

Trust a la francesa

Las doce preguntas de siempre y un reto desesperado a partir de la proposición de ley de 8 de febrero de 2005 que instituye la “*fiducie*”

Sergio Cámara Lapuente

Universidad de La Rioja

283

Sumario

1. Plano de situación
2. Las preguntas
 - 2.1. ¿Qué son la fiducia y el *trust*?
 - 2.2. ¿Para qué regularla? ¿Qué ventajas nuevas reportan respecto a las instituciones existentes? ¿Es realmente necesario regular el *trust* o la fiducia?
 - 2.3. ¿Por qué legalizar un instrumento válido para la defraudación fiscal o el blanqueo de capitales?
 - 2.4. ¿No atenta contra el orden público? Es decir, ¿toleran los principios de un ordenamiento de *Civil Law* como el francés el *trust*?
 - 2.5. La fiducia ¿es un *trust*, es un negocio fiduciario, es algo nuevo y distinto?
 - 2.6. ¿Cómo se hace un contrato de fiducia?
 - 2.7. Pero, en definitiva, ¿quién es el propietario?
 - 2.8. ¿Es el patrimonio de afectación la solución a todos los problemas “civiles” del *trust*?
 - 2.9. ¿Quién puede ser fiduciario?
 - 2.10. ¿Cómo evitar el abuso de los fiduciarios?
 - 2.11. ¿Cómo se protege a los terceros y a los acreedores de fiducias fraudulentas?
 - 2.12. ¿Qué derechos tienen los beneficiarios?
3. El reto desesperado

1. Plano de situación

[1] “Francia no puede permanecer insensible a la globalización de este instrumento jurídico [el *trust*]”. Esta rotunda recriminación es una de las primeras consideraciones de la exposición de motivos (párrafo tercero) de la *proposition de loi instituant la fiducie* presentada por el senador Philippe MARINI al Senado francés en su sesión ordinaria de 8 de febrero de 2005¹. E inmediatamente uno se pregunta: ¿tan imprescindible es este recurso jurídico oriundo del mundo anglosajón? La realidad y la retórica de la globalización ¿llegan tan lejos como para exponer a un sistema jurídico a importar una institución foránea que difícilmente encaja en los principios rectores de su Derecho patrimonial? Y en caso de lograr adaptar convenientemente tal institución anglosajona, ¿servirá entonces para los fines de competitividad económica y jurídica que se persiguen con su implantación legislativa?

Ciertamente, la expansión del *trust* en territorios de *Civil Law*, por vía legislativa o jurisprudencial, ha sido notable en el último siglo, e incluso cabría calificarla de espectacular en los últimos diez años. A los ejemplos pioneros de Escocia, Liechtenstein, Sudáfrica, Etiopía, Israel, Puerto Rico o Japón, amén de la mayoría de los países de Latinoamérica (con su colofón en Uruguay en 2003), cabe añadir el caso de Quebec, que reformó a fondo el régimen (bilingüe) de su *trust/fiducie*, existente desde 1879, aprovechando la entrada en vigor de su Código civil el 1 de enero de 1994. Otro sistema jurídico tributario del Derecho civil francés, como es el de Luxemburgo, ha ampliado el campo de aplicación de sus “contratos fiduciarios” (regulados por reglamento desde 1983) por medio de la Ley de 27 de julio de 2003 (publicada el 3 de septiembre de 2003). Otros países con gran potencial inversor como Rusia o China han regulado la institución del *trust*, respectivamente, por leyes de 1993 y 2001, respectivamente. Diversas jurisdicciones que regulan *trusts offshore*, tan atractivos desde el punto de vista de la inversión y planificación fiscal internacional, han remodelado en los últimos años su régimen, como es el caso de dos miembros de la Unión Europea como Chipre o Malta. Por su parte, en Italia se han presentado varios proyectos de Ley fallidos sobre la materia desde 1998 y en Cataluña se hizo pública en 2003 una propuesta integrada en los trabajos preparatorios del Código civil de Cataluña para regular los “patrimonios fiduciarios” dentro del libro relativo a los bienes².

¹ Disponible en [Hwww.senat.fr](http://www.senat.fr)H; también en la web del senador citado: [Hwww.philippe-marini.net/article.php3?id_article=289](http://www.philippe-marini.net/article.php3?id_article=289)H.

² Para un examen comparado del régimen del *trust* en los sistemas jurídicos citados, así como documentación y bibliografía sobre ellos, me remito a CÁMARA LAPUENTE, S., “Elementos para una regulación internacional del *trust*”, en CALVO CARAVACA, A. L., AREAL LUDEÑA, S., *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 241-273; y a CÁMARA LAPUENTE, S., “El *trust* y la fiducia: posibilidades para una armonización europea”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 1099-1172. En ambos trabajos he abordado con método comparatista muchas de las cuestiones que ahora trato de plantear y resolver críticamente en relación con el texto del proyecto francés. Allí podrá encontrar el lector mayor desarrollo de algunas ideas y apoyatura bibliográfica, que no se reproducen aquí. Asimismo, y con el mismo ánimo de evitar la repetición y la prolijidad, sobre las “preguntas de siempre”, ya en relación con el Derecho español, invito al lector a consultar mis trabajos “Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español”, *RCDI*, 654, 1999, pp. 1757-1858; ID., “Trusts in Spanish Law”, en CANTIN CUMYN, M. (dir.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires – Trust vs Fiducie in a business context*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 191-235.

[2] La “fiebre del oro del *trust*” ha regresado a Francia, cabe vaticinar que con gran virulencia, sobre todo para conseguir la repatriación de activos y evitar la deslocalización de capitales. Y “ha regresado”, porque no es éste el primer intento de regularlo. Trece años separan el momento presente del último brote serio que conmovió el cuerpo jurídico francés³: del 20 de febrero de 1992 al 8 de febrero de 2005. En efecto, en tal día de 1992, el Ministro de Justicia francés presentó al Parlamento (*Assemblée Nationale*) un proyecto de ley sobre la fiducia aprobado por el Consejo de Ministros. Este proyecto venía encarecido por diversos factores: (a) los operadores jurídicos venían reclamando un instrumento similar al *trust*, como lo demuestran las propuestas, en forma de texto articulado, presentadas en los años anteriores por el Consejo Nacional de Notarios (CSN) o por la *Association Française des Entreprises Privées* (AFEP); (b) Francia había firmado el 26 de noviembre de 1991 el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento – aunque no lo ratificó ni lo ha ratificado todavía–; (c) la doctrina francesa parecía haber preparado los mimbres conceptuales necesarios para preparar el encaje de la nueva construcción jurídica en el ordenamiento jurídico. En efecto, la preocupación francesa por asimilar e incorporar el *trust* contaba con años de cultivo desde las vehementes propuestas de Pierre LEPAULLE desde 1927⁴ o los resultados del Congreso celebrado en 1937 por la *Association Henri Capitant de juristes de langue française*⁵. Sin embargo, las objeciones conceptuales de la doctrina dominante⁶ (los dogmas de la unidad del patrimonio, el carácter absoluto de la propiedad, el *numerus clausus* de los derechos reales, etc.) seguían constituyendo un clima demasiado adverso para pretender su implantación legislativa. El punto de inflexión doctrinal puede situarse en la influyente y completa tesis doctoral de Claude WITZ, publicada en 1980⁷, a la que siguieron diversos congresos y trabajos en la misma línea.

En este clima se presentó al Parlamento francés en 1992 el proyecto de ley sobre la fiducia elaborado por el Ministerio de Justicia, que con sus 20 artículos sobre aspectos sustantivos civiles y hasta 63 preceptos más sobre aspectos contables, fiscales y diversos, había conseguido, al decir de uno de los mayores expertos en la materia, Donovan WATERS, captar la esencia del *trust*⁸. Sin embargo, el proyecto de Ley no llegó nunca a ser siquiera debatido en el Parlamento y en agosto de 1994 cayó definitivamente de la agenda parlamentaria. Simplificando, cabe decir que fueron principalmente temores de defraudación fiscal los que produjeron el aborto legislativo. Pero si Francia ya había contado con algunos “infiltradores” del *trust* dotados de gran tesón –como

³ Basta para atestiguar la conmoción que ocasionó –tanto a nivel práctico, empresarial, fiscal y doctrinal– con echar un vistazo a la ingente cantidad de bibliografía que se generó en Francia entre 1990 y 1993 sobre la propuesta legislativa: pueden verse sendos listados elocuentes en BARRIÈRE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, Paris, 2004, p. 503 y ss., esp. pp. 520-541 (y n. 11); GRIMALDI, M., BARRIÈRE, F., “Trust and fiducie”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., ET AL. (dirs.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen-The Hague-London-Boston, 2004, pp. 801-803.

⁴ LEPAULLE, P., “De la nature du trust”, *Journal du Droit International Privé*, julio-octubre 1927, pp. 966-982; ID., “La notion du trust et les institutions équivalentes en droit français”, *Bulletin de la société de législation comparée*, 1929, pp. 312-356; ID., *Traité théorique et pratique des Trusts en Droit interne, en Droit fiscal et en Droit international*, Rousseau & Cie., Paris, 1932.

⁵ AA.VV., *La fiducie en Droit moderne. Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Sirey, Paris, 1937.

⁶ Buen epitome de ella es MOTULSKY, H., “De l’impossibilité juridique de constituer un Trust anglo-saxon sous l’empire de la loi française”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1948, p. 451-468

⁷ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, Economica, Paris, 1981.

⁸ WATERS, D. W. M., “The Institution of the Trust in Civil and Common Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 252, 1995, p. 450: “in their 1992 projet de loi the French got it right” [the trust].

LEPAULLE- en 1996, el *trust* encontraría un nuevo valedor tenaz. El senador MARINI trató de resucitar el proyecto de ley inserto en una propuesta de reforma general del Derecho societario⁹; para resolver el problema fiscal y el riesgo de transferencias de propiedad al fiduciario en favor de terceros sólo para evadir impuestos hereditarios, esta propuesta abogaba por que sólo las personas jurídicas pudiesen constituir fiducias. Sin embargo, también esta reconversión de la *fiducie* fracasó.

[3] La actual proposición de ley sobre la fiducia de febrero de 2005 también ha sido presentada, en esta ocasión al Senado, por MARINI en su calidad de senador y ponente general de la comisión de finanzas del Senado. Se comprende que una de las cuestiones en las que el equipo que ha trabajado con MARINI en la confección de este texto articulado ha puesto mayor celo ha sido dotar a la institución de un régimen fiscal adecuado para poder alejar los fantasmas fiscales que han dejado en el camino propuestas anteriores. "Neutralidad" y "transparencia" son las palabras que resumen las reglas con las que se pretende exorcizar esos fantasmas, así como la interdicción de la fiducia con fines de liberalidad.

Esta proposición de 2005 retoma en lo sustantivo buena parte de la estructura y las reglas del proyecto de ley de 1992, aunque añade bastantes reglas nuevas para hacer de la *fiducie* un instrumento seguro y perfila con mayor precisión diversos aspectos. Por lo tanto, si ya el proyecto de 1992 fue calificado como "un regalo para el comparatista"¹⁰, con mayor razón cabe saludar la proposición de 2005. Como recientemente ha escrito SALVADOR CODERCH en esta revista, "que el continente europeo entienda el *trust* angloamericano puede ser el sueño del gran comparatista que es Ugo Mattei, pero, tal vez, podría ser también la pesadilla recurrente de más de un legislador europeo continental"¹¹. Si la doctrina francesa verá cumplido su sueño o si el legislador francés revivirá su pesadilla de 1992 en adelante es cuestión difícil de vaticinar, pero existen algunos augurios más positivos que en ocasiones anteriores: el Ministro de Justicia francés, Dominique PERBEN, afirmó el 15 de diciembre de 2004, con ocasión del 35 aniversario de la "Asociación francesa de abogados de empresa" que la regulación de la *fiducie* será una de sus prioridades más inmediatas. Por su parte, el primer ministro francés, Jean-Pierre RAFFARIN, presentó el 7 de febrero de 2005 en el segundo seminario gubernamental sobre *L'attractivité de la France* 40 nuevas medidas para atraer hacia Francia los mejores recursos humanos y pecuniarios; en el paquete de medidas para "mejorar el Derecho francés de los negocios" se incluye, como la primera medida (la número 31 del conjunto) la "preparación de un proyecto de ley dirigido a introducir la fiducia en Derecho francés", a cargo de un grupo de trabajo interministerial que podría presentarlo en el segundo trimestre de 2005¹². Como se ve, la fiebre del *trust* ha llegado a

⁹ Para el examen del llamado *Rapport Marini* y de la *Loi MAF* (así como de algunas otras propuestas sobre la fiducia que no llegaron al parlamento), MASTROPAOLO, E. M., "La *fiducie* nel diritto positivo francese", *Riv. dir. civ.*, 1, 2000, pp. 35-58, esp., p. 55 y ss.

¹⁰ WITZ, C., "La *fiducie* en Europe: France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des Lois existantes et des projets en cours", en HERBOTS, J., PHILIPPE, D., *Le Trust et la Fiducie. Implications pratiques*, Coloquio de Bruselas de 9 febrero 1996, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 66.

¹¹ SALVADOR CODERCH, P., "Un Código civil de mínimos. Recensión a Ugo Mattei, *The European Codification Process. Cut and Paste*", InDret, 1, 2005, paper 267, p. 5.

¹² [Hhttp://www.premierministre.gouv.fr/information/ressources/dossiers_presse_13/seminaire_gouvernemental_sur_attractivite_52229.html](http://www.premierministre.gouv.fr/information/ressources/dossiers_presse_13/seminaire_gouvernemental_sur_attractivite_52229.html)H (fecha de consulta: 27.3.2005).

todos los estamentos franceses, y la base de trabajo, con diversos retoques, sigue siendo el originario proyecto de ley preparado por el Ministerio de Justicia en 1992, difiriendo los enfoques de los proyectos más en los aspectos fiscales que en los sustantivos. Parece que no sólo se da la competición entre ordenamientos, que se produce indudablemente entre los modelos útiles para regular el *trust*¹³, sino también la competición entre proyectos dentro de un mismo país.

[4] A continuación se hará un examen del único texto todavía disponible en el centro del debate, la proposición de ley presentada ante el Senado el 8 de febrero de 2005; pero este examen no tiene por objetivo un estudio metódico apegado a su texto, precepto por precepto, sino que su pretensión es contrastar las habituales doce preguntas esenciales que rodean al *trust* y al tópico de su transposición en los ordenamientos de *Civil Law* con las reglas contenidas en la proposición de ley. Las cinco primeras preguntas, formuladas desde un recelo extendido, se refieren a la esencia del *trust* (ahora bajo la forma de *fiducie*) y a la necesidad de regularlo. Las otras siete cuestiones contemplan los puntos centrales acerca de cómo se concreta su régimen jurídico. La proposición de 2005 cuenta con una larga y valiosa exposición de motivos (15 páginas), mientras que el texto articulado, desde un punto de vista de técnica legislativa, podría mejorarse en cuanto a la estructura y orden de sus reglas de Derecho civil. De ahí que se prescindiera de un examen apegado al orden literal de la proposición de ley.

Naturalmente, los puntos de comparación posibles de las soluciones de esta proposición de ley sobre la fiducia (en adelante, PLF) con soluciones ofrecidas por otros ordenamientos o textos son múltiples: el *trust* angloamericano, las leyes sobre otras traslaciones del *trust* en otros ordenamientos civiles ya citados, los “Principios Europeos sobre el Derecho de Trust” de 1999 (en adelante PETL)¹⁴, el “*trust* internacional” del Convenio de la Haya de 1985 (en adelante, CHT) o el “patrimonio fiduciario” elaborado por la subcomisión encargada de redactar el capítulo con esa rúbrica (al parecer, de momento, sin visos de prosperar) dentro de los trabajos preparatorios del libro 5, sobre derechos reales, del Código civil de Cataluña¹⁵. Como el objetivo es confrontar los *topoi* interrogantes con el texto francés, ninguno de esos polos de comparación se usará de modo preferente (salvo, acaso, el régimen catalán), aunque su cita se empleará tantas veces como sea pertinente. Como puede apreciarse, muchas de las ideas que se examinarán pueden ser trasladadas al Derecho español, cuyo Código civil guarda tantas afinidades con el francés respecto al Derecho patrimonial. De donde estas notas también pueden ser de provecho para calibrar vías posibles para recibir el *trust* en España o para mejorar las soluciones propuestas para Cataluña.

[5] Para completar la cartografía geo-temporal y jurídica de esta introducción, baste una escueta descripción de la morfología de la proposición de ley: aparte de la exposición de motivos, cuenta con cinco capítulos que comprenden 33 artículos. El capítulo primero contiene las “disposiciones generales” de Derecho privado y se compone de un artículo único, por el que se ordena la

¹³ Desarrollando esta idea, CÁMARA LAPUENTE, “Elementos para una regulación...”, cit., p. 252 y ss.

¹⁴ HAYTON, D. J., KORTMANN, S. C. J. J., VERHAGEN, H. L. E. (dirs.), *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer-The Hague, 1999.

¹⁵ Departament de Justícia i Interior, Observatori de Dret Privat de Catalunya, *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya “Els drets reals”*, Generalitat de Catalunya, Lleida, 2003, pp. 31-44.

inserción en el libro tercero del Código civil un título sexto *bis* titulado *De la fiducie*, que comprende los artículos 2062 a 2070-7, en la redacción que presenta la proposición de ley y aprovechando el hueco dejado en el *Code* por los citados numerales, derogados desde 1867. En definitiva, son 16 artículos, en total, los que se dedican al régimen sustantivo de la fiducia. El capítulo segundo versa sobre la lucha contra el blanqueo de capitales (art. 2). El capítulo tercero comprende las disposiciones fiscales (arts. 3-23) e instaura el régimen de la fiducia en cada uno de los impuestos directos e indirectos así como su tratamiento impositivo general a través diversas disposiciones comunes. El capítulo cuarto acoge las disposiciones contables (arts 23-28) y el capítulo quinto introduce bajo el título “disposiciones diversas” (arts. 29-33) varias reformas en artículos vigentes del Código civil, del Código penal, del Código de comercio y del Decreto sobre publicidad inmobiliaria.

2. Las preguntas

2.1. ¿Qué son la fiducia y el *trust*?

[6] La siempre huidiza definición del *trust*, incluso para los tratadistas anglosajones, ha tratado de volcarse al Derecho francés en los siguientes términos: art. 2062 Cc (según la redacción que le daría el art. 1 PLF): “*La fiducia resulta de un contrato por el cual un constituyente transfiere derechos de toda naturaleza a una persona física o jurídica denominada fiduciario, con la carga para ella de administrarlos o de disponer en provecho de uno o varios beneficiarios de acuerdo con las estipulaciones del contrato con fines de gestión, de garantía o de transmisión a título oneroso, exclusiva o cumulativamente. La transferencia se opera a un patrimonio de afectación [“patrimoine d’affectation”], llamado patrimonio fiduciario [“patrimoine fiduciaire”], distinto del patrimonio personal del fiduciario y de cualquier otro patrimonio fiduciario, deviniendo el fiduciario titular o propietario fiduciario de los derechos transferidos”* .

[7] En estas pocas líneas se resumen las opciones más importantes que caracterizan a la fiducia y al modelo de *trust* que el legislador francés preferiría trasplantar a su Derecho: el *trust* internacional (del CHT, de los PETL, de las jurisdicciones *offshore*, cercano también a un *trust* mixto propio de algunos sistemas civilistas, como, sobre todo, Escocia, Quebec y Suráfrica) y no el *trust* angloamericano. En resumen, cabe destacar como rasgos de la *fiducie* francesa algunas de las opciones que ha tomado:

- (a) La fiducia se erige como un *contrato especial*, ahora tipificado, de forma que abarca diversas “fiducias innominadas” ya existentes en la praxis contractual admitidas jurisprudencialmente¹⁶. La decantación por el ámbito contractual entraña sus ventajas (*vid. infra*, §§ 28 y ss.), pero aleja a este instrumento de la flexibilidad anglosajona que no lo considera como un contrato, sino como un acto unilateral; de esta forma, algunos usos de la fiducia quedan cegados, aunque resulta en parte coherente con el veto de la fiducia con fines de liberalidad que hace el PLF (art. 2063 Cc.; por contraste con lo que ocurre, por ejemplo en el art. 1262 Cc. Quebec). Tampoco la constitución judicial de fiducias sería lícita, a diferencia de

¹⁶ Sobre ellas, por todos, BARRIÈRE, *La réception du trust...*, cit., pp. 220-246.

lo que ocurre en los sistemas de *Common Law* (los *constructive trusts*) o de lo que se propone en el art. 1.2 de la fiducia catalana¹⁷. La PLF francesa se muestra prudente, incluso conservadora, tanto en éste como en otros aspectos, para evitar cualquier experimento arriesgado en esta primera introducción del *trust* en su sistema jurídico.

- (b) Existen *tres sujetos* que pueden intervenir en el esquema fiduciario: el constituyente, el fiduciario y el o los beneficiarios. Los dos primeros concluyen el contrato y los beneficiarios pueden ser terceros (uno o varios) o serlo el constituyente (o uno de ellos: art. 2063 § 2), en cuyo caso el tradicional esquema triangular quedaría en una relación entre dos sujetos. El fiduciario, como regla general, no disfruta de los bienes ni puede ser beneficiario, salvo en el caso de fiducia con fines de garantía (art. 2063 § 3). Con un criterio en este caso más amplio que muchas otras legislaciones civilísticas que han restringido la cualidad de fiduciario a las personas jurídicas e incluso a determinadas personas jurídicas (entidades de crédito), la PFL permite que sean fiduciarios las personas jurídicas y las físicas. Donde vuelve a aflorar el carácter cauto de esta propuesta, tratando de evitar facilitar los usos fraudulentos de la figura, es en la prohibición de que el propio constituyente sea el fiduciario. Este veto –a mi juicio razonable– se enfatiza en la exposición de motivos (apartado II.A), aunque hubiera sido deseable dejar constancia expresa en el articulado. Con él se sigue la recomendación de los “Principios europeos sobre Derecho de *trust*”¹⁸, alejándose así del *Common Law*, del Derecho escocés y de las reglas propuestas para el Derecho catalán (art. 5.2 de la propuesta de la subcomisión, art. 514-7 de la propuesta de la sección de Derecho patrimonial).
- (c) El constituyente (el *settlor* del Derecho angloamericano) concluye el contrato con el fiduciario y le hace la *transferencia de bienes y derechos* de todo tipo para que los gestione en beneficio de aquél o de un tercero; la transferencia de derechos se opera en el momento de conclusión del contrato de fiducia, y también es posible, si el contrato lo previó, la transferencia de “derechos suplementarios al fiduciario” con posterioridad, dentro de la misma fiducia (art. 2064, §2). De estas reglas parece inferirse que debe existir al menos una transferencia inicial de derechos (propiedad, derechos reales, derechos de crédito, acciones, etc.) para que la fiducia nazca y que las posteriores transferencias son “suplementarias” o complementarias. Un requisito de constitución que probablemente requeriría mayor clarificación (¿la transferencia perfecciona el contrato o es un requisito de eficacia? ¿El requisito es de carácter dispositivo o, como parece, es imperativo?).
- (d) La pieza básica de este engranaje jurídico es el *patrimonio fiduciario*, que es el mecanismo habitual utilizado por los sistemas de *Civil Law* para conseguir la traslación del *trust* sin

¹⁷ Según el art. 1.2. del texto de la subcomisión *ad hoc*, la fiducia “pot tenir caràcter negocial o judicial, como ara per garantir el compliment del pagament de la pensió compensatòria i el deute d’aliments entre parents”. La propuesta de la sección de Derecho Patrimonial del *Observatori de Dret Privat de Catalunya* presenta la siguiente redacción para su integración en el *Codi civil de Catalunya*: art. 514-1.2: “L’acte de constitució pot ser negocial o judicial”.

¹⁸ Aunque los PETL admiten que el constituyente pueda ser el fiduciario –y a la vez el beneficiario– (art. II), los comentarios a este texto recomiendan, por los problemas que esto puede ocasionar, que no se reconozca esa posibilidad a la hora de implantar legislativamente un *trust* (HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN, *Principles*, cit., p. 36).

recurrir a un desdoblamiento de la propiedad. Existe, por tanto, una transferencia de derechos a un patrimonio nuevo, separado del propio del fiduciario, que queda afectado a los fines marcados en el contrato de fiducia y, por tanto, a salvo de reclamaciones de los acreedores personales del constityente o del fiduciario (art. 2068 Cc. francés). Su “titular o propietario fiduciario” es el fiduciario, bajo cuyo control queda la gestión y disposición del patrimonio. Con cierto manejo ambiguo de la terminología en el punto más controvertido de cualquier regulación del *trust* (¿quién es el propietario? *Vid. infra*, §§ 31-35), la PLF francesa lo designa “patrimonio de afectación” o “patrimonio fiduciario” y destaca su rasgo de quedar separado del patrimonio personal del fiduciario, que deviene, así, titular de varios patrimonios. En esto, la propuesta francesa se desmarca de la configuración de la fiducia como “patrimonio autónomo o independiente” sin titular propio del Cc. de Quebec (art. 1261) o de la propuesta catalana (art. 2.1; art. 514-2 en la redacción de la sección de Derecho patrimonial. *Vid. infra*, §§ 34-35).

[8] Mediando casi 25 años de diferencia, resulta elocuente por contraste transcribir la noción de *fiducie* (atípica) con la que la doctrina y la jurisprudencia francesa han venido operando en las últimas décadas, para apreciar el giro sufrido por influencia de las últimas codificaciones del *trust*. Según la definición WITZ en 1981, “la fiducia es un acto jurídico por el cual una persona, el fiduciario, convertido en titular de un derecho patrimonial, ve limitado el ejercicio de su derecho por una serie de obligaciones, entre las cuales figura generalmente la de transferir el derecho al término de un período, bien al fiduciante, bien a un tercero beneficiario”¹⁹. Cabe apreciar en ella todavía el arrastre histórico de la “teoría del doble efecto” de la *fiducia* romana (derecho real del fiduciario limitado por obligaciones puramente personales hacia el fiduciante), que también impregnó la jurisprudencia española hasta 1982²⁰. El salto cualitativo hacia la noción de “patrimonio afectado a un fin” se ve ahora claro en la PLF de 2005.

[9] Precisamente la idea de “patrimonio de afectación” (*sic. Vid.* § 34), junto con los otros rasgos señalados, harían que la *fiducie* francesa fuese reconocida como un tipo de *trust* a los efectos del Convenio de la Haya sobre *trust*²¹. Pues en efecto, en ella concurren las características exigidas por el CHT: una “masa distinta” o “fondo separado”, “titularidad a nombre del fiduciario”, que está investido del poder y sujeto a la obligación, de la que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes o derechos según los términos del *trust*; “los bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario en interés de un beneficiario o para un propósito específico” (art. 2 CHT). Y esta ventaja del reconocimiento internacional de un tal “*trust*” francés no se predica, al menos tan clara e incontrovertida, de la técnica del patrimonio autónomo sin titular adoptado por el Derecho quebequés o catalán²².

¹⁹ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, cit., p. 15.

²⁰ *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, “Operaciones fiduciarias...”, cit., p. 1785 y ss.; “El *trust* y la fiducia...”, cit., p. 1151.

²¹ Así lo afirma uno de los redactores de la proposición francesa, François BARRIÈRE en declaraciones recogidas en la sección *Ingénierie Patrimoniale*, A.F., “Version hexagonale du *trust*, la fiducie pourrait enfin intégrer le droit français”, *L'Agefi Actifs*, nº 194, 24 febrero a 3 marzo 2005, p. 6.

²² Sobre la argumentación de este aserto, CÁMARA LAPUENTE, “El *trust* y la fiducia...”, cit., pp. 1121-1122 y 1155-1156; ID., “Elementos para la regulación...”, cit., p. 264. Para mayores referencias sobre esta polémica en cuanto a Quebec, *vid.* HARRIS, J., *The Hague Trusts Convention. Scope, Application and Preliminary Issues*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2002, pp. 104-116, en especial, notas 91, 110 y 131.

2.2. ¿Para qué regularla? ¿Qué ventajas nuevas reportan respecto a las instituciones existentes? ¿Es realmente necesario regular el *trust* o la fiducia?

[10] Las tres cuestiones, tan frecuentemente planteadas por cualquier civilista que se enfrenta por primera vez al *trust* (y también, a la postre, por quien le ha dedicado buenas dosis de estudio), se compendian en la última: la necesidad real de regularlo. Para responderla, abordaremos primero las modalidades de fiducia admitidos en la PLF y las aplicaciones prácticas a las que atenderá (el “para qué”: §§ 11-16), para revisar a continuación las finalidades que persigue su regulación, las “ventajas” que comporta introducir una fiducia típica (§ 17).

[11] Las modalidades o tipos de “fiducie” que admite la PLF son, en esencia, los dos trasuntos de lo que el Derecho romano clásico designó como *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*, pese a que su formulación parece incluir un tercer tipo: “fines de gestión, de garantía o de transmisión a título oneroso” (art. 2062 Cc.). Ésta última puede reconducirse a la “fiducia-gestión”, aunque acaso con la particularidad de servir para la gestión patrimonial en favor de lo que el Derecho francés conoce como “personas vulnerables”. La Exposición de Motivos nada aclara sobre el contenido y necesidad de ese tercer tipo de fiducia por “transmisión a título oneroso”, que tampoco se encontraba en el proyecto de ley de 1992, ni en la ya clásica tripartición de WITZ entre *fiducie-gestion*, *fiducie-sûreté* y *fiducie-libéralité*²³. Lo que sí queda muy claro es la naturaleza esencialmente “comercial” de la fiducia en la PLF²⁴, al prohibir terminantemente la fiducia-liberalidad en su articulado (que sí se permitía en el proyecto de 1992 y se permite en otras codificaciones civilistas del *trust*).

[12] La prohibición de la fiducia-liberalidad se establece en el propuesto art. 2063 Cc. francés: “la fiducia no puede ser utilizada, bajo pena de nulidad, para fines de transferencia a título gratuito de derechos del constituyente a un tercero”. La razón de este viraje respecto al texto de 1992 se explica en la exposición de motivos (pp. 3-4) con el argumento de que así se “evita todo riesgo de fraude por el juego de las transmisiones a título gratuito y permite por otra parte la utilización de las personas físicas de este instrumento dentro de este límite”²⁵; particularmente por aplicación del principio fiscal de transparencia, por el que se trata al constituyente como si él siguiese siendo titular de los derechos transferidos al fiduciario. La prohibición de la fiducia-liberalidad es uno de los puntos centrales de la PLF para evitar que las objeciones fiscales que paralizaron el proyecto de 1992 lastren también esta nueva propuesta²⁶. Y la interdicción se considera preferible a la solución que se sugirió en 1996 de limitar la fiducia sólo a las personas jurídicas, entre cuyos límites ya está la indisponibilidad a título gratuito.

²³ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, cit., p. 54 y ss.

²⁴ BARRIERE, F., “Fiducie: ce que pourrait changer la proposition de loi du 8 février 2005”, *Option Finance*, nº 824, 7 marzo 2005, p. 38.

²⁵ La desaparición de la fiducia-liberalidad es una de las razones por las que desaparecen de la PLF de 2005 varios preceptos del proyecto de 1992 que contemplaban límites a esa modalidad fiduciaria (como, por ejemplo, los arts. 2070-6, 2070-7 o la obligación de constituir la notarialmente en el viejo art. 2063 *in fine*).

²⁶ Según el autor de la PLF de 2005, Philippe MARINI (“La fiducie bientôt reconnue en Droit français?”, *Petites Affiches*, nº 42, 1 marzo 2005, p. 4), esta decisión se ha tomado por “las dificultades encontradas para encontrar un régimen fiscal que tenga a la vez en cuenta los intereses legítimos del Tesoro y de la estructura jurídica de la fiducia”.

El dique que construye la PLF pretende ser tan sólido que entre las menciones obligatorias que debe contener el contrato se contempla la mención de la finalidad de la fiducia (art. 2064, §1, 2º Cc.), bajo pena de nulidad; y la exposición de motivos (II.B.2, p. 7) añade que esta sola mención no creará una presunción de legitimidad, sino que el juez tendrá el deber de asegurarse, caso por caso, de que las partes demuestren que la finalidad real no es una tal transferencia a título gratuito, pese a la estipulación en contrario que aparezca en el contrato. Queda por ver si la posibilidad de que tanto el constituyente como el beneficiario cedan sus créditos sobre el fiduciario (art. 2063 Cc. *in fine*), que podría hacerse también a título gratuito (según reconoce la nueva legislación fiscal que pretende aprobarse: v. gr., arts. 249 A y 649 B del Código general de impuestos *ex arts. 3 y 4 PLF*), podría llegar a contornar tal prohibición²⁷.

Trasladando la reflexión al ordenamiento español, cabe decir que una tal prohibición, sin excepciones, afrontaría las varias manifestaciones lícitas de la fiducia sucesoria existentes, sobre todo en varios derechos forales (herencia de confianza en Navarra y Cataluña; fiduciarios-comisarios o institución de heredero por fiduciario en casi todos los Derechos forales o en el nuevo art. 831 Cc. español desde 2003; fiducia continuada de la ley 293 del Fuero Nuevo de Navarra). Y tampoco encajaría con la única admisión legislativa de la donación fiduciaria que existe en España (ley 163 FNNavarra).

[13] La *fiducia de garantía* se admite expresamente en el PLF, consagrando así un habitual uso innominado o atípico de la *fiducie* en Francia. La proposición, sin embargo, no le dedica un régimen específico que desarrolle todas sus reglas en varios artículos correlativos (cuestión que ya fue objeto de crítica en el proyecto de 1992), sino que aborda sus peculiaridades al hilo del régimen general de la fiducia. Así, cabe entresacar su régimen de tres artículos distintos: por una parte, tras el reconocimiento de los fines de garantía en el art. 2062, el art. 2063 § 3 Cc. estatuye que cuando la fiducia se concluye con fines de garantía, “el fiduciario puede ser el beneficiario o uno de ellos”, como entraña la lógica de entregar el constituyente-deudor la titularidad de un derecho al fiduciario-acreedor para garantizar el pago de la deuda.

Por otra parte, el art. 2065 Cc. contiene las reglas fundamentales de la fiducia-garantía: en primer lugar, se permite que el contrato pueda contemplar que los créditos futuros sean objeto de la fiducia, a condición de que sean suficientemente identificados. En segundo lugar, se refrenda tajantemente la prohibición del pacto comisorio²⁸, pero se permitiría el pacto marciano, al establecer que si el contrato no ha previsto las modalidades de evaluación del valor del derecho transferido al acreedor beneficiario de la fiducia en caso de incumplimiento del deudor, este valor debe ser determinado por dictamen de un experto²⁹, salvo que se trate de sumas de dinero, de créditos o de instrumentos financieros negociables.

²⁷ Lo cual, en principio, parece atajarse por la legislación fiscal propuesta al computar en tal caso los beneficios de la fiducia en los resultados impositivos del cesionario.

²⁸ Según el 2065 Cc. *in fine* (que añade este inciso que no existía en el proyecto de 1992), “se reputa no escrita toda estipulación que autorice al fiduciario a apropiarse a título personal de la diferencia entre el valor de los derechos constitutivos de la garantía y el de los créditos garantizados”.

²⁹ Similar solución proponía quien esto escribe en 1999 para el negocio fiduciario español: CÁMARA LAPUENTE, “Operaciones fiduciarias...”, cit., pp. 1800-1806, esp. p. 1805.

Finalmente, el tercer precepto que contempla expresamente la fiducia de garantía es el art. 2070-6 Cc. al hilo de la extinción de la fiducia, con una regla de capital importancia: “la sola extinción de los créditos objeto de una fiducia concluida con fines de garantía no entraña de pleno derecho su finalización”. Lo cual, en tiempos en que tanto se ensalza la creación de una eurohipoteca como garantía independiente³⁰, es tanto como decir que la garantía fiduciaria no es accesoria del crédito garantizado. De esta forma, la misma garantía podría servir para un nuevo crédito posterior, sin constituir una nueva fiducia, si el contrato previó estos extremos, y la retransmisión de los bienes o derechos transferidos en garantía sólo procederá una vez que los créditos sean pagados en la forma prevista en las estipulaciones contractuales. Por supuesto, como recalca la exposición de motivos (II.D, p. 10), si el crédito garantizado es cedido, el beneficio de la fiducia-garantía no es transmitido de pleno derecho, aunque las partes pueden derogar esta regla. Y también es posible que las partes adicione a esta fiducia-garantía una fiducia-gestión sobre los mismos bienes, de manera que los bienes objeto de la garantía no queden estáticos (por ejemplo mediante la cesión de instrumentos financieros). El flujo de créditos queda así también asegurado. Como se puede apreciar, con este diseño de la fiducia de garantía, este instrumento puede suponer una competencia seria a las fórmulas hipotecarias tradicionales o a los diseños propuestos para una eurohipoteca.

Examinada la regulación que se propone, cabe hacer una mención de algunos de los usos o ventajas que procura la fiducia de garantía. El hecho de ofrecer la ventaja de la *propriété-sûreté* a los acreedores, apunta la exposición de motivos (p. 3), debería entrañar una reducción del coste del crédito para el deudor, como corolario del riesgo más reducido que asume el acreedor. Además, esta modalidad fiduciaria permite que se afecte un patrimonio con el único fin de garantizar a varios acreedores, a un *pool* de acreedores que confían en un tercer fiduciario para su gestión y para la satisfacción de sus créditos llegado el caso. Un sistema similar ya se ensayó con éxito en Francia para la financiación del túnel del Canal de la Mancha, empleando una garantía fiduciaria colectiva a través de una sociedad creada con el fin específico y único (*special purpose vehicle*) de garantizar los créditos de los múltiples financiadores³¹.

[14] La *fiducia de gestión* parece acaparar principalmente la teleología de las reglas de la PLF, aunque no existen reglas específicamente aplicables sólo a ella, como en el caso de la fiducia-garantía. La fiducia con fines de gestión sirve de base a la concepción generalista de regular la fiducia del proyecto. Los usos comerciales que esta gestión fiduciaria puede reportar son obvios (gestión de capitales, acciones, patrimonios, etc.) y cuentan con la ventaja de una precisa definición de los amplios poderes de administración y disposición del fiduciario y, sobre todo, con el rasgo de esencia de un patrimonio inmune a las reclamaciones de los acreedores personales del constituyente y del fiduciario por deudas ajenas a los fines de la fiducia. Respecto al mandato –que es uno de los modelos sobre los que se cincela su régimen, junto con la

³⁰ STÖCKER, O., “La Eurohipoteca”, *RCDI*, 620, 1994, pp. 91-182; STÖCKER, O., NASARRE AZNAR, S., “Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central”, *RCDI*, 671, 2002, pp. 915-947; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., “Garantías sobre bienes inmuebles: la eurohipoteca”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 987-1007 MUÑIZ ESPAÑA, E., *Bases para una propuesta de eurohipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

³¹ Sobre el caso y sus problemas, HAYTON, D., *Trusts and their commercial counterparts in continental Europe*, The Association of Corporate Trustees, s.l., 2002, p. 40.

estipulación a favor de tercero-, la fiducia no tiene los límites de la revocabilidad que caracteriza a aquél en el Derecho francés. Pero aparte de esas aplicaciones comerciales, en la fiducia-gestión cifra la PLF sus expectativas de servir con toda solvencia a la protección patrimonial de las *personnes en difficulté* o *personnes vulnérables* y muy especialmente en previsión del envejecimiento de la población francesa. La gestión patrimonial por un fiduciario de ese patrimonio afectado a los intereses de tales personas, que recibirían así periódicamente los beneficios sin la carga de la administración, se ensalza como una de las nuevas virtualidades de este instrumento jurídico. En España, recientemente se ha ensayado una aproximación al *trust* para estos fines mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad³². Pero debe tenerse en cuenta, amén de otras muchas diferencias del esquema patrimonial español con la *fiducie* francesa, que ésta no sólo pretende utilizarse para lo que la ley española define como “discapacitados”, sino que el concepto francés de “personas vulnerables” (que existe en su Código penal y en su Ley 102/2005, de 11 de febrero sobre *personnes handicapées*) puede tener más amplitud³³.

[15] Por último, aunque la PLF no la contempla como una tercera categoría de fiducia, cabría aludir a la “fiducia discrecional”, como un trasunto de otro tipo de *trust*, el *discretionary trust*. Según el art. 2064, § 3, “el contrato puede igualmente prever que el fiduciario tiene la opción, entendida discrecionalmente, de transferir derechos a una parte solo de los beneficiarios o de determinar su parte”. La traducción más aproximada de esta figura al Derecho español se da en el ámbito sucesorio (precisamente vedado en la *fiducie* de la PLF), en los fiduciarios-comisarios navarros, o en los fiduciarios catalanes, baleares, aragoneses, gallegos, en los comisarios vascos, en el cónyuge, pareja de hecho o progenitor fiduciario del art. 831 Cc. español, o en los fideicomisos de elección para el fiduciario de una sustitución fideicomisaria en Navarra y Cataluña³⁴. Entre las diversas cuestiones que la facultad de elegir a los beneficiarios plantea (también en los *legs avec faculté d’élire* del ámbito sucesorio francés), y que se abordan en las figuras fiduciarias españolas referidas, está la posible modificación o revocación del beneficiario o beneficiarios designados por el fiduciario. Cuestión esta que se resolvía en el proyecto de Ley francés de 1992 prohibiendo tal modificación (al contrario de lo que sostiene el art. 1283 Cc. Quebec) y que la PLF de 2005, generando una innecesaria incertidumbre, obvia.

[16] Naturalmente, bien en los fines de gestión, bien en los fines de garantía sería posible enunciar muchas más aplicaciones prácticas de la *fiducie*. Tan sólo quisiera hacer gracia de una

³² MARTÍN SANTISTEBAN, S., “El patrimonio de destino de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿un acercamiento al *trust*?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 612, 19 de febrero de 2004, pp. 1-7.

³³ Sobre ello, DUTHEIL WAROLIN, L., *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, tesis doctoral, Universidad de Limoges, 2004. Acerca del empleo de la fiducia del PLF para este colectivo, FRESNEL, F., “La *fiducie* et les *personnes vulnérables*”, *Petites Affiches*, 42, 1 marzo 2005, pp. 8-9, quien alaba la solución fiduciaria para estos fines y aporta cifras elocuentes sobre el envejecimiento de la población francesa y los costes judiciales de las medidas de protección de las personas mayores que el empleo de la solución contractual fiduciaria podría evitar. *Vid.* también FRESNEL, F., *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté*, tesis doctoral, Universidad París II, 1995.

³⁴ Una tipología de estas figuras en los ordenamientos forales y su régimen específico en Derecho navarro, en CÁMARA LAPUENTE, S. *De los fiduciarios-comisarios. Comentarios a las leyes 281-288 del Fuero Nuevo de Navarra*, en ALBALADEJO, M., DÍAZ ALABART, S. (dirs.), “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”, Edersa, Madrid, 2001, XXXVII, 2º, pp. 321-536, esp. p. 323 y ss.

ingeniosa que el legislador italiano propuso en su proyecto de ley de 22 de marzo de 1998, por la que se pretendían crear unos fondos separados estructurados como un *trust* para gestionar el patrimonio de las personas con cargos públicos y evitar así el conflicto de intereses. Finalmente, la Ley de 11 de marzo de 2004 sobre la “resolución de los conflictos de intereses” descartó la solución y estableció simplemente un listado de incompatibilidades para los cargos públicos. Tampoco la solución fiduciaria se ha contemplado en el reciente Proyecto de Ley español de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, presentado al Congreso el 4 de marzo de 2005³⁵.

[17] Sabiendo ya cuáles son las modalidades y fines que puede cumplir la fiducia, estamos en condiciones de tratar de resolver el auténtico *punctum pruriens* en este tema: ¿qué ventajas aportaría regular la fiducia? ¿Por qué es necesario tipificarla? Para contestar a la perenne, incómoda y decisiva cuestión se ofrecerán escuetamente los argumentos que se aducen desde el entorno francés, muchos de los cuales se han escuchado antes en otras muchas lenguas. Examinémoslos desglosados en dos bloques: uno de argumentos mirando hacia afuera, “internacionales” (a-g), otro de asertos que miran hacia adentro, hacia las ventajas “nacionales” de regular la fiducia-*trust* (h-l):

- (a) Evitar la deslocalización de capitales y de empresas y conseguir que el ordenamiento resulte más atractivo con este instrumento jurídico como fórmula de inversión. El argumento se ha repetido una y otra vez en numerosos sistemas jurídicos civilistas que han incorporado el *trust* para captar recursos extranjeros (fue razón decisiva para varios países de Latinoamérica en relación con las inversiones estadounidenses, o de Luisiana, Japón o Rusia) y se ha convertido en una auténtica obsesión en Francia³⁶ ante la realidad, reconocida en la propia Exposición de Motivos de la PLF, de empresas francesas que han usado para sus operaciones un *trust* extranjero (como el famoso caso de Peugeot). El reconocimiento de la “desesperada” búsqueda de un recurso jurídico asimilable al *trust* con estos fines está en la declaración de este febrero de 2005 del Primer Ministro francés al presentar la regulación inminente de la *fiducie* como uno de los instrumentos para incrementar la *attractivité* de Francia (*vid. supra* § 3)³⁷.
- (b) Atender a la insistente demanda de los operadores prácticos, bancos, empresas, notarios y abogados³⁸ que sienten la falta de regulación del *trust* como una laguna del ordenamiento jurídico francés,

³⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales del 11 de marzo de 2005.

³⁶ Prácticamente todos los autores franceses lo ponen de relieve; a título de ejemplo, GRIMALDI, M., “La fiducie: réflexions sur l’institution et l’avant projet qui la consacre”, en *Répertoire Défrenois*, n° 35085, 1991, p. 899; WITZ, “La fiducie en Europe...”, cit., p. 64; MASTROPAOLO, “La fiducie nel diritto civile francese”, cit., pp. 37 y 42; MARINI, “La fiducie bientôt...”, cit., pp. 3 y 5; BARRIÈRE (*La réception du trust...*, cit., p. 199) sitúa la competición económica en este mundo globalizado como la principal causa de importación del *trust*, a gran distancia de otras causas como la imitación, la unificación del derecho o la influencia del Derecho internacional privado (CHT). Por citar sólo un testimonio autorizado desde el ámbito anglosajón, cabe recordar que, según HAYTON (*Trusts and their commercial counterparts...*, cit., p. 33), “a State without such general concept may be at a disadvantage in attracting foreign money or even in keeping local money within its borders”.

³⁷ Según la medida 31 de ese programa gubernamental, “L’objectif est de créer un instrument juridique transparent qui facilitera le développement et la relocalisation d’activités en France et l’amélioration des conditions de financement des entreprises”.

³⁸ Al margen de los proyectos de regulación presentados por empresas y notarios (*vid. supra*, § 2) y de los artículos doctrinales de diversos prácticos y aplicadores del Derecho solicitando esta medida (*vid. bibliografía supra ex nota*).

como prueba igualmente la proliferación en las últimas décadas del uso de “fiducias atípicas” en el tráfico jurídico civil y mercantil (tales como la *convention de portage*, ciertas cesiones de créditos, los *fonds communs de créances*, algunas fórmulas de titulización de activos, los depósitos de garantía por adherentes a las cámaras de compensación, contratos para la gestión de activos colectivos, etc.), que se suman a otros tipos fiduciarios que se han ido regulando aisladamente.

- (c) Junto con la competición económica, *se busca conseguir una efectiva competición jurídica*, para obtener un modelo de *trust* exportable a otros ordenamientos jurídicos de *Civil Law* que pretendan regularlo.
- (d) En esta línea, la regulación de la *fiducie* se pretende *insertar en el Código civil francés*, en lugar de aprobarla mediante una ley especial, para garantizar la centralidad del *Code*, *contribuir a su modernización* y aprovechar la analogía con otras instituciones jurídicas del Código para colmar aquellos aspectos que no se prevean explícitamente en el régimen de la *fiducia*³⁹. En el bicentenario del Código de Napoleón y en medio del vivo movimiento armonizador europeo (*vid.* el argumento siguiente), a nadie se le oculta el interés del legislador francés por ofrecer un modelo de Código moderno que pudiera servir de patrón para un eventual Código civil europeo; no en vano, a comienzos de este 2005 una comisión de profesores de Derecho civil ha sido encargada de revisar el Derecho patrimonial del *Code*.
- (e) *La armonización del Derecho privado europeo podría acelerar la convergencia también en materia de trust*, como demuestran varios factores: en primer lugar, la resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 exhorta a la Comisión Europea a armonizar también las cuestiones relativas al *trust* (párrafo 14^a de la resolución). En segundo lugar, la Comisión Europea publicó el 2 de mayo de 2003 un texto titulado *Best practice guidelines for divestiture commitments in merger clauses* en el cual ofrece un contrato-modelo de *trust* para aplicarlo a los casos de fusión de sociedades que deban someterse al control de la Dirección general de competencia de la Comisión europea (*vid. infra*, apartado II.6), lo que demuestra otro de los usos habituales del *trust* cuyos beneficios reconocen las instancias europeas expresamente. En tercer lugar, aparte de los *Principios sobre Derecho europeo de trusts* publicados en 1999, en la actualidad, el “Grupo de estudios sobre un Código civil europeo”, que prepara algunos materiales que podrían servir de base para el “Marco Común de Referencia” en materia de Derecho contractual europeo que la Comisión Europea pretende publicar en 2009, estudia las posibilidades de ofrecer también una regulación del *trust* en ese contexto.
- (f) *La adaptación del ordenamiento al Derecho internacional privado también puede aconsejar la regulación de la “fiducie”: la eventual ratificación del Convenio de la Haya sobre trust de 1985 por Francia* (que,

3), algún autor ubica buena parte de la presión en favor de la regulación del *trust* en los intereses de autopromoción de abogados y juristas elitistas formados en un contexto globalizado, con una estrategia en favor de su clientela internacional: así, RAFFENNE, C., “Why (still) no trust in French Law”, en HARDING, A., ÖRÜCÜ, E., *Comparative Law in the 21st Century*, Kluwer, The Hague, 2002, p. 75 y ss., esp. p. 94 y ss.

³⁹ Según la Exposición de Motivos de la PLF (p. 4), “*des analogies avec les régimes relatifs en particulier aux modalités de propriété, à la stipulation pour autrui ou encore aux obligations (notamment de loyauté et de diligences) des mandataires, permettront de répondre aux éléments qui ne sont pas explicitement prévus par le texte*”.

de momento la firmó en 1991) podría ser un factor más para dotar a su ordenamiento de un régimen sustantivo del *trust*. Aunque la ratificación del CHT –que es un instrumento que sólo delimita normas de conflicto y de reconocimiento del *trust* constituido en otro país– no impone en absoluto que el país ratificante disponga de una figura jurídica equivalente, la existencia de una *fiducie* tipificada podría evitar o atenuar –según cómo se regulase esa *fiducie*– la polémica constitución de “trusts internos” o “domésticos” cuyo único elemento de extranjería fuese la ley foránea elegida; ejemplo de esta controversia es el ordenamiento italiano, que sí ratificó el CHT sin tener una regulación sustantiva del *trust*⁴⁰.

- (g) *La adecuada regularización fiscal de la fiducia*, hasta ahora carente de régimen genérico, pese a su uso en la praxis contractual, podría conseguir, cuando menos, tres *finalidades ventajosas*: primera, *atajar* su uso como fórmula de *evasión fiscal*; segunda, *evitar* que se recurra al *trust* para el *blanqueo de capitales*, en el entendimiento de que si ya se regula en el ordenamiento interno y con unas garantías fiscales y sustantivas que eviten ese uso de la figura, resultará poco justificado recurrir a un *trust* foráneo, pudiéndose establecer incluso una presunción contraria a la licitud del recurso a esquemas fiduciarios extranjeros que promuevan la opacidad (sobre esta discutible restricción, *vid. infra* § 21); tercera, aunque los *trusts* válidamente constituidos en el país del fiduciante son reconocidos por los tribunales franceses, a condición de presentar un elemento de extranjería, su puesta en práctica resulta en realidad aleatoria por los límites del orden público sucesorio y por el análisis fiscal divergente entre los asesores fiscales y jurídicos y la administración fiscal⁴¹. De lo que se desprende que la seguridad fiscal de la *fiducie* podría erigirse en una ventaja para elegir este instrumento para operar en Francia, en lugar de constituir un *trust* conforme a la normativa de otro ordenamiento.

En cuanto a los argumentos sobre las ventajas genuinamente “internas” que propiciaría la regulación de la fiducia para el Derecho nacional francés, cabe compendiarlos así:

- (h) La probada *flexibilidad* del *trust* quedaría así incorporada al Derecho francés. La palabra *souplesse* se repite incansablemente entre los promotores de la iniciativa. De ahí el marco genérico y no reglamentista ni extenso con que aparece la PLF. Las partes podrían adaptar la *fiducie* a sus fines concretos mediante un adecuado diseño contractual. Queda por saber si el éxito del *trust* anglosajón, en buena medida debido a que con un solo instrumento jurídico se consiguen las más variadas finalidades, se podrá predicar también de la *fiducie*, en función del balance que se haga de los elementos dispositivos (abundantes) e imperativos en la regulación propuesta (*vid. infra*, § 24). Como ha señalado el senador MARINI, la fiducia está “destinada a respetar los imperativos de flexibilidad, transparencia y eficacia, por la creación de una entidad intermedia entre la persona física, cuyo poder está limitado, y la persona jurídica, de gestión pesada y compleja”⁴².

⁴⁰ Sobre ello, una síntesis en CÁMARA LAPUENTE, “Elementos para una regulación...”, cit., pp. 245 y 248-250.

⁴¹ A. F., “Version hexagonale du *trust*...”, cit. (*L’Agefi Actifs*, 3 marzo 2005), p. 6.

⁴² MARINI, “La fiducia bientôt...”, cit., p. 3.

- (i) *La incorporación segura y definida del concepto de “patrimonio afectado a un fin” (la “propiedad fiduciaria”) consigue trasladar la “idea central” del trust⁴³: crear un patrimonio inmune a las reclamaciones de los acreedores del constituyente o los personales del fiduciario y, por tanto, sujeto solo a los intereses del beneficiario.*
- (j) *La fiducia regulada constituye un instrumento seguro, tanto para las partes, como para los terceros beneficiarios, como para los terceros y los acreedores. Junto con las garantías que proporciona el patrimonio separado afectado a los fines fiduciarios, las obligaciones del fiduciario (incluida la rendición de cuentas), los límites a las personas que pueden ser fiduciarias, las restricciones de derecho imperativo a las fiducias constituidas para defraudar los derechos de terceros (acción pauliana y otras), la publicidad registral, su constancia escrita, sus límites temporales y otras medidas confieren a la fiducia ese status privilegiado.*
- (k) *La fiducia evitará recurrir a mecanismos más formalistas o a montajes más complejos y frágiles (exposición de motivos LPF, II.D, p. 9), y abarcará mecanismos usados que hasta ahora no tenían definición legal. En este sentido, el esquema fiduciario supondrá crear un instrumento jurídico alternativo, que ofrezca más fórmulas a los particulares y operadores, renovando así el Derecho contractual. Así, puede suponer una alternativa a los seguros de vida o a los planes de pensiones⁴⁴, o a la hipoteca, la comisión mercantil o el mandato.*
- (l) *Las “personas vulnerables”, los menores, los ancianos, los discapacitados podrían conseguir una adecuada protección patrimonial a través de la fiducia.*

A juicio de cada legislador queda valorar si este conjunto de ideas y de ventajas de la fiducia justifica o no su regulación. El legislador francés parece más abierto a dejarse convencer por aquéllas que por los inconvenientes que contra ésta suelen alegarse.

2.3. ¿Por qué legalizar un instrumento válido para la defraudación fiscal o el blanqueo de capitales?

[18] Probablemente esta pregunta, adherida siempre a las palabras *trust* y fiducia, no llegue a hacer justicia a estas instituciones. Prácticamente toda institución jurídica o financiera puede servir al fraude de ley, que, por definición, se basa en el uso de instrumentos jurídicos válidos para fines no permitidos por la ley. La propia idea de la intermediación financiera o de la creación de una sociedad pueden emplearse para el blanqueo de capitales⁴⁵. Como recalca la Exposición de Motivos de la PLF (pp. 4-5 y 13), la fiducia no tiene naturalmente vocación de ser un medio de facilitar el blanqueo de capitales ni la evasión fiscal; esto no está en su naturaleza misma, sino en la aplicación que de ella puede hacerse. Es claro que *fraus omnia corrumpit*. Por ende, los usos ilícitos que se hagan de la fiducia son los que deben prohibirse, no la institución misma. Como recientemente ha puesto de relieve un prestigioso académico y abogado especialista en trusts, no se prohíbe el uso de las jeringuillas sólo porque puedan ser –y sean–

⁴³ HAYTON, *Trust and their commercial counterparts...*, cit., pp. 3 y 7.

⁴⁴ MARINI, “La fiducia bientôt...”, cit., p. 5.

⁴⁵ MARINI, “La fiducia bientôt...”, cit., p. 6.

usadas por drogadictos, ni de los coches porque puedan ser –y sean– usados para atracar bancos⁴⁶. Lo certero es, por tanto, regular una institución que puede ser beneficiosa desde muchos aspectos y prohibir o limitar al máximo sus aplicaciones fraudulentas⁴⁷. Ahí está la labor complicada de cualquier legislador. Cabe recordar que casi al mismo tiempo que en Francia se presentaba esta proposición de ley sobre una institución frecuentemente estigmatizada de torticera, en España se destapaba una importante trama de blanqueo internacional de capitales con epicentro en Marbella mediante la interposición de sociedades.

[19] Y bien, ¿cómo se ponen murallas al blanqueo de capitales y a la defraudación y la evasión fiscal? Sin duda, procediendo de quien procede la PLF (ponente general de la comisión de finanzas del Senado) y habiendo sido esta la principal causa de la retirada del proyecto de 1992, cabe inferir que la nueva propuesta ha prestado especial celo para tratar de resolver esta cuestión. A tal efecto, se han empleado dos conceptos, traducidos en múltiples reglas de tipo fiscal, penal civil y mercantil: la “neutralidad” fiscal de la fiducia y el principio de “transparencia”. Éste último también es usado en varias legislaciones que regulan el *trust offshore* para indicar que la persona sometida al impuesto es el beneficiario real de los rendimientos del *trust* (sea el constituyente o un tercero), evitando así gravar al fiduciario o de incurrir en doble imposición⁴⁸. En Francia, transparencia y neutralidad se traducen, en esencia, en dos ideas: ignorar a efectos fiscales la transmisión de bienes del constituyente al fiduciario (nadie tributará por esa transmisión) y tratar al constituyente como si siguiese siendo aún el titular de los derechos transferidos (mientras el fiduciario no transmita los derechos del fondo fiduciario a terceros beneficiarios). Sobre la desviación del régimen fiscal respecto al civil ahora propuestos, se volverá al abordar la pregunta séptima, con más detalles sobre el régimen fiscal (*vid. infra*, § 32).

[20] Cabe enumerar una serie de medidas concretas para evitar que la fiducia se use para la evasión fiscal y el blanqueo de capitales, tal como las diseña la PLF:

- (a) Se prohíbe la fiducia-liberalidad: es nulo ese contrato con la finalidad de transmitir derechos a título gratuito del consituyente a un tercero, para evitar las dificultades fiscales y los riesgos de fraude (art. 2063 Cc.; *vid. supra* § 12).
- (b) Las disposiciones del Código penal sobre el blanqueo de capitales son íntegra y automáticamente aplicables a la fiducia (art. 2 PLF, art. L. 562-1 Código penal).
- (c) El fiduciario debe expresar su calidad de tal al abrir una cuenta consagrada a los fines fiduciarios en un establecimiento de crédito; y debe abrir una cuenta distinta por cada

⁴⁶ MATTHEWS, P., “Todo sobre mi *trust*”, p. 4, ponencia (que manejo por cortesía del autor) impartida en el seminario *El trust y la seva recepció a Espanya*, organizado por la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña (10-13 marzo 2003), I. Colegio de Abogados de Barcelona, 10 marzo 2003.

⁴⁷ Las mismas precisiones cabría hacer sobre los negocios fiduciarios en España. Por todos, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos*, “Revista Jurídica del Notariado”, 14, 1995, pp. 199-232.

⁴⁸ *Vid.* NAVAU MARTÍNEZ-VAL, M. P., “El *trust* anglosajón en la Unión Europea: aspectos de tributación internacional en un contexto de armonización de la fiscalidad del ahorro”, *Noticias de la Unión Europea*, (208), 2002, pp. 53-71; y CÁMARA LAPUENTE, “Elementos para una regulación...”, *cit.*, p. 251 y 255.

contrato de fiducia (art. 2068 Cc.). A su vez, el banco deberá asegurarse con una obligación suplementaria de diligencia de la identidad real de los beneficiarios y de la licitud de ciertas cantidades, en aplicación de los artículos L. 563-1 y L. 562-1 del Código monetario y financiero.

- (d) Los fiduciarios se integran en la lista de profesionales sometidos a la declaración de sospecha (*déclaration de soupçon*) del art. L. 562-1 del Código monetario y financiero (CMF). Además se prohíbe ser fiduciario a quien haya violado las obligaciones previstas en el título VI del libro V del CMF, o si recibió una condena penal o una sanción profesional por hechos contrarios al honor, la probidad o las buenas costumbres, o también si ha sido objeto de una medida de interdicción de dirigir o administrar una empresa o de ejercer una actividad personal de gestión de derechos ajenos (art. 2069 Cc.); igualmente, una persona jurídica no puede ser parte de un contrato como fiduciario si uno de sus mandatarios ha sido sometido a una de tales penas (*ibidem*).
- (e) Para evitar que la fiducia se utilice para organizar la insolvencia del constituyente, se declara que el fiduciario estará solidariamente obligado al pago de todos los impuestos debidos por el constituyente hasta el valor de los derechos que integran el contrato de fiducia (y viceversa por las deudas fiscales del fiduciario por razón del cargo fiduciario): arts. 13 y 14 PLF.
- (d) La opacidad y el entramado de interposiciones patrimoniales y personales se trata de atajar (aparte de con la prohibición de las cuentas ocultas, *supra* c) mediante las nuevas obligaciones contables que se establecen para el fiduciario, de forma que se pueda asegurar cierto seguimiento (*traçabilité*) de las transformaciones de cada patrimonio fiduciario (*vid.* arts. 24-28 PLF).

[21] Como se puede ver, se han tratado de elegir todos los recursos y vetos posibles para hacer la fiducia lo más segura posible en este ámbito. Tanto que, como reconoce su principal defensor, “¡algunos podrán juzgar que esta proposición de ley es demasiado severa!”⁴⁹. De esta manera se trata (¿valiente o ingenuamente?) de que la fiducia no sólo no sirva para el lavado de dinero, “sino justo al contrario, la fiducia debería producir, en una cierta medida, el efecto inverso” (Exposición de Motivos, p. 2). ¿Cómo se pretende conseguir este ansiado y casi mágico efecto de lucha contra el blanqueo precisamente con una de las armas que pueden favorecerlo? Dejemos que la propia Exposición de Motivos (p. 13) revele sus intenciones: “el mantenimiento en Francia de los fondos, comprendidos en el seno de fiducias generadas por fiduciarios domiciliados en Francia, permitirá controlar más ágil y eficazmente estos flujos. Se puede suponer que será mucho más difícil para las personas, cualesquiera que sean, justificar el recurso a estructuras *offshore*, del tipo *partnerships* ocultas u otras, desde el momento en que la flexibilidad del instrumento fiduciario debería permitir cumplir funciones equivalentes en el plano de los efectos. La diferencia principal – y enorme– es que el fiduciario podrá ser controlado fácilmente en Francia. De ello se deducirá, correlativamente, una presunción desfavorable al recurso de estructuras *offshore*, desde que el nuevo régimen de la fiducia esté disponible” (cursiva mía). El deseo de minimizar

⁴⁹ MARINI, “La fiducie bientôt...”, cit., p. 6.

el uso de *trusts* extranjeros por ciudadanos y capitales franceses y de controlar todo tipo de *trusts* es tan grande que incluso se establece que el fiduciario domiciliado en el extranjero deberá acreditar un representante fiscal en Francia, sometido a las mismas obligaciones y sanciones; y a falta de esta designación los impuestos y sanciones son debidas por el constituyente (art. 16 PLF).

Mis dudas personales al benemérito propósito de encauzar hacia la fiducia francesa –para atajar el blanqueo de capitales– las operaciones para las que actualmente se emplean *trusts* foráneos vienen de la libre circulación de capitales en una Unión Europea y en un mercado globalizado. Con una *fiducie* “neutra” fiscalmente, sin un régimen fiscal ventajoso para potenciarla (al menos de momento, en su primera introducción), flexible (pero quizás no tanto como en otros ordenamientos jurídicos), ¿será suficiente para retener a los inversores en suelo francés o seguirán migrando hacia ordenamientos donde la fiscalidad del *trust* sea más favorable a sus intereses? ¿Considerarán los operadores que el régimen es demasiado severo, como declaraba MARINI para tratar de vencer las resistencias internas a la aprobación de esta ley? Queda por ver en qué medidas concretas se traduciría a efectos prácticos el “cierre de seguridad” que se anuncia con la “presunción desfavorable” al uso de *trusts offshore*.

2.4. ¿No atenta contra el orden público? Es decir, ¿toleran los principios de un ordenamiento de *Civil Law* como el francés el *trust*?

[22] Esta pregunta constituye el complemento de la anterior en el orden sustantivo del Derecho privado. Todos los estudios comparados sobre la recepción del *trust* en los ordenamientos de *Civil Law* dedican buena parte de sus esfuerzos a contrastar el *trust* (sobre todo el anglosajón más alejado de los principios propios que el internacional) con determinados dogmas, límites y principios de aquellos ordenamientos⁵⁰. Como ya defendí en 2003, en cualquier regulación del *trust* o de la fiducia, hay que distinguir entre reglas de tipo “dogmático”, casi mitos conceptuales que se resisten a la evolución (como el concepto de propiedad), que no deberían suponer un obstáculo infranqueable al surgimiento de nuevas figuras, y normas de derecho imperativo que, por su defensa del orden público patrimonial, deben subsistir plenamente y aplicarse al *trust* o a la fiducia⁵¹. Examinemos, por tanto, por separado, los “dogmas” (§ 23) y las reglas imperativas (§ 24).

⁵⁰ Sólo a título de ejemplo, citaré el estudio clásico de BOLGAR, V., “Why no trusts in the Civil Law”, 2, 1953, *American Journal of Comparative Law*, p. 204 y ss.; o los trabajos de BERAUDO, J. P., *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, L.G.D.J., Paris, 1992; BUSATO, A., “La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale”, *Riv. dir. civ.*, II (1992), pp. 309-357; GAMBARO, A., “Trusts in Continental Europe”, en RABELLO, A. M. (dir.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Hamaccabi Press, Jerusalem, 1997, p. 777-792; HONORE, T., “Obstacles to the reception of trust law? The examples of South Africa and Scotland”, en RABELLO, *Aequitas and Equity...*, cit., pp. 793-818; un repaso actualizado a las mismas cuestiones respecto al Derecho español, por todos, en MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del trust en los sistemas legales continentales: compatibilidad con los principios del Civil Law*, en prensa.

⁵¹ Vid. CÁMARA LAPUENTE, “El *trust* y la fiducia...”, cit., pp. 1168 y 1056. Y en 1999 (“Operaciones fiduciarias...”, cit., p. 1799) calificaba los intentos de la doctrina y la jurisprudencia española de transformar la noción de “propiedad formal” por la de “titularidad fiduciaria” como “una hábil estrategia para conseguir los efectos de la ‘propiedad formal’ sin mancillar la venerable designación de ‘propiedad’”.

[23] Buscando la síntesis, sobre todo dos son los pilares conceptuales del Derecho patrimonial francés que se han alegado como valladares a la implantación del *trust*: la unidad o unicidad del patrimonio y el carácter absoluto de la propiedad. El rasgo de la *unidad del patrimonio* fue asentado en el siglo XIX en Francia por AUBRY y RAU a partir del Derecho alemán. La formulación clásica se funda en tres afirmaciones: sólo las personas (físicas o jurídicas) pueden tener un patrimonio; toda persona tiene un patrimonio, tenga o no posesiones o derechos sobre bienes; una persona sólo puede tener un patrimonio. La construcción de la unidad del patrimonio se basa en los artículos 732 y 2092 Cc. francés y tiene su principal finalidad en garantizar que los deudores no puedan dividir su patrimonio para apartar ciertos bienes de sus acreedores con la creación de fondos secretos⁵², vulnerando así la *responsabilidad patrimonial universal* (arts. 2092 y 2093 Cc. francés).

Esta concepción personalista y unitaria del patrimonio colisiona con el desdoblamiento de la propiedad genuino del Derecho anglosajón (*legal interest* y *beneficial interest*) –que no es la solución adoptada en relación con la *fiducie*– y con el esquema de los “patrimonios de afectación” y los “patrimonios separados” dirigidos a un fin en poder de la misma persona (el fiduciario), que es el mecanismo sobre el que se diseña la *fiducia* francesa. A ello se suele responder indicando las numerosas manifestaciones atípicas de la *fiducia* admitidas en la praxis y en la jurisprudencia francesa, que, *de facto*, vienen poniendo en entredicho la pervivencia incólume de tal teoría, lo mismo que las recientes incorporaciones legislativas de patrimonios separados⁵³.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial universal y la *par conditio creditorum*⁵⁴, que podrían vulnerarse con la segregación patrimonial, debe recordarse que ambos principios tienen excepciones (eso sí, de cuño legal), por lo que si la protección de los acreedores se garantizase legislativamente por otras vías, tampoco sería un límite infranqueable a la implantación de la *fiducia*. Y esto es lo que trata de hacer la PLF cuando impide que el propio constituyente sea el fiduciario y el beneficiario (*vid. supra* § 7 b), o cuando se reconoce la acción pauliana (*vid. art. 1167 Cc.*) contra la constitución de *fiducias* fraudulentas (cfr. arts. 2068 y 2070-4 Cc.), o cuando se reconoce el *droit de suite* a los acreedores del constituyente que tenían una garantía anterior al contrato de *fiducia* (art. 2068 Cc.).

La confrontación con el concepto de propiedad absoluta del *Code* también se ve en entredicho con la paulatina implantación de instrumentos que la contradicen. Subyace en el fondo el temor al regreso a una propiedad feudal, dividida, que la Revolución francesa abolió con la noción de propiedad absoluta consagrada en el art. 544 del Cc. francés⁵⁵. Sin duda la “doble propiedad”

⁵² RAFFENE, “Why (still) no trust...”, cit., pp. 90-91; quien liga este obstáculo al *trust* en la epistemología del Derecho francés y su ambición por vigilar y controlar al individuo.

⁵³ Sobre las *fiducias* atípicas, *vid. supra* §§ 7 y 17. Refiriéndose a la PLF de 2005, BARRIERE (“*Fiducie: ce que pourrait changer...*”, cit., p. 38) señala en relación con la unidad del patrimonio y la propiedad absoluta que habrá que valorar el impacto conceptual de este cambio, “*mais il convient de ne pas en exagérer la portée, tant les régimes particuliers de fiducies innommées, c’est-à-dire qui n’en avaient pas le nom mais en avaient les caractéristiques, se sont multipliés pour répondre à des demandes catégorielles*”. También MARINI (“*La fiducie bientôt...*”, cit., p. 6) alude a la necesaria evolución de estas nociones.

⁵⁴ Más encuadrables en las normas imperativas que se tratarán en el § 24, pero que se abordan ahora por continuidad del discurso en relación con los fines de la teoría de la unidad del patrimonio.

⁵⁵ Más en RAFFENE, *op. cit.*, pp. 77 y 83 y ss.

(legal y de equidad) del Derecho anglosajón tendría difícil encaje en esta noción propietaria. La elaboración del concepto de “propiedad fiduciaria”, “propiedad afectada”, “propiedad modalizada” y otros apelativos (*vid.* luego, pregunta séptima), pretenden convivir con el concepto tradicional de propiedad al no radicarla en dos sujetos (constituyente y fiduciario, con una propiedad material y formal respectivamente), sino sólo en uno, el fiduciario como único propietario tras la transferencia. Aunque de nuevo, no cabe duda de que el concepto de titularidad o propiedad fiduciaria, pese a los intentos de hacerla convivir o encajar en la propiedad del art. 544 Cc. dista mucho de ser absoluta, pues las facultades que comporta y sus beneficios o disfrutes están disociados y además condicionados por el fin del contrato: el fiduciario no puede disfrutar del patrimonio encomendado (y aunque en la fiducia-garantía puede ser el beneficiario, contará con límites a sus poderes y a su capacidad de disfrute del objeto). La transferencia al patrimonio separado está gravada con una carga de gestión.

Otras alegaciones axiológicas contra la *fiducie* tienen probablemente menos peso que las dos examinadas. Así, por ejemplo, el principio de la eficacia relativa de los contratos no parece suficiente para detener la implantación legislativa de la fiducia si se tiene en cuenta la licitud de la estipulación a favor de tercero (y otras excepciones) sobre la que se modela parte del contenido de este nuevo contrato. O la alegación del *numerus clausus* de los derechos reales, que la PLF sorteja al no conceder derecho real alguno al beneficiario de la fiducia, con lo cual, como afirma su Exposición de Motivos (p. 5) la fiducia no entraña la creación de un nuevo derecho real; y el fiduciario ostenta “*une forme de propriété modelée*” (aunque siempre cabría debatir sobre si tal “propiedad especial” se ajusta al límite indicado).

Por todo lo expuesto, y aunque la admisión legislativa de la fiducia seguramente no cerrará el debate doctrinal sobre el encaje de la figura en las categorías preexistentes, es posible concluir que estas nociones del Derecho patrimonial no deberían petrificarse como dogmas que impidan la evolución jurídica. O como se ha expresado en Italia, no se trata de principios rígidos sino de principios meramente directivos⁵⁶.

[24] En cuanto a las *reglas imperativas* que deben aplicarse igualmente a la fiducia, y por tanto, sin que la recepción legal de ésta suponga merma alguna del orden público patrimonial del Derecho francés, cabe destacar que la PLF respeta los límites de la autonomía de la voluntad también para constituir fiducias, como cualquier otro contrato. En parte, la decisión por ubicar la fiducia en el esquema contractual responde a ese fin. Así, mediante la fiducia no se podrá vulnerar la legítima de los herederos forzosos⁵⁷, los derechos de los acreedores quedan garantizados –según se acaba de ver–, no se vulnera la libre circulación de bienes (porque, por ejemplo, existe un límite temporal a la fiducia, 99 años, o se reconocen las facultades de disposición y no sólo de administración del fiduciario), etc. Cualquier regulación del *trust* es consciente de que es preciso reconocer esos límites, como también hacen, por ejemplo, el Convenio de la Haya sobre *trust* (art.

⁵⁶ TUCCI, G., “Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria”, *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, pp. 26 y 29.

⁵⁷ En la PLF de 2005 se han suprimido los cinco artículos del proyecto de ley de 1992 (arts. 2070-2/5 y 2070-7/8) que expresamente se ocupaban *ad hoc* de la protección de los legitimarios y de los remedios contra la lesión de sus derechos, por la política legislativa que se expone a continuación en el texto.

15)⁵⁸ o, con menos detalle, los Principios europeos sobre el Derecho de *trust* (art. III.2). La PLF adopta a este respecto una decisión reseñable para afrontar el fenómeno fiduciario con la máxima normalidad: “la fiducie doit en effet s’intégrer dans l’ordre juridique préexistant, dont elle ne saurait bouleverser la cohérence. Il n’est donc pas nécessaire que la loi rappelle, de façon expresse, que la fiducie ne doit pas déroger aux règles impératives ou d’ordre public, ou encore qu’elle ne saurait constituer une fraude; ceci va de soi et sera automatiquement sanctionné par le recours aux règles de droit commun”⁵⁹. Después de las múltiples inclusiones expresas de la fiducia en la normativa fiscal y de blanqueo de capitales, no deja de producir algo de extrañeza este punto de partida. Sin embargo, más cabe verlo como una cláusula general para evitar que la fiducia escape a límites imperativos no contemplados expresamente en su régimen, que como un síntoma de pereza legislativa. Porque, ciertamente, el texto articulado contempla en realidad expresamente algunas menciones concretas a ciertos límites del Derecho imperativo establecidos en el *Code*.

En efecto, la PLF ofrece una *delimitación de aspectos de Derecho dispositivo y de Derecho imperativo* que matizan la afirmación anterior de su exposición de motivos. Y a través de esa delimitación es posible obtener un balance de la anunciada flexibilidad de la fiducia, puesta en relación con su necesario respeto al orden público. Así, cabe destacar entre las cuestiones sometibles a pacto en contrario por los particulares, la prohibición del conflicto de intereses del fiduciario (art. 2070 § 2 Cc.), la regla de la solidaridad en caso de varios fiduciarios (art. 2063 § 4 Cc.), las prerrogativas del fiduciario (incluida la opción de elegir a los beneficiarios: art. 2064, § 2 Cc.), la obligación de indemnizar el constituyente al fiduciario por los perjuicios que le ocasione la gestión fiduciaria (art. 2070-1 Cc.), la falta de extinción de la fiducia de garantía con la extinción o la cesión del crédito garantizado (art. 2070-6 Cc.), las causas de extinción de la fiducia y sus consecuencias (art. 2070-6 y 2070-7 Cc.), la transmisión de derechos tras la vigencia del contrato si se prevé así (art. 2064, § 2), la gratuidad del cargo del beneficiario (art. 2064, § 4 Cc.), o el sistema de valoración de los derechos transferidos en garantía en caso de incumplimiento del constituyente-deudor (art. 2065, § 2 Cc.). En todos estos aspectos existe libertad contractual para establecer previsiones distintas a las de la proposición de ley.

En cambio, la autonomía de la voluntad está absolutamente cercenada para respetar las aludidas reglas derivadas del orden público en los siguientes aspectos de *ius cogens*: la prohibición del pacto comisorio (art. 2065 § 2 Cc.), de la fiducia-liberalidad (art. 2063 § 1 Cc.), la obligación de constituir el contrato de fiducia por escrito y con un determinado contenido mínimo obligatorio (art. 2064 Cc.), la plasmación escrita de otros actos relacionados con la gestión fiduciaria (arts. 2064, § 3 y 2070 Cc.), la duración máxima de la fiducia en 99 años (art. 2064, § 1, 6º Cc.), la inclusión de la presunción de fraude en el caso de constituir la fiducia durante el período de retroacción de la quiebra, la determinabilidad de los beneficiarios (art. 2064 Cc.) y la

⁵⁸ Por su carácter orientativo, conviene transcribir el art. 15 CHT: “El Convenio no obsta a la aplicación de las disposiciones de la ley designada por las normas de conflicto del foro, en la medida en que estas disposiciones no puedan excluirse en virtud de una manifestación de voluntad, en particular en las siguientes materias: “a) la protección de los menores e incapaces; b) los efectos personales y patrimoniales del matrimonio; c) los derechos de sucesión testada e intestada y, en particular, las porciones de bienes de que el testador no pueda disponer; d) la transmisión del dominio y de las garantías reales; e) la protección de los acreedores en caso de insolvencia; f) la protección, a otros respectos, de terceros de buena fe”.

⁵⁹ Exposición de motivos, p. 5; la cursiva va en negrita en el original.

identificabilidad de los derechos transferidos (art. 2065 Cc.), los límites a las personas que pueden ser fiduciarios (art. 2067 Cc.), la obligación del fiduciario de hacer constar su calidad de tal tanto al abrir una cuenta en un banco (art. 2068 Cc.), como al inscribir registralmente derechos (art. 2069 Cc.), y su obligación de actuar personalmente (art. 2070 Cc.) y de evitar la confusión del patrimonio fiduciario con el suyo propio (art. 2068 Cc. y art. 24 LPF), la inderogabilidad del art. 1596 Cc. en relación con el conflicto de intereses (art. 2070, § 2). Además, la LPF aprovecha para reformar diversos preceptos del *Code* donde se imponen límites a la autonomía de la voluntad para incluir también la fiducia entre ellos, como, por ejemplo, en relación a algunas restricciones de disposición de un cónyuge sin el consentimiento del otro (“tampoco a título fiduciario”), art. 220-1 Cc., u otros como los arts. 389-5, 457, 1424, 1432, 1540 y 1596 Cc. (art. 29 LPF). Y, por supuesto, las ya explicadas limitaciones a la autonomía de la voluntad para evitar el blanqueo de capitales y la evasión fiscal. A las que hay que añadir, según se explicó, otras reglas de orden público no mencionadas *expressis verbis* en el articulado, pero igualmente aplicables (como, por ejemplo, la protección de los legitimarios). Para concluir el elenco de restricciones a la libertad de pacto de los contratantes cabe hacer una apreciación crítica al texto, al no clarificar de forma concluyente, como hace en los demás aspectos ya señalados, si algunas de sus reglas son derogables, como, por ejemplo, para imponer una prohibición de disponer (cfr. art. 2062 Cc.) o prohibir que el derecho del beneficiario sea cedible (cfr. art. 2063 Cc.), o para derogar el deber de rendir cuentas al menos una vez al año (cfr. art. 2070 § 3 Cc. en relación con el comienzo de su § 1).

2.5. La *fiducie* ¿es un *trust*, es un negocio fiduciario, es algo nuevo y distinto?

[25] La proposición de ley sobre la *fiducie* tiene la vocación declarada de ser la traducción francesa del *trust*, como se reitera en su Exposición de Motivos (p. 2) y como señala toda la doctrina francesa, tanto respecto de este texto como del proyecto de 1992⁶⁰. Sin embargo cabría hacer la precisión de que su inspiración no es propia y directamente el *trust* angloamericano (que no se puede, ni se pretende, trasplantar tal cual a un ordenamiento civil continental), sino el *trust* diseñado internacionalmente (v. gr., en la fórmula amplia del CHT), que, por supuesto, tiene buena parte de sus raíces en el *trust* anglosajón. Eso explica la posibilidad de encajar esta *fiducie* sin dificultad entre los *trusts* reconocidos por el Convenio de la Haya sobre *trust* (*vid. supra*, § 9). Y, en la misma línea, su inspiración está más en el Derecho de Luxemburgo, Suiza o Alemania, que en el Derecho inglés o estadounidense. Se ha tratado, en definitiva, de evitar la estructura de doble propiedad del *trust* anglosajón (por medio del expediente del patrimonio de afectación) y de “procesar, modificar y depurar de su esencia de propiedad fragmentada”⁶¹ al *trust* para insertarlo en el tejido jurídico francés.

⁶⁰ Se trata ya de un lugar común: basten recordar las palabras de WATERS (*supra*, nota 8) o el expresivo título de la reciente monografía de BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *op. cit.* Como muestra de la doctrina relativa al proyecto de 1992, baste la cita matizada de C. LARROUMET (“La fiducie: une révolution dans notre afroît” [1ª parte], en *Banque & Droit*, 11-12, 1990, pp. 239-240): la fiducia “se veut, en réalité, être une traduction du trust dans le système français, et cela d’une façon telle qu’il puisse la digérer dans ses tissus, tissus tout à fait différents de ceux du common law anglais (...). La fiducie est effectivement un dérivé du trust. Seulement, elle n’en est qu’un dérivé, elle n’est pas le trust (...)”.

⁶¹ RAFFENNE, *op. cit.*, p. 77.

Pero además de ese rasgo diferencial mayor, es posible apuntar otras muchas *disparidades de la fiducia con el trust angloamericano*: la primera, derivada de la ausencia de desdoblamiento de la propiedad, es también la ausencia de derechos reales del beneficiario sobre el patrimonio fiduciario (con la ausencia del importante remedio del *tracing* tan genuino del *Common Law*). Además el constituyente de la fiducia francesa no desaparece de la escena tras la creación del patrimonio fiduciario, como hace el *settlor* del *trust* anglosajón, dado que en múltiples reglas de la PLF reconocen sus derechos para intervenir durante la vida del contrato fiduciario. Por supuesto, cabe añadir que la opción francesa por el formato contractual no coincide con el carácter de acto jurídico unilateral del *trust* anglosajón y las posibilidades de que éste se cree judicial o legalmente. Tampoco cabe conforme al texto francés el “*trust* autodeclarado” (nombramiento del constituyente como fiduciario), ni es lícito, a diferencia de lo que ocurre en la práctica anglosajona, crear una cuenta fiduciaria global en la que inscribir el conjunto de valores mobiliarios fungibles de un mismo emisor que sea gestionado por un fiduciario en el marco de diferentes fiducias (v. Exposición de Motivos, II.D, p. 9). Para concluir con este breve resumen de las diferencias más evidentes, la PFT no contempla la figura del *enforcer* o *protector*⁶² característico de los *trusts offshore*, que acaso pudiera ser de utilidad en la fiducia destinada en favor de las personas vulnerables o en los casos en que se deja discrecionalidad al fiduciario en relación con los beneficios de los destinatarios (art. 2064 Cc.).

[26] Ahora bien, justo es reconocer que la redacción de la PLF se ha esforzado por incluir algunos de los rasgos (ventajosos) propios de las reglas angloamericanas sobre el *trust*. En este sentido, cabe reseñar la inclusión de las *fiduciary duties*, tales como la *duty of loyalty*, *duty of care* (v. art. 2070 Cc.), la posibilidad de una suerte de *discretionary trust* (vid. *supra*, § 15), la licitud de transferir de bienes a una fiducia ya constituida (art. 2064 Cc.), la plasmación de los requisitos de *certainty of object* y *certainty of subject* propios del *trust* del *Common Law* (vid. arts. 2064 Cc. para la “determinabilidad” de los sujetos” y art. 2065 cc. sobre una plasmación de la “identificación” de los objetos), la limitación temporal (99 años en la PLF, que guarda paralelismo con la *rule against perpetuities*: en Derecho inglés, 80 años o la duración de la vida de una de las personas mencionadas en el acto más 21 años tras la muerte de ésta), la posibilidad de que los acreedores reclamen contra el nuevo fiduciario en caso de cambio de éste (art. 2070-1, § 5 Cc.) o el hecho de permitir en la fiducia-garantía, como en la práctica inglesa, que exista un flujo de créditos en relación con la misma garantía. Por lo demás, las funciones que puede tener el juez en relación con una fiducia –aunque muy lejos de las amplias funciones de control y de asesoramiento de los tribunales del *Common Law* al respecto, que es otra de las mayores brechas con el *trust* angloamericano– se han ampliado notablemente en la PLF bajo esta influencia del otro lado del Canal de la Mancha (vid. arts. 2070-1; 2070-3 y 2070-6 Cc.)⁶³. Finalmente, no resulta claro que los *purpose trusts*, es decir, los destinados a un fin general, sin destinatarios o beneficiarios concretos,

⁶² Sobre él, LUPOLI, M., *Trusts. A Comparative Study*, trad. Simon Dix, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 257-262. Con alguna afinidad con este mecanismo, la propuesta catalana sobre los patrimonios fiduciarios contempla la posibilidad de que un curador vele por los intereses de los beneficiarios no concebidos o indeterminados (art. 7.3 = art. 514.9 de la redacción dada por la sección de Derecho patrimonial).

⁶³ Aunque cabe apuntar que ha desaparecido una cláusula general del proyecto de 1992 que ampliaba la intervención judicial en caso de desaparición de la persona física que fuese fiduciario: (art. 2070-10 Cc. *in fine*, según el proyecto de 1992): “*le juge peut, à la demande du constituant ou du bénéficiaire, prendre toutes mesures permettant la poursuite du contrat*”.

sean permitidos a través de la fiducia (cfr. art. 2062 Cc.; en Derecho francés más parece que esta finalidad se sigue reconduciendo a las fundaciones), por contraste con lo que ocurre en el CHT o en los *trusts offshore* (no en el Derecho inglés, con el que, en este sentido guardaría similitud).

[27] En conclusión, la *fiducie* es un tipo de *trust* internacional, encuadrable en el modelo definido por el Convenio de la Haya sobre *trust*, con importantes diferencias respecto al *trust* anglosajón, si bien con claros préstamos de éste. No cabe asimilarlo, por tanto, a un negocio fiduciario según el patrón de la fiducia pura romana (con su teoría del doble efecto), aunque podría decirse que constituye una evolución desde ésta (y sus manifestaciones atípicas) hasta el *trust*. Entre las fuentes de inspiración de este nuevo instrumento también cabe citar al mandato y a la estipulación a favor de tercero. Respecto a ésta resulta oportuno destacar que la exposición de motivos, en dos ocasiones (p. 5), indica que las reglas del *Code* sobre la *stipulation pour autrui* tienen vocación de aplicarse a las fiducias en beneficio de tercero, salvo pacto en contrario. Aunque en la lectura del texto articulado no existen remisiones expresas a ese régimen, de acuerdo con la teleología de la PLF de integrar la fiducia en el Derecho común. La analogía no es de extrañar si se tiene en cuenta que incluso en algún autor estadounidense se ha propuesto la práctica identidad entre el *trust* y el contrato a favor de tercero⁶⁴.

2.6. ¿Cómo se hace un contrato de fiducia?⁶⁵

[28] La PLF ha optado sin ambages por incardinar la fiducia en el vehículo contractual, pese a las críticas que esta solución ya levantó en la doctrina francesa en relación con el proyecto de 1992, tanto por mermar las posibilidades de constitución unilateral del *trust* –como es posible en Derecho anglosajón⁶⁶–, como por hacerlo poco idóneo para la fiducia-liberalidad. Con el destierro de ésta del marco de la PLF, la segunda objeción se desvanece. El contrato de fiducia parece requerir para su eficacia la transmisión de derechos sobre bienes al fiduciario; lo cual no obsta a que, bajo previsión contractual, “después de su entrada en vigor”, el constituyente pueda transferir bienes o derechos “suplementarios” al fiduciario sin crear una nueva fiducia (arts. 2062 y 2064 § 3 Cc.). En la transferencia de derechos también es posible incluir créditos futuros, si están suficientemente identificados (art. 2065, §1 Cc.).

Como se puede apreciar, *no se produce* en el contrato fiduciario francés el *desmembramiento* del modelo anglosajón *entre acto constitutivo y acto dispositivo*. Así, por ejemplo, en el Derecho inglés, en la creación del *trust* existe, por una parte un negocio informal y unilateral del constituyente por el que el *trust* queda constituido y este *setlor* fija los fines y criterios de actuación del *trust*; y

⁶⁴ LANGBEIN, J. H., “The Contractarian Basis of the Law of Trust”, *Yale Law Journal*, 105 (1995), pp. 627 y 646-647. Para un estudio comparado, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., “El contrato a favor de tercero a la luz de la armonización del Derecho privado europeo”, en *Libro Homenaje al prof. Dr. Luis Puig Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 (en prensa), p. 644.

⁶⁵ Para contrastar un modelo de formulario de creación de un *trust* bajo parámetros distintos que la *fiducie* francesa, puede verse el propuesto desde 2003 por la Comisión Europea para el caso de fusión de sociedades que deben someterse al control comunitario (*vid. supra*, § 17), en http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/divestiture_commitments/H (fecha de consulta: 25.3.2005).

⁶⁶ Lo cual no obsta a la paulatina “contractualización” jurisprudencial del *trust* en los últimos 20 años, cuya potenciación ha sido incluso preconizada en Estados Unidos por LANGBEIN, *op. cit.*, p. 625 y ss.

por otra parte, ya constituido el *trust* y como actividad separada, se produce el acto dispositivo por el que se transmiten los bienes al patrimonio separado controlado por el *trustee*. Este segundo acto, a diferencia del primero, debe estar revestido de los requisitos formales que establece el ordenamiento para cualquier transmisión de bienes. Este modelo cuenta con la ventaja –respecto al francés en el que se aglutina constitución y transmisión en un solo contrato– de que el *trust* puede subsistir (como tal, transitoriamente sin bienes o con otras aportaciones no fraudulentas del constituyente o de terceros) pese a la impugnación de la transmisión fiduciaria de los bienes por acreedores anteriores defraudados con ella. Aunque la cuestión no resulta explícitamente resuelta en la PLF, parece que el entero contrato de fiducia podría decaer en tal caso en el ordenamiento francés, a la luz de la concepción de los arts. 2062 y 2068, § 2 Cc.

[29] En cuanto a la *forma* del contrato, ésta es solemne, en el sentido de ser precisa su redacción escrita como requisito para su validez, bajo pena de nulidad (art. 2064 Cc.). En dos aspectos este requisito se distancia del proyecto de 1992: en éste, según su Exposición de Motivos, era un requisito *ad probationem*, no *ad solemnitatem* como ahora, pues sólo servía para facilitar la prueba. Además, el proyecto de 1992 requería (art. 2063 Cc.) que en el caso de fiducia-liberalidad, el contrato fuese formulado en escritura ante Notario, bajo pena de nulidad. Con la interdicción de la fiducia con fines de transmisión a título gratuito, el requisito ha sido suprimido, y por tanto, no es preciso con la PLF que el contrato de fiducia se recoja en una escritura notarial (aunque enigmáticamente, su Exposición de Motivos se refiere a que el hecho de que para la forma escrita “podrán exigirse ciertas verificaciones por las autoridades del Estado, que eviten así riesgos de abuso”). Por lo tanto, la forma escrita es necesaria, pero no la escritura pública. Ahora bien, en función del objeto de los derechos que se transmiten fiduciariamente (por ejemplo, transmisión de un inmueble) deberán cumplirse las formas y formalidades prescritas por el ordenamiento para tal tipo de transmisión que, pese a no decirlo expresamente el articulado de la PLF, contagiarán al contrato mismo de fiducia (único). Por lo demás, para garantizar la máxima seguridad jurídica también se exige forma escrita para otras vicisitudes de la fiducia, como para el caso de transferencia posterior de bienes al patrimonio fiduciario (art. 2064 § 2 Cc.) y para la delegación en colaboradores de ciertas tareas materiales o actos jurídicos que siguen bajo el control y responsabilidad del fiduciario (art. 2070 Cc.).

[30] El contrato escrito de fiducia debe contener una serie de menciones obligatorias (imposición de formalismo para evitar abusos), bajo pena de nulidad. El artículo 2064 impone, bajo pena de nulidad, que el contrato determine o haga determinables: 1) los derechos que sean objeto de la transferencia; 2) la finalidad de la fiducia, 3) las prerrogativas de administración y de disposición del fiduciario; 4) el o los beneficiarios; 5) las condiciones en las cuales los derechos deban ser transmitidos a los beneficiarios (de forma que se establece el destino de los bienes al cumplirse el plazo o el fin fijado⁶⁷; entonces la titularidad afectada, una vez transferida al beneficiario definitivo deviene una titularidad ordinaria); 6) la duración de la fiducia, que no puede exceder de 99 años a contar desde la fecha de entrada en vigor del contrato.

⁶⁷ Para el caso de que la fiducia termine y el beneficiario renuncie o se den otras contingencias por las que no existan beneficiarios, el art. 2070-7 Cc. prevé que los derechos retornen al constituyente.

2.7. Pero, en definitiva, ¿quién es el propietario?

[31] El nudo gordiano tanto en la fiducia romana (ya pura, ya “corregida”) como en la germánica como en el *trust* siempre ha sido determinar quién tiene la propiedad entendida en el sentido que “propiedad” tiene en el *Code* o en otros ordenamientos de *Civil Law*. Aquí es donde se dan las mayores componendas dogmáticas y los mayores artificios conceptuales para hacer encajar este mecanismo en los moldes vigentes sin renunciar a atajar resultados indeseados; como son, sobre todo, (a) el abuso del fiduciario considerado como titular dominical sólo limitado por un pacto ejecutable únicamente mediante acciones personales y (b) la peligrosa consideración de los bienes objeto de fiducia como pertenecientes al patrimonio del fiduciario, de manera que sus acreedores personales pudieran, en una situación de insolvencia de éste, satisfacerse también con unos bienes de los que sólo es un titular funcional o transitorio. La doctrina y la jurisprudencia francesa conocen bien estos riesgos de la “teoría del doble efecto” (como la definiera y rebatiera en España Federico DE CASTRO), lo mismo que sus homólogas españolas.

Por ello, la PLF hace gala de una abundancia de sinónimos y matices, que en una concepción purista no encajan todos por igual en la sinonimia, para expresar la idea de que sí se produce una transferencia de derechos al fiduciario, siendo este su único titular (no el constituyente, no el beneficiario), pero un titular de una propiedad especial (la “propiedad fiduciaria”), que conserva separada de su propio patrimonio. Así, tanto en la exposición de motivos como en el articulado de la PLF, se puede leer que en la fiducia existe una *propriété fiduciaire* (EM, p. 5), *propriété modelé* (EM, p. 5) o *titularité affectée* (EM, p. 8); que el fiduciario es un *titulaire ou propriétaire fiduciaire* (art. 2062 Cc.). Se pierde, por lo tanto, el miedo a mancillar el intocable nombre de la “propiedad” con cualquier apelativo que lo minimice, añadiéndole el adjetivo de “fiduciaria” para reflejar la inexistencia de una propiedad tradicional. El resultado es parecido al que la jurisprudencia española, desde 1982, viene atribuyendo a la noción de “titularidad fiduciaria” (no “propiedad fiduciaria”, por el prurito explicado). En consecuencia, el fiduciario francés no tendría auténticos “derechos” sobre la masa fiduciaria, al no ser un propietario pleno, sino que, cuidando en este aspecto el lenguaje, la PLF habla de sus “prerrogativas” (*prerogatives*, arts. 2063 § 4; 2064, 3º; 2070, § 2 Cc.) o “poderes” (*pouvoirs*, sólo en el art. 2070-2 Cc.), de acuerdo con la concepción de los *fiduciary powers* anglosajones, que debe usar al servicios de los fines establecidos por el constituyente⁶⁸. El centro de esta propiedad fiduciaria es la idea del patrimonio separado (afectado a un fin) y la razón de ser de esa titularidad es el cumplimiento de los fines fiduciarios, una “transferencia gravada con una carga de gestión” (EM, p. 5).

[32] Por lo tanto, en la PLF queda claro desde el primer artículo (2062 Cc.) que *el fiduciario es el propietario* (fiduciario, valga la redundancia) de los bienes efectivamente transmitidos al patrimonio separado que se constituye bajo su titularidad. *El constituyente*, en consecuencia, *ha dejado de ser propietario y sus derechos reales no han pasado al beneficiario, que tampoco es propietario del*

⁶⁸ En su esquema normal, el constituyente transferirá al fiduciario los más amplios poderes (incluida la disposición). Pero en algunas ocasiones, especialmente en el caso de la fiducia-garantía, el constituyente conservará la posesión: *vid.* BUREAU, A., *Le contrat de fiducie: étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg*, (s.d., 1998-1999) disponible en “Juripole de Lorraine”, [Hhttp://juripole.u-nancy.fr/memoires/compare/Antoine_Bureau/partie1.html](http://juripole.u-nancy.fr/memoires/compare/Antoine_Bureau/partie1.html), cap. I, sec. II, § II.A (fecha de consulta: 26.3.2005).

patrimonio fiduciario (a diferencia de lo que ocurre en el derecho angloamericano, en que tiene una propiedad material protegida por la *Equity*, que convive con la propiedad legal o formal del *trustee*, tutelada por el *Common Law*). Pero el legislador francés no se muestra satisfecho con que esta solución opere en todos los niveles del ordenamiento jurídico, para evitar que tales titularidades transitorias puedan promover la evasión fiscal, sobre todo en relación con la renta y del carácter progresivo del impuesto. Por eso se lee lo que sólo a primera vista parece una antinomia clara: en la misma proposición de ley se establece, a efectos de impuestos directos, que “la transferencia de derechos a una fiducia, o su retorno, no es un hecho generador de impuestos. Los derechos en fiducia son reputados explotados por el fiduciario por cuenta del constituyente” (art. 249 C.I del Código General de Impuestos, según redacción del art. 4 LPF). Y “*el constituyente es considerado como propietario de los derechos en fiducia*” (art. 249 F.II del Código general de impuestos, según redacción del art. 4 LPF)⁶⁹. La aparente contradicción se resuelve con la explicación de la original solución fiscal francesa⁷⁰, tal como la expone uno de sus autores: “existe una dicotomía entre el aspecto jurídico, que es traslativo de la propiedad, y el aspecto fiscal, que la ignora. La transferencia de propiedad implica que los derechos o los bienes pasan del patrimonio del constituyente a aquél del fiduciario, mientras que la neutralidad o transparencia fiscal postulan que, salvo excepciones, el constituyente es siempre reputado titular de los derechos para los diferentes impuestos en juego”. Por lo tanto, el constituyente será el sujeto pasivo del impuesto sobre el patrimonio, del impuesto sobre la renta, de los *droits d’enregistrement* (actos jurídicos documentados), o del impuesto de sociedades (si fuese una empresa), y, además, los bienes transferidos, mientras no se transmitan por el fiduciario a terceros o beneficiarios, se entenderán comprendidos en su sucesión. La excepción se refiere a la “tasa profesional” (impuesto de actividades económicas) y al IVA, que serán debidos por el fiduciario.

Pero no es el fiscal el único ámbito en el que se comprueba que la supuesta transferencia de la propiedad al fiduciario no lo es a todos los niveles y en plenitud. Desde el punto de vista de la publicidad de la nueva titularidad, la PLF impone al fiduciario (art. 2069 Cc.) que a efectos de la adquisición de un derecho o la constitución de una garantía sometida a depósito, inscripción o publicidad, el fiduciario debe mencionar su cualidad de tal para que así se conozca por los contratantes o los terceros. Igualmente, cuando el fiduciario abra una cuenta en un banco para las

⁶⁹ En el mismo sentido, y de forma general, se establece que “los derechos transferidos a un fiduciario son considerados, para la aplicación de los derechos de transmisión y del impuesto de solidaridad sobre la fortuna, como permaneciendo de propiedad del constituyente y como formando parte de su sucesión, mientras no sean transmitidos a título oneroso por el fiduciario a un tercero o al beneficiario” (art. 649 A del Código general de impuestos, según redacción del art. 3 LPF). Y según el art. 249 A del mismo Código, “los resultados de la fiducia son incluidos en las ganancias o el resultado imponible del constituyente, mientras penda la duración de la fiducia, hasta tanto los derechos no sean transmitidos, en todo o en parte, a título oneroso por el fiduciario a un tercero o al beneficiario. En este último caso, se comprenden, hasta el montante debido, en las ganancias o el resultado del tercero o del beneficiario”. Por su parte, a efectos del IVA, el fiduciario es considerado como un prestatario de servicio y la imposición versa sobre su remuneración.

⁷⁰ Original respecto al proyecto de 1992, que consideraba que el fiduciario debía pagar los impuestos por la transmisión ocurrida (Exposición de motivos, p. 9) y original respecto a lo que podría ser una legislación en que la solución fiscal siguiera a la civil, como se preconiza en España, donde (según G. VIDAL WAGNER, “El *trust*: sus efectos en España”, *Gestión de Patrimonios*, enero-febrero 2005, p. 74) el constituyente no tributaría por los rendimientos percibidos por el *trust*, por no ser aquél su propietario. En cambio, por rentas distribuidas a los beneficiarios sí que tributarían éstos (*vid.* DE ARESPOCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 134-141, esp., p. 137).

operaciones fiduciarias, debe abrirla con su cualidad de fiduciario y no a título propio o personal (*ouvrir ès qualité*, art. 2068).

[33] Por lo tanto, podría decirse que existe un triple régimen de la posición jurídica del fiduciario en tanto que propietario “especial”: un régimen civil sustantivo, uno fiscal y uno registral. Esta ingeniosa, aunque discutible solución, trata de hacer casar todas las vertientes a que está sometida la fiducia, otorgándole regímenes distintos (y no coherentes) en cada ámbito con diferentes objetivos, como parecen ser: en el plano sustantivo, dejar claro quién es el propietario, único, para no crear desdoblamientos de propiedad ni derechos reales nuevos que contravengan el *numerus clausus* de los derechos reales; en el plano fiscal, evitar la admisión de transferencias ficticias o transitorias con fines defraudatorios o para obtener ventajas fiscales no deseadas por el legislador; el plano registral, dejar claro a los terceros que el titular dominical no es absoluto, sino que actúa constreñido por unos fines fiduciarios y, por tanto, alerta a los terceros para que verifiquen los poderes de quien les transmite o tengan en cuenta que se trata de un propietario fiduciario. ¿Podría la incoherencia fiscal-sustantiva llegar a ser la solución a los temores que la fiducia infunde a los legisladores en trance de implantarla? ¿Bastará este sacrificio de técnica legislativa, por lo demás no infrecuente en la práctica, para conseguir un instrumento lícito y competitivo?

2.8. ¿Es el patrimonio de afectación la solución a todos los problemas “civiles” del *trust*?

[34] Probablemente el patrimonio de afectación no sea la solución a “todos” los problemas, pero parece ser el expediente que los ordenamientos de *Civil Law* han encontrado para transponer la esencia del *trust* y eliminar abusos e injusticias en la posición de un fiduciario con poderes tan amplios. Así se concibe en el Convenio de la Haya sobre *trust* (arts. 2.b y 11 CHT), en los Principios europeos sobre el Derecho del *trust* (arts. I.3, III.2 y V.3 PETL), en la mayoría de las regulaciones del *trust offshore* y en los *trusts* incorporados a regímenes civilistas como Escocia, Liechtenstein, Luxemburgo, etc. Tan esencial resulta esta idea para traducir legislativamente el *trust* y, sobre todo, para proteger a los beneficiarios, que enfáticamente la Exposición de Motivos declara (p. 4): “esta sola característica justifica el recurso a una ley para introducir la fiducia, a fin de prever una excepción a los artículos 2092 y 2093 Cc.”. Pues, en efecto, esta segregación patrimonial supone una reducción de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (en caso de serlo el constituyente) y de la *par conditio creditorum*; ahora bien, una excepción introducida por ley y con las debidas garantías para los derechos de los acreedores (*vid. supra*, §§ 23-24 y 39-40).

Esta segregación patrimonial, mediante la figura del “patrimonio de afectación”, consigue el objetivo que normalmente se consigue en el Derecho francés y en los sistemas civilistas mediante la creación de una persona jurídica: generar un nuevo patrimonio separado de las personas físicas que engendran tal persona jurídica. Y ello se consigue sin tener que dotar al “patrimonio de afectación” de personalidad jurídica. En este sentido, es importante destacar que el “patrimonio fiduciario” de la PLF:

- (a) *No constituye una persona jurídica*, como ocurre en el vigente Código civil de Etiopía, según el diseño que el jurista francés René DAVID hizo para la introducción del *trust* en ese país⁷¹.
- (b) *No es un “patrimonio autónomo”, sin propietario* (pues lo es el fiduciario según el art. 2062 Cc.), como en su día proponía otro jurista francés influyente en otras codificaciones del *trust*, Pierre LEPAULLE⁷²; la noción de “patrimonio autónomo sin titular” ha sido acogida recientemente por Quebec (art. 1261) o por la propuesta catalana sobre el régimen de los patrimonios fiduciarios (art. 2.1; art. 514-2 en la redacción de la sección de Derecho patrimonial)⁷³: según esta última el *patrimoni afectat* “es un patrimonio independiente respecto del cual ni el constituyente, ni el fiduciario ni los beneficiarios tienen ni la propiedad ni ningún otro derecho real” y la fiducia se identificará con el nombre del constituyente, del fiduciario o de los beneficiarios o con el nombre de la finalidad de los bienes. Y en este punto es preciso hacer una reflexión terminológica.

La PLF se refiere al “patrimonio fiduciario”, además de con ese nombre, con el de *patrimoine d'affectation* (art. 2062). Dada la carga que en la doctrina francesa puede tener ese apelativo, bajo la influencia de la obra de LEPAULLE (que lo identificaba con patrimonio sin propietario) y su empleo también por el Cc. de Quebec, conviene resaltar que en la proposición de ley francesa se resalta igualmente que el fiduciario “deviene titular o propietario fiduciario de los derechos transferidos” (*ibidem*), como antes se explicó (§ 31 y ss.). Por lo tanto, de las dos posibles acepciones de “patrimonio de afectación” (el *Zweckvermögen* alemán o la *destinazione di beni allo scopo* italiana)⁷⁴, bien la estricta como patrimonio autónomo e independiente sin un propietario, o bien la amplia como designación general que comprende tanto a los “patrimonios separados” (destinados a un fin) cuyo propietario es una misma persona (*Sondervermögen* alemán), como a los “patrimonios autónomos” (destinados a un fin) sin propietario, la PLF parece referirse a esta segunda e identifica, en cambio, “patrimonio de afectación” con “patrimonio separado”. Por lo demás, fuera de la cuestión de la propiedad, no existen en el régimen de funcionamiento de ambas acepciones grandes diferencias.

[35] Las reglas sobre el patrimonio fiduciario, concebido por la PLF como patrimonio de afectación o patrimonio separado del propio del fiduciario, pero destinado a los fines fijados por el constituyente, pueden enunciarse así, en sintonía con las regulaciones foráneas afines citadas:

- (a) *Transmisión de derechos al patrimonio fiduciario* y existencia de un patrimonio fiduciario por fiducia. En este sentido, parece preferible, aunque no cambie el sentido, la idea de “derechos

⁷¹ Arts. 516-544 Cc. etiope. Trae a colación este formato y su autoría HONORÉ, “Obstacles to the reception...”, cit., pp. 812-813.

⁷² *Vid.* bibliografía *supra* en nota 4. Las ideas de LEPAULLE influyeron tanto en el Código de Etiopía como en la regulación del fideicomiso mejicano en 1932.

⁷³ Sobre los posibles problemas de esta variante en el entorno internacional, *vid. supra*, §§ 7 y 9.

⁷⁴ *Vid.* recientemente, entre la abundante bibliografía italiana interesándose por el tema tras la ratificación del CHT por Italia, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (ed.), *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Giuffrè, Milano, 2003; BIANCA, M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova, 1996.

transferidos al patrimonio fiduciario” (art. 2068 Cc.), que la expresión “la transferencia de derechos al fiduciario” (arts. 2062 y 2066 § 2 Cc.).

- (b) *Principio general de separación patrimonial* (art. 2068 Cc.), del que las reglas siguientes son simples corolarios. Su principal formulación se encuentra en el art. 2068 Cc, que establece que el fiduciario debe tomar todas las medidas adecuadas para preservar la separación de patrimonios con el objetivo de evitar la confusión de los derechos obrantes en el patrimonio fiduciario con los derechos y obligaciones tanto de su patrimonio personal como de otros patrimonios fiduciarios. Consecuencia de ello es también la apertura de tantas cuentas en entidades bancarias como fiducias gestione, el las que ha de figurar con su calidad de fiduciario.
- (c) *Obligaciones especiales de contabilidad separada para cada fiducia*, con un estado de los créditos y las deudas relativas al cumplimiento del contrato, describiendo separadamente los elementos activos y pasivos; tales cuentas deben ser comunicadas una vez al año al constituyente y al beneficiario cuando les rinda cuenta del estado de realización del objeto de la fiducia (sobre el detalle de estas reglas contables, arts. 23-28 PLF).
- (d) *Imposibilidad de agresión del patrimonio fiduciario por los acreedores personales del constituyente, del beneficiario o del propio fiduciario*. Los únicos acreedores que pueden reclamar contra el patrimonio fiduciario son aquéllos cuyos créditos surgen de la gestión (incluida la conservación) del patrimonio así afectado al fin fiduciario (art. 2068 § 2 Cc.). Esta regla se desarrolla contemplando los casos frecuentes en que algunos terceros podrían pretender satisfacer sus reclamaciones contra los bienes del fiduciario, entre los cuales no se reputan comprendidos los fiduciarios a efectos de deudas personales de dicho fiduciario. Así, en caso de *procesos concursales* contra el fiduciario (*redressement ou liquidation judiciaire*), “los derechos incluidos en el patrimonio fiduciario no están sujetos a este procedimiento (art. 2070-5 § 1 Cc.). Asimismo, “en caso de *fallecimiento del fiduciario*, los derechos incluidos en el patrimonio fiduciario no forman parte de su sucesión. En caso de *disolución* de una persona jurídica que tenga la cualidad de fiduciaria, estos derechos no son parte del activo partible o transmisible a título universal” (art. 2070-5 § 2 Cc.). La PLF no contempla expresamente otra regla similar en relación con la liquidación del régimen económico matrimonial del fiduciario en caso de disolución de su matrimonio, que resulta conveniente tomar en consideración.
- (e) *¿Subrogación real?* Las normas de la PLF no contemplan expresamente este principio intrínseco a la noción del patrimonio de afectación, que sí viene expresado en el art. III.1 PETL o en la propuesta catalana (art. 8 = art. 514-10 de la sección de Derecho patrimonial: “el patrimonio fiduciario se rige por los principios de subrogación real y de accesión de rendimientos”). Probablemente la inclusión de esta regla hubiera resultado oportuna, pese a que con la aplicación de las reglas generales del *Code* sobre los patrimonios se pueda llegar a la misma conclusión.

2.9. ¿Quién puede ser fiduciario?

[36] Esta cuestión ha sido fuente de intensos debates cada vez que se ha pretendido regular el *trust* en un ordenamiento civilista. La dicotomía está entre restringir la condición de fiduciario a determinados profesionales o a bancos y entidades financieras, o bien permitir que todas las personas puedan ser fiduciarios. Por la primera alternativa, en concreto, por la exigencia de que el fiduciario sea una entidad de crédito o ciertas sociedades con varios requisitos de solvencia y garantía, se decanta la mayoría de los sistemas de *Civil Law*, como Luxemburgo, los fideicomisos bancarios latinoamericanos, el proyecto de Ley italiano de 1998 para introducir el *trust*, o el segundo proyecto francés sobre la regulación de la fiducia de 1994. En cambio, la PLF de 2005, de acuerdo con la tradición angloamericana, el régimen escocés o las previsiones de los PETL y el CHT no ponen ese límite para poder desempeñar el cargo de fiduciario. Puede tratarse de una “persona física o jurídica” (art. 2062 Cc., lo cual significa que podrá serlo un profesional o no, un amigo, un familiar y, por supuesto, *a fortiori*, un abogado, un notario, un banco, un asesor, un gestor de cualquier tipo, etc.⁷⁵). No se contemplan requisitos específicos de capacidad (salvo las interdicciones para ser fiduciario en caso de haber sido sancionado por actividades que hacen dudar de su idoneidad y probidad para este oficio: art. 2067 Cc.; *vid.* § siguiente), ni se restringe expresamente la nacionalidad del fiduciario, aunque si reside fuera de Francia, a efectos fiscales debe denominar un representante en Francia (art. 16 PLF). Pese a la reseñada amplitud para designar fiduciario, existe un límite importante, cual es la interdicción del *trust* autodeclarado: el constituyente no puede designarse a sí mismo como fiduciario (*vid. supra*, § 7b).

2.10. ¿Cómo evitar el abuso de los fiduciarios?

[37] La importante acumulación de poderes del fiduciario en su calidad de propietario (limitado) hace surgir el temor de que pueda incumplir impunemente las finalidades del contrato, en particular por aprovecharse en su beneficio de su gestión o por la apariencia jurídica creada frente a terceros, con los cuales (actuando ellos de buena o mala fe) podría llegar a consumir una defraudación del objeto de la fiducia. Para evitarlo, la PLF diseña en primer lugar, una serie de inhabilitaciones específicas para ejercer el *officium* de fiduciario a modo de tutela preventiva; en segundo lugar, estatuye un conjunto de obligaciones para el fiduciario; y en tercer lugar, aplica al nuevo contrato varios de los remedios y acciones propios del Derecho patrimonial francés para actuaciones contrarias al cumplimiento contractual o a los derechos de los acreedores (tutela ante el incumplimiento producido). Por supuesto, la autonomía de la voluntad permitirá que el constituyente añada más garantías para un fiel desempeño del cargo por el fiduciario.

En cuanto a la *inhabilitación para ser fiduciario*, el art. 2067 Cc. recoge una regla general y varias concreciones de ella. La regla es que no puede serlo quien ha sido condenado penalmente o ha sido sancionado profesionalmente por “hechos contrarios al honor, a la probidad o a las buenas costumbres”. El mismo precepto especifica que no puede ser fiduciario quien ha sido objeto de una medida de interdicción de dirigir, gestionar, administrar o controlar una empresa, de una medida de interdicción de ejercer una actividad profesional de gestión de derechos de otro, de

⁷⁵ A.F., “Version hexagonale du *trust*...”, cit., p. 6.

una medida de quiebra o insolvencia personal o si ha violado las obligaciones previstas en el Código Monetario y Financiero (título VI del libro V). Asimismo, de forma estricta, se establece que una persona jurídica no podrá ser fiduciario si uno de sus mandatarios sociales ha sido sometido a una de tales penas.

En segundo lugar, las *obligaciones del fiduciario* son múltiples para prevenir precisamente cualquier abuso. El fiduciario debe mantener la separación de los patrimonios (art. 2068 Cc.), tiene deberes contables (art. 23 y ss. LPF), debe rendir cuenta del estado de realización del objeto de la fiducia al menos una vez al año (art. 2070 §3 Cc.), debe realizar personalmente los fines del contrato, debiendo constar por escrito cualesquiera delegaciones en colaboradores, por cuyos actos sigue siendo responsable frente al constituyente y el beneficiario (art. 2070 § 1 Cc.), debe actuar con diligencia y lealtad (art. 2070 § 1 Cc.), debe evitar todo conflicto con sus intereses personales y actuar con la diligencia de un buen padre de familia en caso de conflicto de intereses entre beneficiarios de una fiducia o entre varias fiducias (art. 2070 § 2 Cc.), responde no sólo por dolo, sino también por culpa, aunque en este caso con menor rigor si ejerce el cargo gratuitamente (art. 2070-1 § 2 Cc.).

Cabría añadir que se evitarán también los abusos al entenderse concluida la fiducia, salvo previsión en contrario, cuando exista una pluralidad de fiduciarios (de manera que la cogestión puede suponer también un límite al incumplimiento por parte de un solo fiduciario designado) y fallezca uno de ellos, se declare la quiebra de uno o se disuelva o desaparezca (por absorción o cesión) una de las personas jurídicas designadas fiduciarias (art. 2070-6 Cc.). Asimismo, la terminación de la fiducia por la situación concursal sobrevinida de cualquiera de los fiduciarios (art. 2070-6 Cc.) supone una garantía frente a los posibles riesgos de una inadecuada gestión fiduciaria.

En cuanto a las sanciones y acciones ejercitables en caso de que todas las medidas anteriores no sean eficaces para evitar que el fiduciario abuse de su posición jurídica, véase su enumeración en la respuesta a la última pregunta de este ensayo (§§ 39 y 40).

2.11. ¿Cómo se protege a los terceros y a los acreedores de fiducias fraudulentas?

[38] Junto con el abuso del fiduciario, el otro resquemor frecuente es la posibilidad de abuso de la figura misma por el constituyente. Como ya se expuso (*vid. supra* § 24), todos los límites de Derecho imperativo que restringen la autonomía de la voluntad se aplican también al contrato de fiducia, aunque no se contemplen expresamente en el articulado de este artículo (v. gr., la protección de los derechos de los legitimarios). La sección dedicada a la fiducia en el Cc. francés, según la PLF plasma, en concreto, las siguientes reglas para proteger a los terceros y a los acreedores frente a usos fraudulentos del constituyente:

- (a) Pese al carácter de patrimonio de afectación del fondo fiduciario, “los derechos de los acreedores del constituyente titulares de un *droit de suite* anejo a una *garantía con publicidad*

anterior al contrato" subsisten sobre los bienes pese a la constitución de la fiducia (art. 2068 § 2 Cc.)⁷⁶; tal es el caso de los acreedores hipotecarios y de ciertos créditos privilegiados.

- (b) Cualquier acreedor del constituyente puede ejercitar la *acción pauliana* del art. 1167 Cc. francés, si considera que la fiducia se creó para defraudar sus derechos (cfr. art. 2068 § 2 Cc.). Además, según la jurisprudencia de la Cour de Cassation, no es preciso que el acreedor pruebe la mala fe de su deudor.
- (c) En cualquier adquisición de derechos o en cualquier constitución de un nuevo derecho o garantía por el fiduciario, éste debe dotarla de *publicidad* expresando su cualidad de fiduciario (*fiduciaire à qualité*). Así se establece en el art. 2069 Cc., siendo la sanción del incumplimiento de este deber la inoponibilidad a los acreedores de la persona inscrita. En consecuencia, cualquier derecho que el constituyente transmita al fiduciario, cuando la transmisión esté sujeta a publicidad (por ejemplo, transmitirle un inmueble, o una aeronave o barco registrado, o un crédito pignoraticio sobre un inmueble, que requiere inscripción especial para su conservación), deberá inscribirse en el registro pertinente a nombre del fiduciario expresando su cualidad de fiduciario. Lo mismo sucederá con los derechos nuevos que el fiduciario adquiera por efecto de la gestión de la fiducia, o con las garantías constituidas por el fiduciario con los mismos fines. En este sentido, la PLF introduce una mínima modificación de su Derecho inmobiliario registral para habilitar esa inscripción (el art. 32 de la PLF inserta en el art. 28 del Decreto 55-22 de 4 de enero de 1955 sobre la reforma de la *publicité foncière* un inciso d, con este literal: "constitution, modification ou extinction de fiducia"). Como se refirió, la sanción por no inscribir la transmisión al fiduciario o no hacerlo con la expresión de su calidad de tal es la inoponibilidad, en un doble sentido: inoponibilidad frente a los acreedores del constituyente si los derechos siguen inscritos a nombre del constituyente, e inoponibilidad frente a los acreedores personales del fiduciario si dicha inscripción no se practicó indicando que su titularidad es meramente fiduciaria.
- (d) La presunción de nulidad de actos en el período de retroacción de la quiebra (*ex art. L. 625-107 del Código de Comercio francés*), la llamada *période suspecte*, afectará igualmente a la creación de fiducias, como ya se está haciendo en la actualidad respecto a las fiducias atípicas (Exposición de Motivos, p. 11).
- (e) La transmisión fiduciaria de los derechos de voto en una sociedad (un empleo típico del *trust*, el llamado *voting trust*), según la nueva redacción que la PLF (art. 31) da al art. L 233-10 del Código de comercio, cae dentro del foco de la ilicitud de la *action de concert*.
- (f) Los acreedores de la fiducia mantienen su posibilidad de emprender acciones por sus *créditos contra el patrimonio fiduciario en varios supuestos patológicos*: cuando se produzca la sustitución

⁷⁶ En similar entendimiento, por ejemplo, la propuesta catalana de regulación de los patrimonios fiduciarios (art.3.1, más detallado que la redacción propuesta por la sección de Derecho patrimonial, art. 514-4). Su art. 3.1 establece que "*la destinació de béns en fidúcia no és oposable als creditors del constituent anteriors a la perfecció del negoci, els quals podran embargar els béns que integren el patrimoni fiduciari fins i tot després de la inscripció en el registre a nom del fiduciari. Tampoc no pot perjudicar els legitimaris*" (el art. 514-4 suprime el texto en redondilla).

judicial del fiduciario, podrán accionar contra el nuevo fiduciario y cuando se extinga la fiducia por resolución debida a incumplimientos del fiduciario podrán accionar contra la persona a la que reviertan los bienes fiduciarios, sean el constituyente o los beneficiarios (art. 2070-1 § 5 Cc.).

- (g) Finalmente, por lo que hace a la *protección de los terceros en sus relaciones con el fiduciario*, se refuerza la presunción de buena fe de éstos con importantes matices de cara a las acciones de constituyente o beneficiarios por actuaciones abusivas del fiduciario. Según el art. 2070-2, “en sus relaciones con los terceros, se presume que el fiduciario dispone de los poderes más amplios sobre los derechos incluidos en el patrimonio fiduciario, a menos que se demuestre que los terceros tenían conocimiento de la limitación de sus poderes. El solo conocimiento de la fiducia es insuficiente para invertir esta presunción”. Por lo tanto, se da entrada a la realidad extrarregistral, cuando los terceros conozcan por cauces distintos, por ejemplo, del Registro de la Propiedad, que un fiduciario no tenía determinadas prerrogativas para actuar como actuó (por ejemplo, carencia o límites a su poder de disposición).

2.12. ¿Qué derechos tienen los beneficiarios?

[39] La clave del *trust* anglosajón radica en los derechos reales⁷⁷ del *beneficiary* o *cestui que trust* respecto a los bienes que constituyen el *trust*, garantizados mediante diversos expedientes de protección de la *Equity*, significativamente, el poderoso recurso del *tracing*, que permite a los beneficiarios reivindicar, rastrear o seguir los bienes indebidamente transferidos o apropiados por el *trustee* y recuperar el beneficio económico que procuraban; y ello se consigue sobre todo mediante la constitución judicial de un *constructive trust* por el que el adquirente de los bienes pasa a considerarse como un nuevo *trustee* que actuará sobre ellos en provecho del beneficiario (con el límite de la regla del *bona fide purchaser for value without notice*: el adquirente de buena fe, a título oneroso que ignoraba el *trust*). En la fiducia diseñada por la PLF los beneficiarios no ostentan ningún derecho real sobre el patrimonio fiduciario (como resalta la Exposición de Motivos, p. 5), ni se reconoce un equivalente *tracing* ni un *droit de suite* privilegiado para recuperar los bienes indebidamente empleados fuera de los fines fiduciarios⁷⁸. Por lo tanto, sus derechos, como los del constituyente, son de naturaleza personal. Ello significará que en caso de alienación por parte del fiduciario, los beneficiarios no podrán reclamar contra los terceros adquirentes la recuperación del bien, dado que estos terceros estarán amparados por la

⁷⁷ Existe una estéril discusión sobre la naturaleza real o personal de los derechos del beneficiario respecto al *trust* anglosajón; estéril porque sólo busca académicamente tratar de encajar unos derechos perfectamente definidos jurisprudencialmente en las categorías conceptuales del *Civil Law*.

⁷⁸ Así, respecto al proyecto de 1992, por ejemplo, RAFFENNE, *op. cit.*, p. 81; BUREAU, *op. cit.*, cap. I, sec. II, § II.B.1. En cambio, sostiene la existencia de un *droit de suite* aunque sólo respecto a terceros de mala fe (y afirmaba por ello que el beneficiario tenía un derecho real), GRIMALDI, “La fiducia: réflexions...”, *cit.*, n° 53. Para un examen más detallado sobre la relación entre los beneficiarios y los terceros según el Derecho francés y en el *trust* anglosajón, BARRIÈRE, *La réception...*, *cit.*, p. 475 y ss. En Quebec, se discute la naturaleza de los derechos del beneficiario, con inclinación mayoritaria en favor de calificar como personales esos derechos. La dificultad de calificarlos se deja ver, por ejemplo, en la propuesta catalana de regulación de la fiducia, cuyo art. 7 señala que los beneficiarios, que no son propietarios ni tienen ningún derecho real (art. 2), “son titulares de un interés protegible desde la aceptación del fiduciario”.

presunción de buena fe que acabamos de examinar en el art. 2070-2 Cc. (*vid. supra*, § 38 g; y, para muebles, por el art. 2279 Cc. francés, equivalente al art. 464 Cc. español). También la eficacia relativa de los contratos jugará en contra de cualquier reclamación del beneficiario o el constituyente contra el tercero, salvo en el caso de mala fe de éste. Pero la primacía de los derechos de los beneficiarios frente a los del tercero de mala fe, más que avalar un derecho real del beneficiario, debe entenderse como una manifestación de inoponibilidad⁷⁹.

En conclusión, el beneficiario o el constituyente de una fiducia francesa pueden ejercitar sus derechos personales contra el fiduciario incumplidor, incluido el recurso a la acción revocatoria o pauliana (con los requisitos propios de ésta en Derecho francés: perjuicio, intención fraudulenta y complicidad del tercero en el fraude), pero no una reivindicación directa contra el tercero, por falta de derecho real sobre el bien indebidamente enajenado. De esta forma, a mi modo de ver, aunque la protección francesa al beneficiario se aproxima bastante a la del *Common Law*, pues el acto de enajenación o apropiación impugnado quedará sin efecto, no llega a equipararse por entero, dadas las restricciones que el ejercicio de la acción pauliana comporta y las distintas consecuencias de la reclamación en ambos Derechos.

Como se puede apreciar, la naturaleza de los derechos de los beneficiarios es la auténtica piedra de toque para calibrar si el *trust* ha sido eficazmente trasplantado al *Civil Law* o no y si puede competir con él; de hecho, los derechos puramente personales del beneficiario o constituyente en la fiducia pura romana fueron una de las causas de *desuetudo* en el Derecho romano y una de las fuentes de mayor conflictividad e injusticia en su pervivencia en los sistemas latinos desde finales del siglo XIX (en el marco de la teoría del doble efecto).

[40] Hechas las precisiones y comparaciones anteriores, es momento de enunciar las vías mediante las cuales la PLF de 2005 protege a los beneficiarios, con una precisión adicional. La mayoría de los mecanismos de protección de los fines fiduciarios se conceden tanto al constituyente como a los beneficiarios, lo cual encuentra cierta base en el patrón de la estipulación a favor de tercero, si bien debe tenerse presente, como en ésta, que mientras el estipulante-constituyente es parte contractual, el beneficiario no puede ser considerado como parte contractual. Por otra parte, en caso de varios beneficiarios no es precisa la actuación o reclamación mancomunada de todos ellos, sino que cualquiera puede emprender las acciones. Dicho esto, la protección del constituyente y de los beneficiarios se desarrolla así en la PLF:

- (a) El constituyente o el beneficiario pueden ejercitar la acción pauliana del art. 1167 Cc., en cuyo caso, “par dérogation à cet article, l’inopposabilité de l’acte attaqué bénéficie au fiduciaire *à qualité*” (art. 2070-4 Cc.). Lo cual pretende ser una adaptación de la acción revocatoria a la fiducia, en el sentido de que la inoponibilidad del acto atacado beneficie no al acreedor (el beneficiario o el fiduciario) que la haya ejercido, como ocurre en el ámbito de la acción pauliana del Cc. francés, ni tan siquiera al conjunto de los acreedores (todos los beneficiarios y el constituyente aunque no hayan ejercitado la acción), sino al patrimonio fiduciario, de

⁷⁹ BARRIÈRE, *La réception...*, cit., p. 483-484, quien entiende que el derecho del beneficiario es personal, aunque puede calificarse, dentro de los derechos personales, como un *ius ad rem* (no como un *ius in re* o derecho real).

manera que los derechos recuperados puedan seguir empleándose para la afectación creada⁸⁰. Aunque, acaso, la redacción transcrita hubiera ganado en claridad refiriéndose a que el beneficio revierte al patrimonio, más que a su titular fiduciario (por mucho que el anterior fiduciario hubiera sido reemplazado por su actividad fraudulenta).

- (b) El constituyente o el beneficiario pueden reclamar directamente contra el colaborador o el sustituto del fiduciario sin perjuicio de su acción directa contra éste por actos de las personas bajo su control (art. 2070 § 1 Cc.).
- (c) Tanto el constituyente como el beneficiario tienen derecho a recibir la rendición anual de cuentas del fiduciario (art. 2070 § 3 Cc.).
- (d) El constituyente o uno de los beneficiarios pueden exigir judicialmente la designación de un administrador provisional, el reemplazo del fiduciario o la resolución no retroactiva (*résiliation*; no *résolution* ni *rescision*) de la fiducia en caso de que algún fiduciario falte gravemente a sus obligaciones o ponga en peligro los intereses que se le han confiado (art. 2070-1 §§ 3-4 Cc.).
- (e) El constituyente o uno de los beneficiarios pueden solicitar judicialmente la toma de medidas para que la fiducia continúe, pese a producirse alguna de las causas de extinción del art. 2070-6 Cc.
- (f) Como derecho adicional tanto del constituyente como de los beneficiarios, el art. 2063 § 5 Cc. establece que sus créditos contra el fiduciario pueden ser objeto de cesión.

3. El reto desesperado

[41] Las doce preguntas de amor o desamor hacia la fiducia que hasta aquí se han examinado, aplicadas a la proposición de ley sobre la *fiducie* presentada en febrero de 2005 al Senado francés, habrán permitido al lector obtener sus propias conclusiones sobre “el sueño o la pesadilla” que supone regular el *trust* en un ordenamiento de *Civil Law*. Han sido doce, pero podrían haber sido veinte preguntas o más; ahora bien, tras todas ellas, en el momento actual, se erige un reto que cabe calificar de “desesperado” a tenor de las múltiples declaraciones de los operadores jurídicos, los agentes económicos, los académicos y los políticos franceses, incluido su Ministro de Justicia y el Primer Ministro francés (*vid. supra* §§ 2-3): ¿conseguirán regularlo, como medio para asegurar la competitividad (económica y jurídica), la *attractivité* del cuerpo financiero y jurídico francés? Y ese reto basado en el argumento económico, en la necesidad de dinamizar y renovar los instrumentos jurídicos para facilitar el tráfico, captar inversiones extranjeras y evitar la fuga de capitales propios (con el consiguiente incremento de los puestos de trabajo, según el Gobierno francés), ¿alcanzará a España? Más aún, ¿sería el modelo francés de la fiducia útil para una eventual regulación del *trust* en nuestro país?

⁸⁰ *Vid. BARRIERE, La réception...*, cit., p. 494.

[42] No parece que los problemas económicos que preocupan en Francia, con la deslocalización a la cabeza, sean ajenos a España. Francia tiene un déficit comercial que, comparado en cifras absolutas, no supera el 13% del español. En España, el déficit comercial subió en 2004 un 31%, pues aunque las exportaciones subieron un 6,3%, las importaciones lo hicieron el 12,5%⁸¹. El diario *Le Monde* de 12-13 de diciembre de 2004 abrió su portada con un gran titular: “Alerta sobre las cuentas exteriores de Francia”. Una importante llamada de atención dirigida a todos los Estados Miembros, que se escuchó en España a principios de febrero de 2005, fue la realizada por el Comisario de Asuntos Económicos y Monetarios de la Unión Europea, Joaquín ALMUNIA, que se refirió a la “pérdida de competitividad” de la economía española e indicó varias medidas para un cambio estructural⁸². Francia recogió la llamada y el 7 de febrero de 2005 su Primer Ministro presentó 40 medidas para mejorar la competitividad, entre las cuales, con el número 31, está la regulación de la fiducia (*vid. supra*, § 3). El día siguiente, el senador MARINI presentó al Senado la PLF que se ha examinado. El 25 de febrero de 2005 el Consejo de Ministros español presentó un “Plan de dinamización” con 100 medidas para aumentar la productividad, el empleo y dinamizar la economía española a lo largo de la legislatura, plan que, hasta la fecha se va traduciendo en un Real Decreto Ley (5/2005), tres Proyectos de Ley, el acuerdo del Consejo de Ministros y la creación de la “Sociedad Pública de Alquiler”. No se contempla, al menos de momento, una regulación global de la fiducia, como se hace en Francia. Cabe destacar, sin embargo, que la incorporación legislativa de esquemas fiduciarios al tejido jurídico español sigue haciéndose de forma paulatina, aislada y sectorial; sin ir más lejos, precisamente en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, en el que se transpone la Directiva 2002/47/CE de 6 de junio de 2002⁸³, sobre acuerdos de garantía financiera entre entidades financieras, bancos y entidades públicas. En el artículo sexto de este RDL, se establecen como modalidades de las garantías financieras “la transmisión de la propiedad del bien dado en garantía” y la pignoración del bien; y las reglas que rigen esta propiedad en garantía guardan cierto parecido con las examinadas en este ensayo sobre la fiducia de garantía francesa⁸⁴. A la luz de la proposición de ley francesa cabe preguntarse si la sociedad estatal para promover la inversión extranjera en España, cuya creación es otra de

⁸¹ Sobre los datos económicos que se citan y su análisis en el contexto de la competitividad, VELARDE, J., “Lo que palpita detrás de las cien medidas”, en *La Voz digital.net*, disponible en [Hhttp://www.lavozdigital.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=240](http://www.lavozdigital.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=240)H (fecha de consulta: 1.4.2005).

⁸² En el “Foro Cinco Días con Europa: retos económicos de la Europa ampliada”, en *Cinco Días*, 8 de febrero de 2005 (*vid. nota anterior*).

⁸³ BOE, nº 62, de 14 de marzo de 2005, p. 8832 y ss. Por su elocuencia en el contexto por el que se trae a colación aquí este RDL, resulta oportuno transcribir el siguiente párrafo de su exposición de motivos: “Las reformas recogidas en este real decreto ley resultan indispensables para impulsar la competitividad y eficiencia, en el conjunto de la actividad económica, y, de esta forma, contribuir decididamente al impulso de la productividad. Este impulso, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, debe tener lugar con carácter inmediato, como decisivo apoyo a la competitividad de la economía española que afronte la corrección de sus carencias, reduzca su vulnerabilidad frente a los riesgos e incertidumbres actuales y posibilite el aprovechamiento de las oportunidades que presenta el escenario económico internacional.”

⁸⁴ Así por ejemplo, el art. 7 RDL 5/2005 establece que el objeto de la garantía pueden ser dinero en cualquier divisa, valores negociables y otros instrumentos financieros. En el art. 13, se establece que, a falta de pacto de las partes, las valoraciones y cálculos necesarios para la ejecución de las garantías, la compensación o la liquidación, se habrán de ajustar al valor actual del mercado y el sobrante se reintegrará al garante (cfr. el analizado art. 2065 Cc. francés, *supra* § 13). Según el art. 15 del RDL, los procedimientos concursales o las liquidaciones administrativas no serán causa para declarar nulos o para rescindir una garantía financiera anterior a ese procedimiento (recuérdese lo dicho en relación con el art. 2068 Cc. francés, *supra* § 38).

las medidas previstas aquí, no podría encontrar mayores facilidades para su misión con un instrumento próximo al *trust*.

[43] La proposición de ley francesa cuenta con suficientes soluciones bien trabadas como para poder convertirse no en *el* modelo, sino en uno de los paradigmas que cualquier legislador, y el español en particular, podría tomar –en algunas de sus reglas– a la hora de arrostrar similar tarea. Y este mérito lo tiene la PLF incluso en su calidad de proposición de ley, aunque no llegase a aprobarse. En este sentido, contiene elementos bien perfilados como el diseño del patrimonio de afectación como patrimonio separado bajo la titularidad del fiduciario, las garantías para las partes, los terceros y los acreedores frente a actividades fraudulentas, las obligaciones y prerrogativas de los fiduciarios, la fórmula contractual para crear la fiducia o un cierto equilibrio entre los aspectos dispositivos y los imperativos, con particular atención a los aspectos fiscales y a la lucha contra el blanqueo de capitales. Además, la solución de incorporar la fiducia como un contrato más dentro del Código civil (pese a eliminar utilidades sucesorias) supone un indudable acierto, tanto por dotar de centralidad al Código, como por modernizarlo, como, en fin, por aprovechar con mayor profundidad ese engaste en el Derecho común de obligaciones y contratos.

Por supuesto, en sus decisiones, la PLF cuenta con soluciones de política legislativa más “atrevidas” (como el permitir que sea fiduciario cualquier persona, física o jurídica, sin restringirlo a entidades financieras o a profesionales) y más “conservadoras” o cautas (como no permitir su uso con fines de liberalidad, exigir forma escrita y cierto contenido obligatorio al contrato o no permitir que el constituyente se autodeclare como fiduciario), que cada legislador debe evaluar a la luz de su propia *praxis* negocial. El experimento francés no deja de concitar dudas sobre su resultado, por muy variados problemas. Por citar sólo dos, cabría mencionar la falta de experiencia de los jueces franceses respecto a este instrumento –a diferencia de lo que ocurre con el *trust* en los tribunales de *Common Law*– o la incógnita acerca de si los operadores jurídicos elegirían la *fiducie* frente a diversas regulaciones del *trust* con un régimen aún más flexible o con una fiscalidad más ventajosa; en este sentido, cabe preguntarse por la posibilidad de que un francés trate de constituir un *trust* doméstico conforme a una legislación extranjera (con o sin otros elementos de extranjería distintos de la ley elegida), en lugar de una *fiducie* ya tipificada, por ejemplo, para conseguir fines que no encajan con ésta, como por ejemplo, un *purpose trust* (destinado a una finalidad sin destinatarios determinados), un *trust* autodeclarado o un *trust* para fines de liberalidad.

[44] Y la cuestión final sobre este reto: ¿intentará el legislador español arrostrar una tal regulación? El Estado español no es uno de los signatarios del Convenio de la Haya sobre *trust* de 1985, a diferencia de Francia (que lo firmó, pero sin ratificarlo aún), ni ha presentado ningún proyecto conocido para una regulación general ni del *trust* ni de la fiducia. Unos 80 años de jurisprudencia sobre los negocios fiduciarios –como fiducia atípica– demuestran al menos dos cosas: la enorme vitalidad de este instrumento en la práctica jurídica (así como de los *trusts* foráneos que despliegan sus efectos en suelo español) y la gran litigiosidad que genera por falta de una regulación de sus aspectos, que se ven sometidos a gran incertidumbre por las dispares soluciones jurisprudenciales en algunos aspectos vitales, o por los problemas a la hora de

inscribir fiducias o *trusts* en el Registro de la Propiedad o al afrontarse la tributación de sus distintos elementos, etc. Mientras las operaciones fiduciarias siguen su marcha innominada –alegales, pero no ilegales–, algunas actividades concretas van incorporándose a nuestro ordenamiento jurídico bajo el patrón de los patrimonios afectados a un fin (como el patrimonio protegido de los discapacitados regulado en la Ley 41/2003) o de la fiducia de garantía (como las garantías financieras del RDL 5/2005). En este sentido, el puro intento de regulación global de la fiducia por Cataluña dentro de su proyectado Código civil (según los trabajos preparatorios publicados en 2003), o la organización de jornadas o congresos sobre el *trust*, como el previsto en Tarragona en octubre de 2005⁸⁵, reflejan sin duda una sensibilidad digna de atención hacia fenómenos que acaso podrían reportar ventajas a un ordenamiento jurídico en un contexto económico ineludiblemente internacional.

Aunque en las balanzas de pagos no sume la exportación de instituciones jurídicas, quizás el éxito económico francés de su experimento fiduciario pueda sumar otro éxito menos contabilizable, pero igualmente codiciado: la expansión de su modelo fiduciario a otros sistemas jurídicos.

⁸⁵ “III Congreso de Derecho civil catalán: los patrimonios fiduciarios y el *trust*”, Universidad Rovira y Virgili, Tarragona, 20 y 21 de octubre de 2005. Como índice de este interés cabe citar también el seminario *El trust y la seva recepció a Espanya*, organizado por la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña, I. Colegio de Abogados de Barcelona, 10-13 marzo 2003.