



# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

### **CURSO ACADÉMICO 2020-2021**

#### **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL TRUST INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE TRUST**

AUTOR:

ALBERTO DE LA PUENTE HERRERO

DIRIGIDO POR:

SONIA MARTIN SANTISTEBAN

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>2</b>
<b>2. EL TRUST .....</b>	<b>3</b>
2.1 RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL TRUST .....	3
2.2 CONCEPTO.....	3
2.3 SUJETOS.....	6
2.4 FUNCIONES .....	7
<b>3. EL TRUST ANGLOSAJÓN .....</b>	<b>10</b>
<b>4. EL TRUST INTERNACIONAL .....</b>	<b>12</b>
<b>5.EL TRUST CIVILIZADO .....</b>	<b>19</b>
5.1 INTRODUCCIÓN .....	19
5.2 EL TRUST EN FRANCIA .....	20
5.3 EL TRUST EN ITALIA .....	23
<b>6.REFLEXIONES EN TORNO A LA UNIDAD DE REGULACIÓN DE LA FIGURA EN DERECHO ESPAÑOL .....</b>	<b>26</b>
<b>7.CONCLUSIONES .....</b>	<b>29</b>
<b>8 BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>30</b>

## 1. INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objetivo presentar la figura angloamericana del *trust*. No es una tarea sencilla ya que se trata de un concepto abstracto incluso para aquellos países con sistemas jurídicos de *Common Law* donde existe y se ha ido desarrollando durante años. Esta complejidad se plasma en el simple hecho de que no existe una definición oficial o universal de *trust*, sino que atendiendo al país o región donde nos encontremos vamos a poder definirlo de una manera distinta.

Son muchos los defensores del *trust* por la gran cantidad de variantes y por las distintas funciones que cumple. Muchas de estas funciones no pueden ser cumplidas o al menos no van a tener el mismo alcance si utilizamos las instituciones que nuestro ordenamiento nos ofrece. Aunque parezcan todo ventajas, vivimos en un país “*antitrust*”, por denominarlo de algún modo, y la cantidad de detractores del *trust* también es bien amplia. El miedo ante una figura que se suele relacionar con el fraude y los argumentos de la incompatibilidad con nuestro ordenamiento y la falta de necesidad de la figura son la barrera que impide su desarrollo en nuestro país, desarrollo que por otra parte sí que ha surgido en países vecinos con una tradición jurídica similar a la nuestra como Francia o Italia, lo que hace replantearse si realmente existen dichas barreras.

Como he dicho anteriormente, estamos ante un concepto abstracto en el sentido de que existen cientos de variantes; no se puede hablar de un tipo de *trust* único. Podemos encontrar *trusts* dentro del derecho de familia y sucesorio (*family trust*), destinados a cumplir distintas funciones relacionadas con la administración de los bienes en el ámbito familiar. También encontramos otro gran grupo en el ámbito comercial, los *bussines trust*, formado por distintos ejemplos de *trusts* destinados a resolver problemas específicos, como por ejemplo cuando una empresa decide crear una entidad propia destinada a ejercer unas operaciones específicas dentro de la empresa, lo que le otorga una serie de beneficios como un nivel extra de protección en cuanto a la responsabilidad, mejor organización de las operaciones, un posible ahorro fiscal, etc.

Se trata de un concepto totalmente novedoso para mí ya que no he tenido la oportunidad de estudiar nada parecido durante mi etapa académica en la universidad y uno se da cuenta de cómo cuanto más se lee sobre esta figura, la complejidad que encierra y los cientos de variantes y funciones que ofrece.

Con el presente ensayo busco acercar la figura a cualquier persona que desee conocer cuales son sus pilares principales. En primer lugar, se abordará el estudio de la figura desde una perspectiva más abstracta para explicar sus rasgos generales. A continuación, se describirá cómo funcionan los *trust* en el derecho anglosajón, se explicará el *trust* internacional y el *trust* regulado en los países civilistas. Finalmente, se concluirá con unas conclusiones sobre la figura y la situación actual en nuestro país.

## 2. EL TRUST

### 2.1. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL TRUST

Hablar sobre el *trust*<sup>1</sup> siempre es un tema delicado porque no se puede hablar de un único *trust*, o de un *trust* general del que podamos extraer una definición universal. Por ello, en este trabajo voy a distinguir entre el modelo anglosajón, el modelo internacional y cómo los países de tradición civilista han ido adaptando el *trust* a sus ordenamientos internos. Pese a que esta figura pueda variar de un ordenamiento a otro, podemos esbozar unos rasgos mínimos que concurren en cualquier *trust* que nos encontremos:

- En primer lugar, existe una disociación subjetiva<sup>2</sup> entre la gestión de los bienes o derechos y los beneficios económicos es distinta la persona que gestiona o dispone de los bienes y aquella que posee el derecho de goce.

- En segundo lugar, se produce la transmisión de bienes o derechos a un patrimonio separado del patrimonio personal de quien lo gestiona o incluso a un patrimonio autónomo (sin titular o propietario), dependiendo de cómo lo legislan los distintos sistemas legales. Esto va a tener una serie de consecuencias, como por ejemplo el que los acreedores personales del titular del patrimonio separado no puedan atacar esos bienes o que se limiten las facultades de disposición del titular sobre el patrimonio separado, siendo posible, en su caso llegar incluso a recuperar los bienes indebidamente transmitidos.

- Por último, cabe destacar que la administración del patrimonio va a ser llevada por una persona de confianza, con plenos poderes dominicales (un fiduciario), en beneficio de otras personas o para la obtención de un fin determinado.

Para acercarme al concepto y sus protagonistas voy a partir de una serie de definiciones que me permitan abordar los sujetos que aparecen en esta figura, así como las funciones que cumplen.

### 2.2 CONCEPTO

Como ya he dicho anteriormente, no existe una definición oficial de *trust* ya que esta figura puede cumplir funciones muy dispares y se amolda a las características de cada ordenamiento jurídico. Por ello, he decidido recoger distintas definiciones, dos de sistemas jurídicos del *Common Law* (Estados Unidos e Inglaterra), y otra de un sistema jurídico mixto (Quebec). Ello permitirá apreciar que vienen a establecer básicamente lo mismo, aunque en la práctica las partes implicadas y sus funciones van a variar.

---

<sup>1</sup> Para conocer más sobre los orígenes del *trust* es recomendable la lectura de: CÁMARA LAPUENTE, S., La fiducia sucesoria secreta, cit., pág. 1393 y ss.

<sup>2</sup> Esta disociación, que se mencionará más adelante, junto a la transmisión de la propiedad y los poderes del fiduciario, constituyen algunas de las dificultades a la recepción de la figura en un país de *civil law*.

A pesar de que el *Uniform Trust Code* (UTC)<sup>3</sup> no nos proporciona una definición del trust, sí que lo hace de sus protagonistas, lo que nos permite extraer una idea de la estructura de la figura:

« (2) “Beneficiary” means a person who:

(A) has a present or future beneficial interest in a trust, vested or contingent; or

(B) in a capacity other than that of trustee, holds a power of appointment over

(7) “[Guardian]” means a person appointed by the court [ , a parent, or a spouse ] to make decisions regarding the support, care, education, health, and welfare of a minor or adult individual. The term does not include guardian ad litem.

(17) “Settlor” means a person who creates, or contributes property to, an inter vivos or testamentary trust. If more than one person creates or contributes property to a trust, each person is a settlor of the portion of the trust property attributable to that person’s contribution except to the extent another person has the power to revoke or withdraw that portion.

(22) “Trustee” includes an original, additional, and successor trustee, and a cotrustee. »

El UTC evita definir el trust, pero de la unión de estos elementos mencionados se puede extraer una definición. Se distingue en primer lugar un beneficiario, que es aquella persona que tiene o va a tener un interés en el trust. También aparece la figura del tutor, designado por el tribunal para tomar decisiones sobre la educación, salud o el bienestar del menor y, en algunos casos, del adulto. Se define el *settlor* como la persona que crea el trust y aporta bienes al mismo y se nos dice que puede haber más de uno y que cada *settlor* va a serlo de la parte que ha aportado, a menos que se haya acordado la posibilidad de revocar o retirar esa porción

Aunque en el Derecho inglés rige el principio de la autonomía de la voluntad en materia de constitución de *trusts*, se han ido creando una serie de normas<sup>4</sup> para proteger a los beneficiarios y regular la relación jurídica. Entre ellas, quiero destacar la definición que aparece en la *Recognition of Trusts Act* de 1987<sup>5</sup> y que viene a definir esta figura en su segundo artículo como:

« For the purposes of this Convention, the term “trust” refers to the legal relationship created—inter vivos or on death—by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

---

<sup>3</sup> Para lo que nos interesa ahora, decir simplemente que el Uniform Trust Code (2000) (“UTC”) es el primer esfuerzo por parte de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws para otorgar a los Estados de un modelo completo para codificar su propio derecho fiduciario. Para más información y nuevas actualizaciones acudir a: <https://my.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments/viewdocument?DocumentKey=a6c0ac6f-d2ff-4309-9060-e6bb065254b7>.

<sup>4</sup> Algunos ejemplos podrían ser el Trustee Act 1925, Trustee Investments Act 1961, Financial Services and Markets Act 2000, Trustee Act 2000, Pensions Act 1995, Pensions Act 2004 and the Charities Act 2011. Distintas normas que van a marcar ciertos límites a esta libertad mencionada.

<sup>5</sup> Recognition of Trusts Act, 1987.

*A trust has the following characteristics—*

- (a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;*
- (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;*
- (c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.*

*The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust».*

Se trata de una definición mucho más completa que las anteriores ya que, aunque vuelven a aparecer los mismos protagonistas también hay que destacar varias cosas importantes. El *settlor* es el encargado de crear el trust. Nos podemos encontrar con que el trust es creado por una única persona más de una. El beneficiario es aquella persona que tiene un interés como beneficiario, presente o futuro, sobre el *trust*. En cuanto al *trustee* se dice justo a continuación que será el que ejerza el poder sobre el patrimonio del trust. Por último, se hace referencia a la figura del guardián como aquella persona designada por el tribunal (por ejemplo, los padres o cónyuge) y que va a tomar decisiones de cara al cuidado, educación, salud y en general, el bienestar del menor o adulto beneficiario. Su nombramiento puede recaer por ejemplo sobre los padres o el cónyuge del beneficiario, aunque no siempre va a intervenir esta figura.

Se dice que una de las características del *trust* va a consistir en que se va a crear un fondo, un capital que va a ser independiente del patrimonio del *trustee*. Aquí ya empiezan a verse los rasgos más característicos de este trust anglosajón y las primeras peculiaridades ya que se habla de la concepción dual del derecho de propiedad conocida por el derecho inglés y que choca frontalmente con los ordenamientos civilistas.

El Código Civil de Quebec regula el trust en el libro cuarto, sobre la propiedad, capítulo segundo del título sexto (artículos 1260 y ss.). El artículo 1260 define la figura como:

“A trust results from an act whereby a person, the settlor, transfers property from his patrimony to another patrimony constituted by him which he appropriates to a particular purpose and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer”.<sup>6</sup>

“Un trust es el resultado de un acto donde una persona, el “settlor”, transfiere propiedad desde su patrimonio a otro patrimonio, constituido por él, asignado a un objetivo particular y que el trustee asume, tras su aceptación, mantener y administrar” (trad. del autor).

Nuevamente se dan los mismos intervinientes que en la definición anterior pero como ya se verá más adelante, existen importantes diferencias en cuanto a la titularidad de los bienes y el régimen jurídico por lo que, aunque puede parecer a simple vista la misma figura, en la práctica hay grandes diferencias.

---

<sup>6</sup> Código Civil de Quebec (Civil Code of Quebec), art. 1260.

A simple vista parece que todas las definiciones parten de una misma estructura: un sujeto transmite bienes a otro que los administra en beneficio de un tercero. Luego hay tres posiciones, ocupadas cada una por uno o más sujetos (aunque ya veremos cómo la misma persona puede desempeñar distintos papeles, como cuando es a la vez *settlor* y beneficiario, *settlor* y *trustee* o *trustee* y beneficiario), que cumplen diferentes roles: quien crea el *trust*, quien lo administra y quien se beneficia de él.

### 2.3 SUJETOS

Las tres regulaciones mencionadas hacen referencia a tres figuras principales. En primer lugar, nos encontramos el *settlor* o *grantor* que a veces se va a conocer con otros nombres y que va a ser quien va a crear el *trust* y desplazar a él parte de su patrimonio. La constitución del *trust* puede tener lugar *inter vivos* o *mortis causa*, es decir que la figura puede empezar a producir efectos en vida del constituyente o después de su fallecimiento.

En segundo lugar, tenemos el *trustee*, que, una vez aceptada la tarea que se le encomienda, se encarga de la entera administración del *trust*. Tiene la obligación de rentabilizar este patrimonio o realizar el propósito específico por el que se creó dicho *trust*. Aunque no todos los textos legales coinciden en cuanto a la configuración del *trust* (*trust* como patrimonio separado bajo la titularidad del *trustee* en el caso de Liechtenstein, Luxemburgo, San Marino o Francia; o patrimonio independiente sin titular, administrado por el fiduciario, en el caso Quebec o los anteproyectos de ley catalana), todos ellos lo hacen a la hora de atribuir al *trustee* los poderes y facultades inherentes al derecho de propiedad, con las únicas restricciones que hayan podido fijar las partes en el acto constitutivo o que estén previstas por la propia ley<sup>7</sup>.

El beneficiario o beneficiarios son las personas designadas en el acto de constitución del *trust* para recibir el rendimiento y/o el capital que lo integra, en las condiciones previstas en el documento de constitución. Veremos ahora, al hablar de las funciones, como este derecho puede variar atendiendo a los términos del *trust*. Por ejemplo, el derecho puede devenir exigible en el momento de cumplirse una fecha (ej. la mayoría de edad) o un evento puesto como condición (ej. la realización de una tarea específica). De ahí la flexibilidad y la gran cantidad de funciones que abarca el *trust*.

A modo de síntesis, existe un constituyente (*settlor*), un fiduciario (*trustee*) y uno(s) beneficiarios; pero esto no quita para que, el *settlor* o el *trustee* sean a la vez beneficiarios o el *settlor* pueda actuar como *trustee*. Aquí se plasma la gran flexibilidad de esta institución que nos va a permitir ofrecer respuestas directas a las necesidades específicas de cada individuo.

---

<sup>7</sup> MARTIN SANTISTEBAN, S., "La figura del *trust* en los Estados Unidos de América. Sus aplicaciones en el derecho de familia", *Revista Indrect*, n<sup>o</sup>x, 2008, pp 1-36.

## 2.4 FUNCIONES

Para explicar las funciones del trust he utilizado como esquema y guión principal el artículo *Trusts in American law and some of their substitutes in Spanish law: Introduction and Part IV*, publicado por *Oxford University Press* y escrito por Sonia Martin Santisteban. En este trabajo la autora explica, de manera sistemática y clara, cuáles son las razones por las que los clientes norteamericanos buscan crear un *family trust* (concretamente en California) y me servirá de base para explicar cómo el trust aporta soluciones a sus necesidades.

La autora se centra en los *family trust*<sup>8</sup>, pero no quiero dejar de mencionar la existencia de los *business trust*<sup>9</sup>; otro gran grupo de *trusts*, en que la figura cumple funciones análogas a las de una corporación, en donde los dirigentes son los *trustees* y los socios los beneficiarios. Este tipo de trust podría solucionar deficiencias de nuestro ordenamiento en otros ámbitos más relacionados con el derecho mercantil. En el presente trabajo nos vamos a centrar en los *family trust*.

Para entender las funciones actuales de la figura, hay que comenzar explicando los antecedentes que han propiciado su auge, así como las nuevas necesidades socioeconómicas a las que da cobertura. Gran parte de los detractores de esta figura la han descrito como una herramienta utilizada por las clases más ricas y pudientes de la sociedad o por las grandes corporaciones para evadir impuestos, pero la realidad es bien distinta ya que cumplen un gran número de funciones, totalmente lícitas. Los cambios sociales y demográficos y el cambio en el concepto tradicional de familia están generando situaciones a las cuales numerosos ordenamientos no pueden dar respuesta con sus instrumentos tradicionales, o por lo menos, no con el mismo alcance que si contaran con el trust. Sujetos que hacen frente a problemas físicos o mentales sin nadie cercano que pueda cuidarles, padres con niños con alguna discapacidad que temen por el futuro de sus hijos cuando ellos no estén o parejas con hijos de distintos matrimonios a los que no quieren dejar desprovistos. Éstos son sólo algunos de los ejemplos de la realidad actual que han originado que algunos países civilistas muestren interés por el trust, al darse cuenta que se trata de una institución versátil y flexible que responde a necesidades a las que no llegan siempre las herramientas jurídicas civilistas. Paso a explicar cuales son esas necesidades y las consiguientes funciones que puede cumplir el trust en el ámbito de la familia.

### Evitar el juicio testamentario - *Probate*

El *probate* es el procedimiento judicial por el cual, en los países del *Common Law*, se acredita la validez del testamento o se llama a suceder a los herederos abintestato. Es un proceso lento y costoso que se procura evitar con la utilización del trust y otros mecanismos (*wills substitutes*) que permiten transmitir bienes mortis causa. En primer lugar, el trust permite realizar la misma función que el testamento, pero ahorrando dinero en impuestos y tiempo, ya que el *probate* es un proceso costoso y largo que puede durar

---

<sup>8</sup> GOLDSTONE, H., WHITAKER, K., HUGUES, J.E., *Family Trusts: A Guide for Beneficiaries, Trustees, Trust Protectors, and Trust Creators*. Editorial John Wiley & Sons Inc, 2015.

<sup>9</sup>MCCANN, P., *Corporations & Trust Law: The Application of Legal Principles in Business*. Better Teams Publications, 2013.

de seis meses a varios años dependiendo de la complejidad y el tamaño del patrimonio. En segundo lugar, el trust es un proceso público, por lo que garantiza una privacidad que no proporciona el *probate*.

Así, para evitar los inconvenientes de este procedimiento judicial los ciudadanos recurren a diferentes instituciones legales, conocidas como “sustitutos del testamento”. Junto al *living trust* existen otras figuras, como los seguros de vida o los planes de pensiones (se va a atender a las circunstancias personales y financieras del cliente para escoger la institución que más se adecue), que surten efectos durante la vida de su constituyente, a pesar de que la entrega del bien o derecho no se produce hasta después de su muerte. El mismo trust puede crearse como revocable, lo que permite al cliente cambiar los términos del trust tras su constitución (por ejemplo, designar nuevos beneficiarios o modificar los criterios de gestión de los bienes, o irrevocable, en cuyo caso el documento no se va a poder modificar a menos que se den unas causas específicas.

### Gestión de la propiedad

Por distintas circunstancias demográficas y culturales la sociedad ha cambiado. Al aumentar la longevidad de la sociedad, es mayor la posibilidad de sufrir algún tipo de discapacidad, ya sea física o psicológica, por lo que la gente busca dejar todas sus cosas planificadas con tiempo antes de que ocurra cualquiera de estos infortunios.

El *living trust*<sup>10</sup> permite gestionar el patrimonio de un sujeto en caso de que por cualquier cosa éste se vea incapacitado para ello, y al mismo tiempo permite escoger con anterioridad quien va a ser el encargado de dicha gestión, ya sea un familiar o un profesional. El *trustee* gestiona los bienes del trust, siendo propietario, pero en beneficio ajeno.

Al poder coincidir constituyente y beneficiario, el constituyente puede crear el trust para autoprotegerse patrimonialmente frente a una futura discapacidad, o ser él quien crea el *trust*, pero en beneficio de un familiar, por ejemplo de un hijo discapacitado o sin la madurez necesaria.

### Retraso en la adjudicación del control de los bienes.

Nos vamos a encontrar con casos en los cuales los padres no se fían de que los hijos hereden grandes cantidades de dinero siendo menores o incluso si tienen 18, 21 o más años. Por ello, un *revocable living trust* ofrece una solución flexible al dejar el patrimonio en manos del *trustee* hasta que el beneficiario tenga la edad que se estime conveniente. Pero esta figura va más allá, ya que permite fijar otras circunstancias además de la edad,

---

<sup>10</sup> Para ampliar información sobre *revocable living trust* e *irrevocable trust*, recomiendo la lectura de: MARTIN SANTISTEBAN, S., *La afectación de bienes en el ámbito del derecho de la persona la familia y la sucesión. Una propuesta de regulación para el derecho español*, 1ª Edición, Tirant lo Blanch Valencia, 2020, pp. 52-61.

de las que hacer depender la adquisición de la propiedad. Por ejemplo, del cumplimiento de una condición como terminar los estudios, contraer matrimonio o cualquier otra circunstancia que elija el constituyente. La figura del *trustee* adquiere especial protagonismo cuando se le otorga discrecionalidad para distribuir bienes al beneficiario en la cantidad que se estime necesaria para que éste pueda vivir o atender a los sucesos que le vayan ocurriendo a lo largo de su vida (por ejemplo, un dinero extra porque desea estudiar un máster o comprarse un coche).

Una cuestión clave va a ser el balance entre la flexibilidad que se le otorga al *trustee*, y que con esa flexibilidad tampoco se llegue a una posición excesivamente conservadora a la hora de gestionar y distribuir el patrimonio del trust al beneficiario. En algunos casos al *trustee* también le interesa gestionar mayores cantidades de dinero y así cobrar más por lo que habrá que atender a que no se cometan excesos. No siempre va a ser así ya que también va a haber casos en los que el *trustee* no cobre, por ejemplo, cuando la función la realiza un familiar a título gratuito.

#### Protección frente a los acreedores del beneficiario

El trust permite prevenir que los beneficiarios puedan transmitir su derecho en el trust o que los acreedores del beneficiario embarguen los bienes que el trustee administra en favor de los beneficiarios. La manera más segura de conseguir esta protección es con la inserción de una spendthrift provision en el *revocable living trust*<sup>11</sup>. De esta manera se consigue restringir el acceso de los beneficiarios a los bienes y derechos del trust y evitar que los acreedores si dirijan contra los bienes que componen el trust. Aquí vemos de nuevo la gran flexibilidad de esta figura, que se amolda a las necesidades del cliente y permite alcanzar un resultado difícil de emular con nuestras herramientas legales.

---

<sup>11</sup> Reid Kress Weisbord, David Horton, Stephen K. Urice., *Wills, Trusts, and Estates: The Essentials*, Wolters Kluwer Law & Business, 2020. p. 473 y ss.

### 3. EL TRUST ANGLOSAJÓN

#### 3.1 CARACTERÍSTICAS PROPIAS

De acuerdo con la definición proporcionada por – UNERHILL y HAYTON en su trabajo, *Law relating to Trusts and Trustees*,

«un trust es una obligación de equidad que vincula a un sujeto (*trustee*) a gestionar la propiedad sobre la que él tiene el control (la propiedad fiduciaria [*trust property*]), en beneficio de personas (beneficiarios), de las cuales él mismo puede ser una, y cualquiera de ellas puede exigir el cumplimiento de la obligación»<sup>12</sup>.

Los autores hacen referencia en la misma definición a una de las peculiaridades del derecho inglés que no encontramos en los sistemas de base romano-germánica: la distinción entre la *common law* y la equidad.

Efectivamente existen dos titularidades sobre el trust, regidas por dos cuerpos jurisprudenciales distintos: el *legal interest*, que corresponde al fiduciario a raíz de la transferencia de la titularidad sobre los bienes y derechos que componen el trust y que es tutelado por las reglas del *Common Law*, y el *equitable interest*, a disposición de los beneficiarios, para tutelar sus derechos mediante las reglas de la *equity*.

En Inglaterra el monopolio de la jurisdicción de «equidad» ha residido en la *Court of Chancery* hasta la *Judicature Act* de 1873; en Estados Unidos el proceso de fusión comenzó hacia 1840 y concluyó con las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938. En la actualidad, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, esas reglas jurisprudenciales, que en origen respondían a dos jurisdicciones distintas, se aplican hoy por una jurisdicción única y muchas disposiciones, sobre el trust, que antes había que buscar en la jurisprudencia o el *Common Law*, ahora se encuentran legisladas o codificadas.

En el caso de Inglaterra, esto se aprecia en leyes como *The Trust Act* de 1925; la *Judicial Trustee Act* 1896, la *Public Trustee Act* 1906, la *Perpetuities and Accumulations Act* de 1964 y la *Variation of Trust Act* de 1958.<sup>13</sup> En los Estados Unidos existió un primer intento de codificación, a principios del siglo XIX, que se canalizó mediante el *American Law Institute*<sup>14</sup> y la publicación de los famosos *Restatement of Law*, entre ellos, el *Restatement of Trust*.

La función de los *Restatements* es fijar, de manera articulada y comentada, el estado actual de la legislación y la jurisprudencia en vigor sobre una materia o la regla recomendada para supuestos de discrepancia o incertidumbre. El primer *Restatement* sobre *trusts* se publicó en 1935 y fue reemplazado por el *Restatement of the Law (Second)*:

---

<sup>12</sup> UNDERHILL, A. y HAYTON, D. J., *Law relating to Trusts and Trustees*, 14.ª edición, Ed. Sweet and Maxwell, London, 1987, p. 3. Cita de CÁMARA LAPUENTE, S., TRUSTS Y PATRIMONIOS FIDUCIARIOS COMO VÍAS DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA, LA FAMILIA Y LA SUCESIÓN, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 7685, 2011.

<sup>13</sup> HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., *The Law of Trust and Trustees. A Treatise Covering the Law Relating to Trust and Allied Subjects Affecting Trust Creation and Administration with forms*. Third edition. Sections 1-46. Minnesota: Thomson West, 2007, pp. 32-33.

<sup>14</sup> VILARÓ COLÓN, J. D., *La unidad del patrimonio y el trust. de la fiducia, el fideicomiso y el “trust”*, Tesis doctoral Facultad de Derecho Universidad de Valladolid, 2015.

*Trusts* de 1959. El tercer Restatement comenzó con una revisión de las reglas sobre inversión del fiduciario contenidas en el segundo *Restatement* de forma que se publicó un primer volumen en 1992. En su forma actual y definitiva está integrado por cuatro volúmenes publicados en 2003, 2007 y 2012 y sirve de guía a legisladores, tribunales, asesores de trustees y beneficiarios y redactores de los documentos de creación de los trusts<sup>15</sup>.

Otra iniciativa fue la de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, cuyo primer intento de codificar el derecho del trust culminó con la publicación del *Uniform Trust Code*, que fue completado en el año 2000 y enmendado en los años 2001, 2003, 2004 y 2005. El *Uniform Trust Code* recibió la aprobación de la *American Bar Association* (A.B.A.). Se puede afirmar que el texto ha obtenido un gran apoyo ya que el número de estados que han decidido seguir sus directrices ha ido aumentando, tal y como cabe observar en esta imagen extraída de la página web oficial de la *Uniform Law Commission*<sup>16</sup>. Actualmente 35 jurisdicciones de los EE. UU. han adoptado el *Uniform Trust Code*. Entre ellas se encuentran los Estados federados que se muestran a continuación, además del Distrito de Columbia (Washington D.C.).

En sus primeras páginas el Código nos explica que su función va a ser la de proveer a los Estados una guía precisa, abarcadora y fácilmente accesible de los asuntos del derecho del trusts. El Código quiere proveer por primera vez una regla uniforme en En aquellos casos en los que los Estados difieren o en los cuales el derecho no es claro o desconocido.

Tras el estudio de la normativa anterior y de acuerdo con los principios de *common law*, podemos decir que el *trust* es un acto unilateral, y no un contrato<sup>17</sup> en cuyo documento de constitución se fijan los criterios que regirán la actuación del fiduciario; no está sometido a forma alguna y puede ser oneroso o gratuito. En cuanto a los actos de disposición de bienes y derechos a favor del trust ya constituido, tienen que seguir los requisitos de fondo y forma sobre transferencia de bienes y respetar a las reglas que previenen actos fraudulentos.

---

<sup>15</sup> El volumen 1 (2003) cubre la naturaleza, características, tipos y creación de los trusts; el volumen 2 (2003) incluye los elementos del trust, su modificación y extinción y la naturaleza de los derechos e intereses de los beneficiarios; el volumen 3 (2007) abarca los poderes y derechos del trustee y una versión actualizada del volumen sobre la Prudent Investor Rule (reemplazando así el volumen sobre ese tema de 1992). El volumen 4 (2012) se dedica a la administración del trust, incluido el incumplimiento, responsabilidad y las acciones correspondientes, así como las reglas sobre contabilidad. Para información más detallada <https://www.ali.org/>.

<sup>16</sup> VILLARÓ COLÓN, J.D, *La unidad del patrimonio y el trust. de la fiducia, el fideicomiso y el "trust"*. Tesis doctoral Universidad de Valladolid, 2015.

<sup>17</sup> Que el trust sea considerado un contrato o no va a ser otro de los puntos conflictivos a la hora de adaptar el trust a las estructuras civilistas. Si bien es cierto que un no es un contrato, en la práctica vamos a encontrar casos en que debido a su estructura va a ser muy parecidos a un contrato y otros en cambio que no van a tener nada que ver. Ya se verá como más adelante como en Francia el legislador ha situado la fiducie en el apartado de los contratos, pero en contraposición, se podría argumentar en contra que tiene una fundación de relación contractual, por ejemplo. Con todo ello, habrá que atender al caso concreto y legislación pertinente.

Es importante resaltar que el trust no posee personalidad jurídica, sino que se trata un patrimonio de destino bajo titularidad del *trustee*. Y resulta especialmente destacable el papel de los tribunales ya que cumple un trabajo importante en cuanto al control e incluso en algunos casos el asesoramiento del *trustee*.

Hablando propiamente de su funcionamiento, una vez creado el trust, el constituyente carece de control sobre las acciones del fiduciario, que actúa con autonomía plena (salvo que el constituyente se haya reservado en el acto constitutivo la facultad de darle instrucciones). De hecho, si el fiduciario actúa siguiendo órdenes del *settlor*, los tribunales pueden llegar a la conclusión de que no existe trust en absoluto o que lo hay pero que el beneficiario es el propio constituyente. Estos mismos principios se aplicarían si el fiduciario actuase siguiendo las instrucciones de los beneficiarios, lo cual no es habitual en los *family trusts*<sup>18</sup>

Las anteriores características son aplicables a los *express trusts*, aquellos constituidos voluntariamente por el disponente, tanto inter vivos como mortis causa, y que es el tipo de trust que se viene pretendiendo incorporar en ordenamientos de *Civil Law*. Pero dependiendo de la forma de su constitución existen también los *resulting trusts* o *trusts* implícitos, que responden a una voluntad presunta en caso de transmisión de bienes a título gratuito, o los *constructive trusts*<sup>19</sup>, declarados judicialmente como expediente para impedir una retención injusta por parte de un vendedor, mandatario, etc

#### 4. EL TRUST INTERNACIONAL

Existen diversos textos legales, de naturaleza muy variada que buscan armonizar o incorporar la institución del trust a ordenamientos en que la figura tiene difícil encaje por las propias características del sistema jurídico de destino. Me gustaría mencionar al menos cuatro trabajos de vital importancia para entender este proceso de adaptación del trust a los ordenamientos civilistas. Los trabajos que paso a analizar son:

- El Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre «la ley aplicable al trust y su reconocimiento» [CHT].
- Los «Principios de Derecho Europeo de Trust» (o *Principles of European Trust Law [PETL]*)» de 1999.
- El «Borrador [académico] de Directiva sobre fondos protegidos» (o *Draft Directive on Protected Funds*) de 2009.
- El libro X, sobre *trusts*, del «Borrador de Marco Común de Referencia» del Derecho privado europeo (o *Draft Common Frame of Reference [DCFR]*) de 2009.

La figura del *trust* se utiliza con frecuencia, al margen de las aplicaciones de derecho de familia y sucesiones ya mencionadas, como vehículo jurídico en inversiones y negocios

---

<sup>18</sup> SMITH, L., *Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, Cambridge University Press, 2012. El autor resalta que no es usual en los *family trust*, se consideraría al fiduciario como un mandatario de los beneficiarios y no como un fiduciario.

<sup>19</sup> MITCHELL, C., *Constructive and Resulting Trusts*. Hart Publishing, 1ª Edición, 2010.

internacionales. Esta figura pone a prueba los ordenamientos jurídicos de Derecho civil cuando tienen que reconocerla en el marco de algún negocio internacional, pues por muchas similitudes que se puedan encontrar entre algunos tipos de *trusts* y los fideicomisos de los ordenamientos civilistas el *trust* anglosajón es ajeno a los sistemas de Derecho civil.

Una de las consecuencias naturales del desconocimiento de la figura del *trust* en países de *civil law* es su “no reconocimiento” cuando el fondo, a través del trustee pretende realizar actos jurídicos en una jurisdicción del *civil law*. Ello obviamente limita considerablemente el uso de esta figura en negocios internacionales que se desarrollen en jurisdicciones del *civil law*, privando a estas últimas de numerosas oportunidades de negocios a través de *trusts* que seguramente se inclinarán por jurisdicciones del Common Law, donde tengan la seguridad de que serán reconocidos tal y como fueron concebidos.<sup>20</sup>

### Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985

Por todo ello, es preciso comenzar mencionando el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre «la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento» [CHT]<sup>21</sup>. Este Convenio tiene como principal objetivo lograr que los *trusts* sean comprendidos y reconocidos en los países del derecho civil. Lo primero que hay que destacar es que España no se encuentra entre los países que han firmado este Convenio, a pesar de existir países de nuestro entorno, como Italia o Francia entre otros, que han firmado e incluso ratificado la norma<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> GOIKOECHEA, I., Los instrumentos de la conferencia de la haya de derecho internacional privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Año 3, Nº 5; Marzo 2015; pp. 45-63.

<sup>21</sup> El texto del Convenio se puede encontrar completo y traducido al español por los profesores Borrás y Gonzales Campos en la página oficial de Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado. Para más información acceder a <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59#:~:text=30%3A%20Convenio%20de%201%20de,al%20Trust%20y%20a%20su%20Reconocimiento&text=El%20hecho%20de%20que%20el,la%20existencia%20de%20un%20trust>.

<sup>22</sup> Para conocer en qué países se encuentra vigente esta norma se puede acceder a la página oficial de la HCCH. Si atendemos a la imagen que aparece abajo podemos ver las partes contratantes de este Convenio que también revisten la calidad de miembro de la HCCH (de la Organización me refiero) en negrita, mientras que las que no son miembros figuran en cursiva. Vemos como hay países que lo han firmado y ratificado, como el caso de Italia, o casos en los que se ha firmado, pero no se ha llegado a ratificar por

El Convenio determina la ley aplicable al *trust* y regula su reconocimiento (art. 1). Según este texto, el término *trust* se refiere a las relaciones jurídicas creadas por actos inter vivos o mortis causa por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado. El *trust* posee las características siguientes:

- a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;
- b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* de otra persona por cuenta del *trustee*;
- c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

De acuerdo con el artículo 6 del Convenio, la ley aplicable será, en primer lugar, la elegida de forma expresa por la persona que lo constituye y, en defecto de elección, por la ley del Estado con el que el *trust* presenta los vínculos más estrechos, determinando el artículo 7 cuáles son los criterios a seguir para determinar dicha vinculación: lugar de administración del *trust* designado por el constituyente, lugar donde se encuentren los bienes del *trust*, lugar donde resida o ejerza sus actividades el *trustee* o los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse.

Al incluir reglas precisas sobre el derecho aplicable al *trust* y a su reconocimiento, quienes más se benefician con la incorporación del Convenio son precisamente los Estados cuyos

distintas razones, como es el caso de Francia.



Parte contratante	F <sup>1</sup>	R/A/S <sup>2</sup>	Tipo <sup>3</sup>	VIG <sup>4</sup>	EXT <sup>5</sup>	Aut <sup>6</sup>	Res/D/N/CD <sup>7</sup>
Australia	17-X-1991	17-X-1991	R	1-I-1992			
Canadá	11-X-1988	20-X-1992	R	1-I-1993	9		D,Res
China, República Popular			C				D,N
Chipre	11-III-1998	15-III-2017	R	1-VI-2017			D
Estados Unidos de América	13-VI-1988						
Francia	26-XI-1991						
Italia	1-VII-1985	21-II-1990	R	1-I-1992			
Liechtenstein		13-XII-2004	A	1-IV-2006			
Luxemburgo	1-VII-1985	16-X-2003	R	1-I-2004			D,Res
Malta		7-XII-1994	A	1-III-1996			
Mónaco		1-VI-2007	A	1-IX-2008			D,Res
Países Bajos	1-VII-1985	28-XI-1995	R	1-II-1996			
Panamá		30-VIII-2017	A	1-XII-2018			
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	10-I-1986	17-XI-1989	R	1-I-1992	13		D,Res
San Marino		28-IV-2005	A	1-VIII-2006			
Suiza	3-IV-2007	26-IV-2007	R	1-VII-2007			

Fuente: Web oficial de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. última revisión 7 de noviembre de 2020.

ordenamientos jurídicos carecen de dichas normas por desconocer la figura. Sin embargo, debe destacarse que el Convenio no constituye de ningún modo un medio para la promoción o el apoyo de los *trusts* por un Estado que no conoce la figura. De hecho, el Convenio no se aplica si el trust se rige por la ley de un Estado que lo desconoce (art 5).

En cuanto al reconocimiento (Capítulo III, artículos 11 a 14), la propia norma nos explica que será reconocido como tal todo trust creado de conformidad con la ley a que se refiere el capítulo precedente. Este reconocimiento implicará como mínimo que los bienes del trust sean distintos del patrimonio personal del *trustee* que éste pueda actuar como demandante o demandado y que pueda comparecer en calidad de *trustee* ante notario o cualquier persona que ejerza una función pública.

El último capítulo contiene disposiciones generales, como la de que las disposiciones del Convenio podrán excluirse si su aplicación fuere manifiestamente incompatible con el orden público (art. 18) o que el Convenio no afectara la competencia de los Estados en materia fiscal (art. 19).

Con el objetivo de permitir el reconocimiento de otros *trusts* el Convenio modifica algunos de los rasgos polémicos del trust anglosajón, como por ejemplo la duplicidad de propiedades, que no se menciona sino que la figura gira entorno a la constitución de un patrimonio separado, independiente del patrimonio personal del *trustee*, que es su titular, y que queda protegido de sus acreedores personales (arts. 2.a y 11). Tan sólo se aplica el Convenio al *express trust* (art. 3), constituido por voluntad del constituyente, inter vivos o mortis causa descartando los *trust* de creación judicial (*constructive trust*). Además, se exige para el reconocimiento de un trust que exista prueba de su existencia por escrito (art. 3), frente a la característica del trust inglés donde no hay requisitos formales. Por último, se admiten los *purpose trusts*<sup>23</sup>, destinados al cumplimiento de finalidades específicas, sin destinatarios concretos, y que están prohibidos en Derecho inglés a no ser que persiga alguno de los fines específicos en la ley (fines caritativos).

### Principios de Derecho Europeo de Trust de 1999

Los Principios de Derecho Europeo de Trust, en inglés *Principles of European Trust Law* (PETL), de 1999, constituyen una iniciativa diferente de la anterior ya que ésta es una propuesta académica de principios europeos que rijan la institución del *trust*. Los autores de esta obra son D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann y H.L.E. Verhagen, quienes decidieron redactar una serie de reglas generales que pudieran ayudar a aquellos estados interesados en acoger la figura sus ordenamientos. El libro sintetiza los aspectos más problemáticos del *trust*.

De acuerdo con el artículo 1,

«en un trust, una persona llamada *trustee* es propietaria de unos bienes, que se mantienen separados de su patrimonio personal, y ha de afectar dichos bienes (el “fondo” del trust) al beneficio de otra persona llamada “beneficiario” o a la promoción de una finalidad».

---

<sup>23</sup> MOFFAT, G, *Trusts Law: Text and Materials*. Cambridge University Press, 2005, p. 246 y ss. .

En consecuencia, se pueden extraer tres características fundamentales:

- el *trustee* recibe la propiedad de los bienes;
- también existe segregación del fondo respecto al patrimonio personal del trustee;
- y el beneficiario tiene derechos personales frente al fondo fiduciario y puede tenerlos reales frente al trustee y frente a terceros a quienes se transmitan los bienes indebidamente.<sup>24</sup>

#### Borrador de Directiva sobre fondos protegidos de 2009

También cabe mencionar el «Borrador [académico] de Directiva sobre Fondos Protegidos» de 2009. El grupo de trabajo que trabajó sobre los *PETL* en 1999 publicó unos años más tarde una propuesta de borrador sobre fondos protegidos con el objetivo de utilizar el trust con fines comerciales.

Aunque este borrador escapa a los fines de este trabajo al no tratarse de una materia de derecho de familia, nos gustaría reseñar cómo se describe el trust que «debe ser creado con un fin comercial y no, como ocurre frecuentemente con los *trusts*, con fines caritativos o con la finalidad de administrar la riqueza familiar para varias generaciones».

De acuerdo con el artículo 3 del Borrador:

- «1. En un fondo protegido, los bienes son propiedad de un administrador en beneficio de uno o más beneficiarios.
2. Los bienes de un fondo protegido constituyen un patrimonio separado del patrimonio privado del administrador y del patrimonio de cualquier otro fondo protegido bajo titularidad de esa persona.
3. En consecuencia, un acreedor carece de acción contra: (a) el patrimonio del fondo protegido respecto a una deuda privada de su administrador;  
(b) el patrimonio privado del administrador respecto a una deuda del fondo protegido.
4. Un fondo protegido no resulta afectado por el concurso de su administrador en relación con el patrimonio privado del administrador o con el de otro fondo protegido.
5. Un fondo protegido incluye cualesquiera (a) frutos de los bienes del fondo; (b) bienes sustituidos por otros bienes del fondo.»

En el artículo 7 se indica que el administrador debe ser una persona jurídica o una persona física que pertenezca a una de las categorías contenidas en el anexo del Borrador de Directiva (notarios, abogados en ejercicio, contables, etc.) y el fondo se crea mediante documento firmado por el constituyente o constituyentes y la aceptación por parte de la persona designada como administrador (art.4).

---

<sup>24</sup> Para conocer un poco más sobre su trasfondo histórico visitar: <https://www.hcch.net/es/news-archive/details/?varevent=74>

### Borrador de Marco Común de Referencia de 1999 (Libro X sobre trusts)

El denominado Borrador de Marco Común de Referencia, en inglés *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* consiste en una iniciativa de investigación financiada y apoyada por la Comisión Europea.

Se han ido sucediendo distintos acercamientos a la hora de intentar armonizar el derecho privado en Europa. Desde las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994 sobre un Código civil europeo<sup>25</sup> al DCFR creado desde la Comisión Europea.

El DCFR consta de diez libros que abarcan distintas materias, como el Derecho de obligaciones, contratos en particular, cuasicontratos, responsabilidad extracontractual, transmisión y garantías sobre bienes muebles, etc.).

El trust viene recogido en el libro X, que tiene más de cien artículos, incluso más que el *Uniform Trust Code* mencionado anteriormente cuando hablábamos del trust en Estados Unidos.

Me ceñiré por ello a destacar los hechos más importantes, y me remito para saber acerca de aspectos más técnicos o la opinión de la doctrina anglosajona y civilista al ensayo “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión” de Sergio Cámara Lapuente.

Estamos ante un texto muy extenso que intenta dar respuesta a cualquier duda que pueda surgir alrededor de esta figura, desde la creación hasta su extinción, pasando por las obligaciones y derechos de los intervinientes o las relaciones frente a terceros.

El régimen jurídico de la figura está inspirado en el Derecho inglés, pero con el afán de encontrar encaje con las categorías «continentales». El DCFR abarca todo tipo de *trusts*, incluidos aquellos con fines de garantía o de liberalidad; de hecho, sus reglas prestan bastante atención a la constitución por testamento y expresamente se estatuye la prioridad de las reglas del Derecho sucesorio y el respeto a los límites a la libertad de disposición del causante (X-2:402).

Para conocer que se entiende por trust hay que remitirse a los primeros artículos:

Art. X.– 1:201: «Definición del trust.

«Un trust es una relación jurídica en la que un fiduciario está obligado a administrar o disponer de uno o más bienes (el fondo fiduciario) de acuerdo con las estipulaciones que rigen la relación (estipulaciones del trust) para beneficiar a un beneficiario o promover fines de utilidad pública».

La definición gira por tanto en torno al fiduciario, sus derechos, y obligaciones.

Art. X.– 1:202: «Efectos jurídicos especiales de un trust.

(1) Un trust tiene eficacia de acuerdo con las reglas del Capítulo 10 (Relaciones con terceros) con el efecto de que el fondo fiduciario debe ser considerado como un

---

<sup>25</sup> Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 (DOCE, C 158, de 26 de junio de 1989, págs. 400-401) y de 6 de mayo de 1994 (DOCE, C 205, de 25 de julio de 1994, pág. 518).

patrimonio distinto del patrimonio personal del fiduciario y de cualesquiera otros patrimonios ostentados o gestionados por el fiduciario.

(2) En particular (y con la excepción de que exista alguna causa distinta a que simplemente el fondo fiduciario es ostentado por el fiduciario):

(a) Los acreedores personales del fiduciario no pueden accionar contra el fondo fiduciario, ni mediante embargo ni por procedimientos concursales.

(b) El fondo fiduciario no está sujeto a las reglas que confieren derechos reales con base en relaciones matrimoniales o familiares.

(c) Los sucesores del fiduciario no están legitimados a beneficiarse del fondo fiduciario a la muerte del fiduciario».

En cuanto a este artículo hay que resaltar que se crea un patrimonio distinto del patrimonio personal del fiduciario, de manera que no afectan al trust las reclamaciones de los acreedores personales o de los sucesores del fiduciario, ni las consecuencias de las relaciones matrimoniales o familiares de éste

Además de los tres sujetos habitualmente implicados en un trust, se hace referencia al *trust auxiliary*, que tiene la facultad de destituir al fiduciario o aceptar su renuncia. El constituyente puede ser fiduciario o uno de los beneficiarios y el fiduciario puede ser uno de los beneficiarios, pero una sola persona no puede ocupar las tres posiciones jurídicas. Los fiduciarios son personalmente responsables de las deudas del trust <sup>26</sup>, pero tienen derecho a repetir contra el fondo del trust <sup>27</sup>, aunque también los acreedores del propio trust pueden reclamar directamente contra él <sup>28</sup>.

Los artículos 5 y 6 <sup>29</sup> contienen un largo listado de facultades y deberes del fiduciario, cabiendo la posibilidad de conferir plena discrecionalidad al fiduciario para decidir a su arbitrio, salvo estipulación en contrario si debe ejercer sus funciones y, en caso afirmativo, cuándo y cómo. En concreto, el art. X-5:101 establece:

«Discrecionalidad del fiduciario.

(1) Sin perjuicio de las obligaciones que el fiduciario tiene de acuerdo con este Libro y de las excepciones previstas por otras normas, los fiduciarios tienen libertad para determinar cuándo y cómo es oportuno el ejercicio de sus facultades y arbitrio en aras a cumplir sus obligaciones de acuerdo con el trust.

(2) Salvo que las estipulaciones del *trust* u otras normas establezcan otra cosa, los fiduciarios no están vinculados y no deben sentirse vinculados por ninguna directriz o deseo de cualquiera de las partes del trust o de otras personas.

---

<sup>26</sup> Art. X.-10:201 DCFR.

<sup>27</sup> Art. X.-6:201 DCFR.

<sup>28</sup> Art. X.-10:202 DCFR.

<sup>29</sup> Arts. X.-5:101 a 103 y 5:201 a 208 y X.6:101 a 110, 6:201 a 205 y 6:301 DCFR.

(3) Los fiduciarios no están obligados a explicar las razones del ejercicio de su arbitrio o discrecionalidad salvo que el *trust* busque promover un fin de utilidad pública o cuando las estipulaciones del trust establezcan lo contrario.»

## 5.EL TRUST CIVILIZADO

### 5.1 INTRODUCCIÓN

El ensamblaje de esta figura en ordenamientos no perteneciente a la tradición del *Common Law* puede parecer imposible desde un punto de vista teórico, pero en la práctica, existe un gran número de países que han acogido la figura sin necesidad de transponer los rasgos más puramente anglosajones, como la doble propiedad o el papel supervisor de los tribunales. Esto se encuentra respaldado por estudios de Derecho comparado que muestran como el trust no presupone ni la noción de propiedad dividida ni la *Equity*<sup>30</sup>.

Dentro de los sistemas jurídicos de Civil Law existen múltiples modelos de «adaptación» o incorporación del esquema del trust. Todos ellos, tienen en común la segregación patrimonial sin recurrir a una nueva personalidad jurídica y los amplios poderes de gestión y disposición del fiduciario. Así, por ejemplo, el modelo escocés, que cuenta en muchos aspectos con un Derecho patrimonial y sucesorio más próximo al francés que al inglés, considera propietario al fiduciario y confiere al beneficiario sólo derechos personales. En Quebec el *trust*/fiducie se erige en un patrimonio autónomo, sin propietarios. En Luxemburgo (Leyes de 1983 y 2003) se parte de la noción de patrimonio afectado a un fin desde los mimbres de la fiducia pura romana «corregida» (en el sentido de eliminar la teoría del doble efecto, como se hiciera en Alemania o por el Tribunal Supremo español). En Liechtenstein (1926) o San Marino (2005) se sigue en buena medida el patrón inglés, pero introduciendo una serie de garantías relativas a la formalización por escrito, la intervención notarial, la consideración de determinadas certificaciones y registros, etc. Pese al interés que todos estos sistemas plantean a la hora de estructurar el trust conforme a categorías civilistas, no todas estas legislaciones abren el campo de aplicación de estos instrumentos a la protección patrimonial de la persona y la familia, sino que algunos circunscriben sus usos a aplicaciones comerciales de tipo inversor o financiero.

Me centraré en los casos concretos de Francia e Italia, por tratarse de dos sistemas jurídicos cercanos al español que han utilizado distintas vías para ensamblar el trust en sus ordenamientos.

---

<sup>30</sup> Así, v. GRETTON, G. «Trusts without Equity», *The International and Comparative Law Quarterly*, 49, 2000, 599; HONORÉ, T., «Trusts: The Inessentials», GETZLER, J. (dir.), *Rationalising Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, Butterworths, London, 2003; CÁMARA LAPUENTE, «El «trust» y la fiducia...», cit. [2003], p. 1131-1136 y 1166. También, KOESSLER, J., «Is There Room for the Trust in a Civil Law System? The French and Italian Perspectives», 1 marzo 2012, p. 2-3 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=2132074>; última consulta 30.9.2012) y WATANABE, H., «Trusts without Equity» and Prospects for the Introduction of Trusts into European Civil Law Systems», *The Quarterly Review of Corporation Law and Society* [Waseda Institute for Corporation and Society], 23, 2010, p. 187-200.

## 5.2 EL TRUST EN FRANCIA

Ha sido largo el proceso que se ha seguido hasta que se ha podido instaurar la figura del trust en el ordenamiento francés. Desde los primeros trabajos del escritor Lepaulle <sup>31</sup> sobre la base de la noción de patrimonio de afectación, pasando por dos proyectos de ley (1992 y 2005) para regular la *fiducie* como reflejo del trust hasta finalmente acabar en la Ley n.º 2007-211, de 19 de febrero de 2007, que incorpora la fiducia en el ordenamiento jurídico francés. Francia es uno de los países europeos que ha firmado el Convenio de La Haya sobre *trusts* pero que no ha llegado nunca a ratificarlo.

Los primeros proyectos de ley, especialmente el segundo, la proposición de ley sobre la fiducia presentada en el Senado francés de febrero 2005, sirvieron como fuente de inspiración a la regulación actual. La ley 2007-211, de 19 febrero de 2007 (JORF nº44 du 21 février 2007, (en adelante Ley 2007), introduce la figura de la *fiducie* en el Título XIV del Libro III del Código Civil Francés (CCF). La ley ha sufrido modificaciones en distintos momentos, pero todas las disposiciones civiles concernientes la *fiducie* están integradas en el Código Civil francés. La fiducia está ubicada en el Libro III CCF, donde se regulan los contratos. Dentro del Libro III, y justo antes de esta figura, está el Título XIII dedicado al mandato, y seguido el Título XV que se ocupa de la transacción. Los artículos 2011 a 2030 del CCF concernientes a la fiducia constituyen reglas aplicables a todo tipo de fiducia, como si se tratara de un marco general.

Es preciso mencionar también el Libro IV CCF, dedicado a las garantías ya que la fiducia se puede utilizar con fines de gestión o como instrumento de garantía. El régimen de la fiducia-gestión, se ubica en el Subtítulo I, Título II, Libro IV del CCF. El régimen de la fiducia garantía mobiliaria se encuentra en la Sección 2ª del Capítulo IV, Subtítulo II, Título II, Libro IV CCF, las disposiciones de la fiducia garantía inmobiliaria están localizadas en el Capítulo VIII, Subtítulo III, Título II, Libro IV CCF.

El CCF define la figura en su artículo 2011. La *fiducie* es una operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios, quien/es los mantienen separados de su propio patrimonio, actuando dentro de un objetivo determinado en provecho de uno o varios beneficiarios.

El contrato por el cual se crea la *fiducie* tiene que cumplir con ciertas formalidades. En primer lugar, es obligatoria su constancia por escrito. Segundo, es indispensable la pertinente inscripción en la agencia tributaria del domicilio del fiduciario o en la correspondiente a los no residentes en el caso de que el fiduciario no tenga domicilio en Francia, dentro del plazo de un mes a partir de la constitución de la fiducia (artículo 2019 CCF).

---

<sup>31</sup> LEPAULLE, P., «De la nature du trust», Journal du Droit International Privé, julio-octubre 1927, págs. 966-982; ID., «La notion du trust et les institutions équivalentes en droit français», Bulletin de la société de législation comparée, 1929, págs. 312-356; ID., Traité théorique et pratique des Trusts en Droit interne, en Droit fiscal et en Droit international, Rousseau & Cie., Paris, 1932.

Finalmente, en caso de que el gravamen recaiga sobre un inmueble hay que cumplir con la obligación de dotar de publicidad (*publicité foncière*<sup>32</sup>) a la operación para que la nueva titularidad produzca efectos frente a terceros. Si el bien gravado es un bien inmueble o forma parte de una comunidad indivisible o de una comunidad de gananciales entre los esposos, es requisito *ad solemnitatem* constituir la *fiducie* por medio de una escritura pública. Las mismas formalidades requiere la designación del beneficiario realizada con posterioridad a la constitución de la *fiducie*.

De acuerdo con el artículo 2018 CCF, el contrato de *fiducie* será nulo si no contiene las siguientes mencione:

- Bienes, derechos o garantías transmitidos (presentes o futuros, determinados o determinables);
- duración del contrato (máximo 99 años desde la firma del contrato);
- identidad de personas intervinientes: constituyente(s), fiduciario(s), beneficiario(s); en este último caso, basta con establecer reglas que permitan su ulterior determinación;
- objetivo de la *fiducie* y la extensión de los poderes de administración de los fiduciarios.

Cabe destacar la estipulación contractual por la que la satisfacción de parte o totalidad de los créditos nacidos de la gestión y conservación del patrimonio fiduciario corre a cargo del fiduciario (art. 2025, II CCF). Además, la satisfacción de dichos créditos ha de limitarse al valor del patrimonio fiduciario, siempre que todos los acreedores de éste lo acepten expresamente (art. 2025, III CCF).

Por lo que respecta a los sujetos intervinientes, originariamente, la Ley de 2007 limitaba la constitución de la *fiducie* a las personas jurídicas sujetas al impuesto de sociedades. No obstante, tras las sucesivas reformas, el campo de aplicación se ha sido extendido a todas las personas jurídicas, y físicas, aunque, el régimen aplicable difiere a veces según que el constituyente sea persona jurídica o física.

Puede ser beneficiaria toda persona física o jurídica. Incluso los propios constituyentes y fiduciario, pueden ser designados beneficiarios. La identidad del beneficiario debe determinarse en el contrato de constitución de la *fiducie*, o al menos ser determinable de acuerdo con las estipulaciones de éste. Cabe incluso la constitución de *fiducie* sin designación de beneficiario, que puede ser designado en un documento posterior.

En un primer momento sólo podían ser fiduciarios las personas jurídicas, tales como establecimientos de crédito e instituciones de inversión, así como aseguradoras (artículo 2015 CCF). Con la reforma introducida por la Ley 2008-776, de 4 agosto 2008<sup>33</sup>, desde el año 2008 los abogados también pueden ser fiduciarios, con la especificidad de que se

---

<sup>32</sup> "*Publicité foncière*" es una formalidad administrativa introducida por el Decreto 55-22, de 4 enero 1955 (JORF du 7 janvier 1955 page 346) que consiste en el deber de hacer públicas las operaciones concernientes a derechos sobre bienes inmuebles, a fin de que dichas operaciones sean oponibles a los terceros. El documento modificativo de la situación jurídica debe ser depositado ante el notario y todo interesado puede conocer la situación del inmueble, una vez solicitada la información en forma prevista por la ley.

<sup>33</sup> JORF n°0181 du 5 août 2008 page 12471 texte n° 1.

prohíbe ser fiduciario a los que a la vez sean curadores o tutores del constituyente. Asimismo, la *Ordonnance 2009-112* en su artículo 9, precisa que en caso de concurrencia primará la legislación específica de la fiducie sobre el estatuto de abogado. De esta forma, se suprime la obligación de secreto profesional, a fin de hacer controlable la actividad del fiduciario. Luego el papel de fiduciario puede ser desempeñado por ciertas profesiones reglamentadas, incluidos los abogados (art. 2015 CC.) que, de acuerdo con el nuevo artículo 6.5 del Reglamento Interno del Colegio de Abogados de París<sup>34</sup>, deben conciliar el secreto profesional con la obligación de adoptar las medidas necesarias para que autoridades judiciarias, administrativas y colegiales puedan efectuar los controles y verificaciones previstas por la ley y los reglamentos en esta materia, inclusive en lo que respecta a su contabilidad.

El fiduciario debe manifestar que actúa por cuenta del patrimonio fiduciario cada vez que desempeñe sus funciones en el marco de la fiducie (art. 2021 CCF). Se prohíbe la fiducia secreta. La limitación de sus poderes únicamente es oponible frente a terceros cuando se demuestre que éstos la conocían (artículo 2023 CCF).

El fiduciario está obligado a conservar los bienes entregados y a mantenerlos separados de su propio patrimonio ya que el patrimonio transmitido en fiducie constituye un patrimonio separado del patrimonio personal del fiduciario, inatacable por sus acreedores personales. La apertura de un procedimiento de reorganización financiera o liquidación judicial en beneficio del fiduciario tampoco afecta al patrimonio de la *fiducie* (art. 2024 CCF). El fiduciario debe informar a los terceros de la condición en la que actúa y es responsable de su actuación. Debe informar a los terceros de la condición en la que actúa y es responsable de su actuación mientras desempeñe sus funciones (art. 2026 CCF).

Las causas de extinción de la *fiducie* se encuentran enumeradas en el art. 2029 CCF (renuncia de todos los beneficiarios; expiración del término; desaparición del fiduciario debida a una disolución, absorción, cesión, liquidación judicial o la pérdida de la calidad de abogado; realización del objetivo perseguido) y su concurrencia da lugar a la devolución del patrimonio fiduciario al constituyente (art. 2030 CCF).

Con todo, y compartiendo el pensamiento de Sergio Cámara, podemos decir que la fiducie francesa no ha conseguido transponer la naturaleza propia del trust ya que, aunque tal separación patrimonial se contempla en los arts. 2024 y 2025 CC., se permite en algunos casos que el patrimonio del constituyente o del propio fiduciario puedan responder de la insuficiencia del patrimonio fiduciario e incluso se prevé que la limitación de responsabilidad estrictamente al patrimonio fiduciario sólo puede oponerse a los acreedores que expresamente lo hayan aceptado<sup>35</sup>

Sin dejar de mencionar otras diferencias importantes, como que la fiducie es un contrato o que sólo pueden ser fiduciarios ciertas personas jurídicas profesionalizadas y los abogados. Como es lógico esta figura seguirá evolucionando en los próximos años y habrá

---

<sup>34</sup>Reglamento interno del Colegio de Abogados de París. Disponible en [http://dl.avocatparis.org/reglement\\_interieur/RIBP.htm](http://dl.avocatparis.org/reglement_interieur/RIBP.htm)

<sup>35</sup>CÁMARA LAPUENTE, S., *Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión*, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 7685, 2011.

que estar atentos a futuras modificaciones destinadas a solventar los posibles problemas que vayan apareciendo.

Finalmente, debemos referirnos a la Ley 2010-658 de 15 de junio, relativa a *l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, que ha consagrado la figura del patrimonio de afectación en el derecho francés, al reconocer, a quien se dedique a una actividad empresarial, la posibilidad de afectar al desempeño de ésta los bienes, derechos, obligaciones y garantías necesarios para su ejercicio y los que, sin ser necesarios, sean utilizados con ese fin (art. L.526-6 *Code de Commerce*). La razón de la afectación no es sino absorber los riesgos derivados del ejercicio profesional y preservar los demás bienes del empresario individual de sus deudas profesionales. En la actualidad, se pueden crear hasta varios patrimonios adscritos al ejercicio de diferentes actividades empresariales, aunque no podrá un mismo bien, derecho, obligación o garantía entrar en la composición de más de un patrimonio afectado<sup>36</sup>.

### 5.3 EL TRUST EN ITALIA

Italia es uno de los países que firmó y ratificó el Convenio de La Haya sobre *trusts*. Es curioso cómo esta figura ha ido desarrollándose en Italia mediante la creación de *trusts* por los particulares, al amparo de leyes extranjeras y el apoyo de notarios y profesionales del derecho, antes que por la vía del desarrollo legislativo. Si bien es cierto que se han presentado ya varios proyectos de ley destinados a regular la figura del trust desde un punto de vista sustantivo, son los tribunales quienes siguen confirmando la validez de los llamados *trusts* internos, consagrados notarialmente<sup>37</sup>.

No deja de ser curioso cómo, a pesar de ser todas las personas implicadas ciudadanos italianos (constituyente, fiduciario y beneficiario), y recayendo el trust sobre bienes que están en Italia, la situación se pueda regir por una ley extranjera elegida por el constituyente y los tribunales italianos puedan admitir su validez. Dicha admisión, que se basa en una determinada interpretación del Convenio de La Haya de 1985 (en particular, de los arts. 6, 13 y 15), cuenta también con detractores, aunque está avalada por una gran cantidad de resoluciones judiciales y administrativas dictadas desde el año 2000. Esta interpretación puede chocar con el Derecho Internacional Privado ya que, tanto en nuestro país como en otros países cercanos se sigue la tesis del elemento extranjero puro, recogida en España por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia. Según esta tesis, una situación privada tiene carácter internacional, convirtiéndose en objeto del Derecho internacional Privado, cuando en ella está presente un elemento extranjero, con independencia de la naturaleza jurídica del elemento o de su mayor o menor importancia<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> MARTÍN SANTISTEBAN, S., *La afectación de bienes en el ámbito del derecho de la persona, la familia y la sucesión. Una propuesta de regulación para el derecho español*. Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

<sup>37</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión*, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 7685, 2011.

<sup>38</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, (última edición).

Es elemento extranjero cualquier dato presente en la relación jurídica concreta que no aparece conectado con el país cuyos tribunales conocen del asunto. Pueden ser elementos personales o subjetivos, elementos objetivos de la relación o elementos locales. Además, el elemento extranjero transforma la situación privada en internacional con independencia de su intensidad, relevancia y debe afectar a la naturaleza del problema jurídico planteado.

Luego no sería posible la constitución artificial de tales trusts internos si no existe un elemento relevante de extranjería en las relaciones a que da lugar el trust (art. 13 del Convenio). Ello me hace entender esas críticas que han llevado a decir que genera una «desigualdad injustificable»<sup>39</sup> o discriminación causante de una «seria situación de competencia desleal», pues el trust foráneo tendría efectos legales en estos países, pero los actores locales no podrían emplear esta figura<sup>40</sup>. Aunque, como he señalado, la corriente doctrinal mayoritaria hoy en Italia a favor de los trusts internos, ha sido refrendada por la jurisprudencia y la praxis notarial, administrativa y registral de ese país<sup>41</sup>

Como decíamos antes, en Italia no se ha regulado ningún instrumento inspirado en el trust anglosajón, como sí ha hecho en cambio Francia. No obstante, mediante el Decreto-Ley de 30 de diciembre de 2005 (ratificado por el Congreso el 9 de febrero de 2006) se ha introducido en el Código civil italiano (CCI) el nuevo art. 2645ter sobre la inscripción de actos de destino, que ha venido a refrendar y simplificar en buena medida la citada constitución de trusts internos.

El artículo 2645ter regula la inscripción y oponibilidad a tercero de aquellos actos de destino o vinculación que respondan a un “interés merecedor de tutela”, abarcando todo tipo de ámbitos (gestión, garantía, liberalidad) y con posibles usos muy interesantes en el ámbito de la familia (infra, apartado III.2). No se establecen restricciones a las condición de constituyente o fiduciario y se consagra la segregación patrimonial con una fórmula sencilla.

El art. 2645ter CCI introdujo un concepto novedoso en el derecho italiano: el «acto de vinculación» o destino y aunque en apariencia el precepto tiene sólo por objeto su régimen de inscripción, una lectura más detallada demuestra que contempla cuestiones sustantivas relativas a la eficacia y requisitos del negocio jurídico. De acuerdo con el precepto,

---

<sup>39</sup> HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN, Principles, cit., p. 10-11; MALAGUTTI, «El trust», cit., p. 342; CHECA MARTÍNEZ, El trust..., cit., p. 101; GONZÁLEZ BEILFUSS, El trust..., cit., p. 117-118; BROGGINI, G., «Il trust nel diritto internazionale privato italiano», en BENEVENTI, I. (dir.), I trusts in Italia, oggi, Giuffrè, Milano, 1996, pág. 11 y ss.

<sup>40</sup> GRIMALDI, M., BARRIÈRE, F., «Trust and Fiducie», en HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., JOUSTRA, C., DU PERRON, E. (dirs.), Towards a European Civil Code, 2.ª ed., Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen-The Hague-London-Boston, 1998, pág. 567 y ss., en especial, pág. 576.

<sup>41</sup> El promotor de la tesis favorable a los trusts internos fue LUPOLI (Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell’Aja, Diritto italiano, Giuffrè, Milano, 1994, pág. 162; ID., «Legittimità dei trusts “interni”», en BENEVENTI, I trusts..., cit., pág. 37 y ss.; ID., «Riflessioni comparatistiche sui trusts», Europa e Diritto Privato, 1998, págs. 436-438; Trusts. A Comparative..., cit., págs. 351-362).

«Los actos resultantes de acto público, con los cuales se destinan bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros público, por un período no superior a noventa años o por la duración de la vida de la persona física beneficiaria, a la realización de intereses merecedores de tutela referibles a personas con discapacidad, a administraciones públicas o a otros entes o personas físicas en el sentido del art. 1322, segundo inciso, pueden ser inscritos con el fin de hacer oponible a terceros el vínculo de destino; para la realización de tales intereses puede accionar, aparte del constituyente, cualquier interesado también durante la vida del constituyente mismo. Los bienes conferidos y sus frutos pueden ser empleados sólo en la realización del fin de destinación y pueden constituir objeto de ejecución, salvo en lo previsto por el art. 2915, primer inciso, sólo por deudas contraídas con tal finalidad.»

Del tenor literal de la norma se extrae importante información referente a la forma del negocio jurídico, su objeto, duración, el tipo de vinculación o afección admitidas, la inscripción y oponibilidad, los legitimados para reclamar, y la segregación patrimonial que conlleva la figura.

Como ha afirmado la doctrina italiana<sup>42</sup>, los particulares pueden gravar bienes con vínculos de destino:

- típicos, como ocurre con el «fondo patrimonial» regulado en los artículos 168 y ss. del CCI destinado al levantamiento de cargas familiares o con los «fondos de previsión y asistencia» (artículo 2177 CCI);
- o mediante vínculos de destino atípicos, a través de la estructura negocial que elijan (como es el caso de un trust), creando así un patrimonio separado de fuente negocial, siempre que el destino, como establece el art. 2645ter, constituya un «interés merecedor de tutela».

Por lo que respecta a qué se entiende por “interés merecedor de tutela”, cabe distinguir tres pensamientos al respecto: quienes consideran que sólo pueden considerarse merecedores de tutela los intereses lícitos; quienes entienden que, junto con al juicio de licitud, debe adoptarse también un juicio ético sobre lo que es socialmente útil y solidario y, por tanto, merece protección por ser de utilidad pública (sobre la base de las referencias a la administración y los discapacitados); y quienes optan por un entendimiento más técnico de lo que son intereses dignos de tutela, a través de una comparación de los intereses en juego, esto es, los propios de los acreedores y los perseguidos con el acto de vinculación. De acuerdo con esta tesis, la *meritevolezza* sólo se refiere a la separación patrimonial y a la oponibilidad, no al acto de destino en sí, plenamente válido.

Por último, me gustaría hacer una mención a la Ley nº 112 de 22 de junio de 2016, titulada “Dopo di Noi”. Se trata de una norma tributaria que menciona mecanismos de protección patrimonial como los *trusts*, los vínculos de destino ex art. 2645 ter CCI y los fondos especiales compuestos de bienes sujetos a vínculo de destino. Esta norma busca favorecer el bienestar, la plena inclusión social y la autonomía de las personas con discapacidad tal y como afirma su primer artículo.

---

<sup>42</sup> Por todos, BIANCA, M., «Acto negocial de destino y separación de patrimonios», en ARROYO AMAYUELAS, E. (dir.), *El trust en el Derecho civil*, cit., p. 157-183, en especial, p. 159; ID. (dir.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645ter del Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2007.

La citada norma contempla por una parte la creación de un fondo público asistencial, y, por otra parte, incentivos fiscales a la constitución de contratos de seguros (art. 5), *trusts*, vínculos de destino y fondos especiales compuestos por bienes sujetos a vínculo de destino (art. 6), siempre que resulte beneficiaria una persona con discapacidad grave. Para gozar de los beneficios fiscales la ley requiere que el trust, vínculo de destino ex art. 2645 ter o la constitución del fondo especial compuesto por bienes sujetos a vínculo de destino, se constituyan en documento público, el cual ha de contar con el contenido mínimo desarrollado en el art. 6.3 de la ley<sup>43</sup>. La entrada en vigor de la norma ha vuelto a abrir el debate acerca de una normativa interna nacional que permita la creación de patrimonios de afección.

## 6. REFLEXIONES EN TORNO A LA UTILIDAD Y REGULACIÓN DE LA FIGURA EN DERECHO ESPAÑOL

Tras esta somera presentación de la figura del trust, cabe preguntarse si nuestro legislador decidirá en un futuro su incorporación nuestro ordenamiento. Hemos dado de ejemplos de países de nuestro entorno, como Francia o Italia, donde está figura, de un modo u otro, se ha introducido y es una realidad en la práctica jurídica nacional. Ni siquiera es necesario irse al extranjero para ver acercamientos a esta figura (Cataluña). Por ello, para terminar este trabajo trataré la actualidad del trust en nuestro país.

En derecho común el trust es a día de hoy una figura inexistente. Tendríamos que retrotraernos al año 2003 para encontrar la primera muestra de una figura que quiere asemejarse al trust pero que no puede definirse como tal. Me refiero a Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad<sup>44</sup>. A pesar de importantes semejanzas entre ambas figuras lo que interesa resaltar es que no se puede comparar con el trust por una serie de razones: no existe la separación patrimonial respecto del resto del patrimonio personal del discapacitado; existe una falta de disociación entre titularidad, gestión y disfrute, ya que el propietario es el propio beneficiario y, no el fiduciario; administrador (no propietario) es un «representante legal» del patrimonio, con menos poderes y libertad que un *trustee*.

Van a ser los patrimonios protegidos de derecho catalán y navarro los que realmente van a suponer un intento de trasplantar la figura del trust, aunque mediante la creación de un patrimonio autónomo en lugar de un patrimonio separado. Me refiero a los patrimonios protegidos en favor de personas discapacitadas o dependientes, regulado por un lado en el derecho catalán por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia y, por otro lado, en el derecho navarro por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación

---

<sup>43</sup> MARTÍN SANTISTEBAN, S., *La afectación de bienes en el ámbito del derecho de la persona, la familia y la sucesión. Una propuesta de regulación para el derecho español*. Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

<sup>44</sup> Esta ley busca favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad

del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Ambas regulaciones coinciden en los aspectos sustanciales: consiguen separar el patrimonio protegido de los patrimonios personales del constituyente, fiduciario y beneficiario, y sortean la necesidad de introducir una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal, si bien difieren algunos detalles<sup>45</sup>.

Todo ello nos lleva a retomar las dos grandes preguntas que planteaba al principio del trabajo: en primer lugar, si realmente un instrumento análogo al trust sería una institución necesaria en nuestro ordenamiento o si por el contrario va a generar más inseguridad jurídica que utilidad y, en segundo lugar, si se puede llegar a introducir tal figura en nuestro derecho sin entrar en conflicto con nuestros principios jurídicos

Es cierto que existen gran cantidad de figuras jurídicas que cumplen un objetivo similar en nuestro ordenamiento como las sociedades, fundaciones, mandatos, depósitos o negocios fiduciarios entre otras. Pero estas figuras presentan una serie de vacíos que el trust sí puede cubrir y no terminan de proporcionar el mismo alcance que el trust. Como argumento a favor de la necesidad de esta figura hay que mencionar que en el mundo del *common law* existen figuras como las mencionadas conviviendo con el trust por lo que tal vez el legislador debería revisar si realmente nuestras herramientas jurídicas son suficientes para cubrir todas las situaciones jurídicas actuales. En cuanto a los posibles problemas que puede generar trasplantar la figura en un país de *civil law*, tenemos el ejemplo de cómo han hecho Francia o Italia, luego, si bien no exenta de dificultades, estamos ante una tarea complicada pero no imposible. Si se determina claramente las funciones de la figura su funcionamiento y sus límites, la recepción no tendría por qué generar inseguridad alguna. Es más, la experiencia de otros países de nuestro entorno puede servirnos para aprender de sus aciertos y errores

Al tratarse de una figura ajena a nuestra tradición jurídica, a pesar de no ser desconocida su existencia debido a la importancia que entraña en el mundo de los negocios y en las relaciones privadas de otros ordenamientos, creo que lo más acertado sería c dotar de regulación jurídica a esta figura. Ya se ha hecho de forma satisfactoria en otros países civilistas, por lo que me decantaría más por el modelo francés que por los *trusts* internos italianos, que han generado gran inseguridad jurídica en un primer momento, al ser una materia nueva y desconocida por los tribunales y en general para los profesionales del derecho. Con un completo sistema de normas se evitaría cualquier tipo de inseguridad. Ya se ha mencionado la obra de Sonia Martín Santisteban sobre la afección de los bienes en el ámbito del derecho de familia, por citar sólo un ejemplo de posible regulación de la institución. En la obra se fijan pautas para la recepción de esta figura en el derecho español, desde la naturaleza del patrimonio de afectación con finalidad asistencial, pasando por todo lo concerniente a su creación, duración y un largo etcétera, que sienta las bases a la posible inserción del trust en nuestro ordenamiento. Con un sistema

---

<sup>45</sup> Por ejemplo, el hecho de que el patrimonio protegido del derecho navarro sólo puede constituirse por el propio discapacitado con capacidad suficiente, sus representantes legales o algún miembro de la comunidad o grupo familiar de la que forme parte, mientras que la regulación catalana no restringe la protección patrimonial de la discapacidad al ámbito familiar (Art. 3.2 de la Ley estatal 21/2003 y art. 227-3 del CC.Cat.)

completo como el mencionado no existiría argumento alguno para contestar negativamente a las dos preguntas planteadas.

El *trust* es una figura que se utiliza cada vez más en países cercanos geográfica y culturalmente y que, a mi parecer, interactuará cada vez más con nuestro territorio. La salida del Reino Unido de la Unión Europea, como máximo exponente de esta figura dentro de la Unión, no debería suponer un retroceso en los argumentos a favor de instaurar esta figura, o al menos no debería serlo. Las personas van a seguir viajando y generando relaciones jurídicas transfronterizas y la globalización es sin duda un fenómeno imparable que juega en este caso un papel importante. Se van a seguir creando *trusts* con arreglo al derecho extranjero y tarde o temprano tendremos que ofrecer respuesta los vacíos legales existentes. Si algo he aprendido a lo largo de este ensayo es que la figura del *trust* no es sinónimo de evasión fiscal e inseguridad. Todo ello dependerá de la regulación que el propio ordenamiento, el legislador, español en este caso, quiera dar a la figura. Con unas normas claras y concisas, estaríamos ante una figura de gran utilidad para la sociedad y economía, por el alcance y flexibilidad que la caracterizan.

## 7.CONCLUSIONES

La principal aportación de mi investigación es acercar esta figura jurídica a cualquier persona interesada en saber cómo funciona. No ha sido una tarea sencilla sintetizar en un trabajo como esta tanta información. Es cierto que en algunos apartados me he visto en la obligación de omitir cierto contenido que tal vez no es indispensable para el nivel de la obra, pero espero haber expuesto de manera clara las principales particularidades del trust.

Tras todo este estudio todavía me es complicado definir el *trust* pero todas las definiciones expuestas parten de unas mismas premisas: un sujeto transmite bienes a otro que los administra en beneficio de un tercero. Luego hay tres posiciones, ocupadas cada una por uno o más sujetos que cumplen diferentes roles: quien crea el trust, quien lo administra y quien se beneficia de él. De aquí surgen cientos de variantes en cuanto a los distintos intervinientes y habrá que atender a las normas específicas de cada territorio para saber su alcance y limitaciones.

Toca realizar en este punto una serie de consideraciones que son de vital importancia para entender la naturaleza de esta figura como ejemplo que el *trust* no tiene personalidad jurídica y que no puede considerarse un contrato. Entonces, ¿qué es exactamente? Es preciso resaltar aquí que estamos ante una disociación subjetiva entre la gestión de los bienes o derechos y los beneficios económicos es distinta la persona que gestiona o dispone de los bienes y aquella que posee el derecho de goce. Se van a transmitir bienes o derechos a un patrimonio separado del patrimonio personal de quien lo gestiona o incluso a un patrimonio autónomo (sin titular o propietario), dependiendo de cómo lo legislan los distintos sistemas legales. Otro importante aspecto es el hecho de que los acreedores personales del titular del patrimonio separado no puedan atacar esos bienes o que se limiten las facultades de disposición del titular sobre el patrimonio separado, siendo posible, en su caso llegar incluso a recuperar los bienes indebidamente transmitidos.

Explicar el trust desde la perspectiva del *Common Law* y al mismo tiempo exponer como se entiende esta figura en países de tradición civilistas como Francia o Italia creo que es una vía útil para hacer ver al lector, no tanto las características específicas de cada ordenamiento, pero sí entender sus elementos principales, las distintas funciones que nos proporciona, y su adaptación a todo tipo de ordenamientos. Desde las leyes en Francia que introdujeron esta figura, hasta los trust internos en Italia y las distintas obras mencionadas a nivel internacional; proporcionan los conocimientos necesarios para entender el *trust* así como las distintas variantes que se han ido creando en distintos países para entender y aceptar el trust en los distintos ordenamientos.

En referencia a las últimas palabras del párrafo anterior, esta obra me sirve como preámbulo de un posible futuro trabajo donde se analizaría la figura del trust de una manera más detallada y especialmente relacionada con la posible inclusión de esta en el ordenamiento español.

# **BIBLIOGRAFÍA**

## **MONOGRAFÍAS**

- CÁMARA LAPUENTE, S., La fiducia sucesoria secreta, cit., pág. 1393 y ss.
- CÁMARA LAPUENTE, S., TRUSTS Y PATRIMONIOS FIDUCIARIOS COMO VÍAS DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA, LA FAMILIA Y LA SUCESIÓN, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7685, 2011.
- LEPAULLE, P., «De la nature du trust», Journal du Droit International Privé, julio-octubre 1927, págs. 966-982; ID., «La notion du trust et les institutions équivalentes en droit français», Bulletin de la société de législation comparée, 1929, págs. 312-356; ID., Traité théorique et pratique des Trusts en Droit interne, en Droit fiscal et en Droit international, Rousseau & Cíe., Paris, 1932.
- LUPOI, Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano, Giuffrè, Milano, 1994
- MARTIN SANTISTEBAN, S., La afectación de bienes en el ámbito del derecho de la persona la familia y la sucesión. Una propuesta de regulación para el derecho español, 1ª Edición, Tirant lo Blanch Valencia, 2020, p. 52-61.
- MCCANN, P., Corporations & Trust Law: The Application of Legal Principles in Business. Better Teams Publications, 2013.
- MITCHELL, C., Constructive and Resulting Trusts. Hart Publishing, 1ª Edición, 2010.
- MOFFAT, G., Trusts Law: Text and Materials. Cambridge University Press, 2005, p. 246 y ss. .
- SMITH, L., Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law, Cambridge University Press, 2012.
- VILARÓ COLÓN, J. D., LA UNIDAD DEL PATRIMONIO Y EL TRUST. DE LA FIDUCIA, EL FIDEICOMISO Y EL “TRUST”, Tesis doctoral Facultad de Derecho Universidad de Valladolid, 2015.

## **ARTÍCULOS EN REVISTAS**

- MARTIN SANTISTEBAN, S., “La figura del trust en los Estados Unidos de América. Sus aplicaciones en el derecho de familia”, Revista Indrect, n°x, 2008, pp 1-36.
- GOIKOECHEA, I., LOS INSTRUMENTOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO QUE FACILITAN EL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES Y LAS INVERSIONES, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Año 3, N° 5; marzo 2015; p. 45-63

## CAPÍTULOS EN OBRAS COLECTIVAS

- GOLDSTONE, H., WHITAKER, K., HUGUES, J.E., Family Trusts: A Guide for Beneficiaries, Trustees, Trust Protectors, and Trust Creators. Editorial John Wiley & Sons Inc, 2015.
- HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., The Law of Trust and Trustees. A Treatise Covering the Law Relating to Trust and Allied Subjects Affecting Trust Creation and Administration with forms. Third edition. Sections 1-46. Minnesota: Thomson West, 2007, p. 32-33.
- Reid Kress Weisbord, David Horton, Stephen K. Urice /Wills, Trusts, and Estates: The Essentials/ Wolters Kluwer Law & Business, 2020. p. 473 y ss.
- UNDERHILL, A. y HAYTON, D. J., Law relating to Trusts and Trustees, 14.<sup>a</sup> edición, Ed.Sweet and Maxwell, London, 1987, p. 3

## TEXTOS LEGALES

- Charities Act 2011.
- Código Civil de Quebec (Civil Code of Quebec), art. 1260.
- Financial Services and Markets Act 2000.
- 
- Pensions Act 2004 and Pensions Act 1995
- Recognition of Trusts Act, 1987.
- Trustee Act 1925 y Trustee Act 2000.
- Trustee Investments Act 1961,

## JURISPRUDENCIA

- Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 (DOCE, C 158, de 26 de junio de 1989, págs. 400-401) y de 6 de mayo de 1994 (DOCE, C 205, de 25 de julio de 1994, pág. 518).

## WEBGRAFÍA

- Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59#:~:text=30%3A%20Convenio%20de%201%20de,al%20Trust%20y%20a%20su%20Reconocimiento&text=El%20hecho%20de%20que%20el,la%20existencia%20de%20un%20trust>.
- National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: <https://my.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments/viewdocument?DocumentKey=a6c0ac6f-d2ff-4309-9060-e6bb065254b7>.
- Web oficial de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: <https://www.hcch.net/es/about>

