiduciario, en contraposición a la predominante en países anglosajones, en los que el abuso del derecho concedido sobre los bienes adquiridos por el fiduciario es causa de resolución de la transmisión patrimonial, fue la primera defendida inicialmente por el Tribunal Supremo en sentencias como las ya comentadas. Pero esta postura dejaba desprotegido al fiduciante, principalmente desde el punto de vista de la inatacabilidad de la posición del tercero adquirente, incluso de mala fe o a título gratuito, tras la enajenación realizada por el fiduciario en violación de la confianza depositada en él por el fiduciante. Generaba también injusticias la posibilidad que acreedores del fiduciario tenían de embargar los bienes objeto de la fiducia, que quedaban plenamente integrados en el patrimonio de éste, sin perjuicio del *pactum fiduciae*, que obligaba a devolverlos.

Por ello, se desarrollaron una serie de ideas críticas, encabezadas por DE CASTRO⁹, que desarrolló la teoría de la “titularidad fiduciaria”, lo que desencadenó un giro jurisprudencial¹⁰ que revirtió la aplicación de la teoría del doble efecto. Hoy, la postura de DE CASTRO es mayoritariamente aceptada. Desde esta tesis, se considera que la transmisión de la propiedad a raíz del negocio fiduciario no es plena. En este sentido, el

⁸ STS (Sala de lo Civil) de 28 de octubre de 1988.

⁹ DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 405 y ss.

¹⁰ Entre otras, las SSTs (Sala de lo Civil) de 5 de julio de 1993, 15 de octubre de 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996, 4 de julio de 1998, número 998/2003 de 31 de octubre, número 74/2005 de 11 de febrero, número 637/2006 de 23 de junio y de 27 de julio de 2006.

TS, en su sentencia de la Sala de lo Civil, número 998/2003 de 31 de octubre, Fundamento Jurídico tercero, no ha dudado en señalar que:

En el negocio fiduciario, el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. De otra parte la existencia del pacto fiduciario no se desvirtúa por la inscripción registral a nombre del fiduciario, que, a tenor del art. 38 de la Ley Hipotecaria sólo tiene el valor de presunción "iuris tantum" y, por consiguiente, se neutraliza por prueba en contrario.

Los pilares sobre los que DE CASTRO construye su postura son dos: (i) en relación a la causa, si bien en nuestro ordenamiento jurídico se admite su abstracción procesal (art. 1277 CC), no se admite su abstracción en términos generales, de modo que la transmisión de la propiedad exige una causa adecuada, no siendo suficiente como causa traslativa de la propiedad la garantía de un crédito o la gestión de los bienes. Así, lo transmitido en el negocio fiduciario sería la titularidad fiduciaria y no la propiedad plena, pues quien transmite de cualquier modo la propiedad (por ejemplo, mediante venta o dación en pago) para obtener una mejor administración de los bienes (*fiducia cum amico*) o para garantizar el pago de una obligación no tiene la voluntad real de desprenderse de los bienes, de forma que no hay causa justa (cuya necesidad se desprende del art. 609 CC) para que la transmisión sea efectiva. Por ello, el fiduciario es tan solo un apoderado, depositario o mandatario¹¹ en nuestra fiducia. (ii) En cuanto a la voluntad de las partes, en ningún caso es la de transmitir de forma plena y definitiva la propiedad, haciendo la oposición del fiduciario inatacable. Por ello, los efectos de la teoría del doble contravendrían de forma directa la verdadera intención de los contratantes, lo que la hace inadmisibile.

¿Cuáles son, entonces, los efectos que emanan del negocio fiduciario? Los que sean proporcionados a la causa que los propició. En el caso de la *fiducia cum amico*, el otorgamiento de la propiedad formal o titularidad fiduciaria¹² al fiduciario, una propiedad aparente que, en la mayoría de casos, otorga una cierta facultad de disposición. Por otro lado, en el caso de la *fiducia cum creditore*, el efecto sería la

¹¹ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de «civil law»*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 80.

¹² DE CASTRO, F., *op. cit.*, p. 419 y ss.

constitución de una garantía real (prenda en caso de bienes muebles o anticresis para bienes inmuebles) si se cumplen los requisitos legalmente exigidos¹³.

Por lo que respecta a la relación entre el fiduciante y el fiduciario, éste sería un mero poseedor, un titular formal que no podría adquirir por usucapión por no poseer en concepto de dueño (STS, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 2001), y que puede servirse del *pactum fiduciae* para defenderse frente a reclamaciones improcedentes del fiduciante. Éste, a su vez, cumplida la finalidad para la que se produjo el negocio, podrá reclamar la restitución de los bienes y derechos, incluso mediante la acción reivindicatoria.

En cuanto a las relaciones con los acreedores y terceros de buena fe que hubieran adquirido a título oneroso los bienes cedidos, quedarían protegidos frente a ulteriores reclamaciones del fiduciante, que solo podrá dirigirse contra el fiduciario. Ello en virtud de que el contrato de compraventa celebrado por las partes crea la apariencia de titularidad. No obstante, en caso de enajenaciones con mala fe o a título lucrativo, sí cabría el ejercicio de la acción reivindicatoria por parte del fiduciante. En caso de quiebra del fiduciario, el fiduciante tiene la facultad de separar los bienes de la masa, puesto que no han sido transmitidos por título legal e irrevocable y, por ende, no se han insertado en el patrimonio del fiduciario.

De las SSTs (Sala de lo Civil) de 26 de abril de 2001 y de 26 de julio de 2004 se pueden extraer dos claros puntos con los que es posible sintetizar el estado de la cuestión: (i) el negocio fiduciario implica la transmisión no de la plena propiedad, sino de la “propiedad formal”, y, con ella, el fiduciante se expone a que, en violación del *pactum fiduciae* y de la confianza subyacente al negocio, y haciendo uso de la apariencia de propiedad, el fiduciario enajene el bien o derecho, estando protegidos los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe; (ii) el pacto fiduciario lleva aparejada la devolución del bien (cuya entrega al fiduciario se produce, en el caso de la fiducia en garantía, para apartar al fiduciante de su disponibilidad y reforzar la

¹³ CARRASCO PEREIRA, Á., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 1065 y ss.

seguridad de la garantía constituida) una vez cumplida la finalidad perseguida con la fiducia.

Así las cosas, parece que en la corriente jurisprudencial actual el negocio fiduciario queda vacío de contenido, hasta tal punto que es difícil que puedan satisfacer los fines para los que nació, pues la no transmisión de la propiedad impide la protección del fiduciante frente a embargos, y elimina las ventajas de esta figura frente a otras garantías reales como la prenda, la hipoteca o la anticresis. En este sentido, en la STS (Sala de lo Civil) de 26 de abril de 2001 se señala para la *fiducia cum creditore* que, ante el incumplimiento de la obligación garantizada, no cabe apropiación directa del bien, solo petición de embargo y subasta. Así, esta figura no es admisible si busca disimular un pacto comisorio.

Podríamos entonces afirmar que la concepción primigenia del negocio fiduciario en su estructura romana sería una suerte de simulación relativa que buscaría encubrir, dotando de apariencia de enajenación de la propiedad plena, una cesión de las facultades de gestión o la constitución de un derecho real de garantía, y que la jurisprudencia actual ha “levantado el velo” de la transmisión de la propiedad.

2.2. El trust angloamericano

2.2.1. Origen del trust

El trust es una institución de origen anglosajón que, como el negocio fiduciario en España, se ha ido definiendo por vía jurisprudencial. No obstante, su desarrollo no se encuentra en el *Common Law*, sino en el *Equity Law*, conjunto de normas emanadas de la *Court of Chancery* (Tribunal de la Cancillería), presidido por el Lord *Chancellor* (canciller real), que nace cuando, ante lagunas legales e injusticias derivadas del *Common Law*, las gentes acudían al rey en busca de justicia, institucionalizándose en el s. XIV, y conviviría junto a los Tribunales del *Common Law* hasta el s. XIX, cuando se unificaron.

Pues bien, ante la incapacidad jurídica de menores de edad y mujeres para adquirir y ejercer derechos de propiedad, y para eludir la norma que atribuía al señor feudal la

administración de los bienes inmuebles hasta la mayoría de edad del heredero, se popularizó el uso de una institución previamente existente en el *Common Law*, conocida como “*use*”, mediante la cual el causante, varón, a su muerte, nombraba un administrador (*trustee*), al cual le era transmitida la propiedad, con la obligación de permitir su posesión, uso y disfrute en condiciones análogas a las de propietario al beneficiario (*cestui que use*) –mujer y/o hijos menores. Este esquema generaba frecuentemente injusticias, dada la cuestionable honorabilidad de muchos de los *trustees*, pero el *Common Law* no permitía dirigir acciones contra éstos.

No fue hasta el s. XV cuando, en la *Court of Chancery*, se comenzaron a admitir impugnaciones relativas a los trust, reconociéndose el derecho de los *cestui que use* a compeler al *trustee* al cumplimiento de sus obligaciones (entre ellas, la más importante: revertir en los beneficiarios la propiedad de los bienes en el momento fijado por el constituyente) y a reclamar la restitución de los bienes en poder de terceros que el *trustee* hubiese enajenado de forma irregular¹⁴. Así se inicia la configuración del trust como lo conocemos en la actualidad, caracterizado por una separación entre *legal ownership* (del *trustee*), que es la que los terceros pueden conocer, y *equitable ownership* (del beneficiario), que se trata del “derecho de acceso a un recurso que permite tutelar un derecho de propiedad (*equitable interest*) no reconocido y no tutelado por el *Common Law*”¹⁵.

Si bien hay consenso en la doctrina sobre cuál es la evolución de la figura del trust desde el s. XV, el debate sobre si la figura del *use* es original del *Common Law* (y tiene su base en sus normas sobre el mandato y la gestión de intereses ajenos) o fue tomada del Derecho romano (institución de la fiducia) no ha sido resuelto. En cualquier caso, las similitudes con el negocio fiduciario son suficientes para proceder a un estudio comparativo, que se desarrollará en el epígrafe tercero.

¹⁴ CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 1-3.

¹⁵ MATTEI, U., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, UTET, Turín, 1992, pp. 92-93 (*cit.* CHECA MARTÍNEZ).

2.2.2. Contenido del trust

2.2.2.1. Concepto de trust

Procedamos ahora a estudiar el concepto de trust. Por ser una institución de desarrollo jurisprudencial, resulta complejo encontrar una definición legal de la manera en que lo hacemos en los sistemas de Derecho continental, como advierte la propia literatura angloamericana¹⁶. No obstante, el Convenio de la Haya de 1985, sobre Ley aplicable al Trust y a su Reconocimiento, contiene una definición del trust que nos puede servir de punto de partida para su análisis. Así, su artículo 2 establece lo siguiente:

A los efectos del presente Convenio, el término “trust” se refiere a las relaciones jurídicas creadas – por acto inter 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.

El trust posee las características siguientes:

- a) los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee;*
- b) el título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta del trustee;*
- c) 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 y las obligaciones particulares que la ley le imponga.*

El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el trustee posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un trust.

Así, en términos generales, mediante el trust, una serie de bienes o derechos del constituyente pasan a formar un “patrimonio autónomo aislado de los riesgos que lo rodean”¹⁷ (como consecuencia de un acto *inter vivos* o *mortis causa*), cuyo control se otorga al *trustee*, para que lo gestione en interés de un beneficiario (o, como veremos, de una causa concreta) hasta la llegada del momento previsto para la transferencia de la propiedad en su favor. Nótese que el trust no tiene personalidad jurídica (se trata meramente de una relación entre personas físicas o jurídicas) ni necesariamente se debe

¹⁶ VIRGOS SORIANO, M., *El Trust y el Derecho Español*. Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 13.

¹⁷ NASARRE AZNAR, S., RIVAS, E., *Trust e instituciones fiduciarias. Problemática civil y tratamiento fiscal*, Revista Instituto de Estudios Fiscales, 28/2006, p. 13.

instrumentalizar a través de un contrato (es un acto unilateral del *settlor*)¹⁸, y que sus fondos pueden incluir bienes de cualquier tipo (muebles, inmuebles, corporales, incorporales, créditos...) y comprenden no solo los que inicialmente lo integraron, sino todos aquellos que se añadieran a él con posterioridad, así como aquellos obtenidos en sustitución de otros, por subrogación real.

Si bien esta definición aportada por el Convenio de la Haya incluye los elementos básicos del trust, comunes en todas las legislaciones que lo regulan, resulta ciertamente genérica. Para una mayor concreción, VIRGOS SORIANO¹⁹, siguiendo a WATERS²⁰, especifica una serie de notas características de esta institución. Estudiémoslas desde las posiciones de los sujetos de un trust: *trustee* (fiduciario), *settlor* (fiduciante o constituyente) y beneficiario.

2.2.2.2. El *trustee*

Por lo que respecta al *trustee*, éste no es un mero poseedor del patrimonio objeto del trust, ni tiene un mero control de hecho sobre él; es el propietario, con amplios poderes de administración y disposición. Si bien éstos se suelen disponer en el documento constitutivo del trust, en caso de no hacerse, las legislaciones que lo regulan confieren extensas facultades de gestión, incluidas las de compra y venta. Ahora bien, pese a que el *trustee* es el titular de los bienes, éstos constituyen un patrimonio aislado que no responde frente a los acreedores del fiduciario. Las facultades que ostenta el *trustee* son subsumibles dentro de la categoría de propiedad formal (*legal ownership*), que se separa de la *equitable property* o *equitable interest*, que recae sobre los beneficiarios. Así, con el trust se produce un desdoblamiento de la propiedad en dos realidades o titularidades separadas.

Es frecuente que sean nombrados grupos diferenciados de *trustees*, a cada uno de los cuales les es atribuida una función específica. Imaginemos un trust constituido con fines benéficos en el que unos fiduciarios tienen el poder de elegir qué personas o instituciones son las elegidas como donatarias, otros son los custodios de los bienes que

¹⁸ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, p. 35.

¹⁹ VIRGOS SORIANO, M., *op. cit.*, pp. 13-34.

²⁰ WATERS, D.W.M., *The Institution of the Trust in Civil and Common law*. Recueil des Cours, 1995, pp.123 y ss. y pp. 427 y ss.

lo integran y otros tienen la facultad de disponer y enajenar los elementos patrimoniales del fondo²¹.

Puede existir, si bien no es requisito esencial para la validez de un trust, la figura del *protector*, que es aquella persona o personas nombradas por el *settlor*, normalmente en la escritura de constitución, para que supervise la actividad del *trustee* y controle el adecuado cumplimiento de los fines del trust. El modo de ejercer tal control varía, aunque lo más común es que se le otorguen poderes para que tome las decisiones relativas a actos de disposición mancomunadamente con el *trustee* o que éste deba poner en conocimiento del *protector* ciertas decisiones que tome relativas a la gestión²².

2.2.2.3. El beneficiario

El beneficiario, por su parte, ostenta un derecho real sobre tal patrimonio, que se manifiesta en un haz de facultades entre las que sobresale el derecho de *tracing* (traducido, rastreo) para reconducir al trust aquellos elementos que lo han abandonado en violación de las normas que regulan su funcionamiento. En resumidas cuentas, el trust es oponible frente a terceros, lo que asemeja el derecho del beneficiario al de propiedad²³ y, de hecho, se habla de *equitable property*. Además, quienes tienen derecho de hacer cumplir las reglas que rigen el trust y compeler al *trustee* al cumplimiento de sus deberes son los beneficiarios, y no el constituyente²⁴. Estos derechos son de contenido patrimonial y, por ello, los acreedores de los beneficiarios pueden exigir su embargo.

Dentro de los beneficiarios, podemos distinguir dos categorías: con *fixed interest* o con *non-fixed interest*. Los primeros son aquellos para los cuales están expresamente definidos los beneficios que les serán atribuidos. Por otra parte, los segundos tienen una simple expectativa de que la condición de beneficiario lleve aparejada un beneficio patrimonial (así sucede en los *Discretionary trusts*, que son aquellos en los que el *trustee* tiene el poder discrecional de determinar, a la luz de la finalidad del trust,

²¹ WILSON, W.A., *Trust and Trust-like devices*, International and Comparative Law Quarterly, Londres, 1981, p. 2 (cit. VIRGOS SORIANO).

²² ARESPACOCCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 64-65.

²³ WATERS, D.W.M., *op. cit.*, pp. 274 y ss.

²⁴ HAYTON, D.J., *The Law of Trusts*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998, pp. 155 y ss. (cit. VIRGOS SORIANO).

cuándo y cómo serán atribuidos los beneficios; se suele emplear cuando se desconocen las necesidades que deberán ser satisfechas en el futuro). Ello otorga una protección para los beneficiarios frente a sus acreedores, que no podrán exigir el embargo de los derechos hasta que éstos no se materialicen.

2.2.2.4. El settlor

Por su parte, el *settlor*, una vez constituye el trust, pierde sus derechos sobre los bienes que lo integran, de forma que ni siquiera tiene la facultad de instruir al *trustee* sobre cómo debe cumplir su cometido más allá de lo que disponga en el documento constituyente. No obstante, cabe la posibilidad de que el fiduciante se reserve ciertos poderes o prerrogativas, pues el trust es una institución muy flexible, si bien en este caso el *settlor* correrá el riesgo de ser considerado propietario, lo que puede tener consecuencias desventajosas para él, por ejemplo, en el plano fiscal. Así, uno de los problemas más frecuentes cuando el constituyente se reserva demasiados derechos (por ejemplo, revocar el trust o decidir sobre determinadas cuestiones) es que se considere que la relación entre *settlor* y *trustee* es meramente de agencia, de forma que éste actúa según las instrucciones de aquél y sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones, lo que, de hecho, implicaría que los fondos del trust permanecen en el patrimonio del “falso *settlor*”²⁵.

Hay, sin embargo, excepciones a esta estructura tripartita del trust (en cuanto integrada por *settlor*, *trustee* y beneficiario). Así, los *purpose trusts* (o *business trusts*), que son aquellos que están dirigidos a una finalidad específica (pública o privada, empresarial o no), no cuentan con beneficiario. En su lugar, existe el llamado *enforcer*, que está legitimado a ejercer las acciones necesarias para el cumplimiento del trust²⁶ y debe ser persona distinta al *trustee*.

En el mismo sentido, dada la flexibilidad de esta institución, cabe la posibilidad de que una misma persona ocupe dos de las posiciones subjetivas del trust (así, se puede ser a la vez *settlor* y beneficiario, o *settlor* y *trustee*, o *trustee* y beneficiario), si bien, en caso de ocupar un sujeto las tres, ya sea *ab initio* o por novación subjetiva, no existiría trust

²⁵ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, p. 56.

²⁶ WATERS, D.W.M., *op. cit.*, p. 313.

(“*Just as a person cannot contract with himself, so a person cannot be sole trustee for himself as sole beneficiary*”²⁷). También es posible que cada posición sea ocupada por más de una persona (p.e., pueden existir varios *trustees* o *beneficiaries*).

2.2.3. Principales utilidades del trust

Las funciones que los trusts pueden desempeñar son tantas como necesidades se pretendan cubrir con ellos. Desarrollaremos aquí una breve lista de los usos más comunes, que pueda servir para, más adelante, estudiar si existen figuras en el ordenamiento español que permitan cumplir con las mismas funciones o si, por el contrario, es necesario introducir la figura del trust en nuestro sistema.

2.2.3.1. Trust en sucesiones

En el plano sucesorio los trusts son frecuentemente utilizados, pues permiten organizar la gestión y administración de los bienes sucesorios durante largos períodos de tiempo, generaciones incluso, lo que impide la disgregación o fragmentación del patrimonio familiar²⁸. Además de conservarse esta unidad, este tipo de trust tiene claras ventajas fiscales: en aquellos Estados con impuesto de sucesiones, se evita la repetición de su pago en cada generación, pues solo deberá ser satisfecho por los beneficiarios que reciban la propiedad de los fondos una vez liquidado el trust. Por ello, esta figura es frecuente en *estate planning*. No obstante, en la mayoría de ordenamientos en que se regula el trust se prevé un plazo de duración máxima (con contadas excepciones, como las Islas Cayman para los STAR *trusts* o Inglaterra para los *charitable trusts*). Así, en Inglaterra la *rule against perpetuities* impide que la duración de un trust se extienda más allá de 80 años o de 21 años contados desde la muerte de persona que estuviera viva en el momento de constituirse aquél²⁹.

Dada la flexibilidad del trust, el *settlor* no está limitado a la transmisión testamentaria, esto es, *mortis causa* (mediante los llamados *testamentary trust*), sino que puede

²⁷ HAYTON, D.J., KOERTMANN, S., VERHAGEN, S.L.E., *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International-W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 40 (*cit.*, VIRGOS SORIANO).

²⁸ La libertad de disposición testamentaria del Derecho anglosajón no permite que se limite la libertad de actuación del heredero.

²⁹ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, p. 149.

disponer de bienes mediante actos *inter vivos* y con eficacia tanto en vida como *post mortem*, lo que tiene la ventaja de que el constituyente puede comprobar la capacidad del *trustee* para desempeñar sus cometidos. Tampoco tiene necesariamente el *trustee* el deber de preservar los bienes concretos que integran el trust, de modo que, cuando sea necesario o aconsejable, podrá enajenarlos o disponer de ellos³⁰.

Resulta digno de mención el papel que el *discretionary trust*, ya explicado, puede tener en las sucesiones de actividades empresariales de todo tipo (desde familiares hasta sociedades de capital), que ha sido puesto de relieve por la propia Comisión Europea en su recomendación de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas³¹, donde se destaca la relevancia de la sucesión empresarial para la supervivencia de las sociedades:

[...] en la mayor parte de los Estados miembros, la sociedad de personas queda disuelta al fallecer uno de sus socios; [...] uno de los principales obstáculos que se oponen al éxito de la transmisión es la carga fiscal vinculada a ella; [...] que este régimen impositivo coloca a las empresas europeas en una situación de desventaja con respecto a la competencia mundial; [...] la exigencia del pago inmediato de los derechos de sucesión o donación puede obligar a los herederos de la empresa a realizar una parte de los activos o a vender toda la empresa, o incluso proceder a su liquidación;

En la posterior comunicación de 28 de marzo de 1998³², se señala que la continuidad de la empresas podría reforzarse especialmente mediante la “introducción del ‘trust’, concepto muy conocido en el Derecho inglés, u otras formas similares, como ya existen en Alemania (“*Treuhandgesellschaft*”) y Luxemburgo (“*fiducie*”)” y afirma que “Los Estados miembros que prohíben los pactos sobre la futura sucesión (Italia, Francia, Bélgica, España y Luxemburgo) deberían pensar en la posibilidad de autorizarlos, ya que esta prohibición complica innecesariamente la correcta gestión del patrimonio”.

2.2.3.2. Trust como herramienta de gestión

El trust es extensamente utilizado para gestionar patrimonios mobiliarios o inmobiliarios para perfeccionar negocios con ánimo de lucro. Es especialmente útil

³⁰ La maleabilidad del trust es mucho mayor que la de la figura de la sustitución fideicomisaria de nuestro Derecho de sucesiones (arts. 781 y ss. CC), que será estudiada en el presente trabajo.

³¹ DOUE número L 385, de 31 de diciembre de 1994, pp. 14 – 17.

³² DOUE número C 093 de 28 de marzo de 1998, pp. 2 – 12.

cuando, por la gran cantidad de beneficiarios, la administración del patrimonio de cualquier otro modo se tornaría en extraordinariamente compleja. Destacan figuras como los *investment trusts*, los *unit trusts*, los *pension trusts* o los *voting trusts*. Todos ellos son modalidades de los *purpose* o *business trusts*, ya explicados. Los primeros son, en realidad, sociedades de inversión colectiva en las que rigen los principios del Derecho de sociedades³³. Si bien no pueden ser considerados sociedades en sentido estricto, pueden ser definidas como inversiones colectivas basadas en contratos³⁴. Los *unit trusts* son aquellos en los que el inversor, que es a la vez beneficiario, adquiere una serie de cuotas de un fondo (*units*) a cambio del pago de un precio (que es igual al valor del fondo entre número de *units* emitidas). El *trustee*, normalmente un banco o compañía de seguros, administra, a cambio de una comisión, tales fondos. Nuestra ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, se basó en el *unit trust* para definir el concepto de fondo de inversión³⁵. En el mismo sentido en el *pension trusts* el *trustee* administra las aportaciones realizadas por trabajadores o empresarios y distribuye los rendimientos a los beneficiarios en forma de pensiones³⁶. Por último, los *voting trusts* son una institución que permite a un conjunto de accionistas tener mayor participación en una sociedad. A través de la cesión de los títulos, el *trustee* ejercerá los derechos de voto, reservándose los accionistas la percepción de los dividendos y demás derechos económicos. Esta figura guarda similitudes con la cesión fiduciaria de acciones, aunque también diferencias, como la posibilidad de emisión por parte del *trustee* del *voting trust* de un certificado de carácter negociable a petición del *settlor*³⁷.

³³ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, p. 62.

³⁴ THÉVENOZ, L., *Trusts: the rise of a global legal concept*. En Bussani, Mauro; Werro, Franz, *European private law: a handbook, T. II*, Stämpfli, Berna, 2014, pp. 3-39.

³⁵ Art. 3.1 de la Ley 35/2003:

Los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos.

³⁶ Los fondos de pensiones regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones, son una trasposición matizada a nuestro ordenamiento de los *pension trusts*: “Los fondos de pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán de acuerdo con la presente Ley” (art. 2).

³⁷ GARRIGUES DIAZ –CAÑABATE, J., *op. cit.*, p. 46.

2.2.3.3. Trust como herramienta de garantía

Como instrumento de garantía, el *settlor*, que ha asumido una obligación, constituye un trust (*security trust*) cuyo beneficiario es el garantizado, estableciéndose que, en caso de incumplimiento de la obligación, el *trustee* le trasladará la propiedad de los fondos. Se trataría, pues, de un *purpose trust* de interés privado, muy relevante en el tráfico comercial y financiero actual. Esta figura puede sustituir, allí donde es admitida, instituciones como el depósito (es común en Estados Unidos el llamado *escrow account*, que no es otra cosa que un trust donde el banco es el *trustee*, que administra un depósito efectuado para garantizar un determinado pago que debe ser ejecutado en caso de cumplirse una serie de condiciones predeterminadas; su principal ventaja es que protege los fondos del trust frente a los acreedores del *settlor* (depositante), *trustee* (depositario) e, incluso, del beneficiario hasta se verifiquen las condiciones) o la *fiducia cum creditore*. En relación a la hipoteca y a la prenda, el *debenture trust* permite garantizar el pago de las obligaciones de una sociedad mediante la transmisión en trust de activos propiedad de ésta. Con ello, se omiten las formalidades de constitución y ejecución de tales garantías (con su consiguiente coste) y se eliminan las diferencias de rango entre acreedores si se establecen como beneficiarios de una emisión concreta todos los obligacionistas presentes y futuros.

2.2.3.4. Trust con fines de interés público

En Inglaterra, el único *purpose trust* admitido es el *charitable trust*, con fines de interés general y libre de la *rule against perpetuities*. Es similar a nuestras fundaciones de Derecho público (reguladas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), pero distinto en muchos sentidos. En primer lugar, los trust carecen de personalidad jurídica³⁸, lo que permite que su constitución esté libre de formalidades, tanto registrales como burocráticas (por ejemplo, del informe de idoneidad de medios) y que durante la vida de la institución el *trustee* pueda actuar con libertad. La posición de los beneficiarios del trust es también más sólida que en la fundación, pues tienen derechos reales sobre los fondos, ejercitables erga omnes, y pueden exigir responsabilidad a los

³⁸ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, p. 193.

administradores, facultades de las que los destinatarios de la actividad de una fundación no disponen.

Además de las utilidades desarrolladas (sucesiones, gestión de negocios, garantía e interés público) y de las demás mencionadas a lo largo del apartado (*discretionary trust*, *purpose trust*, etc.), es posible encontrar otras muchas en el tráfico actual. Por ejemplo, los trusts para la protección de menores y personas discapacitadas (figura similar a la que contempla la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad, que permite la creación de patrimonios separados, “protegidos”, en terminología de la Ley, sin personalidad jurídica); los *estate trusts*, ya mencionados, para minimizar las obligaciones tributarias; los *project finance trusts*, para estructurar la financiación de grandes operaciones; o los *blind trusts*, para esquivar conflictos de intereses al deshacerse de la propiedad formal de ciertos bienes³⁹.

2.3. Principales diferencias entre el negocio fiduciario y el trust

El negocio fiduciario guarda similitudes con el trust. Así, se puede decir que en ambos el fiduciante o *settlor* transmite la titularidad (fiduciaria o formal) al fiduciario o *trustee* con el fin de que sea utilizada en vistas al cumplimiento de un fin determinado o en beneficio de una persona o grupo de personas. No obstante, las diferencias entre ambas figuras son acusadas. Tratémoslas.

2.3.1. Naturaleza

Como punto de partida, se debe señalar que la naturaleza de las figuras es distinta. El negocio fiduciario tiene naturaleza contractual, pues está integrado por dos contratos, uno real y otro obligacional, mientras que el trust se entiende generalmente como un acto jurídico unilateral del constituyente que crea una relación entre personas físicas o jurídicas.

³⁹ DEFERRARI, D.J., *Trusts y fideicomisos: un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español*. Disponible en: https://cvc.cervantes.es/lengua/esletra/pdf/01/013_deferrari.pdf (última visita 29 de marzo de 2018).

2.3.2. Confianza como nota característica

Como ya se señaló al inicio del presente trabajo, las relaciones fiduciarias en sentido estricto son aquellas que están basadas esencialmente en la confianza. La fiducia en España⁴⁰ no encuentra más protección que la que el *pactum fiduciae* le otorga, pues las leyes guardan silencio sobre este negocio, limitándose a regular, junto al principio de autonomía de la voluntad de las relaciones contractuales, una serie de normas sobre la transmisión de la propiedad y reglas generales de contratación. Así, se puede afirmar que el negocio fiduciario español constituye una verdadera relación fiduciaria, cuyo pilar básico es la buena fe de los contratantes. Tal afirmación no puede ser realizada al referirnos a los trusts. Si bien *ab origine*, bajo la forma de los ya explicados *uses*, no existía protección más allá de la jurisprudencial que garantizase el respeto a los términos pactados, desde su institucionalización bajo la forma de trust a través de normas legales (con el *Trustee Act* de 1925 en Inglaterra), la relación dejó de ser fiduciaria en puridad. En la mayoría de países en que se admite el trust, éste se encuentra legalmente regulado, constituyendo unan fiducia legal, término que encierra un cierto contrasentido, pues la confianza que está protegida por la ley no es tanto confianza como derecho subjetivo⁴¹.

2.3.3. La dualidad de la propiedad y su transmisión

La concepción del negocio fiduciario seguida en España se enmarca en la estructura romanista de la fiducia, donde no se limita el poder del fiduciario desde el punto de vista real, en la medida en que, al producirse el negocio, se entendía plenamente

⁴⁰ En muchas legislaciones de tipo romano sí se contempla la llamada fiducia legal -así sucede en Argentina (Ley 24491 del 9 de enero de 1995, del Fideicomiso), Colombia (art. 1226 de su Código de Comercio), Perú (art. 241 de su Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros) o México (arts. 381 y ss. de su Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), entre otros países-. Tal fiducia es de naturaleza, en la mayoría de los casos, más similar al trust anglosajón que al negocio fiduciario de Derecho romano. Véase, a modo de ejemplo, el art. 1226 del Código de Comercio Colombiano:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico, en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

⁴¹ GARRIGUES DIAZ-Cañabate, J., *op. cit.*, p. 79.

transmitida la propiedad, sin desmembramiento de la misma⁴². Esta visión, en la actualidad, como se ha explicado, es rechazada por la jurisprudencia española, que entiende que en el negocio real que integra la fiducia no se transmite la propiedad, sino la titularidad fiduciaria. Pero, además de la modalidad romana de la fiducia, existe otra construcción, la germanista, de complicado encaje en los sistemas de Derecho continental. Esta concepción, basada en un desdoblamiento de la propiedad en un *dominium legitimum* (el del fiduciario) y un *dominium naturale* (el del fiduciante), tiene origen feudal y presenta más similitudes con la institución del trust anglosajón.

Como hemos señalado, en el trust se produce una segregación de la propiedad (*dual ownership*) en propiedad formal o legal (la del *trustee*, que incluye la titularidad y administración del bien) y propiedad sustancial (la *equitable property* del beneficiario, en favor del cual debe el *trustee* realizar la administración). Nuestro sistema de derechos reales se rige por el principio de *numerus clausus*⁴³, esto es, en nuestro ordenamiento existe una relación cerrada de derechos reales, no pudiendo ser aplicada la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) para desarrollar otros nuevos: solo existen los derechos reales que la ley reconoce. Y la ley, concretamente el Código Civil, no admite el desdoblamiento de la propiedad ni la separación de las facultades inherentes a la misma (art. 348 CC: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”). Aquí reside una de las principales diferencias entre el trust y el negocio fiduciario, y una de las principales dificultades para la importación de la figura anglosajona a España, que, en caso de producirse, deberá pasar necesariamente por un cambio legislativo⁴⁴ que amplíe el catálogo de derechos reales o lo flexibilice.

⁴² Ello ha sido trasladado a todos los sistemas fiduciarios de Derecho continental, que no reconocen la bifurcación de los derechos de propiedad, como se expone en FRANKEL, T., *Towards Universal Fiduciary Principles*. SSRN Electronic Journal, 2012, p. 16.

⁴³ Parte de la doctrina lo discute, aduciendo por un lado la inexistencia de precepto legal alguno que establezca tan principio y por otro el art. 2.2 LH y el art. 7 RH, que parecen indicar lo contrario al hablar de “cualesquiera otros” derechos de naturaleza real. Así lo defiende la DGRN en sus resoluciones de 10 de enero de 2003 y de 18 de febrero de 2003. No obstante, señala lúcidamente DÍEZ PICAZO, L. (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 118 y ss.) que el objeto de estas normas no es determinar el alcance del sistema de derechos reales (ello le corresponde al CC), sino simplemente determinar cuáles son inscribibles en el Registro.

⁴⁴ Si bien el reconocimiento de un derecho real que posibilitara la existencia del trust en España podría venir también de la costumbre, que es fuente primaria del Derecho (art. 1.1 CC), no parece verosímil que esto se produzca.

En otro orden de cosas, ya ha sido largamente explicado que, por ser el sistema español de transmisión de la propiedad de naturaleza causal, es necesaria la existencia de causa suficiente para que la propiedad se entienda transmitida, causa que no existe en el negocio fiduciario según la doctrina aplicada en la actualidad por los tribunales (la de la titularidad fiduciaria). La superación de esta dificultad no ha estado exenta de controversia en países como Italia, donde la más reciente jurisprudencia ha señalado que la causa traslativa de la propiedad se encuentra en los propios fines perseguidos por el trust, institución reconocida en su ordenamiento a través de la suscripción del Convenio de la Haya sobre el trust (se abandona así la línea jurisprudencial previa que, por no encontrar similitudes con los esquemas causales de figuras tipificadas, afirmaban que la abstracción de la causa hacía inválida la transmisión de la propiedad), Francia, donde se sigue la doctrina del doble efecto, o Países Bajos, donde se ha admitido la suficiencia de la *causa fiduciae* a los efectos de transmitir la propiedad, pese a que su Código Civil, en el artículo 3:84.3, parece querer expresar lo contrario⁴⁵.

2.3.4. Estructura subjetiva

La posición jurídica de los diferentes sujetos del trust y negocio fiduciario también es diferente. Así, en la fiducia, conforme a la doctrina de la titularidad fiduciaria, el fiduciante conserva la propiedad del bien transmitido, mientras que en el trust el *settlor* se desprende de ella (en ello reside una de las principales ventajas de la figura), si bien, como se ha señalado, la gran flexibilidad del trust le permite reservarse ciertos derechos (con el riesgo, en caso de ser excesivos, de seguir siendo considerado propietario). Por tanto, en el negocio fiduciario el fiduciante conserva acciones que podrá interponer en virtud de su derecho de propiedad (como la acción reivindicatoria frente al fiduciario, cuando se ha cumplido la finalidad contractual predeterminada, o frente a terceros adquirientes de mala fe o a título lucrativo); el *settlor*, sin embargo, solo conservará aquellas acciones que se haya reservado en el acto constituyente y las que, en caso de ser también beneficiario o trustee, ostente como titular de la *equitable property* o *legal property*, respectivamente.

⁴⁵ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, pp. 77 y ss.

La posición del *trustee* y del fiduciario presentan, también, graves divergencias, pues el primero es un verdadero propietario (aunque con poderes limitados, por lo que se habla de propiedad formal o legal) que debe hacer uso de los bienes de acuerdo con el fin o en beneficio de aquellos que el *settlor* hubiera señalado, mientras que el segundo es un propietario aparente de cara a terceros ajenos al negocio jurídico (y ello hace que, en caso de enajenar los fondos fiduciarios, los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso queden protegidos), pero su posición jurídica real se aproxima más a la de un poseedor, que deberá responder frente al fiduciante por los daños ocasionados en violación del *pactum fiduciae*.

Por último, en relación al beneficiario o *cestui que trust*, debe señalarse que esta posición no se encuentra formalmente diferenciada en la configuración más común del negocio fiduciario, si bien, *de facto*, se puede considerar que existe, en tanto los fondos objeto de la fiducia se aplicarán a un fin determinado (lo que supone que personas físicas o jurídicas obtendrán alguna clase de ventaja de ellos) o revertirán en un momento dado sobre el fiduciante o un tercero, según lo previsto en el *pactum fiduciae*. No obstante, aunque lleguemos a diferenciar la figura de beneficiario en la fiducia, en ningún caso tal posición tendría el mismo contenido subjetivo que en el trust. Ello porque las facultades de que el *beneficiary* goza emanan de un desdoblamiento de la propiedad que, tal y como está configurado el sistema español de derechos reales, no resulta admisible en nuestra práctica jurídica, como se explicó *supra*, e incluyen el derecho de *tracing* para reconducir al trust aquellos elementos que lo han abandonado en violación de las normas que regulan su funcionamiento, así como el poder de compeler al *trustee* al cumplimiento de sus deberes, facultad de la que, en la fiducia, goza el fiduciante, que continúa siendo el propietario.

2.3.5. Responsabilidad patrimonial

Aún más relevantes resultan las diferencias entre ambas instituciones en materia de responsabilidad patrimonial. El principio de responsabilidad patrimonial universal, consagrado en el art. 1911 CC, es el argumento que tradicionalmente se ha dado para

justificar la prohibición de creación libre de patrimonios separados⁴⁶, que solo pueden ser constituidos cuando la ley así lo disponga (como en los casos de los patrimonios protegidos a favor de discapacitados de la Ley 41/2003, de los fondos de pensiones del Real Decreto Legislativo 1/2002, de los fondos de inversión de la Ley 35/2003, o de la herencia aceptada a beneficio de inventario -art. 1023 CC-). Aplicar la autonomía de la voluntad en este ámbito podría suponer una fuerte desprotección de acreedores y una fractura del principio de responsabilidad jurídica y de la *par conditio creditorum*, pues en caso de insolvencia, el patrimonio separado solo satisfaría los intereses de sus acreedores. Por ello, en el actual negocio fiduciario, los bienes transmitidos no constituyen un patrimonio separado y, aunque formalmente pertenezcan al patrimonio del fiduciario, siguen siendo propiedad del fiduciante, de modo que éste puede separarlos de la masa activa del concurso en caso de insolvencia del fiduciario. Pese a que el patrimonio fiduciario continúe estando en la esfera patrimonial del fiduciante, en virtud de la apariencia creada mediante el negocio jurídico, los acreedores del fiduciario que lo adquieran están salvaguardados por el principio de protección a terceros de buena fe, sin perjuicio de ulteriores reclamaciones del fiduciante al fiduciario.

Por su parte, el trust constituye un verdadero patrimonio separado al del *trustee* y totalmente independiente al del *settlor* (que ha cedido su título de propietario). Por ello, en ningún caso responderán los bienes dados en trust de las deudas personales de *settlor* o *trustee*. Esta protección patrimonial es posible agravarla sustrayendo los fondos del trust del alcance de los acreedores del propio beneficiario mediante fórmulas ya tratadas *supra*, como el *discretionary trust*, en el que el *cestui que trust* solo tiene una expectativa de derecho, que podrá o no ser realizada por el *trustee*, cuya decisión de distribuir los beneficios es libre, pero debe estar apoyada en una serie de criterios objetivos determinados por el *settlor*. En definitiva, los fondos solo responden de las deudas contraídas por el *trustee* para la consecución de los fines propios del trust.

Resulta destacable el hecho de que, en países de tradición jurídica hermana a la nuestra, el principio de responsabilidad patrimonial universal o, al menos, su concepción estricta, esté en duda. Así, en Italia se ha producido un replanteamiento de

⁴⁶ Entendemos patrimonio separado como masa patrimonial con un titular determinado pero que recibe un tratamiento diferenciado al del resto de patrimonio de éste en materia de administración y/o de responsabilidad patrimonial.

este principio, regulado de forma prácticamente idéntica al nuestro⁴⁷, precisamente con ocasión de la aceptación de la figura del trust en su ordenamiento, destacando dos argumentos doctrinales: (i) que el principio únicamente pretende evitar que el deudor altere fraudulentamente la composición de su patrimonio para no satisfacer sus obligaciones crediticias, pero no impide que el deudor disponga de su patrimonio ni limita la libertad de contratación cuando exista causa válida⁴⁸. Por ello, cuando la constitución de un trust se realice en fraude de acreedores existirán mecanismos jurídicos de protección como la acción rescisoria; (ii) que no viola el principio de responsabilidad patrimonial el hecho de que el *trustee* cuente con un patrimonio separado, pues los acreedores que concedieron créditos antes de su constitución no contaban con su existencia, y respecto de los acreedores posteriores, si bien la controversia es mayor, queda salvada siempre que a la condición de *trustee* se le otorgue la suficiente publicidad, por ejemplo, en sede registral⁴⁹.

⁴⁷ Artículo 2740 del *Codice Civile* italiano:

Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.

⁴⁸ MASI, A., *Destinazione di beni e autonomia privata*, Consiglio Nazionale del Notariato (studi raccolti), en *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche normative*, Milán, 2003, p. 236 (cit. MARTÍN SANTISTEBAN, S.).

⁴⁹ LA PORTA, U., *Cause traslative, autonomía privata ed opponibilità de dibattito in materia di trust*, en *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni del Notariato, Milán, 2002, pp. 49-51 (cit. MARTÍN SANTISTEBAN, S.).

3. EL TRUST EN EL DERECHO ESPAÑOL

3.1. Regulación actual del trust en España

En España, el trust no cuenta con regulación material propia. Tampoco hemos ratificado, a diferencia de otros países de nuestro entorno, el Convenio de la Haya de 1985, sobre Ley aplicable al Trust y a su Reconocimiento que, como ya se ha señalado, contiene una definición básica del trust, que ha sido utilizada por los tribunales de Italia, suscriptora del tratado, para reconocer la figura en su ordenamiento en medio de fuertes críticas doctrinales.

Ante la ausencia de desarrollo legal en nuestro país⁵⁰, y por la escasez de material jurisprudencial, el cual, cuando existe, se limita a determinar las normas que resultan aplicables a cada caso según nuestro sistema de Derecho Internacional Privado y, en caso de ser las españolas, declara la invalidez del trust sin ulteriores consideraciones⁵¹, el único modo de iniciar una aproximación a los efectos que el trust produce en territorio español es a través de las Consultas Vinculantes en materia tributaria.

En primer lugar, se debe apuntar, aunque resulte redundante por todo lo expuesto hasta el momento, que no es posible constituir un trust en España, como tampoco está permitido su acceso al Registro de la Propiedad, al menos, no manteniendo su naturaleza inalterada. Si bien los artículos 2.2 LH y 7 RH admiten la inscripción registral de cualquier derecho real, es necesario que éste exista en el catálogo cerrado que la ley establece, y ya se ha hecho referencia a la inviabilidad de segregar el derecho de propiedad en nuestro ordenamiento. La imposibilidad de inscribir las figuras no admitidas en el Derecho español también es defendida por la DGRN que, en su resolución de 24 de enero de 2008, negó la inscripción a una fundación de interés privado (figura muy parecida a un trust). Si el *trustee* o el *beneficiary* (o ambos a la vez)

⁵⁰ Las únicas referencias al trust en todo nuestro ordenamiento se encuentran: (i) en el art. 6.3 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en el que exigen una serie de documentos de identificación a los fideicomisos anglosajones que, careciendo de personalidad jurídica, pueden actuar en el tráfico económico; (ii) en la propia Ley 10/2010, donde se señala que los trust quedan dentro del ámbito de aplicación de la norma; (iii) en algunos CDIs, entre ellos, los suscritos con EEUU, Australia, Turquía, Barbados, Nueva Zelanda, Canadá, Emiratos Árabes Unidos y Singapur.

⁵¹ *Vid.* STS 338/2008 de 30 de abril, Fundamento Jurídico cuarto, *in fine* (“[...] ha de rechazarse la validez del ‘trust’, desconocido en el Derecho español [...]”).

inscribieran en virtud de título válido un derecho de propiedad o cualquier otro, con el contenido que le asignen, en un registro español, en ningún caso podrían gozar de la misma posición que sus sistemas legales les atribuyen, pues ésta es inadmisibles en Derecho español.

Esta opinión no es unánime. Autores como CHECA MARÍNEZ⁵² lo discuten arguyendo el art. 4 LH (“También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2, otorgados en país extranjero”) y el 2.3 LH, que permite la inscripción de derechos reales “aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro”. En cualquier caso, la utilidad de la inscripción es discutible, especialmente teniendo en cuenta que, en los países anglosajones, para impedir la limitación de la transferibilidad de los bienes objeto del trust a través de la imposición de una obligación a las partes de informarse sobre la condición del transmitente de *trustee*, no está admitido que ésta se haga constar en los registros (con la excepción del *charitable trust*, cuya inscripción es obligatoria en Derecho inglés). Así, existe el principio general de que el trust está “*veiled*”, velado, en el sentido de que su existencia solo concierne a *trustee*, *beneficiary* y autoridades fiscales, como ha señalado la *Law Society of England and Wales* en su comentario a la propuesta de incluir en el Convenio de la Haya de 1985 un artículo sobre el registro de los trust⁵³.

Pues bien, como ha señalado reiteradamente la DGT, “las relaciones entre los aportantes de bienes y derechos y sus destinatarios o beneficiarios a través del trust se consideran realizadas directamente entre unos y otros, como si el “trust” no existiese”⁵⁴. Es lo que se conoce como la doctrina de la transparencia fiscal del trust. Así, nos encontramos ante la misma solución por la que los tribunales españoles han optado: el trust se tiene por inexistente, de forma que en España no puede ser sujeto de derechos ni obligaciones de ningún tipo (incluyendo las fiscales)⁵⁵.

⁵² CHECA MARÍNEZ, M., *op. cit.*, p. 129.

⁵³ Comentario recogido por VIRGOS SORIANO, M., *op. cit.*, pp. 75-77.

⁵⁴ Entre otras, las Consultas Vinculantes 1991-08, de 30 de octubre, 2703-13, de 10 de septiembre, 1003-14, de 8 de abril, 1224-14, de 7 de mayo, 1225-14, de 7 de mayo, 1226-14, de 7 de mayo, o 1495-16 de 08 de abril de 2016.

⁵⁵ Por ello, las rentas que obtuvieran serían gravadas a través del régimen de atribución de rentas, que se entenderían imputadas a los sujetos pasivos de impuestos en España que fueran titulares de los trust, y, de acuerdo con la Consulta Vinculante 1016-10, de 14 de mayo de 2010, se entiende por titular el beneficiario o el constituyente, si aquél no es conocido. A esta conclusión se llega si se realiza una interpretación conjunta del art. 8.3 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas

El trust está muy presente en el tráfico jurídico actual, no sólo más allá de nuestras fronteras. Los tribunales españoles han debido enfrentarse recientemente con asuntos ligados a la existencia de trust en el extranjero, lo que ha llevado al Tribunal Supremo a señalar en su sentencia 338/2008 (Sala de lo Civil), de 30 de abril, en su Fundamento Jurídico cuarto, que “Se trata de un negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del *Common Law* con diversas finalidades; pero resulta desconocida en Derecho español, tanto material como internacional privado” y que por su “importancia e implantación” se desarrolló el citado CLAT, que pese a tener por objeto resolver los problemas que emanan de su desconocimiento en muchos sistemas, no ha sido ratificado por España. En esta sentencia se declaró aplicable el Derecho norteamericano sobre el trust (concretamente el de Arizona) a una sucesión en relación a un bien inmueble sito en España, si bien se terminó aplicando Derecho español por incapacidad de probar las partes el contenido del Derecho extranjero.

Pues bien, ante el silencio legal en España y por la no ratificación de Convenio de 1985, los jueces españoles se ven obligados a realizar un análisis funcional de cada trust para poder calificarlo con arreglo a alguna de las instituciones reconocidas en nuestro país. Esto acarrea una fuerte inseguridad jurídica que hace que cuando un trust vaya a operar en España, se opte porque, o bien figure el trustee como pleno propietario, o bien se constituya una sociedad interpuesta de responsabilidad limitada que se rija por la misma ley que el trust, y cuya titularidad se otorga al propio trust⁵⁶.

Resulta inconveniente prorrogar una situación que, lejos de traer algún beneficio, solo genera inseguridad jurídica. Máxime cuando la ratificación del Convenio de la Haya en ningún caso supone la incorporación del trust al Derecho del Estado que lo ratifica, sino solo el reconocimiento de los ya constituidos en Estados que sí los regulan, como se desprende de los artículos 13 (“Ningún Estado estará obligado a reconocer un trust cuyos elementos significativos [...] estén vinculados más estrechamente con Estados que desconozcan la institución del trust”) y 15, que afirma que el Convenio no impide la aplicación de las leyes que las normas de conflicto del foro (esto es, del Estado en que

Físicas, el art. 6 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, y el art. 35.4 de la Ley 58/2003, General Tributaria.

⁵⁶ ARROYO, E., *El trust en el Derecho Civil*, Barcelona, BOSCH, 2007, pp. 524-525.

se esté desarrollando el procedimiento judicial) señalen, en materia, entre otras cuestiones, de transmisión del dominio y garantías reales. Ello significa que el tratado no pretende interferir con las normas sobre propiedad y garantías reales de los Estados ratificantes, que resultan de aplicación para los bienes sitos en su territorio (principio *lex rei sitae*)⁵⁷. Así, si bien la regulación interna del trust plantea problemas que requerirían un importante esfuerzo legislativo y doctrinal por los problemas que el encaje del trust en nuestro sistema de derechos reales conlleva, no parece que existan motivos para no suscribir el acuerdo y evitar así los problemas e inseguridad jurídica que no hacerlo genera.

3.2. Estudio de la necesidad de introducir el trust en España

Llegados a este punto, resulta pertinente plantearse si es necesario, no ya la ratificación del Convenio de la Haya de 1985, sino el desarrollo de una normativa propia relativa al trust que permita su creación y funcionamiento en España. Para alcanzar una respuesta satisfactoria, debemos atender a qué necesidades permite cubrir el trust que las figuras con las que contamos en nuestro ordenamiento desatienden.

Señala ALFARO⁵⁸ multitud de instituciones que el trust anglosajón puede sustituir satisfactoriamente, entre ellas las del mandato, el depósito, el usufructo, el comodato, la prenda, la hipoteca, la anticresis o la constitución de fundaciones de interés público. Comenta también que facilita enormemente el concurso de acreedores, la tutela testamentaria o la curatela de pródigos, menores e incapaces, entre otras ventajas.

En efecto, los ordenamientos de corte civil presentan ciertas rigideces. Pese a no reconocer la figura del trust, nuestro ordenamiento ha contemplado multitud de estructuras para superarlas, que satisfacen la necesidad de otorgar a un tercero poderes dominicales para una serie de fines heterogéneos protegiendo la posición del verdadero dueño (mandato, comisión mercantil, negocio fiduciario, depósito, etc.). Algunas de estas figuras presentan fuertes similitudes con la del trust, especialmente en materia de

⁵⁷ VIRGOS SORIANO, M., *op. cit.*, p. 66.

⁵⁸ ALFARO, R. J., *Adaptación del trust del Derecho anglosajón al Derecho Civil*, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, 1948, p. 8.

garantías, sucesiones, protección de discapacitados y gestión de patrimonios, y permiten suplir en cierta medida las ventajas que el trust aporta.

3.2.1. Instituciones sustitutivas del trust en España

Hemos hablado en epígrafes anteriores de varios cometidos para los que el trust es herramienta idónea, entre otros planos, en el familiar (sucesorio y para administración del patrimonio de menores, incapaces o discapacitados), en el de la gestión (especialmente destacables son los *business trusts*, utilizados con fines onerosos, como son los *investment trusts*, los *unit trusts*, los *pension trusts* y los *voting trusts*) y en el de las garantías (*security* y *debenture trusts*). En España, ante la imposibilidad de constituir fideicomisos con traslado de la propiedad y trusts, contamos con una serie de instrumentos de larga tradición (como las sustituciones fideicomisarias, la prenda o la hipoteca) y otros de nuevo cuño (como los patrimonios protegidos de la ley 41/2003, los fondos de pensiones o los fondos de inversión) que pretenden satisfacer las mismas necesidades, lo que no siempre logran de forma tan satisfactoria como sería deseable. Realicemos un análisis comparativo de las mismas en relación a la figura anglosajona.

3.2.1.1. Garantías

En materia de garantías, ya en el Derecho Romano nace el negocio fiduciario, que en su modalidad de *fiducia cum creditore*, ya mencionada aquí, presentaba distintas ventajas frente a las garantías tradicionales, las más destacables: retirar la posesión del objeto de la garantía al garantizado; reducir las formalidades necesarias para constituir las; y evitar el farragoso procedimiento que sigue al ejercicio del *ius distrahendi* a través de la apropiación del bien objeto de garantía antes siquiera de que se produzca el incumplimiento de la obligación principal asegurada, lo que permitía salvar la prohibición del pacto comisorio. Pero la superación de la teoría del doble efecto y la adopción por los tribunales de la teoría de la titularidad fiduciaria ha revertido tales ventajas. Así, en las SSTS (Sala de lo Civil) de 26 de abril de 2001 y de 26 de julio de 2004 se señala que, dado que el fiduciario no adquiere propiedad alguna, en caso de incumplimiento de la obligación principal, éste deberá dirigirse contra el fiduciante para ejecutar el bien, con la única ventaja de que ya cuenta con su posesión. Ello porque si

nos encontraríamos ante una venta en garantía, se estaría violando la prohibición del pacto comisorio.

En conclusión, la *fiducia cum creditore* no aporta las ventajas del trust en materia de garantías, pero lo cierto es que ninguna institución jurídica en nuestro sistema de Derecho Civil, tipificada o no, podría aportarlas, pues significaría su utilización para encubrir un pacto comisorio, sobre el que recae una prohibición general (exceptuada por el RD 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad, que lo permite para las llamadas “garantías financieras” –dinero abonado en cuenta, divisa, valores negociables, etc.- cuando hubiera sido previamente pactado), lo que supondría fraude de ley, proscrito por el art. 6.4 CC. Por ello, la regulación del trust no tendría apenas implicaciones en materia de garantías, donde la única alternativa para evitar el procedimiento de ejecución es el pacto marciano.

3.2.1.2. Sucesiones

En relación a las sucesiones, nuestro ordenamiento jurídico contempla una herramienta de flexibilización que presenta fuertes similitudes con el trust: la sustitución fideicomisaria, definida en el artículo 781 CC, que señala que:

Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Es posible apreciar claras similitudes entre esta figura y el llamado *testamentary trust*, ya explicado, en tanto ambas son herramientas que atribuyen a una persona (*trustee* o heredero) bienes o derechos para que sean conservados y gestionados en beneficio de un tercero, y permiten evitar, en cierta medida, la disgregación del patrimonio familiar⁵⁹. No obstante, las diferencias entre ambas son notables, especialmente por lo que respecta a la falta de flexibilidad de nuestra figura, que encierra una serie de límites objetivos y subjetivos.

⁵⁹ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *op. cit.*, p. 149.

En relación a los límites objetivos, la sustitución fideicomisaria opera solo *mortis causa*, mientras que los trusts sucesorios pueden también tener efectos *inter vivos*, lo que permite al constituyente evaluar la capacidad del *trustee* como gestor del patrimonio y reservarse el derecho de realizar cambios, así como adelantar los efectos de la sucesión⁶⁰. Asimismo, el *trustee*, a diferencia del heredero, no está obligado a conservar los bienes objeto del trust, y no siempre está obligado a transmitir la propiedad de los fondos a los beneficiarios, pues el *settlor* puede libremente establecer restricciones como que los beneficiarios reciban solo los frutos, o que no obtengan la plena propiedad hasta que se cumplan una serie de requisitos de madurez. Tampoco puede utilizarse la sustitución fideicomisaria para la aplicación o inversión de los fondos que constituyen la herencia por parte del heredero “según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado”. En cuanto a los límites subjetivos, en la sustitución fideicomisaria, los beneficiarios o fideicomisarios no pueden pasar del segundo grado de parentesco en caso de no haber nacido.

De esta forma, las restricciones de la figura regulada en el Código Civil español contrastan con la casi ilimitada libertad de que goza el constituyente de un trust sucesorio. Aceptar el trust, no obstante, no permitiría flexibilizar la situación, pues el Derecho sucesorio español sigue un sistema de legítimas y está integrado por muchas normas de *ius cogens* que, en todo caso, deben ser cumplidas. Por ello, cualquier regulación nacional del trust debería ir acompañada por reglas que aseguraran el reparto del caudal hereditario conforme a las exigencias legales, lo cual eliminaría su utilidad en el plano sucesorio, salvo que se exceptionaran expresamente las normas imperativas, lo que no parece que, al menos a corto plazo, pueda ocurrir. Así, parece evidente que el trust sucesorio solo es viable en las jurisdicciones en que se admite libertad testamentaria, y la española no es una de ellas.

3.2.1.3. Protección de discapacitados

En cuanto a la protección de discapacitados, con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad, se ha creado la figura del “patrimonio protegido”, que no es otra cosa que un patrimonio separado y de destino,

⁶⁰ SALVATORE, L., *Il trendfavorevole all' operatività del trust in Italia*, Contratto e Impresa, 2000, p. 661 (cit. MARTÍN SANTISTEBAN).

pues “Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido” (art. 5.4). Este patrimonio protegido presenta analogías sustanciales con el trust, pues se encuentra aislado del resto de bienes del titular, no tiene personalidad jurídica propia⁶¹, la propiedad de los bienes que lo constituyen abandona definitivamente el patrimonio de aportante y es posible desligar las figuras de administrador y beneficiario.

No obstante, existen también divergencias con la figura del trust, pues el administrador del patrimonio protegido no goza necesariamente de derecho de propiedad alguno, a diferencia del beneficiario, que siempre será titular del patrimonio separado (art. 2.1). Asimismo, el gestor de este patrimonio, en caso de ser los padres, terceras personas o instituciones sin ánimo de lucro, están sometidos a restricciones inexistentes para el *trustee*, pues se les aplican las mismas reglas sobre autorización judicial que rigen para la administración del tutor de los bienes del tutelado.

Parece claro que mediante esta figura el legislador español ha querido imitar el *trust for the disabled* anglosajón, efectiva herramienta de protección de colectivos desfavorecidos, estableciendo una figura con una estructura muy similar e incluso más flexible en algunos aspectos (cabe la posibilidad de que constituyente, administrador y beneficiario del patrimonio protegido sean la misma persona, pues el discapacitado con capacidad de obrar suficiente puede crearlo (art. 3.1.a), lo que, como HAYTON⁶² señaló y se ha explicado aquí, no es posible en el trust; y cualquier persona con un “interés legítimo” puede aportar bienes o derechos al patrimonio protegido (art. 4.2)). Lo anterior pone de manifiesto que en nuestro sistema de Derecho Civil contamos con herramientas suficientes para desarrollar una suerte de “trust continental” que produzca efectos análogos a los del trust anglosajón. Pero parece que el legislador, temeroso de ver el art. 1911 CC quebrado, ha decidido mantener un *numerus clausus* de patrimonios separados susceptibles de creación, sin atender a que, si la búsqueda de protección patrimonial tuviera como consecuencia el fraude de acreedores, existen mecanismos

⁶¹ DE HARO IZQUIERDO, M., *Patrimonios protegidos y Trusts. Un largo recorrido hacia la asimilación del Trust en nuestro ordenamiento jurídico*, Quincena fiscal, Nº4, 2016.

⁶² HAYTON, D.J., *op. cit.* (cit. VIRGOS SORIANO).

suficientes en nuestro ordenamiento para hacer el principio de responsabilidad patrimonial universal efectivo.

3.2.1.4. Protección y gestión de patrimonios

Por lo que respecta a la protección patrimonial, la figura que mayores paralelismos presenta con el trust es la *fiducia cum amico*, ya comentada. Nacida para evitar el embargo de bienes, estando en vigor la teoría del doble efecto permitía cumplir los propósitos del fiduciante al utilizarla y, de hecho, fue empleada en España por la Iglesia Católica durante la Segunda República, para eludir, en palabras del preámbulo de la Ley de 11 de julio de 1941, sobre Inscripción de Bienes en el Registro de la Propiedad, “la sistemática persecución de que fue víctima”. No obstante, con la vigencia en los tribunales de la teoría de la titularidad fiduciaria, que entiende que la propiedad no es transmitida al fiduciario, la *fiducia cum amico* queda vacía de contenido.

En cualquier caso, la utilización de la fiducia con fines fraudulentos siempre ha estado proscrita, por lo que el impacto de la doctrina de DE CASTRO a la hora de evitar la prevención del embargo mediante su uso ha sido mínimo. Si lo que se pretendía transmitiendo la titularidad del bien fiduciario era otorgar a otro las facultades de gestión o poner en marcha un proyecto de naturaleza empresarial, existen en nuestro ordenamiento figuras suficientes para hacerlo, como la sociedad civil de los artículos 1665 y ss. CC, las sociedades mercantiles del CCo, o, especialmente, las sociedades de capital de la LSC. El problema estriba en que, estando las primeras prácticamente en desuso, las últimas se convierten en la única alternativa, y presentan una serie de inconvenientes y limitaciones que las convierten en un instrumento rígido que no se adecúa a determinadas finalidades pretendidas por un trust.

En primer lugar, uno de los principales fines buscados al constituir una sociedad de capital, como al crear un trust, es la creación de un patrimonio separado. Si bien el constituyente de una sociedad de capital no responde personalmente de las deudas que ésta contraiga desde el momento en que la sociedad esté inscrita, esto es, siempre que no se trate de una sociedad irregular, mantiene en su patrimonio personal acciones o participaciones que sí se encuentran sujetas al principio de responsabilidad universal del art. 1911 CC. Por el contrario, la titularidad del trust (doble, del *trustee* y el *cestui que*

trust), es inembargable tanto por los acreedores del gestor como, prácticamente, por los del beneficiario, como se ha explicado⁶³, y su patrimonio está solo sujeto a las deudas en que incurra el *trustee* en la administración del propio trust. Así, la figura anglosajona ofrece una limitación patrimonial más estricta que la societaria. Además, la fundación de una sociedad de capital parece una solución demasiado compleja y costosa para lograr simplemente la constitución de un patrimonio separado.

En segundo lugar, las sociedades de capital presentan un grave déficit de flexibilidad, especialmente en lo relativo a la administración. Así, mientras el constituyente de un trust puede distribuir con plena libertad las facultades inherentes a la propiedad transmitida a los *trustees*, las sociedades de capital están limitadas por el artículo 209 y ss. LSC. En el mismo sentido, en el trust, la relación *trustee*-beneficiario puede adoptar un sinnúmero de formas, mientras que las relaciones sociedad-accionista no se pueden apartar de lo establecido en los artículos 93 y ss. LSC: existen limitaciones a la hora de incrementar el número de socios mediante la emisión de nuevas acciones o participaciones, necesidad de convocar Juntas Generales periódicamente, etc. En definitiva, la estructura de las sociedades de capital es poco maleable frente a la versatilidad que permite el trust.

3.2.2. Otros motivos que aconsejan la regulación del trust en España

Queda claro, pues, que el trust como herramienta de gestión del patrimonio propio cubre necesidades que quedan insatisfechas con nuestro actual sistema de Derecho Privado. Y es que no puede ser obviado el hecho de que la existencia de regulación sobre el trust en un Estado es un incentivo que atrae capital extranjero⁶⁴. Es por eso que países de nuestro entorno y con ordenamientos similares, como Francia o Italia, están haciendo verdaderos esfuerzos por admitir y regular la figura, conscientes de que un correcto tratamiento de la misma no debería dar lugar a problemas e impactaría positivamente en la economía nacional. Además, la regulación fiscal del trust permitiría evitar su uso

⁶³ El propio VIRGOS SORIANO (en VIRGOS SORIANO, M., *op. cit.*, pp. 24-25) considera que el principal logro del trust no reside en el aspecto fiduciario, sino en el propietario, al lograr reestructurar las relaciones de *settlor*, *trustee* y *beneficiary* con sus acreedores, lo que no es posible conseguir con ningún otro mecanismo.

⁶⁴ ARROYO, E., *op. cit.*, pp. 519-521

como fórmula de evasión fiscal y de blanqueo de capitales y evitaría la deslocalización de capitales y empresas⁶⁵.

Asimismo, los movimientos de armonización del Derecho privado europeo incluyen ya la figura del trust (PETL), de modo que es solo cuestión de tiempo que la figura esté admitida en los países de nuestro entorno, lo que nos obligaría, por razones de competitividad, a adoptarla, habiendo perdido lo que en gestión empresarial se conoce como *first mover advantage*.

En otro orden de cosas, en el plano del Derecho Internacional Privado también se están produciendo cambios que aconsejan regular el trust. Hasta el momento, la sentencia paradigmática que representa la postura de la jurisprudencia española es la STS (Sala de lo Civil) número 338/2008, ya comentada, que se limita a desconocer la existencia del trust. No obstante, con la nueva Ley 29/2015, de 30 de junio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, la adopción de tal solución por los funcionarios públicos se ve dificultada. Señala el art. 57 LCJI que

Los notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares [...].

Esta disposición abre el camino para que los jueces y demás funcionarios públicos realicen un esfuerzo de calificación con el objeto de lograr que las instituciones extranjeras, en nuestro caso, el trust, mantengan en España los efectos que producen en su lugar de origen. Pero señala CHECA MARTÍNEZ⁶⁶, citando una sentencia del tribunal federal suizo de 29 de enero de 1970, que el trust es inaprehensible a través de las figuras del Derecho civil, y que el intento de calificarlo como alguna o varias de nuestras instituciones suele terminar con su desnaturalización y pérdida de efectos. Nos encontramos, pues, con otro motivo para desarrollar una regulación propia del trust, siguiendo iniciativas como la francesa.

⁶⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., *Trust a la francesa*, Indret: revista para el análisis del Derecho, 2/2005, pp.14-17

⁶⁶ CHECA MARÍNEZ, M., *op. cit.*, p. 105.

Así pues, parece adecuado incluir la figura del trust en nuestro ordenamiento jurídico, si bien limitando su alcance para configurarla como una herramienta flexible de organización y subdivisión patrimonial que respete los principios básicos y reglas de nuestro sistema de Derecho (responsabilidad patrimonial universal, concepción de la propiedad, normas sucesorias, fiscales, etc.). Una fiducia bien regulada puede ser muy útil, pues permitiría adaptar de modo adecuado las estructuras anglosajonas y diseñar otras nuevas⁶⁷. Veamos ahora cómo hacerlo.

⁶⁷ NASARRE AZNAR, S., RIVAS, E., *op. cit.*, p. 12.

4. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL TRUST EN DERECHO ESPAÑOL. SOLUCIONES A LOS PRINCIPALES IMPEDIMENTOS PARA SU IMPLANTACIÓN

En este apartado se ofrecerán alternativas para superar los principales escollos existentes para introducir el trust en España. Lejos de pretenderse aportar soluciones dogmáticas, se busca analizar hasta dónde está dispuesto a llegar el legislador en lo relativo a la adopción de la figura anglosajona, lo que permitirá sentar las bases de una regulación del trust que, con la práctica jurídica, podrá ir perfeccionándose y, quizás, acercándose cada vez más a su concepción originaria.

Para ello, es necesario centrarse en las normas que, recientemente, han importado variantes del trust del Derecho anglosajón bajo el esquema de la *fiducia cum amico*⁶⁸ (aunque el legislador solo haya utilizado el término “esquema fiduciario” en el RD 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización⁶⁹), con el objeto de obtener las ventajas de su uso en el ámbito comercial, especialmente derivadas de contar con un medio legal para confiar a una tercera persona la gestión de ciertos intereses económico-financieros propios⁷⁰. Tales normas son las reguladoras de los Fondos de Inversión (Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva), los Fondos de Pensiones (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones) y los Fondos de Titulización (Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria).

Para determinar cómo adaptar la figura del trust, debemos abordar dos cuestiones centrales: en primer lugar, cómo instrumentar la creación de un patrimonio protegido frente a las reclamaciones de los acreedores de los distintos sujetos que constituyen el trust respetando el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC); y,

⁶⁸ TOMÁS MARTÍNEZ, G., *En busca de una alternativa al trust para articular planes de participación financiera: employee stock ownership plans (ESOPS)*, Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2014, Vol. 6, No 2, pp. 255-289.

⁶⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. I*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 221-236 (cit. TOMÁS MARTÍNEZ).

⁷⁰ LANGBEIN, J.H., *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, The Yale Law Journal, octubre 1997, vol. 1077, pp. 165-189 (cit. TOMÁS MARTÍNEZ).

en segundo lugar, cómo transferir la propiedad de los bienes a un tercero gestor de los mismos, lo que nos hará volver sobre los problemas de la suficiencia de la *causa fiduciae* para transmitir la titularidad y el carácter de *numerus clausus* de nuestro sistema de derechos reales.

4.1. Creación de un patrimonio separado

Al trasplantar el legislador español, mediante las normas citadas, ciertos modelos del trust en nuestro ordenamiento, el esquema seguido consiste en la constitución de un patrimonio separado sin personalidad jurídica o sobre el que recae un único derecho de propiedad pleno, lo que permite mantener la esencia del trust al tiempo que se evitan los posibles abusos por parte del fiduciario, consecuencia de sus amplios poderes⁷¹. Tal patrimonio es gestionado por una entidad profesional que, sin ser titular del mismo, lo administra con facultades de dominio junto con una entidad depositaria. Así, a través de los fondos de inversión y de pensiones, los partícipes aportan capital a un patrimonio separado (art. 7 Ley 25/2003), siendo despojados de sus facultades de gestión, que son ejercidas por la llamada “sociedad gestora” (arts. 3.1, 40 y 46.2 Ley 35/2003 y 13 RDL 1/2002). Así, tales patrimonios separados se configuran como masas con un destino determinado y unos beneficiarios concretos, cuya admisibilidad en nuestro sistema no presenta problemas⁷².

La principal ventaja de estos patrimonios separados es su aislamiento de las deudas del inversor y sociedad gestora o depositaria (arts. 6.2 Ley 35/2003 y 12.2 RDL 1/2002), como ocurre con el patrimonio autónomo del trust, estanco frente a las obligaciones del *settlor*, *trustee* y beneficiario. Surge así la duda de si tales patrimonios son admisibles en relación al art. 1911 CC. Ya se ha señalado que toda limitación de responsabilidad patrimonial, que supone una traba al orden público económico, no puede ser fruto de la autonomía de la voluntad, sino que debe ser legalmente prevista para ser admisible, para lo cual son necesarias razones de orden social y económico⁷³ que, sin duda, pueden ser encontradas en todas las resoluciones emanadas de la Unión Europea que promocionan la figura del trust, algunas de las cuales ya se han tratado aquí.

⁷¹ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 30.

⁷² GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T.III, BOSCH, Barcelona, 2005, pp. 565-600.

⁷³ TOMÁS MARTÍNEZ, G., *op.cit.*, p. 283-284.

El problema de la relativización del art. 1911 CC ya se ha tratado al comparar el trust y la fiducia. Nos remitimos a los argumentos aportados entonces. Como conclusión, podemos señalar tres puntos con los que toda duda sobre la violación de la responsabilidad patrimonial universal y de la *par conditio creditorum* queda despejada: (i) en nuestro ordenamiento jurídico se han consagrado legalmente multitud de figuras indiscutidas que limitan la responsabilidad, como las sociedades de capital, las fundaciones, las herencias yacentes o los patrimonios protegidos de discapacitados; (ii) tales principios únicamente pretenden evitar que el deudor altere fraudulentamente la composición de su patrimonio; (iii) ante las alegaciones de que el trust puede servir como instrumento fraudulento, cabe remitirse a los instrumentos de que disponemos en nuestro ordenamiento jurídico para revertir un negocio perfeccionado en fraude de acreedores, como la acción pauliana o las acciones de reintegración y rescisión concursal.

4.2. Desdoblamiento y titularidad de la propiedad

Cuestión más compleja es la del desdoblamiento de la propiedad, característica esencial del trust angloamericano, por la que el *trustee* se configura como el propietario legal o nominal y el beneficiario como el propietario sustancial de los bienes dados en trust. Nuestro sistema de derechos reales es *numerus clausus*, y la propiedad dual no forma parte de él, como se ha explicado *supra*. Una solución podría ser la de incluir legalmente dentro del catálogo de derechos reales una formulación de la propiedad doble, que distinguiera entre titularidad formal o legal y sustancial⁷⁴. No obstante, esta solución no parece viable en la práctica, en la medida que exigiría un esfuerzo legislativo, doctrinal y jurisprudencial desproporcionado, y la ruptura total de nuestra tradición, representada en el artículo 348 CC. Además, por los pobres resultados logrados en los países latinoamericanos que lo han intentado, “traumáticos en unos casos o absolutamente inoperante en otros”⁷⁵, esta alternativa no parece la más aconsejable.

Así, parece claro que la propiedad de los fondos fiduciarios debe ser única. La incógnita

⁷⁴ Alternativa defendida en ARESPACCHAGA, J., *op. cit.*, p. 133.

⁷⁵ ARESPACCHAGA, J., *op. cit.*, p. 130.

a despejar es, pues, quién debe ser su titular (*settlor*, *trustee* o beneficiario) y de qué derechos deben gozar los restantes miembros del esquema subjetivo del trust. Esta es la cuestión nuclear, el nudo gordiano de la estructura de la figura⁷⁶.

En la regulación española sobre los fondos de inversión y de pensiones, el titular del patrimonio separado es el propio inversor (que sería equivalente al *settlor* y *beneficiary* en el trust anglosajón), lo que no ocurre en los fondos de titulización, en los que los inversores y beneficiarios pasan a ser meros acreedores (art. 5.1 Ley 19/1992), si bien sigue siendo un problema determinar quién es el verdadero titular del *pool* de activos en este último caso⁷⁷. Con estas figuras el legislador ha separado la propiedad de un bien de los poderes sobre él, con lo que se pretende imitar la transferencia de facultades de administración de un fondo al *trustee* sin que los acreedores de éste puedan atacarlo, y a la vez excluir a los propietarios del fondo (*beneficiaries*) de la gestión de los bienes que lo componen. El hecho de que el gestor quede desprovisto de cualquier forma de titularidad ha sido duramente criticado por algunos autores⁷⁸ por considerar que viola directamente el art. 348 CC, al desnaturalizar la institución de la propiedad. No le falta razón a este sector doctrinal, pues se está creando una suerte de usufructo en que un sujeto ostenta la nuda propiedad y el derecho de disfrute y otro el de uso. Es por ello que una regulación coherente con nuestro derecho de propiedad y que pretenda equipararse en sus efectos con la figura anglosajona debería establecer al trustee como titular del patrimonio separado, y en esta dirección apunta la mayor parte de la reflexión europea⁷⁹.

Reflejo de lo anterior es la propuesta realizada por los PETL del año 1999, que atribuye la propiedad al fiduciario o *trustee*, como también lo hace el Borrador del Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo de 2009. En Derecho comparado, a la hora de trasponer el trust también se ha optado por atribuir la propiedad al fiduciario. Así, el *Code Civil* francés, que ha recogido la “*fiducie*” en su reforma de 2007 (arts. 2011 y ss. CC), también ha optado por crear un patrimonio fiduciario, del que el *trustee* ostenta “*une forme de propriété modelée*”, una propiedad especial⁸⁰ (art. 2062 *Code*

⁷⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 28.

⁷⁷ NASARRE AZNAR, S., RIVAS, E., *op. cit.*, p. 11.

⁷⁸ NASARRE AZNAR, S., RIVAS, E., *op. cit.*, pp. 8-9.

⁷⁹ HONORÉ, T., *On fitting trusts into Civil Law Jurisdictions*, Oxford Legal Studies Research, 27, 2008, pp. 1-17 (*cit.* TOMÁS MARTÍNEZ).

⁸⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 22.

Civil). Tal patrimonio está separado del suyo propio y, por ello, es inatacable por sus acreedores salvo en caso de fraude (art. 2025 CC). La francesa es una versión del trust si bien con más formalidades que las requeridas para la figura en los países anglosajones⁸¹. En el mismo sentido, la legislación escocesa reconoce una propiedad plena al fiduciario⁸².

En otros lugares se ha optado por una alternativa diferente. Así, en Quebec, los arts. 1260 y ss. CC establecen que, con la constitución de un trust, se crea un patrimonio puramente autónomo (y no solo separado) que no es titularidad ni del *settlor*, ni del *trustee*, ni del *cestui que trust*, está afecto al cumplimiento de un fin particular y, además, carece de personalidad jurídica propia. No obstante, esta solución no parece viable en España, donde todos los tipos de patrimonios autónomos (separados, con titular interino y de destino, siguiendo la clasificación de GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL⁸³) tienen un titular determinado⁸⁴.

Si es el trustee quien debe ser el titular del patrimonio, ¿cuáles son los derechos que le corresponden al beneficiario? Dado que en nuestro ordenamiento no existe la *equitable ownership*, el beneficiario no puede ser titular de ella, y tampoco de un derecho real sobre cosa ajena. Así, contaría con un mero derecho de naturaleza personal, que, no obstante, no estaría limitado a obtener un beneficio económico del trust, sino que abarcaría la facultad de exigir al trustee una administración en su favor y de acuerdo con el instrumento constituyente del trust⁸⁵. Esta es la solución adoptada tanto en Francia como en Escocia. Evidentemente, al no tener el *cestui que trust* derecho real alguno, la facultad de *tracing* no existiría en la versión continental, de forma que el beneficiario, no pudiendo reconducir al trust elementos que lo han abandonado en violación de las normas que regulan su funcionamiento, solo tendría acción personal frente al *trustee*.

En conclusión, la estructura que consideramos adecuada para el trust en nuestro sistema de Derecho civil supone que el constituyente transmita los fondos a un patrimonio

⁸¹ LYCZKOWSKA, K., *El nuevo régimen de fiducie en el derecho francés a la luz de las últimas reformas*, Indret: revista para el análisis del Derecho, 1/2010, p. 7.

⁸² *Trusts Act 1921*. En “*General powers of trustees*”.

⁸³ GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T.I, BOSCH, Barcelona, 2005, pp. 126 y ss.

⁸⁴ También defiende esta postura VIRGOS SORIANO, M., *op. cit.*, pp. 63-64.

⁸⁵ LUPOLI, M., *La nozione di “beneficial owner”*, en ALCARO, F., TOMMASINI, R., *Mandato, fiducia e trust. Esperienze a confronto*, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 33-54 (*cit.* TOMÁS MARTÍNEZ).

separado, cuya propiedad sea atribuida al fiduciario, y que los derechos del beneficiario sean de naturaleza personal, y no real, como en el trust anglosajón. El hecho de que la propiedad deba ser del fiduciario nos lleva de nuevo al problema de la suficiencia de la *causa fiduciae* como medio de transmisión de la titularidad real de un bien. Dado que la jurisprudencia parece reacia a admitirla, hay quienes proponen regularla e incluso, introducir un nuevo derecho real de fiducia⁸⁶.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la figura del trust, en los países de tradición jurídica continental, el asunto no ha sido excesivamente debatido. Hay un cierto consenso en que se debe instrumentar a través de un contrato⁸⁷, alternativa por la que se ha optado en la *fiducie* francesa. No obstante, otros autores son más partidarios de considerarlo un negocio unilateral⁸⁸, lo que otorgaría al trust mayor flexibilidad, pues permitiría al *settlor* configurarse a sí mismo como *trustee*, lo cual sería imposible en un contrato, que es intrínsecamente multilateral (art. 1254 CC).

En realidad, la figura del trust es tan flexible que no resulta práctico dotarlo de una naturaleza jurídica preestablecida: un trust constituido para liquidar un concurso o satisfacer una deuda tiene claros tintes contractuales, mientras que un trust que suponga una pura liberalidad se aproxima más a un negocio unilateral recepticio, como las donaciones (art. 618 CC). Así, quizás la naturaleza jurídica del trust se deba considerar caso por caso, atendiendo a la voluntad del constituyente.

⁸⁶ ESTRADA ALONDO, E., *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, Ramón Areces, Madrid, 2010.

⁸⁷ ALFARO, R. J., *op. cit.*, p. 41.

⁸⁸ NASARRE AZNAR, S., RIVAS, E., *op. cit.*, p. 13.

5. CONCLUSIONES

El trust es una figura con una gran relevancia en el tráfico jurídico actual, pero en España no contamos con ninguna norma que lo regule ni hemos suscrito el Convenio de la Haya de 1985 sobre la materia. Por ello, nuestras autoridades fiscales y tribunales, hasta el momento, han optado por ignorar la institución y tenerla por no existente, lo que genera una gran inseguridad jurídica. La aprobación de la LCJI ha agravado la situación, pues su art. 57 pretende que las figuras extranjeras produzcan en territorio español efectos similares a los que tienen en sus legislaciones de origen, lo que ha quedado claro que no es posible. Tras el estudio desarrollado para elaborar el presente trabajo, consideramos que existen razones suficientes y un clima internacional apropiado para empezar a considerar una apertura de nuestro ordenamiento hacia esta figura, que debe ser gradual, pasando, en primer lugar, por la ratificación del CLAT, lo que nos permitirá familiarizarnos con la figura, y, eventualmente, por la regulación interna del trust.

En primer lugar, en España, no existe una figura lo suficientemente flexible y accesible de ordenación y separación patrimonial, por cuanto la constitución de sociedades, única vía de limitación de la responsabilidad patrimonial de acceso general en nuestro ordenamiento, resulta una solución demasiado compleja y cara para lograr la mera constitución de un patrimonio separado que, además, no permiten la consecución de todas las finalidades a las que el trust se adapta. Ello está haciendo que el capital extranjero rehuya nuestro sistema y busque acomodo en países vecinos que están haciendo verdaderos esfuerzos por normalizar la figura dentro de sus ordenamientos, como es el caso de Francia.

En segundo lugar, existe una clara tendencia en Europa de apertura hacia el fenómeno del trust, que puede ser apreciada en el hecho de que, dentro de la tendencia de armonización del Derecho Privado, se han desarrollado los PETL. Tanto es así que la propia Comisión Europea nos ha recomendado contemplar el trust como una alternativa para escapar de la rigidez de nuestro derecho y lograr la supervivencia de las PYMES. Es cuestión de tiempo que otros muchos países de nuestro entorno admitan la institución y, por ello, ignorar la tendencia internacional y aferrarse a la tradición jurídica no parece la mejor manera de afrontar estos cambios.

El Derecho debe estar al servicio de la sociedad y evolucionar según lo hagan las necesidades y realidades de cada momento. Por ello, resulta inconveniente prorrogar una situación que, lejos de traer algún beneficio, solo genera inseguridad jurídica y desincentivo económico, máxime cuando una correcta regulación del trust permitiría evitar su uso como fórmula de evasión fiscal y de blanqueo de capitales y evitaría la deslocalización de capitales y empresas. Así pues, parece adecuado incluir la figura del trust en nuestro ordenamiento jurídico, si bien limitando su alcance para configurarla como una herramienta flexible de organización y subdivisión patrimonial que respete los principios básicos y reglas de nuestro sistema de Derecho.

Si bien ha quedado claro que el trust no puede ser transpuesto en nuestro sistema sin ciertas modificaciones, no hay duda de que contamos con herramientas suficientes para diseñar una figura de análogos efectos y flexibilidad. Después de una explicación de nuestro negocio fiduciario, hemos descartado la posibilidad de utilizarlo como alternativa para este fin y determinado que la mejor solución es la utilización del patrimonio separado, como ha ocurrido para la creación de patrimonios protegidos a favor de discapacitados (Ley 41/2003), fondos de inversión (Ley 35/2005), fondos de pensiones (RDL 1/2002) y fondos de titulización (Ley 19/1992). Tal patrimonio separado debe ser titularidad del fiduciario, y los derechos atribuidos al beneficiario deben ser de naturaleza personal, y no real, como en el trust anglosajón. No obstante, parece que el legislador, temeroso de ver el art. 1911 CC quebrado, y ante obstáculos puramente dogmáticos (concepción de la propiedad, noción de causa, etc.) ha decidido mantener un *numerus clausus* de patrimonios separados susceptibles de creación, sin atender a que, si la búsqueda de protección patrimonial tuviera como consecuencia un fraude de acreedores, existen mecanismos suficientes en nuestro ordenamiento para hacer el principio de responsabilidad patrimonial universal efectivo.

La elaboración de una norma sustantiva que nos permita competir jurídica y económicamente con las legislaciones vecinas no está exenta de retos y dificultades, entre los que sobresalen el tratamiento fiscal del trust, los problemas interpretativos que se pueden generar en los tribunales o la prevención de violaciones del orden público patrimonial (de las legítimas de los herederos forzosos, de los derechos crediticios, de la prohibición del pacto comisorio, etc.). No obstante, consideramos que existen motivos

suficientes que aconsejan abandonar el inmovilismo e iniciar el camino hacia la introducción del trust en nuestro sistema.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, R. J., *Adaptación del trust del Derecho anglosajón al Derecho Civil*, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, 1948.

ARESPACOCCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

ARROYO, E., *El trust en el Derecho Civil*, BOSCH, Barcelona, 2007.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

CÁMARA LAPUENTE, S., *Trust a la francesa*, Indret: revista para el análisis del Derecho, 2/2005.

CARRASCO PEREIRA, Á., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Madrid, 2002.

CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE HARO IZQUIERDO, M., *Patrimonios protegidos y Trusts. Un largo recorrido hacia la asimilación del Trust en nuestro ordenamiento jurídico*, Quincena fiscal, N°4, 2016.

DEFERRARI, D.J., *Trusts y fideicomisos: un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español*. Disponible en: https://cvc.cervantes.es/lengua/esletra/pdf/01/013_deferrari.pdf (Visto el 29 de marzo de 2018).

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. III, Civitas, Madrid, 1995.

ESTRADA ALONDO, E., *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, Ramón Areces, Madrid, 2010.

FERRARA, L., *I negozi fiduciari*, Milán, 1905

FRANKEL, T., *Towards Universal Fiduciary Principles*. SSRN Electronic Journal, 2012, p. 16.

GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T.I, BOSCH, Barcelona, 2005.

GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T.III, BOSCH, Barcelona, 2005.

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J., *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, 1955.

HAYTON, D.J., KOERTMANN, S., VERHAGEN, S.L.E., *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International-W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.

HAYTON, D.J., *The Law of Trusts*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998.

HIJAS, E., *¿Se puede adaptar el trust al ordenamiento jurídico español?* Disponible en: <http://www.elnotario.es/practica-juridica/7516-se-puede-adaptar-el-trust-al-ordenamiento-juridico-espanol>[Visto el 11 de abril de 2018].

HONORÉ, T., *On fitting trusts into Civil Law Jurisdictions*, Oxford Legal Studies Research, 27, 2008.

LA PORTA, U., *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità de dibattito in materia di trust*, en *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni del Notariato, Milán, 2002.

LANGBEIN, J.H., *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, The Yale Law Journal, octubre 1997, vol. 1077.

LUPOI, M., *La nozione di "beneficial owner"*, en ALCARO, F., TOMMASINI, R., *Mandato, fiducia e trust. Esperienze a confronto*, Giuffrè, Milán, 2003.

LYCZKOWSKA, K., *El nuevo régimen de fiducia en el derecho francés a la luz de las últimas reformas*, Indret: revista para el análisis del Derecho, 1/2010.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de «civil law»*, Aranzadi, Navarra, 2005.

MASI, A., *Destinazione di beni e autonomia privata*, Consiglio Nazionale del Notariato (studi raccolti), en *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche normative*, Milán, 2003.

MATTEI, U., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, UTET, Turín, 1992.

NASARRE AZNAR, S., RIVAS, E., *Trust e istituzioni fiduciarie. Problemática civil y tratamiento fiscal*, Revista Instituto de Estudios Fiscales, 28/2006.

REGELSBERGER, F., *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, AcP, 1880.

SALVATORE, L., *Il trendfavorevole all' operatività del trust in Italia*, Contratto e Impresa, 2000.

THÉVENOZ, L., *Trusts: the rise of a global legal concept*. En Bussani, Mauro; Werro, Franz. *European private law: a handbook, T. II*, Stämpfli, Berna, 2014.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., *En busca de una alternativa al trust para articular planes de participación financiera: employee stock ownership plans (ESOPS)*, Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2014, Vol. 6, Nº 2.

VIRGOS SORIANO, M., *El Trust y el Derecho Español*. Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

WATERS, D.W.M., *The Institution of the Trust in Civil and Common law*, Recueil des Cours, 1995.

WILSON, W.A., *Trust and Trust-like devices*, International and Comparative Law Quarterly, Londres, 1981.