

Los patrimonios fiduciarios y el *trust*^{*}

por

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Profesora Titular Departamento de Derecho Civil UB

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA REVIVISCENCIA DEL PATRIMONIO «DE DESTINO» O «AFECTACIÓN»:
 1. DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL PATRIMONIO [...].
 2. [...] A LA CONSIDERACIÓN UNITARIA DE LOS BIENES DESTINADOS A UNA FINALIDAD.
 3. EL «DESTINO» COMO BASE DE LA AUTONOMÍA DE PATRIMONIOS (INDEPENDIENTES O SEPARADOS):
 - 3.1. *La evolución de la teoría clásica del patrimonio.*
 - 3.2. *La situación en España.*
 - 3.2.1. Instrumentos de cohesión.
 - 3.2.2. Patrimonios autónomos de destino (sin personalidad).
 - 3.2.3. Patrimonios separados de destino.
- III. ¿LÍMITES DE ORDEN PÚBLICO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIOS FIDUCIARIOS?:
 1. PRESENTACIÓN DEL *TRUST* COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE ACTIVOS.
 2. EL *ASSET PROTECTION TRUST* Y SUS MODALIDADES: UK, EE.UU., QUÉBEC.

(*) El trabajo constituye una versión ligeramente modificada de una anterior publicada bajo el título «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad», en GARRIDO MELERO, Martín-FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, II, Madrid-Barcelona, Consejo General del Notariado-Bosch casa ed. (eds.), 2005, 857-906, y que con el permiso de los autores reproduzco aquí. El artículo forma parte de las actividades del Grupo de investigación consolidado UB-UAB dirigido por el Profesor FERRAN BADOSA COLL, financiado y con reconocimiento de la Generalitat de Catalunya (2005 SGR 00759) y se integra igualmente en el proyecto MEC SEJ 2005-08987, también dirigido por el mismo Profesor BADOSA.

3. AUTONOMÍA NEGOCIAL VS. FAVOR CREDITORIS EN LAS JURISDICIONES QUE RECONOCEN EL TRUST.
4. ¿Y EN ESPAÑA? EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL. EXCEPCIONES Y GARANTÍAS.

IV. CONCLUSIONES.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO

El mayor atractivo de la incorporación del *trust* en los países de *Civil Law* radica en la creación de patrimonios separados, afectados a la consecución de determinadas finalidades, que eviten el recurso a figuras típicas del sistema civilista como la creación de nuevas personas jurídicas —opción económicamente menos rentable— o el mandato —supuesto que, en ciertos casos y respecto determinadas gestiones (*vgr.*, inversión en fondos) el mandante no posee los conocimientos necesarios para dar instrucciones al mandatario.

El objetivo de las páginas que siguen es modesto y simplemente apunta algunos datos que permiten explicar por qué el reconocimiento y posterior regulación del *trust* en nuestro país no chocaría con ningún principio de orden público. No pretendo explicar cuáles son las bases conceptuales sobre las cuales se debería regular el instituto (1), sino tan sólo constatar la existencia en el Derecho español (y catalán) de algunos de los elementos que le son inherentes, como los patrimonios autónomos y separados, reconocidos tanto por la legislación como por la doctrina y la jurisprudencia. Seguidamente analizaré por qué creo que la operación de afectar bienes en *trust* no merece ningún tipo de rechazo basado en una hipotética infracción del artículo 1.911 del Código Civil y, como ejemplo, utilizaré la hipótesis del *trust* «de protección de activos», por ser su recepción en los países que ya regulan el *trust* la que más polémica suscita en torno a la aceptación de que determinados bienes o rentas queden al abrigo de los acreedores personales del constituyente.

(1) Para una perspectiva completa y cuidada de los aspectos que caracterizan al *trust* en sus múltiples manifestaciones, vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El *trust* y la fiducia: Posibilidades para un armonización europea», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, 1099-1172. Con especial detenimiento en la fiducia en Québec, CANTIN CUMYN, Madeleine, «The trust in a civilian context: the Québec case», 2 (1994), *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 69-77; ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «La regulación quebequesa del *trust*», 10-11 (2001), *La Notaría*, 91-119.

En otro lugar analizo con detalle el articulado del anteproyecto de ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios. Ello excusa que dedique al mismo una atención poco más que testimonial en estas páginas (2).

II. LA REVIVISCENCIA DEL PATRIMONIO «DE DESTINO» O «AFECTACIÓN»

El patrimonio es el conjunto de bienes que pertenecen a una persona y con los cuales ésta responde de sus obligaciones (art. 1.911 del CC) (3). Es una universalidad (bienes, derechos, frutos, rentas) cuyas características vienen descritas por la existencia del principio de subrogación real, la posibilidad de expansión mediante la incorporación de nuevos bienes y la autofinanciación (4).

1. DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL PATRIMONIO [...]

Los principales exponentes de lo que en Francia se conoce como «teoría unitaria» del patrimonio son los alsacianos Charles AUBRY (1803-1883) y Frédéric-Charles RAU (1803-1877) (5), que detalladamente la explican en su *Cours de Droit civil français* (6), en el que asumen y posteriormente desa-

(2) ARROYO AMAYUELAS, Esther, «¿Porqué el *trust* en Cataluña?, en *La Notaría*, monografía especial dedicada a la publicación de las actas del *III Congrès de Dret Civil Català: «Els patrimonis fiduciaris i el trust»* (Tarragona, 20 y 21 de octubre de 2005), dirigido por Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar (en prensa).

(3) En el ámbito del Código Civil entienden que las deudas forman parte del patrimonio, como elemento pasivo, DE LOS MOZOS, José Luis, «Aproximación a una teoría general del Patrimonio», 2 (1991), *Revista de Derecho Privado*, 595, 603; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, I, Librería Bosch, Barcelona, 2002¹⁵, 507. Para el Derecho Civil catalán, vid. BADOSA COLL, Ferran, en BADOSA COLL, Ferran (dir.) - MARSAL GUILLAMET, Joan (coord.), *Manual de Dret Civil català*, Marcial Pons (ed.), Barcelona-Madrid, 2003, 204, que explica que la inclusión o no del pasivo es algo que depende en cada caso de la regulación concreta.

(4) BADOSA, *Manual*, 203-204.

(5) Para la biografía y el método de estos autores, vid. HALPÉRIN, Jean Louis, *Histoire du Droit Privé français depuis 1804*, PUF, Paris, 1996, § 34, 65-66; JESTAZ, Philippe-JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2003, 80-82.

(6) AUBRY, Charles-RAU, Charles, *Cours de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1917⁵, §§ 573-583, 333-382. Según leo en KUHN, Céline, *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité* (tesis dirigida por el Prof. Dr. Thierry Revet, Paris I, 2003), los autores desarrollan su propia teoría sobre el patrimonio ya a partir de la 4.ª edición; la 5.ª edición, que es la que ahora se maneja, fue continuada por el hijo de RAU con FACILMAIGNE y GAULT pero al final la acabó el profesor de Derecho Civil de la Universidad de París, ETIENNE BARTIN (entre 1897 y 1922); una 6.ª edición fue abordada por ESMEIN (entre 1936 y 1956).

rollan las tesis previamente expuestas por Karl Salomo ZACHARIÄ VON LINGENTHAL (1769-1843), en un manual escrito por primera vez en 1808 para las zonas germánicas en las que se aplicaba el *Code Napoléon* (7). Este autor, a su vez, no hacía más que asumir la importancia que la pandectística había otorgado a la idea de patrimonio (8).

De este último, ZACHARIÄ predicaba las notas de universalidad y de inherencia a la personalidad. «Patrimonio» y «personalidad» debían reputarse conceptos indisolubles hasta el extremo de confundirse:

«[D]as Vermögen ist nicht selbst ein äusserer Gegenstand, sondern nur die Idee der rechtlichen Einheit alle der Gegenstände, die einer bestimmten Person gehören, oder die Persönlichkeit des Menschen selbst in ihrer Beziehung auf die äusseren Gegenstände seiner Rechte. Das Vermögen ist daher ein rechtliches Ganzes, eine Gesamtheit (Universitas juris)» (9).

«[...] das Vermögen is die Persönlichkeit des Menschen selbst, diese in Beziehung auf die Güter betrachtet, ueber welcher der Mensch gebietet» (10).

«[D]er Mensch erwirbt sein Vermögen nicht, sonder er hat, wenn und so lange ihm die Eigenschaft der Persönlichkeit zukommt, kraft Gesetzes ein Vermögen, wenn sich auch das Vermögen, das er hat, seinen Gegenständen nach in der Zeit vermehren oder vermindern kann» (11).

Consecuente con todo ello, ZACHARIÄ desarrolló la idea de que el patrimonio es indivisible, a lo que no obsta la división en partes alcuotas (12).

pero ésta no contiene la teoría del patrimonio y, en fin, una 7.^a edición fue llevada a cabo por A. PONSARD, pero no pudo ser finalizada (1989). El trabajo de la Dra. KUHN es inédito, por lo que le agradezco enormemente la amabilidad que ha tenido al enviármelo desde la Faculté de Droit et Economie de l'Université de La Réunion para que pudiera consultarlo. Sobre la teoría desarrollada por AUBRY y RAU, ahora, ZENATTI, Frédéric, «Mise en perspectiva et perspectives de la théorie du patrimoine» (2003), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 667-677.

(7) Aquí se citará la 7.^a edición de 1886. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Karl Salomo, *Handbuch des französischen Privatrechts*, III, Ernst Mohr's Verlag, Heidelberg, 1886⁷ (edición preparada por Heinrich Dreyer).

(8) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 573, 529, n. 1, con cita de WINDSCHEID, *Pandekten*, I, § 42: «[D]ie Lehre von dem Vermögen beruht auf den Abstraktionen der deutschen gemeinrechtliche Doktrin».

(9) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 573, 530.

(10) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 575, 532.

(11) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 575, 534.

(12) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 573, 530: «Es kann nur in sovielste Theile, nicht aber in für sich bestimmte oder für sich bestimmte Theile (nur in partes quotas und nicht in partes quantas) getheilt werden». También, *op. cit.* § 575, 532-533: «[O]bwohl das Vermögen, wenn man es für sich und abgesehen von der Person seines Eigenthumers betrachtet (nach sovielsten Theilen, nach partibus quotis) theilbar ist, so ist es doch in Beziehung auf seinen Eigenthümer oder so ist doch das Eigenthum am Vermögen (ganz so wie die Persönlichkeit des Eigenthümers selbst) ein untheilbarer Gegenstand. [...] Eben so können die Gläubiger einer bestimmten Person obwohl ihr Schuldner einen Theil seines (dermaligen) Vermögens verschenkt hat, dennoch wegen des

Por tanto, una misma persona no puede ser titular de dos patrimonios puesto que si, como se acaba de decir, el patrimonio es emanación de la personalidad, ésta no puede reconocerse en dos patrimonios distintos:

«[...] eine und dieselbe Person nicht mehr als ein Vermögen besitzen, es ware denn, dass die Gesetze eine und demselben Individuo eine mehrfache Persönlichkeit beilegen oder dass sie von dem Vermögen einer Person gewisse Güter gleich als ein für sich bestehendes Vermögen -sei es dem Eigenthümer des Vermögens (beneficium inventarii, s. auch Art. 1483) oder dritten Personen (beneficium separationis, Art. 878)- zu sondern gestatteten» (13).

AUBRY y RAU retoman casi literalmente las consideraciones de ZACHARIÄ y definen el patrimonio —apenas con este nombre tipificado en el *Code*— como una universalidad de bienes presentes y futuros, con valor pecuniario y, sobre todo, «dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'home» (14). Se continúa afirmando que el patrimonio es una prolongación de la personalidad —aunque no se confunde con ella— (15) y, por tanto, de ahí se sigue que sólo las personas pueden ser titulares de un patrimonio y que toda persona sólo posee un patrimonio (aunque actualmente no posea ningún bien) (16). Como la personalidad, el patrimonio es indivisible (salvo en cuotas ideales) y además así lo impone su naturaleza incorporal (17). No deja de reconocerse que existen «certaines universalités juridiques qui s'en distinguent», como el beneficio de inventario o la *separatio bonorum* hereditaria, pero tal separación de la herencia y del patrimonio personal del heredero no hace sino confirmar que, en realidad, ambos forman parte de él (18).

ganzen Betrages ihrer Forderungen auf das gesammte übrige Vermögen ihres Schuldners Beschlag legen».

(13) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 573, 530.

(14) AUBRY-RAU, *Cours*, § 573, 334-334. La frase en cursiva en pág. 334, n. 6: «[L]e patrimoine étant dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer, comprend, non seulement *in actu* les biens déjà acquis, mais encore *in potentia* les biens à acquérir. C'est ce qu'exprime très bien le mot allemand *Vermögen*, qui signifie tout à la fois, *pouvoir* et *patrimoine*. Le patrimoine d'une personne est sa puissance juridique, considérée d'une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d'espace»; además, *Cours*, § 577, 349, 351: «[...] il ne le perd [le patrimoine] qu'en perdant, avec la vie, sa personnalité même». En cuanto a la valoración económica, que permite entrar en funcionamiento el principio de la subrogación real y explicar la teoría de los daños y perjuicios debidos, vid. *Cours*, § 575, 340-346.

(15) AUBRY-RAU, *Cours*, § 576, 347.

(16) AUBRY-RAU, *Cours*, § 573, 335-336.

(17) AUBRY-RAU, *Cours*, § 574, 336, 339; § 577, 352.

(18) AUBRY-RAU, *Cours*, § 574, 338-339.

Tales construcciones teóricas permitían explicar el principio de transmisión *mortis causa* de los bienes (19) y, sobre todo, la responsabilidad universal ilimitada del deudor (20).

En definitiva y para resumir: si el patrimonio es atributo de la personalidad, entonces debe necesariamente imputarse a un titular, pero no es posible ser titular de dos patrimonios a la vez, puesto que el patrimonio de una persona comprende todos sus bienes a la vez. Y, de la misma manera que no pueden existir personas sin patrimonio —porque son los bienes los que responden de los actos de las personas—, tampoco pueden existir bienes sin propietario porque éstos siempre y sólo existen por intermediación de la persona.

2. [...] A LA CONSIDERACIÓN UNITARIA DE LOS BIENES DESTINADOS A UNA FINALIDAD

La pandectística cuestionó que el patrimonio debiera necesariamente mantener su unidad en base a su relación con una persona e introdujo la idea según la cual éste podía «pertenecer» también a una finalidad. Se da paso así a la teoría del patrimonio de destino o finalidad (*Zweckvermögen*). La novedad cabe imputarla a Aloys BRINZ (1820-1887) (21), según cuenta Ernst

(19) *Cours*, § 577, 349, 351 : «[...] il ne le perd [le patrimoine] qu'en perdant, avec la vie, sa personnalité même»; *Cours*, § 582, 373: «[...] le patrimoine s'identifiant en quelque sorte avec la personnalité [il en résulte que ceux qui sont simplement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens d'un individu décédé, sans continuer sa personne juridique, ne succèdent, à vrai dire, qu'à ces biens, et non au patrimoine, et ne sont, par conséquence, que des successeurs particuliers (...)]». *Vid.* también SÉVE, R., «Déterminations philosophiques d'une théorie juridique: la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau», 24 (1979), *Archives de Philosophie de Droit*, 249.

(20) *Cours*, § 579, 366-368: «[L]'indivisibilité du droit de gage établi par l'art. 2.092 conduit à reconnaître que tous les biens faisant partie du patrimoine d'une personne sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes ses obligations, quelle que soit l'époque à laquelle ces obligations ont pris naissance, et celle à laquelle ces biens ont été acquis, sans que les créanciers antérieurs aient aucune préférence à réclamer sur les créanciers postérieurs, et sans qu'à l'inverse les derniers puissent prétendre primer les premiers, sur les biens qui ne se trouvaient pas encore dans le patrimoine du débiteur au moment où il s'est engagé envers ceux-ci».

(21) BRINZ, Aloys, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1873², §§ 59-64, 209 y sigs.; en concreto, § 61, 201-202: «[S]prachlich kann etwas nicht blos irgendwem, sondern auch für etwas gehören. Es ist unsere Behauptung, dass wie sprachlich, so rechtlich etwas für etwas gehören könne, dass in der That einzelne Sachen wie ganze Vermögen in ansehnbaren Massen für etwas gehören, und dass alle die Sachen und Vermögen, die das Römische Recht das einmal juristisch nüchtern als *res nullius*, das anderemal populär-personificierend als Güttern, Städten, Tempeln und gar vielen anderen Dingen —gehörig hinstellt, sämtlich für etwas gehört haben. Der Beweis hierfür liegt mehr als in allem anderen in lögischer Nothwendigkeit. Da keine Person zu nennen ist, der sie gehört haben, muss etwas gewesen sein, wofür sie gehört haben. Um eben deswillen haben sie für ein Zweck gehört; denn in dem wofür liegt unabweichlich

Immanuel BEKKER (1827-1916) que es quien luego desarrolla —y modifica— sus ideas (22). La teoría del patrimonio de destino toma sus bases ideológicas de la de los derechos sin sujeto y, en su esencia, está la reacción contra la ficción, desarrollada por SAVIGNY (1779-1861) (23), que suponía otorgar personalidad jurídica a un patrimonio (24).

En palabras de BRINZ, el patrimonio de destino se caracteriza, precisamente, por ser un patrimonio sin sujeto e incompatible con él (25). Es el destino y no la persona lo que permite entender que los bienes no son *nullius* y, por tanto, aquél sustituye a ésta en el mantenimiento de su unidad. BEKKER, por el contrario, incluye entre los patrimonios de destino también al de las personas jurídicas (26). Además, en el desarrollo del pensamiento de BRINZ, BEKKER da un paso más al admitir afectaciones parciales (*partiale Zweckvermögen*) que dan lugar a los llamados «*Sondergüter*» o «*Sondervermögen*», es decir, patrimonios con una finalidad determinada dentro del patrimonio general del individuo. La característica principal de tales patrimonios es que su existencia permitirá limitar la responsabilidad patrimonial del deudor y, a los ejemplos del Derecho romano clásico (peculio, dote, hipoteca legal), BEKKER añade el que modernamente proporcionaba el Derecho Mercantil de la época, con el florecimiento de las sociedades mercantiles (27). El patrimonio sepa-

der Zweckgedanke. Folgeweise nannten wir derlei Vermögen Zweckvermögen»; *op. cit.*, § 124, 451: «[E]s gibt aber Vermögen ohne Inhaber. In diesen tritt dann an die Stelle des Habens der weitere Begriff des Gehörens, und an die Stelle der Person die hat oder der gehört, ein Zweck für den gehört»; *idem*, BRINZ, Aloys, *Lehrbuch der Pandekten*, III-2 Abtheilung, I. Lieferung, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1888, § 432-454, 453 y sigs.

(22) BEKKER, Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Hermann Böhlau, Weimar, 1886, § 42, 142: «[B]rinz ist so zu sagen der Vater des “Zweckvermögens”».

(23) SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, Beit und Comp., Berlin, 1840, § 85 y sigs., 235 y sigs. Sobre todo ello, COING, Helmut, *Derecho Privado europeo*, II, Fundación Cultural del Notariado (ed.), Madrid, 1996 (trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, en base a la obra original, *Europäisches Privatrecht*, II, Beck, München, 1989), 422-428. Comenta la reacción desde la perspectiva francesa, HALPÉRIN, *Histoire*, 198-200.

(24) BRINZ, *Lehrbuch*, I, § 59, 194: «[N]ur die Menschen sind Personen»; *op. cit.*, III-2, § 432, 459.

(25) BRINZ, *Lehrbuch*, I, § 62, 207: «[D]as *pertinere ad aliquem* und *ad aliquid* schliesst sich gegenseitig aus»; *op. cit.*, III-2, § 432, 457: «[I]nsolange nicht der Zweck anstatt des Subjektes als Gehörpunkt des Vermögens anerkannt wird, ist Zweckermögen in meinem Sinne nicht vorhanden».

(26) Para la réplica, BRINZ, *Lehrbuch*, I, § 62, 207-208.

(27) BEKKER, *System*, I, § 42, 142, § 43, 146: «[I]m Gegensatz zu der Regel, dass Obligatorische Akte gegen ein ganzes Vermögen wirken, wird in besonderen Fällen nur ein Teil eines Vermögens Objekt der entstehenden Forderungen». Para los ejemplos, *op. loc. cit.* § 43, 147 y sigs. Además, BEKKER, «Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handels Vermögen und Actiengesellschaften» IV (1861), *Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht*, 499-567, esp. 537 y sigs.

rado es, pues, un patrimonio que se segrega del general del deudor, que ya no responde subsidiariamente de las deudas que aquél genera. La originalidad frente a la tesis de BRINZ radica en que en la concepción de este autor el patrimonio de destino es único y, por tanto, responde siempre en base a la regla general «[E]in Vermögen, dieselben Schulden» (28). Con todo, la afirmación fue rebatida posteriormente por el mismo BRINZ que alegaba que, todo lo contrario, mientras que la persona responde siempre con todo su patrimonio — porque de ella son las deudas—, el afectado a un fin sólo lo hace frente a los acreedores con los que debe ponerse en relación la finalidad o el destino — porque, a diferencia de lo que ocurre con el «Personalvermögen», las deudas del «Zweckvermögen» pertenecen a él y no a una persona (29).

Siguiendo con la teoría de BEKKER, la separación no puede ser arbitraria ni indiscriminada. El autor matiza que debe ser la ley, no el deudor unilateralmente ni de acuerdo con sus acreedores, la que opere tales límites sobre las reglas generales de la responsabilidad (30). Sobre tal aserto volveremos posteriormente, esta vez a la luz de los principios establecidos en las codificaciones modernas (vid. *infra* II Parte).

(28) BEKKER, *System*, I, § 42, 143: «[D]ie Berücksichtigung der Schulden bei dem Vermögen drängt aber sofort auch zu einer andern Wahrnehmung. Ein Vermögen, dieselben Schulden; das gilt als Regel zweifellos. Aber bisweilen ergreifen dieselben Schulden, ein besonderes auf diese Zweck gerichtetes Tun der bei der Erzeugung der Schulden beteiligten Personen [...] nur einen Teil der zu einem grösseren Vermögen zusammengeschlossene Rechte [...] Damit ist die Notwendigkeit der Annahme des Sonderguts gegeben, dessen volle Bedeutung auch in der neuesten Brinzschen Darstellung nicht zur Geltung kommt».

(29) BRINZ, *Lehrbuch*, III, § 432, 457-458: «[E]s ist auch hier mit der Behauptung zu beharren, dass das Wesen der Obligation in einer Haftung liegt, dass beim Personenvermögen, insoweit sich Schulden (*personae obligationes* im Gegensatz zu den *rei obligationes*) in demselben befinden, die Person haftet, dass von wegen dieser Haftung nicht nur die *actio* sondern auch die *executio in personam* geht, letztere jedoch nunmehr gegen eine gewisse Eigenschaft der Person, nämlich gegen deren Pertinenz d.i. ihr derzeitiges Vermögen gerichtet ist, und in Losreissung desselben von der haftenden Person, und zwar des haftenden Vermögens oder einzelner Vermögensstücke besteht. Da kommt es nun allerdings, dass bei gewissen Schulden das Vermögen des Schuldners nur bis zu dem Werthe eines gewissen Vermögenskomplexes (des *Peculium* bei der *actio de Peculio*, der *merx pecularis* bei der *tributoria*) oder nur in diesem gewissen Complexe selbst (z.B. Actienvermögen) der execution verfällt, allein die Sonderung datirt erst von der Execution, die Schuld selbst ist auch hier eine der Person, nicht des Vermögens oder am Vermögen, und alles Vermögen das die Person hat, ist auch hier Ein Vermögen. Soweit das Personenvermögen. Was aber das Zweckvermögen anlangt, so sind auch hier die Passivobligationen nicht am Vermögen, sondern der Zweck als einer der dotirt ist oder dotirt sein wird, mit dem Gläubiger in Verbindung (*ligamen*), und wird diesem das Zweckvermögen wieder erst mit der Execution fällig».

(30) BEKKER, *System*, I, § 43, 143: «[S]ondergut stehen nach festen Rechtregeln, nicht durch beliebige Willenserklärungen der Vermögensherrn, auch nicht durch vertragsmässige Einigung mit dem Gläubiger der entstehenden Forderung»; *op. cit.* § 43, 152.

3. EL «DESTINO» COMO BASE DE LA AUTONOMÍA DE PATRIMONIOS
(INDEPENDIENTES O SEPARADOS)

3.1. *La evolución de la teoría clásica del patrimonio*

Fiel a la tradición nacional que la precede, la teoría (luego calificada de «objetiva» por los franceses) que basa la idea de patrimonio, no en la personalidad sino en la finalidad, ha continuado siendo reconocida y asumida por la doctrina alemana contemporánea (31). Efectivamente, aunque se parte de la idea de que, como regla general, la persona tiene un solo patrimonio —compuesto por todos los elementos presentes valorables económicamente—, también se admite que, excepcionalmente y por razones que pueden ser muy diversas, junto al patrimonio principal del sujeto coexistan otros especiales, afectos a un régimen particular de administración, disposición y responsabilidad por deudas. Se detallan, entre otros, la masa del concurso, la herencia, el fideicomiso, o el patrimonio común de los cónyuges constante el matrimonio. De este último ejemplo se deduce que no sólo un mismo titular puede tener más de un patrimonio (el general y el/los especial/es), sino que también un patrimonio («especial») puede tener más de un titular (32).

Se admite sin problemas la existencia de patrimonios distintos y se niegan, por tanto, los dogmas de la unidad y la indivisibilidad a los que la doctrina francesa todavía tanto apego conserva, tal y como se explicará a continuación. La alemana, por el contrario, en su aproximación al tema obvia la noción de sujeto —lo que no significa que niegue su existencia— y, por tanto, prescinde de la idea de patrimonio único para dar paso a la (posible) pluralidad de los mismos.

En su formulación pandectística originaria, tales principios tuvieron eco en parte de la doctrina francesa de principios del siglo xx. Efectivamente, la teoría clásica, de la que se ha afirmado con acierto que concibe el patrimonio como expresión económica de la personalidad (33), fue cuestionada por au-

(31) TUHR, Andreas von, *Derecho Civil*, I-1, Depalma, Buenos Aires, 1946 (anastática, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, del original alemán *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* [sin indicación de fecha]), § 19, 334: «[L]a situación peculiar del patrimonio especial fluye de los fines especiales que lo determinan» (con cita de BRINZ, *Pandekten*, 1.ª ed., § 226, del cual se dice que define acertadamente el patrimonio especial como «patrimonio afectado a un fin»).

(32) Sobre todo ello, TUHR, *Derecho Civil*, I-1, § 19, 333-349 y § 20, 351-367; LARENZ, KARL, *Allgemeine Teil des deutschen Rechts. Ein Lehrbuch*, Beck, München, 1980, § 17, II-III, 278-28.

(33) MACDONALD, Roderick, «Reconceiving the Symbols of Property: universalities, Interests and other heresies», 39 (1994), *McGill Law Journal*, 770.

tores como GAZIN (34), DEMOGUE (35), PLASTARA (36) o JALLU (37) (*ius priuatis*) o DUGUIT (38) (*ius publicista*) (39).

Con todo, sigue teniendo todavía hoy adeptos, a pesar de los matices que se reconoce que deberían introducirse en ella (40); son los mismos que además objetan a la doctrina germánica que, en realidad, la teoría de la afectación es tan personalista como la subjetiva francesa puesto que aquella no prescinde nunca del sujeto que es quien, en definitiva, realiza la elección del destino (41).

Brevemente, en lo que ahora interesa lo que debe resaltarse es que, como regla general, los autores franceses se muestran reticentes a la hora de admitir la libertad de los particulares para crear un régimen especial de responsabilidad a la que afectar parte de sus bienes. En coherencia con tal planteamiento, han merecido críticas los sucesivos intentos de incorporar en el ordenamiento jurídico francés la noción de patrimonio de afectación, a pesar de que la concepción francesa nunca ha admitido la ausencia de titular del patrimonio afectado al fin establecido por el constituyente: ni en los primeros proyectos de regulación de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada de principios del siglo pasado (EURL) (42) ni, más modernamente, en sendos

(34) GAZIN, H., *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse, Université de Dijon, 1910.

(35) DEMOGUE, R., «La notion de patrimoine», en *Les notions fondamentales du Droit privé. Essai critique*, Rousseau, Paris, 1911.

(36) PLASTARA, G., *La notion juridique de patrimoine*, Thèse, Paris, 1903.

(37) JALLU, O., *Essai critique sur la notion de continuation de la personne considéré comme principe de transmission à titre universel*, Thèse, Paris, 1902.

(38) DUGUIT, *Traité du Droit Constitutionnel*, III, 1930², § 73, 309-310, 336.

(39) Un estado de la cuestión, KUHN, *Le patrimoine*, 137-138, de quien tomo las citas apuntadas en notas anteriores. Y allí remisión a FROMIOND-HEBRARD, B., *Essai sur le patrimoine en Droit Privé*, Thèse, Université de Paris, II, 1998, § 48 y sigs., 50 y sigs.

(40) Entre los partidarios, COHET-CORDEY, Frédérique, «La valeur explicative de la théorie du patrimoine en Droit positif français», 4 (1996), *Révue trimestrielle de Droit français*, 826-829; FLOUR, Jacques-AUBERT, Jean Luc, *Les obligations. I. L'acte juridique*, Paris, 1996⁷, 18-22; TERRÉ, François-SIMLER, Philippe, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 1998⁵, 7-8; COURBE, Patrick, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 2001, 14-16. Otros autores, en pro y en contra, citados en DUNAND, Jean-Philippe, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre». Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000, 345-346.

(41) KUHN, *Le patrimoine*, 139: «[L]a dimension personnelle n'est cependant pas étrangère à la théorie objective: même si le fondement se veut rationnel, un but n'existe pas en soi, il exprime toujours un choix. Ainsi le sujet et sa volonté ne sont pas si loin... L'affectation implique l'existence d'une décision en amont, la mise en place de tout patrimoine dépend naturellement de l'activité juridique de la personne. Ces auteurs refusent de voir le lien avec la personne» (la autora se refiere a los autores franceses seguidores de la doctrina alemana).

(42) En relación con las propuestas de Raymond SALEILLES, que seguían en buena parte las tesis germánicas, COHET-CORDEY, «La valeur explicative», 822, justificaba, ella misma, la negativa a aceptar que el modelo fuera el del patrimonio de afectación con los

proyectos de ley sobre la fiducia (20 de febrero de 1992, 8 de febrero de 2005) ya abandonado el primero (43) y parece que *de facto* también el se-

siguientes argumentos: «[C]es propositions nous paraissent effectivement contestables à plus d'un égard. Abstraction faite des difficultés liées à leur mise en oeuvre, elles sont inacceptables en ce qu'elles font fin d'un élément primordial: la personne du titulaire des biens. Certes, elles ne vont pas jusqu'à supposer, à l'instar de certes thèses allemandes, la négation de la personne en cherchant à instituer des patrimoines sans maître. Mais elles ne font plus de la personne le pivot de la théorie du patrimoine et, par voie de conséquence, du gage des créanciers [...]» *Idem*, resume la posición de los partidarios de la llamada «teoría objetiva». DUNAND, *Le transfert*, 345: «[L]a théorie classique aurait, enfin, comme défaut de permettre à tout individu de fragmenter, au détriment de ses créanciers, son patrimoine en une multitude de masses, ayant chacune leur actif et leur passif particulier».

(43) En la cuestión escrita que formulaba el parlamentario M. Alain Vasselle (Oise-RPR), publicada en el *JO Sénat* de 22 de diciembre de 1994, 2999, éste preguntaba al Ministro de Finanzas qué previsiones había sobre la aprobación del proyecto de ley sobre la fiducia del año 1992. A lo que éste respondía: «Pour tenir compte de l'intérêt qu'il y aurait à introduire la fiducie dans le droit français, le Gouvernement a procédé à un réexamen du projet de loi mentionné par l'honorable parlementaire. Un nouveau projet serait prochainement posé sur le bureau du Parlement» (*JO Sénat* de 9 de febrero de 1995). La misma situación se reproduce casi un año más tarde, esta vez a requerimiento de M. Georges Gruillot (Doubs-RPR) (*JO Sénat* de 13 de abril de 1995, 856). Y de nuevo el Ministro de Economía respondía: «[L]e réexamen du projet de loi mentionné par le parlementaire n'a pu aboutir. Les départements ministériels concernés procèdent actuellement à un bilan des évolutions récentes, par exemple en matière de prêt de titres ou de pension livrée, ou à venir, notamment en matière de transmission d'entreprises, de façon à redéfinir les besoins auxquels pourrait répondre l'introduction de la fiducie dans le droit français» (*JO Sénat* de 16 de noviembre de 1995, 2163). Se insiste posteriormente, de nuevo al Ministro de Economía (vid. pregunta escrita de M. Serge Mathieu (Rhône-RI) (*JO Sénat*, de 9 de mayo de 1996, 1117) y éste remite la responsabilidad al Ministro de Justicia: «[L]a réflexion mentionnée dans la réponse citée par l'honorable parlementaire se poursuit sous l'égide du garde des sceaux. Elle doit tendre à faire de la fiducie un moyen d'améliorer la sécurité juridique en comblant des besoins auxquels notre droit n'apporte pas de réponse satisfaisante tout en veillant à ne pas porter atteinte aux droits des tiers ni aux intérêts des finances publiques» (*JO Sénat*, de 28 de noviembre de 1996, 3145). De nuevo en fecha de 22 de mayo de 1997, esta vez por parte de M. Bernard Plasait (Paris-RI) (*JO Sénat*, de 24 de octubre de 1996), se insiste en la necesidad de saber cómo y en qué fechas se retomará el estudio del proyecto de ley de 1992. El Ministro de Justicia respondía así: «[L]e garde des sceaux a l'honneur de faire connaître à l'honorable parlementaire qu'ont été introduits dans notre droit, ces dernières années, des dispositifs particuliers reposant sur des mécanismes fiduciaires. Le Gouvernement, pour autant, poursuit sa réflexion sur la création d'un instrument de portée générale. Celui-ci, comme l'a rappelé une précédente réponse à une question écrite (Rép. Min., QE n.º 15567, Sénat, *JO* 26 décembre 1996, p. 3500), doit être de nature à améliorer la sécurité juridique et satisfaire des besoins auxquels les mécanismes de droit civil n'apportent pas aujourd'hui de réponse satisfaisante, sans porter atteinte aux droits des tiers ni aux intérêts des finances publiques» (*JO Sénat* de 22 de mayo de 1997, 1530). Se insistirá todavía en la pregunta escrita de M. Serge Mathieu (Rhône-RI) (*JO Sénat* de 10 de julio de 1997, 1863) - Respuesta del Ministro de Justicia publicada en *JO Sénat* de 30 de octubre de 1997 (vid. *infra* n. 46) y en la pregunta de M. Michel Charasse (Puy-de-Dôme-SOC) (*JO Sénat*, de 12 de junio de 2003, 1863) con respuesta del Ministro de Justicia (*JO Sénat*, de 18 de diciembre de 2003, 3653) (vid. *infra* n. 47).

gundo (como consecuencia de la parálisis legislativa que provoca la proximidad de las elecciones generales francesas) (44). Debe hacerse notar que aunque la EURL se aprobó, finalmente, en 1985 (vid. art. 1832.2 del CC francés) (45), el caso es que se optó por el otorgamiento de personalidad jurídica a la entidad, lo que no deja de confirmar el pensamiento clásico que vincula el patrimonio con la personalidad (46).

En lo que a la fiducia respecta, el olvido en que ésta cayó durante mucho tiempo por parte del legislador (47) fue poco a poco combatido por la doctrina (48). Desde luego, en Francia como en tantos otros países (49), la institu-

(44) El texto de 1992 puede consultarse en BÉNABENT, Alain, *Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Paris, 1995², 456-466. Un comentario al actual, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «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 fiducia”», *Indret* (283), 2005, 1-41. Según BARRIÈRE, François, *La réception du trust au travers de la fiducia*, Paris, Litec, 2004, 344: «[L]’absence de titularité du patrimoine n’est pas, à notre sens, compatible avec le droit civil [...]», *op. cit.*, 346: «[L]’absence de titularité n’est, à notre sens, pas conforme aux théories classiques du droit civil français».

(45) Art. 1.832 *Code*: «(1) [L]a société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d’affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l’économie qui pourra en résulter. (2) [E]lle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l’acte de volonté d’une seule personne».

(46) ATIAS, Christian, *Droit Civil. Les biens*, Litec, Paris, 2002⁶, 21; TERRÉ-SIMLER, *Droit Civil*, 11-12; DUNANT, *Le transfert*, 347. No parece, pues, acertado el ejemplo, para definir la quiebra de la teoría unitaria del patrimonio, tal y como pretende BARRIÈRE, *La réception*, 341. En esta misma línea, sin embargo, vid. la pregunta escrita de M. Serge Matthieu (Rhône-RI) (*JO Sénat* de 10 de julio de 1997, 1863): «[M.] Serge Matthieu appelle l’attention de M. le ministre de l’économie, des finances et de l’industrie sur l’intérêt et l’importance qui s’attachent à la modernisation du droit français à l’égard de la transmission du patrimoine. En effet, fondée sur le code civil, promulgué en 1804, la conception française du patrimoine est particulièrement archaïque et constitue notamment un obstacle à l’introduction de la fiducia, alors que la séparation du patrimoine affecté à l’activité professionnelle donnerait un nouvel élan à l’entreprise individuelle, plaçant la France dans un contexte favorable au niveau européen et international. Il lui demande de lui préciser la nature, les perspectives et les échéances de son action ministérielle à cet égard, rappelant qu’un projet de loi du 24 février 1992, relatif à la fiducia, est resté “lettre morte”, et qu’une proposition de loi a, par ailleurs, été déposée sur le bureau du Sénat, tendant à la nécessaire modernisation du droit français afin de mettre fin à son inadéquation avec la réalité de l’entreprise individuelle». El ministro respondió que no desconocía el interés de la propuesta y que debía profundizarse en ella.

(47) Como se ha mencionado ya, el primer proyecto data de 1992. Pero de la fiducia se había hablado ya antes en el Senado y la intención de regularla data al menos del año 1990, fecha en la que el Ministro de Industria del Gobierno correspondiente a la 9.ª Legislatura aseguraba que tanto el Ministro de Justicia como el de finanzas ya estudiaban el tema (*JO Sénat* de 8 de febrero de 1990, 491). Sobre las pautas a adoptar por este último, él mismo en *JO Sénat* de 20 de agosto de 1990, 1885.

(48) Lo demuestra el elevado número de tesis doctorales recientemente dedicadas al tema. Así, además de KUHN, *Le patrimoine (in totum)*, las otras que esta misma autora cita (pág. 9): BARRIÈRE, F., *La réception du trust à travers la fiducia*, Thèse Paris, II, 2001

ción podría encontrar fundamento, proyección y reconocimiento legislativo en, entre otros, los fondos de inversión que, en este caso sí, funcionan como patrimonios de destino sin personalidad jurídica (50). Con todo, la doctrina, todavía muy lastrada por el pensamiento de sus clásicos (51), realizaba esfuerzos por encuadrar debidamente el fenómeno dentro de las coordenadas (doctrinales) generales de las que dispone, lo cual no pasaba por prescindir de las ideas tradicionales (52), sino por releerlas al amparo de nuevos parámetros que, esencialmente, consistían en no confundir el patrimonio con el sujeto o la personalidad (53). La nueva noción de patrimonio se identificaba con la necesaria correlación entre un activo y un pasivo, algo que, desde luego formulado de otra manera, los autores alemanes ya habían precisado y aclarado antes.

En fin, se afirmaba que:

«[L]e patrimoine est affecté à la garantie d'un passif déterminé, son affectation fixe ses critères d'intégration et le régime juridique applicable. Un actif patrimonial ne saurait être envisagé seul, il est nécessairement mis en relation avec un passif, réalité négative. L'identification du passif garanti constitue une étape indispensable à la création d'une structure patrimoniale, puisqu'il permet d'individualiser l'universalité. Les données s'inversent: c'est le passif qui fait l'actif et non le contraire. Un patrimoine est construit en fonction de son passif, il est un patrimoine d'affectation. L'expression "patrimoine d'affectation" est généralement employée afin de nommer les structures patrimoniales autres que le patrimoine général. Cette distinction ne correspond pas à la définition du patrimoine: tout patrimoine étant nécessairement affecté. A ce titre, ils peuvent tous être qualifiés de patrimoine d'affectation, même le patrimoine général.

La référence à une corrélation actif - passif est présente dans chaque structure patrimoniale, elle permet de situer le bien et son contexte juridique. Une pluralité de patrimoines implique alors une pluralité de passifs. A un passif particulier correspond un actif particulier, aussi il apparaît essentiel de pouvoir

(publicada en Litec, 2003, vid. *supra*); FAMILY, R., *L'acte de fiducie. Étude de Droit interne et de Droit international privé*, Thèse, Paris, II, 2000.

(49) Vid. *infra* epígrafe 3.2.2, la situación en España.

(50) BONNEAU, Thierry, «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le Droit Civil» (1991), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 25-30, 25: «[L]e fonds commun constitue un patrimoine d'affectation. La démonstration de cette affirmation nous oblige à montrer que le fonds est un patrimoine distinct des patrimoines des souscripteurs, de la société de gestion et du dépositaire et que l'unité du fonds est réalisée autour d'un but».

(51) Debido sin duda a la gran importancia que se otorga a estos juristas y al impacto de su obra, algo que todos los contemporáneos se preocupan en señalar, con especial referencia, además, a la teoría del patrimonio a la que aquí se ha hecho referencia constante. Así, JESTAZ-JAMIN, *La doctrine*, 234; GHESTIN, Jacques-GOUBEUX, Gilles-FABRE-MAGNAN, Muriel, «Traité de Droit Civil. Introduction générale», *LGDJ*, Paris, 1994, § 578, 533; HALPÉRIN, *Histoire*, § 34, 65, califica la obra de AUBRY y RAU como «chef d'oeuvre de la science juridique française au XIX^e siècle».

(52) Però vid. BARRIÈRE, *La réception*, 342, 347.

(53) KUHN, *Le patrimoine*, §§ 225 y sigs., 170 y sigs.; §§ 244 y sigs., 184 y sigs.

précisément les déterminer. L'admission de la pluralité de patrimoines conduit à s'interroger sur la cause des créances ce que ne fait pas le patrimoine général. En effet, les articles 2092 et suivant sont uniquement centrés sur la personne du débiteur: cet actif répond de tout les engagements personnels de son titulaire» (54).

Ello permitía entender que mientras exista una determinación precisa entre el activo y el pasivo, pueden coexistir el patrimonio general del individuo, que está afectado a la generalidad de su actividad jurídica y económica, y otras universalidades («patrimonios especiales»), a las que se afectan exclusivamente las deudas que éstas generan. Esta idea se define bajo la rúbrica «exclusividad del principio de afectación» y se resume así:

«[U]n patrimoine, une affectation et rien qu'une affectation» (55).

La unidad continuaba siendo la regla general, pero no se predicaba ya del patrimonio, sino sólo de su afectación general. Se acuñaba la noción de «patrimonio de afectación» pero, nótese bien el cambio, para definir todos los de una persona —porque se entiende que todos están destinados a una u otra finalidad. Sobre esa base se quería justificar en Francia el *trust*, tal y como lo presentaba el proyecto de ley de 1992.

Así:

«[L]e patrimoine général par définition ne saurait être multiplié. Destiné à être l'assiette du droit de gage général de la personne de son titulaire, cette figure réelle ne peut pas se décliner. Il n'est pas envisageable en théorie de le morceler, voire de concevoir qu'une personne présente deux patrimoines généraux à ses créanciers personnels. Même si l'objet peut varier dans sa composition d'un créancier à l'autre, lorsque l'un d'entre eux a consenti conventionnellement une diminution de la substance de son gage, l'objet de droit demeure unique. Suivant la cause de sa création, la structure patrimoniale peut connaître ou non une pluralité. Tout dépend de l'affectation. Dans le cas du patrimoine général, l'unicité est la règle: une personne, un patrimoine général. L'affectation générale de cette universalité de droit implique logiquement son caractère unique alors que d'autres structures patrimoniales ne comportent pas cette limitation comme le patrimoine fiduciaire. Il existe autant de patrimoines fiduciaires que de contrats de fiducie, l'essentiel étant de conserver à chaque patrimoine sa sphère d'autonomie et de ne pas fusionner les différents patrimoines entre eux» (56).

Desde el punto de vista doctrinal, seguramente podrían continuar esgrimiéndose los mismos argumentos para justificar el nuevo proyecto de ley so-

(54) KUHN, *Le patrimoine*, § 247, 186, con cita de GUINCHARD, Serge, «L'affectation des biens en Droit Privé français», *LGDJ*, Paris, 1976, § 370 y sigs., 321, en relación con la afirmación realizada en las dos últimas líneas del primer párrafo transcrito.

(55) KUHN, *Le patrimoine*, § 252, 189.

(56) KUHN, *Le patrimoine*, § 254, 190.

bre la fiducia, presentado por el senador Marini el 8 de febrero de 2005. A la espera de cuál sea la reacción de la doctrina, baste de momento señalar que la EM I, 17, admite sin reservas que el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor pueda ser excepcionado (aunque luego ningún artículo del proyecto prevea la reforma concreta de los arts. 2.092 y 2.093 del CC) (57) y que la EM II, D, afirma sin tapujos que el patrimonio separado de los bienes transferidos en fiducia se mantiene totalmente independiente del personal del fiduciario, de conformidad con el planteamiento clásico que ve en ellos un patrimonio de afectación (58). Es lo que refleja luego el artículo 2.068 y también el artículo 2070-5, II del Código Civil. Todo hace pensar, pues, que algo deberá cambiar en la dogmática de los conceptos (59).

En otros países de tradición civilista, en la base de la regulación del *trust* también está la noción (restringida) de «patrimonio de afectación» (60). *Ad exemplum*, artículos 2.2, 302, 911, 915, 1.260 y siguientes del CCQ (61); o los artículos 516-544 del Código Civil etíope de 1960 (62), o el artículo 514-1,1 de la propuesta de anteproyecto de ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios (63).

(57) Sobre el tema, vid. *infra* epígrafe 4.

(58) EM I, 17: «Pour protéger les bénéficiaires, les droits mis en *trust* ou en fiducie sont détenus de façon séparée, dans un patrimoine d'affectation. Cette seule caractéristique justifie le recours à une loi pour introduire la fiducie, afin de prévoir une exception aux articles 2.092 et 2.093 du Code Civil»; EM, II D Proposition de loi 2005: «Les droits transférés vont former un “patrimoine séparé”, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Les droits ne pourront être saisis ni par les créanciers du constituant, ni par ceux, personnels, du fiduciaire. La “faillite” personnelle du fiduciaire ne permettra pas de mettre ces biens fiduciaires à la portée des organes de la procédure collective ou des créanciers au titre du patrimoine personnel du fiduciaire. Il s'agit, donc, d'un patrimoine d'affectation».

(59) Parece deducirse de las citas de doctrina aportadas por CÁMARA, *Trust*, 21, n. 53.

(60) Extensamente, y siempre con especial referencia al Derecho navarro, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, Universidad de Navarra-Dykinson, Madrid, 1996, 1306 y sigs., 1323-1332.

(61) Vid. ARROYO I AMAYUELAS, *La regulación quebequesa*, 102-104 y allí bibliografía.

(62) La definición que del *trust* (= fideicomiso, en la versión francesa) proporciona el artículo 516 es la siguiente: «Le fidéicommis est l'institution en vertu de laquelle un ou plusieurs biens sont constitués en une masse autonome, pour être administrée par une personne, le fidéicommissaire, selon les instructions données par le constituant du fidéicommis». Vid. VOŠKIS, Nicolas Chr., *Le trust dans le Code Civil éthiopien. Étude de Droit éthiopien avec référence au droit anglais*, Librairie Droz, Genève, 1975, 145, 251.

(63) Art. 514-1: «(1) [E] patrimoni fiduciari és un acte d'afectació de béns i drets a una finalitat, que pot consistir en el benefici de persones determinades o determinables». Publicado en *Observatori de Dret Patrimonial de Catalunya*. Secció de Dret Patrimonial (ed.), *Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya. Els drets reals*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior, 2003. El texto no ha sido incorporado, finalmente, en el articulado del Libro V CCC y ni siquiera se llegó a discutir en su momento.

Con todo, en estos ordenamientos, el debate no se orienta tanto hacia la preocupación por el acomodo de la segregación de patrimonios en una hipotética preexistente teoría acerca de su unidad, sino que se centra en la configuración jurídica que deba darse a tal patrimonio: ¿con personalidad jurídica o sin ella? ¿con o sin titular? Como se sabe, el *trust* anglosajón implica siempre traspaso de titularidad al fiduciario; ese es el esquema que seguía también el proyecto de ley francés (art. 2062,1). Por el contrario, la fiducia quebequesa es un patrimonio afectado sin titularidad y sin personalidad jurídica (art. 1.261 CCQ). Ese es el esquema que sigue también el anteproyecto de ley catalán (art. 514-2,1). Otra posibilidad radica en contemplar la hipótesis de que la titularidad del patrimonio vinculado pase del constituyente al beneficiario, como en Holanda (art. 3:126-165 NBW). Y, finalmente, que el patrimonio se configure como un sujeto con personalidad, como en el Código Civil etíope.

Desde luego, la cuestión tiene mucho más que ver con la creación de nuevos derechos reales o con la necesidad de conservar las características típicas de la propiedad (64) que con la posibilidad de sustraer bienes de la responsabilidad patrimonial universal que es algo que, desde el momento en que la propia ley reconoce el *trust*, es obvio que ya no se cuestiona.

3.2. *La situación en España*

La doctrina clásica francesa del patrimonio fue bien recibida por Ramón M.^a ROCA SASTRE (1899-1979) (65), que insiste en la configuración del patrimonio como universalidad integrada por elementos evaluables económicamente y, en cuanto a su pertenencia, continúa desarrollando la idea de que sólo las personas pueden tener un patrimonio, que todas lo tienen, que éste es inseparable de las mismas y que, además, éstas no puede tener más de uno.

La perspectiva de otro jurista contemporáneo era radicalmente distinta. Federico DE CASTRO Y BRAVO (1903-1983) (66) admitía la existencia de patrimonios separados —aunque como algo anómalo y excepcional—; patri-

(64) Tal y como afirma DAVID, René, en el prólogo a VOSIKIS, *Le trust*, 8, se trataba de evitar la creación de un nuevo derecho real —lo cual hubiera sucedido si se reconociera la teoría inglesa de la doble titulación—, pero, a la vez, no se admitía la creación de una masa autónoma que no tuviera personalidad porque, de otra manera, no habría habido manera de reconducir la figura a alguna de las categorías existentes. VOSIKIS, *Le trust*, 142-144, 145.

(65) ROCA SASTRE, Ramón María, «El patrimonio», *Estudios Varios*, Instituto de España, Madrid, 1988, 13-26.

(66) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «El patrimonio», *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976 (reimpresión de la edición de 1972), 35-66.

nios en situación interina, esto es, transitoriamente sin titular; patrimonios afectados a fines y patrimonios colectivos (67).

A lo largo de los años, algunas de sus tesis han sido objeto de matices. Así, en relación con la afirmación de que toda persona es titular de un patrimonio, la jurisprudencia ha tenido ocasión de recordar que el patrimonio y la capacidad patrimonial son cosas distintas:

«[E]sta última, como uno de los atributos de la personalidad (capacidad jurídica), es permanente e invariable, y acompaña a la persona durante toda su vida como posibilidad abstracta de adquirir bienes, derechos y obligaciones, pero es independiente del contenido concreto que pueda tener en un momento determinado. Esto último lo constituye el patrimonio que tiene un contenido dinámico y puede evaluarse como situación de hecho en un momento determinado, y está sujeto a una permanente mutación, en más o menos, según adquiera el interesado derechos u obligaciones a lo largo de su vida» (68).

Otras veces, son los ejemplos los que, con el paso del tiempo, han cambiado. Pero, sin duda, la perspectiva de CASTRO es todavía válida en el contexto del ordenamiento jurídico actual, que reconoce tanto la existencia de patrimonios sin titular o derechos sin sujeto, como titulares con pluralidad de patrimonios sometidos a regímenes jurídicos distintos, tal y como en su momento explicó CASTRO tomando en consideración la que entonces era la normativa vigente.

Actualmente, la forma en que las leyes (de diferente naturaleza: civil, fiscal, mercantil, administrativa, procesal) y la doctrina designan a este fenómeno es variada. Se utilizan indistintamente expresiones como «patrimonio separado» (69),

(67) DE CASTRO Y BRAVO, *El patrimonio*, 56-60.

(68) SAP Madrid, de 20 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/8756).

(69) Artículo 33 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, *General Tributaria* (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1963) establecía que: «[T]endrán la consideración de sujetos pasivos, en las leyes tributarias en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición». Aludía igualmente el artículo 10.1 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE, núm. 295, de 10 de diciembre de 1998), *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias*: «[L]as rentas correspondientes a las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente, de acuerdo con lo establecido en la sección 2.ª del Título VII de esta Ley». En los mismos términos se expresa el actual artículo 35.4 de la vigente *Ley General Tributaria*, Ley 58/2003, de 17 de diciembre (BOE, núm. 302, de 18 de diciembre de 2003) y el RDLeg. 3/2004, de 5 de marzo (BOE, núm. 60, de 10 de marzo de 2004), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; en la línea, el artículo 84.3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, *del Impuesto sobre el Valor Añadido* (BOE, núm. 312, de 29 de diciembre de 1992) considera sujetos pasivos del Impuesto a «las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, careciendo de persona-

«masa patrimonial sin titular» (70), «patrimonio “de destino” (71) o “de finalidad”» (72), «patrimonio especial», «patrimonio de afectación» (73), «patrimonio en representación» (74). Todos ellos son casos en que la ley toma en considera-

lidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, cuando realicen operaciones sujetas al Impuesto». También la configuración de los fondos de pensiones, «se sitúa en su modalidad genuina de fondos externos a las empresas o entidades que los promuevan, adoptando la naturaleza de patrimonios separados e independientes de éstas, carentes de personalidad jurídica e integrados por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los Planes de Pensiones adscritos» (Preámbulo de la Ley 8/1987, de 8 de junio, *reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones* [BOE, núm. 137, de 9 de junio de 1987] en relación con sus arts. 10 y 11; y art. 25 de su Reglamento). Además, el artículo 3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE, núm. 265, de 5 de noviembre de 2003, 39220).

(70) Artículos 6.1.4.º y 7.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*.

(71) En cuanto a la afectación de bienes para cubrir las necesidades del discapacitado, la EM, II, 2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad* (BOE, núm. 277, de 19 de noviembre de 2003) se refiere al patrimonio que resulta afectado como: «[...] patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares». La ley no prevé que puedan existir «destinos especiales» a los que podrían afectarse determinados bienes aportados por terceros a ese patrimonio especial del discapacitado previamente constituido con la finalidad anunciada (lo niega, EM, IV, 1), pero sí que, a su extinción, se les da tales bienes el destino previsto por los aportantes. Así, EM, III, 4 y IV, 7 y artículo 4.3 de la Ley 41/2003.

(72) En relación con los fondos especiales de las fundaciones, artículo 41 *b* de la Ley 5/2001, Ley 5/2001, de 2 de mayo, *de fundacions* (DOGC, núm. 3388, de 15 de mayo de 2001, 6899): «[E]ls fins per als quals es constitueix el fons...». Los fondos son aportaciones al patrimonio fundacional, especialmente destinado al cumplimiento de determinadas finalidades que deben coincidir con los fines fundacionales (art. 40.1 de la Ley 5/2001). Sobre el tema, FERRER RIBA, Josep, «Els fons especials en les fundacions privades», 1 (2002), *Revista Catalana de Dret Privat*, 81-118, que, además, califica a los fondos como «patrimonio especial», separado del general de la fundación, remarcando que el artículo 42 de la Ley 5/2001 usa la expresión «patrimoni del fons» (*op. loc. cit.*, 101). *Ídem*, BADOSA, *Manual*, 174, 205.

(73) Los preceptos de la Ley 41/2003, se refieren al «patrimonio protegido» y a la «afección de bienes y derechos», para referirse al patrimonio separado del discapacitado cuya constitución la ley trata de promover (aunque, también, como se ha dicho, se refieren al patrimonio «de destino» [EM, II, 3]). Más claramente, el artículo 1.2 de la Ley 5/2001, *de fundacions*: «[...] l'afecció d'uns béns o d'uns drets de realització a finalitats d'interès general». Además, el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE, núm. 298, de 13 de diciembre de 2002, 43361): «[...] funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse.» Y el artículo 2 del mismo RDLeg. 1/2002: «[L]os fondos de pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones [...]». *Ídem*, artículo 3.1 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones* (BOE, núm. 48, de 25 de febrero de 2004, 8859): «[...] creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento [...]».

(74) Tanto el artículo 8.2 CS, en relación con la herencia yacente, como los artículos 107.2 y 156 del Reglamento del Registro Civil aluden a la representación de patrimonios. También el artículo 5.7 de la Ley 41/2003 se refiere al administrador del patrimonio

ción la autonomía patrimonial de ciertos bienes vinculados o destinados a una finalidad que, por eso mismo, considera aisladamente del resto del patrimonio de la persona y les dota de un régimen de administración especial, que puede estar o no a cargo de persona distinta del beneficiario (75). Esa concesión de amplios poderes de gestión y de disposición al administrador sería, precisamente, un sólido argumento en contra de la prohibición de vinculación indefinida de los bienes (arts. 649, 781 del CC y arts. 166, 204 del CS) porque, en realidad, así administrados, éstos se mantienen productivos y, por tanto, no son un obstáculo para la circulación de la riqueza. Tal vez, las consideraciones contrarias deberían ir dirigidas a la posibilidad de que el patrimonio vinculado quede indefinidamente fuera de la realización del interés general. Lo que no es nunca el caso de las fundaciones, visto que el artículo 3.3 de la Ley 50/2002, *de fundaciones* prohíbe las de carácter familiar (76).

3.2.1. Instrumentos de cohesión

Tanto la «finalidad» como la «personificación» son técnicas idóneas para mantener la unidad y cohesión de los elementos integrantes del patrimonio. En algunos casos coexisten pero, en general, el destino («*Zweck*») no está al servicio de la personalidad (77). Todo lo contrario, históricamente ésta sólo nace como expediente técnico que permitirá justificar la existencia de patrimonios autónomos para obtener el privilegio de la limitación de responsabilidad que, en esencia, se pone al servicio de una nueva clase económica

especial del discapacitado en términos de «representante legal» (referido a los casos de la EM, IV, 4; si no, la representación es del discapacitado [EM, IV, 5], si bien sólo en relación con los actos patrimoniales).

(75) Sobre la teoría del patrimonio separado en el Derecho Civil catalán (pero generalizable), BADOSA COLL, Ferran, «La constitució de patrimonis fiduciaris en el Dret civil català», 5 (2002), *La Notaría*, 41 y sigs. En cuanto a las precisiones terminológicas que implican profundizar en las diferencias entre patrimonios segregados, separados o autónomos, en el Derecho italiano, LUPOI, Mauricio, *Trusts*, University Press, Cambridge, 2000, 376 y sigs.; BIANCA, Mirzia, *Vincoli di destinazioni e patrimoni separati*, Cedam, Milan, 1996, 176-177.

(76) *BOE*, núm. 310, de 27 de diciembre de 2002, 45504-45515; corrección de errores *BOE* núm. 92, de 17 de abril de 2003, 15229. Artículo 3.3 de la Ley 50/2002: «[E]n ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.» En cuanto a la tradicional polémica sobre su admisibilidad, DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares» (1953), *Anuario de Derecho Civil*, 623-651; lo recoge y desarrolla ahora, con perspectivas de Derecho comparado, CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, 1333-1341.

(77) BADOSA, *La constitució*, 15-16, lo califica de «elemento circunstancial».

emergente (78). Hoy el principio alcanza su máxima expresión en los casos de particulares que constituyen sociedades de responsabilidad ilimitada unipersonales, fenómeno que en España viene representado por la Ley 2/1995 (art. 125) (79). La norma española un ejemplo entre tantos otros en toda Europa (80).

3.2.2. Patrimonios autónomos de destino (sin personalidad)

Una muestra clara de que la subsistencia de la afectación a los intereses previstos por el constituyente no tiene nada que ver con la personificación del patrimonio vinculado es la fundación. Desde luego, pueden existir fundaciones sin personalidad (arts. 12 y 13 de la Ley 5/2001; art. 12 de la Ley 50/2002), aunque la ley lo prevea como una cuestión transitoria (81). Es además

(78) BIANCA, *Vincoli*, 120-123, 134-136; ROPPO, Enzo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in RESCIGNO, Pietro, *Trattato di Diritto Privato*, 19, *Tutela dei Diritti*, I, UTET, Torino, 1985, 389-390: «Questa [la persona giuridica] [...] non è tanto una "qualità" del gruppo organizzato, quanto una costruzione del pensiero giuridico, storicamente escogitata (e fatta propria dai legislatori) proprio per occultare il privilegio della responsabilità limitata che si voleva conferire ad una intera classe di operatori economici, e per disimularlo sotto l'apparenza di un formale rispetto del principio oggi codificato all'art. 2740 c.c.»». Sobre el principio consagrado en el artículo 2.740 del *Codice*, vid. *infra*, III, 4. Todos los autores remiten a GALGANO, Francesco, «Delle persone giuridiche», in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario al Cc, I (Delle persone e della famiglia (artt. 11-35))*, Bologna-Roma, 1969, 3 y sigs. En España, CASTRO, *El patrimonio*, 72.

(79) Artículo 125 LSRL: «[S]e entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada: (1) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica. (2) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal». Artículo 129: «[T]ranscurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad».

(80) Francia admitió la sociedad unipersonal como «Empresa unipersonal de responsabilidad limitada» (E.U.R.L.) en la Ley 85.697, de 11 de julio de 1985, completada por el Decreto 86.909, de 30 de julio de 1986. También en los años ochenta, Alemania reguló la Gmb HG. En 1993, Italia incluyó en su Código Civil la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal (art. 2.475 bis y sigs. del CC).

(81) La inscripción de la carta fundacional es necesaria para que la fundación adquiera personalidad jurídica (art. 6.2 de la Ley 5/2001; art. 4.2. de la Ley 50/2002), aunque lo cierto es que en ningún lugar se afirma que esta personalidad sea un requisito para entender constituida la fundación. Según el artículo 1 de la Ley 5/2001 y 2.1 de la Ley 50/2002, sólo es necesaria la afectación de bienes por voluntad del fundador a una finalidad de interés general. De todas maneras, tanto los artículos 12 y 13 de la Ley 5/2001 como los artículos 4.2 y 13 de la Ley 50/2002, no permiten dudar de que el proceso de inscripción es necesario y de que, por lo tanto, el periodo durante el cual la fundación actúa sin persona-

posible la existencia de cargas afectas a finalidades de interés general, que tampoco la tienen (82). En este punto es clara la analogía con la fundación no autónoma (*unselbständige* o *fiduziarische Stiftung*) del Derecho alemán (§ 80 BGB) o suizo (reconocida jurisprudencialmente), generalmente constituidas mediante una donación o un legado modal, aunque en todos estos casos el patrimonio tiene un titular, que es la persona física o jurídica a quien aquél ha sido transferido y confiado (83).

Otro ejemplo de patrimonio autónomo sin personalidad es la *universitas rerum* herencia yacente (arts. 8, 148 CS, 1.934 CC), que incluso puede ser declarada en concurso (arts. 1.2, 3.4, 6.2.2.º, IV, 40.5, 40.6,II de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* [= LC]) (84), exactamente igual que una persona natural o jurídica (art. 1.1 LC).

Cabe referirse igualmente a los fondos de titulación hipotecaria, formados por un conjunto de títulos cada uno de los cuales representa un porcentaje del crédito hipotecario originario cedido (art. 15 de la Ley 1/1981, *de regulación del mercado hipotecario*, según redacción de la Ley 19/1992, de 7 de julio, *sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulación Hipotecaria*). El conjunto de participaciones, llamado «fondo», forma un patrimonio separado y cerrado, diferente del

lidad es transitorio. Lo cual también demostraría, *a contrario*, que incluso sin personalidad la entidad existe. En relación con el Derecho Civil catalán, BADOSA, *Manual*, 169, incluso afirma que la situación de «fundación-entidad» (por contraposición a la «fundación-persona jurídica») es potencialmente indefinida puesto que la obligación de inscribir no es ejecutable por el Protectorado (art. 3.2 de la Ley 5/2001 final a contrario).

(82) A pesar de que la DA 1.ª de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, *de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General* (BOE, núm. 282, de 25 de noviembre de 1994), ha sido derogada por la DD Única de la Ley 50/2002, son todavía vigentes la DA 1.ª del *Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal* [Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero (BOE, núm. 57, de 6 de marzo)] y los artículos 3 l, 7.1 y 4 y 8.3 del *Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal* [Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo (BOE, núm. 77, de 29 de marzo)]. Esta normativa permite la constitución de cargas sobre bienes que, con carácter permanente, estén afectados a finalidades de interés general, sin necesidad de otorgarles personalidad jurídica (y, sin embargo, la DA 1.ª 7 RF, les otorga igualmente el nombre de «fundación»). Esta regulación no es nueva. También el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas, de 27 de julio de 1972 (Decreto 2930/1972, BOE, núm. 260, de 30 de octubre) preveía la disposición patrimonial con carga permanente de destino a una finalidad (arts. 64-71), sin que necesariamente sus adquirentes tuvieran que constituir una fundación o invertir los bienes en otra ya constituida (en idéntico sentido, DA 1.ª 2 y 3 RF).

(83) DUNAND, *Le transfert*, 465; para las similitudes con los fondos especiales regulados en la Ley 5/2001, FERRER, *Els fons especials*, 86. En cuanto a su funcionamiento y las similitudes de la fundación fiduciaria con la fiducia continuada navarra, así como otros ejemplos de Derecho comparado en las que podría apreciarse aquélla aun sin estar regulada con este nombre, CÁMARA, *Fiducia sucesoria*, 1314-1323; CÁMARA, «El trust y la fiducia», en CÁMARA (coord.), *Derecho Privado europeo*, 1145-1146.

(84) BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003, 26905.

emisor de los títulos y carente de personalidad jurídica (art. 5 de la Ley 19/1992 y lo mantiene, para la titulación de otros créditos diferentes a los de carácter hipotecario, el art. 1 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, *por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación*), que es administrado por una entidad financiera especializada (las denominadas sociedades gestoras de fondos de titulación hipotecaria), también encargada de gestionar el proceso de titulación hipotecaria. Recientemente, vid. también el artículo 3 de la Ley 35/2003 (85). Y, en el ámbito de los planes de pensiones, el artículo 11 del RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre, *Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, establece que:

«[L]os fondos de pensiones [...] carecerán de personalidad jurídica y serán administrados y representados conforme a lo dispuesto en esta Ley [...]» (86).

Aparecen, pues, los elementos de un esquema fiduciario típico: el patrimonio independiente y la gestión separada (87). Efectivamente, las citadas leyes siempre se refieren a las sociedades gestoras como legitimadas para la «*administración y representación legal de los Fondos*» (arts. 5.2 de la Ley 19/1992), «*gestoras de negocios ajenos*» que asumen «*la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos*» (art. 6.1 de la Ley 19/1992; *idem*, art. 12 del Real Decreto 926/1998) (88).

(85) Artículo 3.1 de la Ley 35/2003: «[L]os fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos».

(86) BOE, núm. 298, de 13 de diciembre de 2002. Lo mismo el artículo 3.2 del Real Decreto 304/2004, *por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones*: «[L]os fondos de pensiones regulados en esta normativa carecerán de personalidad jurídica y serán administrados necesariamente por una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria que cumplan las condiciones establecidas en este reglamento».

(87) BADOSA, *La constitució*, 32-33. De ahí que no falte en la doctrina quien plantee las bases teóricas para la incorporación en los países civilistas, del sistema inglés de titulación (hipotecaria), que funciona sobre la base del *trust*, NASARRE AZNAR, Sergio, *Securitisation & mortgage bonds: legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall Publications, Cambridge, 2004, esp. cap. 6.

(88) BADOSA, *La constitució*, 36, trae también a colación la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, *de ordenación del sistema eléctrico nacional*, para afirmar que «la DA 8.^a-8 rebla la idea de que les Societats gestores tenen com a objecte social el “*poder administrar y representar*” els fons, sense que es parli de “*tutularitat*”». Vid. además, BADOSA COLL, Ferran, «Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el Derecho español», en *Libro-Homenaje a Díez-Picazo*, I, Civitas, Madrid, 2003, 230-231. La afirmación es lugar

A todos estos patrimonios «sin titular» y «sin personalidad jurídica» alude recientemente, la Ley 1/2000, *de Enjuiciamiento Civil*, reconociéndoles legitimación activa y pasiva para estar en juicio (art. 6.1.4.º y 5, art. 7.5 y 6 LEC) (89). A ellos debería poder ser reconducible el fondo de alimentos al que se refiere la Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, *de suport a les famílies* (90), cuyo artículo 44.2 se expresa en los siguientes términos:

«[E]l Govern ha de crear un ens encarregat de gestionar el fons de garantia de les pensions alimentàries o compensatòries».

De momento, sin embargo, para un supuesto idéntico, el artículo 7 de la Proposición de Ley (estatal) «de creación del fondo de garantía de alimentos en supuestos de ruptura matrimonial o del núcleo familiar» presentado por el GP Mixto, el 7 de mayo de 2002, recurre al expediente técnico más complejo de la personalidad jurídica (91). La última proposición, de 10 de septiembre de 2004, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, sigue sin apartarse de ese mismo esquema (92).

3.2.3. *Patrimonios separados de destino*

A veces ocurre que la finalidad justifica la existencia de regímenes jurídicos distintos en los bienes o patrimonios de un mismo titular. La diferencia con los supuestos anteriores vendría gráficamente señalada en la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 22 de julio de 2004 (93), dictada a propósito de la impugnación de una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, en el que se acep-

común en la doctrina, también en la italiana, que a propósito de los nuevos institutos fiduciarios regulados en la legislación especial, remarca: «[il legislatore] non solo si disinteressa del profilo statico della titolarità, ma pone attenzione al solo profilo dinamico della gestione». La cita es BIANCA, Mirzia, *La fiducia atributiva*, Torino, Giappichelli, 2002, 18 y allí más citas (n. 55, págs. 18-19).

(89) BADOSA, *La constitució*, 35-36.

(90) DOGC, núm. 3926, de 16 de julio de 2003, 14212. A propósito de este fondo y las alternativas de Derecho Privado (fiducia) que pueden plantearse como solución al impago de pensiones, vid. ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «Los fondos de garantía del pago de pensiones: ¿públicos o privados?», 88 (2004), *Revista de Derecho Privado*, 309-324.

(91) Proposición 122/000215, publicada en el BOCG de 17 de mayo de 2002.

(92) Proposición 122/00096, publicada en el BOCG de 10 de septiembre de 2004. En relación con la naturaleza jurídica de los fondos, el artículo 2.1 dispone: «[E]l fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias tendrá personalidad jurídica y estará constituido por las dotaciones con cargo a los presupuestos Generales del Estado para cumplir la finalidad establecida en la presente Ley».

(93) *JUR* 2004/232957.

ta el aumento de la base imponible declarada, al no admitir la inspección la deducibilidad fiscal (del impuesto de sociedades) de una cantidad empleada en la dotación a un sistema de pensiones interno. El Tribunal diferencia este fondo interno (fondos constituidos por las empresas a favor de sus propios trabajadores), del fondo de pensiones, propiamente dicho, al que califica de fondo externo, alegando que sólo éste tiene naturaleza jurídica de «patrimonio separado», cuya administración se encarga a una entidad gestora (art. 29 de la Ley 8/1987):

«[...] el legislador fundamenta el tratamiento fiscal especial de los Planes y Fondos de Pensiones sobre la nota característica, antes apuntada, de la naturaleza de “patrimonio separado” de estas instituciones, así como sobre la “imputación fiscal” de lo contribuido».

«[...] las dotaciones realizadas por la entidad bancaria no se erigen en un “fondo externo”, con las consecuencias jurídicas de ello derivadas (*no son gasto deducible*), sino en un “fondo interno”, cuya administración y disposición no escapa del control de la entidad recurrente, quien ostenta la titularidad de dicho fondo».

La diferencia estriba en el hecho de ser o no titular del fondo especial afecto al pago de pensiones. Según la Disposición Adicional 1.ª, 3 de la Ley 8/87, de 8 de junio, *reguladora de Planes y Fondos de Pensiones* (94), están excluidos de la deducibilidad del Impuesto sobre Sociedades:

«[...] cualquier dotación de fondo interno o concepto similar que suponga el mantenimiento de la titularidad de los recursos constituidos, destinada a la cobertura de las prestaciones a las que se alude en el presente número».

Según la sentencia analizada, lo tenido en cuenta por el legislador al establecer el régimen fiscal de estos «fondos externos», en contraposición de los «fondos internos», es precisamente la trascendental función social de los Fondos de Pensiones y su naturaleza jurídica (95).

Además del señalado, en la parte que ahora interesa, otros ejemplos que demuestran la existencia de patrimonios autónomos o separados son ya clásicos y, salvo el que se refiere a la dote, todavía hoy frecuentes: fideicomiso,

(94) Que la DT 1.ª RDLeg. 1/2002 todavía mantiene en vigor: «[E]l régimen de integración voluntaria en planes de pensiones de fondos e instituciones de previsión, contenido en la Disposición Transitoria primera de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y en las normas de desarrollo y complementarias de la misma, mantendrá su vigencia respecto de las empresas, trabajadores y beneficiarios, y planes de reequilibrio, que se acogieron a dicha disposición para la integración de los derechos reconocidos en planes de pensiones al amparo de la misma».

(95) *Ídem*, sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 16 de septiembre de 2004 (sin número de repertorio en la base de datos Aranzadi); STSJ de Baleares, de 5 de julio de 2004 (Sala de lo Social) (AS 2004/2639).

reserva, herencia aceptada a beneficio de inventario o con el beneficio de separación de bienes, patrimonio común en un régimen económico de gananciales (96), sociedad de responsabilidad limitada con un único socio, patrimonio en concurso (97), transmisión fiduciaria de gestión (art. 40-42 LF, en relación con los fondos especiales de la fundación) (98) o en garantía, etc. Precisamente, en el contexto del negocio fiduciario, a partir de los conceptos de «titularidad fiduciaria» —que no llevaría aparejada la transmisión de la propiedad— y de «patrimonio de afectación», la doctrina propone «civilizar» en España la noción de *trust*, al menos tal y como lo presenta el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, *sobre la ley aplicable al trust y su reconocimiento* que, como se sabe, si bien toma como modelo subyacente el *trust* anglosajón, en cambio no proporciona definiciones rígidas, precisamente para facilitar la adhesión del mayor número de países (99). La propuesta es acertada teniendo en cuenta los limitados efectos que en el negocio fiduciario tiene la disociación entre la gestión de los bienes y su titularidad. Efectivamente, si frente a terceros el fiduciario aparece como único propietario, pero resulta que el fiduciante mantiene su derecho de separación en el concurso y a su disposición está todavía la acción reivindicatoria y la tercería de dominio (100), entonces no existe verdadera creación de un patrimonio separado que se mantenga independiente: ni del general del fiduciante —sus acreedores personales mantienen el poder de agresión a pesar de la transfe-

(96) En relación con los gananciales, vid., *ex plurimis*, SAP de Asturias de 10 de abril de 2003 (*JUR* 2003/131046): «[...] masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación [...]»

(97) SAP Madrid, de 12 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/88833): «[...] ello supone reconocer que este supuesto especial de inhabilitación afecta exclusivamente a los bienes que se encuentren vinculados a la responsabilidad patrimonial por deudas anteriores o concurrentes con la declaración de quiebra. Y es que, como se ha señalado con indudable acierto, la masa de la quiebra forma un patrimonio separado del que el quebrado ha quedado desposeído trasladando su administración a los órganos de la quiebra»; SAP Barcelona, 30 de noviembre de 2004 (*JUR*), FJ 2.º: «[L]a declaración de quiebra o concurso [...] determina únicamente la pérdida por parte del quebrado o concursado del poder de disposición sobre su patrimonio y sobre cualquier elemento que lo componga, que pasa a integrar una masa independiente cuya administración se atribuye a los órganos de la quiebra [...]».

(98) En cuanto a la consideración de transmisión fiduciaria de gestión de tales fondos, BADOSA, *La constitució*, 51.

(99) CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Operaciones fiduciarias o trusts en el Derecho español», 654 (1999), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1779-1780. En otro contexto, BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría-GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, «National report for Spain», in HAYTON, D.J.-KORTMANN, S.C.J.J.-VERHAGEN, H.L.E., *Principles of European Trust Law*, Kluwer international Law, The Hague-Deventer (The Netherlands), 1999, 165.

(100) Vid. STS 2-12-1996 (*RJ* 1996/8784), FJ 4.º; SAP Málaga de 15-11-2002 (*JUR* 2002/41909), FJ 3.º También la doctrina suele primar la posición del fiduciante frente a los acreedores del fiduciario, considerando aquél como un acreedor de dominio. Por todos, CÁMARA, *Operaciones fiduciarias*, 1810.

rencia—, ni del general del fiduciario, porque sus acreedores personales tampoco encuentran límites a la agresión de tales bienes así afectados.

Se ha querido ver una aplicación concreta de lo que en el Reino Unido sería el «*trust for disable persons*» en la Ley 41/2003, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad* (101). La norma prevé en los artículos 1-8 la creación de un patrimonio especial para los discapacitados, afecto a cubrir sus propias necesidades. Igual que el *trust*, el patrimonio especial del discapacitado se configura como un patrimonio vinculado, de destino (EM, II, 3; arts. 1.1,I, 5.4 de la Ley 41/2003) (102); pero, a diferencia del *trust*, en el caso español no hay transmisión de la propiedad de los bienes afectados a persona distinta del discapacitado (103). Es éste quien detenta la doble titularidad de patrimonios y nunca hay transferencia de la propiedad a otra persona para que administre en beneficio suyo (EM, II, 2 de la Ley 41/2003) (104). Desde luego, tal administración en persona distinta puede existir (EM, IV, 4; art. 5.7 de la Ley 41/2003), pero el encargo nunca lleva aparejado la previa transmisión de titularidad al administrador, contrariamente a lo que sí siempre sucede en el *trust*.

Además, según la ley española, es el mismo discapacitado quien constituye el patrimonio de destino y, naturalmente, lo hace siempre con cargo a sus propios bienes (EM, III; art. 3.1 *a* de la Ley 41/2003); si actúa otro por él —supuesto que, además de discapacitado el sujeto fuera incapaz de obrar (art. 3.1 *b, c* de la Ley 41/2003)— éste otorga un acto de disposición sobre bienes ajenos y aunque aún así debe ser calificado de constituyente, tal y como expresa la EM, IV, 4, 5 de la Ley 41/2003, la diferencia con el *trust* es que la ley (esta ley) no prevé que los padres puedan constituir con cargo a sus propios recursos un patrimonio de afectación en beneficio del discapacitado; en todo caso, podrían aportar bienes —igual que cualquier tercero—

(101) BOE, núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, 40852. MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, «El patrimonio de destino en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al *trust*?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 19 de febrero de 2004, 2.

(102) Art. 1.1,I de la Ley 41/2003: «[E]l objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectación 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»; art. 5.4 de la Ley 41/2003: «[T]odos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido».

(103) Otras diferencias y similitudes, en MARTÍN SANTISTEBAN, *El patrimonio de destino*, 2 y sigs.

(104) EM, II, 2: «[L]os bienes y derechos que forman este patrimonio que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico».

para incrementar un patrimonio previamente constituido y destinado a esa finalidad (art. 4 de la Ley 41/2003) (105).

III. ¿LÍMITES DE ORDEN PÚBLICO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIOS FIDUCIARIOS?

En todos los patrimonios autónomos o separados se plantea el problema de la delimitación de la responsabilidad patrimonial del deudor. En determinados supuestos la ley se pronuncia expresamente a favor de la limitación —beneficio de inventario [art. 1.023 del CC; art. 35 del CS], beneficio de separación de patrimonios [art. 37 del CS; art. 319 del FN de Navarra] (106),

(105) La ley distingue entre el acto de constitución y el de aportación, aunque no siempre con la claridad que sería deseable. Vgr. la EM, III,2 se refiere incorrectamente a la «aportación originaria» y el artículo 1.1 declara como objetivo prioritario de la ley la «aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio [...]»; en realidad, debería referirse a la «constitución», porque sin esta previa constitución es imposible realizar posteriores aportaciones. Y es aquella y no éstas el objetivo prioritario de la ley, tal y como demuestra la EM, II,1, fin., que, esta vez correctamente, declara que se trata de favorecer «[...] la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma». También el artículo 3.2 de la Ley 41/2003 diferencia entre los terceros que no son constituyentes (porque «solicitan la constitución») pero sí aportantes («ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes»).

(106) Los artículos 37 CS y 319 FNN delimitan el ámbito de la garantía *cum viribus hereditatis* (limitada a los bienes que forman el caudal relicto) en beneficio de los acreedores del causante y de los legatarios y establecen, sobre esos mismos bienes, la prelación ante los acreedores personales del heredero que acepta una herencia pura y simplemente. Se trata de evitar la concurrencia de unos y otros sobre el patrimonio resultante de la aceptación, a base de considerar separados el del causante y el del heredero. Naturalmente, ello comporta sustraer a los acreedores de este último —al menos *a priori*— la garantía patrimonial que el artículo 1.911 del Código Civil atribuye a los «bienes futuros» de cualquier deudor, teniendo en cuenta que los bienes hereditarios lo son si en el momento en que se contrae la deuda el obligado aun no es heredero; y, correlativamente, permite a los acreedores del causante mantener la garantía que ya existía en vida suya con sus «bienes presentes» y que a su muerte es la herencia. La separación de patrimonios existe igualmente cuando el heredero obtiene el beneficio de inventario [= b. de i] —(art. 35.3r CS, 1023.3.º CC)— y esta separación también beneficia (de rebote) a los acreedores del causante porque «els creditors particulars d'aquest [de l'hereu] no poden perseguir els béns de l'herència» (art. 35.3r CS). Tanto el b. de i. com el beneficio de separación de patrimonios provocan el efecto común de afectar el pasivo de la herencia a una garantía *cum viribus hereditatis*. Aunque se diferencian por el tipo de responsabilidad del heredero: sólo el b. de i. excluye la responsabilidad *ultra vires* (art. 35.1r y 3r CS). El b. de i. está destinado a proteger una herencia deficitaria, mientras que el b.s.p. sólo está pensado para salvaguardar los intereses de aquellos que tengan alguna pretensión sobre los bienes relictos (acreedores del causante y legatarios) frente a un heredero que también tiene acreedores personales (art. 37.1 CS, «per tal de salvaguardar el seu dret davant els creditors particulars d'aquest últim») de manera que, como mínimo, existe la sospecha de que el patrimonio

fideicomiso [art. 210 del CS «*deutes de què respoungui el fideïcomís*»; art. 214.3 del CS], fondos de pensiones [art. 12 del RDLeg. 1/2002] (107), fondos de inversión [art. 6.1 de la Ley 35/2003] (108), etc.— (109). En otros, por el contrario, mantiene silencio [vgr. la Ley 41/2003, en relación con el patrimonio de los discapacitados (110); la Ley 5/2001, en cuanto a los fondos especiales de la fundación (111)]. Y, finalmente, hay casos en relación con los cuales la ley afirma expresamente que los administradores del fondo especialmente afectado a la realización de un fin responden,

personal del nuevo deudor sea menos solvente que el del ya difunto. En este caso, la separación es sólo parcial y temporal (art. 37.2 final CS) al efecto de jerarquizar (y ejecutar) las pretensiones de los acreedores y legatarios que hubieran obtenido el beneficio, con total exclusión de los acreedores personales del heredero. Respecto a estos últimos, en cambio, existe confusión de patrimonios y, como consecuencia, también confusión/consolidación (art. 35.2n CS *a contrario*) y responsabilidad ilimitada (art. 35.1r *a contrario*, 34.1 CS). Sobre el tema, ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», 3 (2000), *Revista Jurídica de Catalunya*, 645-677.

(107) Artículo 12 RDLeg. 1/2002, *Texto Refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones*: (1) «[L]os acreedores de los fondos de pensiones no podrán hacer efectivos sus créditos sobre los patrimonios de los promotores de los planes y de los partícipes, cuya responsabilidad está limitada a sus respectivos compromisos de aportación a sus planes de pensiones adscritos (2). El patrimonio de los fondos no responderá por las deudas de las entidades promotora, gestora y depositaria. Además, el artículo 3.5 del Real Decreto 304/2004, *Reglamento de planes y fondos de pensiones*: «[L]os acreedores de los fondos de pensiones no podrán hacer efectivos sus créditos sobre los patrimonios de los promotores de los planes y de los partícipes, cuya responsabilidad está limitada a sus respectivos compromisos de aportación a sus planes de pensiones adscritos. ¶ El patrimonio de los fondos de pensiones no responderá por las deudas de las entidades promotora, gestora y depositaria.

(108) Artículo 6.1 de la Ley 35/2003: «[E]l patrimonio de los fondos de inversión no responderá por las deudas de los partícipes, sociedades gestoras o depositarios».

(109) Vid. CÁMARA, «El trust y la fiducia», en CÁMARA (coord.), *Derecho Privado europeo*, 1137, para los casos que, en el ámbito comercial y financiero, podrían ser considerados «fiducias legales» y que implican una limitación de la responsabilidad patrimonial universal que casi todos los Códigos Civiles reconocen (para lo cual, vid. *infra* epígrafe III, 4).

(110) La doctrina se muestra disconforme frente a lo que considera una solución poco arriesgada del legislador, que no sólo no ha realizado ninguna modificación expresa al artículo 1.911 del Código Civil, sino que además ha rechazado las enmiendas al proyecto de ley que así lo preveían. Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, *El patrimonio*, 3-4. Le sigue, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, JESÚS-RUIZ HIDALGO, Carmen, *La protección de las personas discapacitadas a través del ordenamiento tributario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (ed.), Madrid, 2004, 103. A falta de otros argumentos, parece poco probable que RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M.^a JESÚS-RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José A., «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados», *La Ley*, 29 de junio de 2004, 2, piensen que el artículo 1.911 del Código Civil queda excepcionado al afirmar: «[...] se trata [...] de un *patrimonio de destino*, sometido a una regulación legal propia y de carácter especial frente a la general que ofrece el Código Civil respecto de los demás bienes que integran el patrimonio de una persona».

(111) En este caso, es ese mismo silencio el que permite afirmar a la doctrina que la limitación de responsabilidad no es posible. Así, FERRER, *Els fons especials*, 85, 103.

pero tampoco se dice con qué bienes ni si los que componen el fondo podrían servir para satisfacer a los acreedores personales de sus gestores o promotores (así, en relación con las cuestaciones y suscripciones públicas, la DA 4.^a LO 1/2002, de 22 de marzo, *reguladora del Derecho de asociación*) (112).

Que los bienes afectados a la finalidad prevista no respondan de las deudas contraídas por el constituyente, sino sólo de las que genere la administración de esos mismos bienes y la consecución de la finalidad a la que están afectados, se adapta sin ningún problema a los patrimonios a los que la ley dota de personalidad jurídica, porque también es la ley la que, al mismo tiempo, asegura una serie de controles formales que son los que, precisamente, justifican la derogación del principio de tutela del crédito (113). En este caso, además, la limitación de la responsabilidad patrimonial se justifica porque los bienes se sustraen a un sujeto para pasar a formar parte de otro (114). Con todo, también cuando la creación de un patrimonio separado no va acompañada del otorgamiento de personalidad, es en muchos casos también la ley la que igualmente establece la limitación o exoneración de responsabilidad del deudor (*vgr.* beneficio de inventario).

Por tanto, es un hecho que la ley permite establecer excepciones al artículo 1.911 del Código Civil (115). Lo que ahora procede determinar es si el principio del *favor creditoris* que consagra aquel precepto podría ser derogado por los particulares, de manera que parte del activo del constituyente pasase a formar parte de un patrimonio separado que pudiese ser declarado exento de la responsabilidad general a la que están afectos el resto de sus

(112) BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2002, 11981. La citada DA 4.^a de la LO 1/2002 se pronuncia en los siguientes términos: «[L]os promotores de cuestaciones y suscripciones públicas, actos benéficos y otras iniciativas análogas de carácter temporal, destinadas a recaudar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada, responden, personal y solidariamente, frente a las personas que hayan contribuido, de la administración y la inversión de las cantidades recaudadas». Al amparo de la anterior legislación, PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA DE, «Patrimonios adscritos a fines», 19 (1996), *Revista Jurídica del Notariado*, 177, había sugerido que tratándose de patrimonios de fin, sin sujeto conocido, debían ponerse al abrigo de los acreedores personales de los recaudadores».

(113) En relación con las sociedades, PRADA, *Patrimonios adscritos a fines*, 157-158; para el Derecho francés, FLOUR-AUBERT, *Les obligations*, 22: «[C]elui qui ne veut affecter qu'une partie de sa fortune à ses affaires peut constituer une société anonyme ou une société à responsabilité limitée, où il se réserve la majorité. Il ne répondra ainsi des dettes de cette société que jusqu'à concurrence de l'apport qu'il y a fait».

(114) ROCA SASTRE, *El patrimonio*, 19.

(115) Además de los ejemplos señalados en páginas anteriores, todos los cuales implicaban la creación de patrimonios separados, *vid.* todavía GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXIV, Edersa (ed.), Madrid, 1984, 663, señala además el ejemplo que proporcionaría el artículo 1.857 del Código Civil (hipoteca y prenda en garantía de deuda ajena).

bienes. Generalmente se niega, por considerar que el artículo 1.911 del Código Civil es de orden público (116). Por las razones que luego explicaré, yo no estoy segura de que esto necesariamente siempre sea o deba ser así; pero, aun admitiendo que, efectivamente, el *favor creditoris* es un límite a la plena autonomía negocial, no creo que ello debiera para nada interferir en la necesidad de que en el futuro la ley reconozca técnicas de gestión de la responsabilidad patrimonial creadas por voluntad de los particulares. De esta manera, se posibilitaría el reconocimiento de *trusts* o fiducias en nuestro país. Lo que, como se verá, no tiene porqué tildarse *ab initio* y *a priori* de actividad o institución fraudulenta.

Conviene por ello presentar el *trust* como mecanismo de protección patrimonial, los remedios que establecen las jurisdicciones que lo reconocen para evitar el fraude y, como muestra, el ejemplo que, en el ámbito *inter vivos* proporcionan las fiducias de protección de activos («*protective trust*»; «*asset protection trust*»).

1. PRESENTACIÓN DEL *TRUST* COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE ACTIVOS

Con independencia de quién sea la persona que los adquiera, supuesto que deba encontrarse algún propietario (no es el caso ni en Québec, ni en Cataluña [en la propuesta de anteproyecto sobre el patrimonio fiduciario]), es claro que en todos los sistemas que reconocen el *trust*, los bienes afectados siempre dejan de pertenecer al constituyente. Por tanto, quedan al abrigo de sus acreedores personales.

Desde el punto de vista económico, el instituto es muy eficiente porque permite de entrada limitar la propia responsabilidad sin tener que soportar unos costes asegurativos que pueden ser muy elevados; puede darse incluso el caso de que determinados riesgos resulten imposibles de cubrir. En definitiva, gracias al *trust*, el patrimonio personal del constituyente siempre queda a salvo frente a eventualidades sobrevenidas (*vgr.*, la responsabilidad del empresario por daños ambientales, cada vez más frecuente) y le protege frente a una insolvencia probable, supuesto que en el futuro tenga reveses de fortuna. No debe olvidarse que, al menos en Estados Unidos, donde este tipo de *trust* prolifera, las responsabilidades derivadas de divorcios reportan muchas veces gastos enormes, puesto que no siempre se dan —o no siempre son eficaces— acuerdos prematrimoniales que fijan la pensión a satisfacer en caso de ruptura; o, aunque existan y desplieguen toda su eficacia, éstos no

(116) CASTRO Y BRAVO, *El patrimonio*, 55; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, 510; PRADA, *Patrimonios adscritos a fines*, 153, 154, 201; en el contexto de los fondos especiales de las fundaciones, FERRER, *Els fons especials*, 85, 103.

comprenden el crédito derivado de la reclamación por el daño emocional que aquella comporta (117).

2. EL ASSET PROTECTION TRUST Y SUS MODALIDADES: UK, EE.UU., QUÉBEC

El *asset protection trust*, modalidad de *trust inter vivos* constituido sin finalidades comerciales, es un ejemplo que permite poner en práctica todo lo dicho. Tradicionalmente utilizado por las jurisdicciones de *Common Law*, ha sido también recientemente incorporado en Québec (provincia de *Civil Law*), en donde se conoce con el nombre de «*fiducie de protection d'actifs*» (118). En su virtud, una persona constituye algunos de sus bienes en patrimonio fiduciario y él mismo se autodesigna beneficiario (art. 1.275 CCQ), de manera que continua disfrutando de aquéllos, prácticamente igual que antes —aunque ahora otro los tiene en administración—, pero con la gran diferencia que, una vez declarado insolvente, los bienes en fiducia no constan ya como de su pertenencia y, además, deja de percibir su derecho a la percepción de las rentas o del capital, que pasa a otros beneficiarios (119).

La modalidad quebequesa se nutre de los antecedentes que proporcionan el «*spendthrift trust*» y el «*protective trust*». El primero, también conocido como «*trust con cláusula de prodigalidad*» (120), significa afectar con una prohibición de disponer y de inembargabilidad las rentas que el beneficiario percibe del *trust* (121); el segundo, parecidamente, implica sustraer a los

(117) LUPOI, *Trusts*, 119; VICARI, Andrea, «I trust di protezione patrimoniale», in *Trusts e attività fiduciaria. Quaderni*, IPSOA, Milano, 2003, 3-4, n. 11; FOX, Charles D. IV-HUFT, Michael J., «Asset Protection and Dynasty Trust», 37 (2002), *Real Property, Probate and Trust Journal*, 291-292.

(118) BEAULNE, Jacques, *Droit des fiducies*, Wilson & Laffleur, Montréal, 1998, 69; *id.*, «La fiducie et le droit civil québécois», en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (ed.), *El Québec: un model de dret comparat per a Catalunya*, Universitat de Barcelona-Generalitat de Catalunya (ed.), Barcelona, 2001, 117; BEACHEMIN, Lucie, «Fiducies entre vifs de protection d'actifs», en *Congrès 95*, APFF, Montréal, 1996, 1-47; NADEAU, Éric, «L'utilisation de la fiducie pour fins de protection: une perspective commerciale», 6 (2000), *Revue d'Études Juridiques*, 129-169, esp. 139 y sigs.; PAYETTE, Louis, *Les sûretés réelles*, Cowansville (Québec), 2000², 29-30.

(119) BEAULNE, *Droit des fiducies*, 69-71, 202, nota 724; *id.*, «La fiducie», en ARROYO (ed.), *El Québec*, 112-113.

(120) BÉRAUDO, Jean-Paul, «Les trusts anglosaxons et le droit français», *LGDJ*, Paris, 1992, 166.

(121) *Restatement (Second) of Trusts* (1959) § 152 (1), lo define como aquél en el que «[...] is provided that [the beneficiary's] interest shall not be transferable by him and shall not be subject to the claims of creditors. Vid. LISCHER, Henry J. Jr., «Domestic Asset Protection Trust: Pallbearers to liability?», 35 (2000), *Real Property, Probate and Trusts Journal*, 490-497; DANFORTH, Robert T., «Rethinking the Law of Creditors's Rights in Trusts», 53 (2002), *Hastings Law Journal*, 292; LYNN, Robert J., *Introduction to Estate Planning*, West Publishing Company, St. Paul (Minnesota), 1991, § 8.6, 183.

acreedores del beneficiario el derecho a cobrar con cargo a las rentas que éste percibe del *trust*. Se trata de un derecho sometido a resolución, esto es, que dura hasta que se produzca cualquier circunstancia que permitiría que aquél pasara a manos de terceros (insolvencia, compraventa, etc.) (122).

Tal tipo de *trusts*, en los casos en que el constituyente y el beneficiario son una misma persona, han sido tradicionalmente admitidos con cautelas, en virtud de lo dispuesto en la regla de derecho inglés según la cual:

«[A]ll deeds of gift of goods and chattels made or to be made in trust, to the use of that person or persons that made the same deed of gift, be void and of none effect» (123).

La norma fue asumida por numerosos *statutes* de Derecho americano o, cuando menos, repetida por la jurisprudencia, que bien declara la nulidad de un *trust* así constituido, bien su inoponibilidad frente a los acreedores del constituyente (124). Así lo reflejan también tanto el § 156 2d. *Restatement of Trusts* (125), como el § 58 (2) del (*in itinere*) *Restatement (Third) of Trusts* (126), como, finalmente, el § 505 del *Uniform Trust Code* (127).

(122) BÉRAUDO, *Les trusts anglosaxons*, 85; VICARI, *Il trust*, 26-28; LISCHER, «Domestic Asset Protection Trust», 498 y sigs.

(123) 3 Hen. 7, c. 4 (1487), en cita de DANFORTH, *Rethinking*, 292-293. Esta es la norma que puede considerarse el origen de la legislación contra el fraude, a pesar de que tradicionalmente se suele citar la que data de casi un siglo más tarde, *The Fraudulent Conveyances Act* [13 Eliz ch 5 (1571)]. Lo pone de relieve, LUPOI, *Trusts*, 117.

(124) BÉRAUDO, *Les trusts anglosaxons*, 167: «[M]ême dans les États qui valident largement les clauses de prodigalité, certaines conditions ont été edictées quant à leur constitution et leur efficacité. Au regard de la création du trust, la personne qui constitue un trust sur des biens qu'elle possède ne peut pas se déclarer bénéficiaire protégée par une clause de prodigalité. Si une telle clause est présente dans l'acte du trust, elle n'est pas opposable aux créanciers, passés et présents, du constituant. Elle ne peut pas non plus l'empêcher de céder ses droits dans le trust. Autrement, ainsi que l'a observé la cour d'appel de Pennsylvanie, la clause «révolutionnerait le système du crédit en son entier, détruirait toute confiance dans la propriété apparente des biens et annulerait tous nos textes et décisions contre la fraude (Mackason's Appeal, 42 Pa, 330)»; DANFORTH, *Rethinking*, 293.

(125) *Restatement (Second) of Trusts* (1959) § 156: «(a) [W]here a person creates for his own benefit a trust with a provision restraining the voluntary or involuntary transfer of his interests, his transferee or creditors can reach his interest. (b) Where a person creates for his own benefit a trust for support or discretionary trust, his transferee or creditors can reach the maximum amount which the trustee under the terms of the trust could pay to him or apply for his benefit. Vid. LISCHER, *Domestic Asset Protection Trust*, 489: «[...] these rules prevent settlor from using trusts to evade creditors while continuing to enjoy the property in trust».

(126) *Restatement (Third) of Trusts* § 58 (2): «[A] restraint on the voluntary and involuntary alienation of a beneficial interest retained by the settlor of a trust is invalid». Vid. LISCHER, *Domestic Asset Protection Trust*, 519-523.

(127) *Uniform Trust Code* (revised in 2003) § 505: «Creditor's claim against settlor»: (a) «Whether or not the terms of a trust contain a spendthrift provision, the

Ahora bien, tal tipo de *trusts* se admiten sin restricciones en las jurisdicciones *off shore* (Isla de Man, Islas Cooke, Islas Cayman, Mauricio, Seychelles, Bahamas, Barbados, Belize, Bermudas, Jersey, etc.) (128) y, recientemente, han sido objeto de regulación favorable en algunos Estados americanos: Missouri, Alaska, Delaware (en 1997), Nevada y Rhode Island (en 1999) (129).

Siguiendo tales precedentes, también lo reconocía la propuesta de anteproyecto de ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios, al prever el artículo 514-7,2 que:

«[L]a persona constituent pot autodesignar-se fiduciària i beneficiària».

3. AUTONOMÍA NEGOCIAL VS. FAVOR CREDITORIS EN LAS JURISDICIONES QUE RECONOCEN EL TRUST

Naturalmente, la huida del principio del *favor creditoris* en beneficio de la autonomía negocial del disponente —*favor debitoris*— no es ni absoluta ni incondicionada. Si se da es porque existen remedios correctores frente a la utilización del *trust* con fines defraudatorios. Desde el punto de vista civil, existe el límite de la acción pauliana, que permite rescindir o declarar inoponible a los acreedores el acto de constitución de una fiducia. Además, existen normas fiscales, a cuyos efectos el *trust* en que el constituyente se autodesigna beneficiario es como si no existiera, que también contemplan sanciones penales contra las personas que aconsejan a otras constituir *trusts*

following rules apply: (2) With respect to an irrevocable trust, a creditor or assignee of the settlor may reach the maximum amount that can be distributed to or for the settlor's benefit. If a trust has more than one settlor, the amount the creditor or assignee of a particular settlor may reach may not exceed the settlor's interest in the portion of the trust attributable to that settlor's contribution». En el comentario que acompaña al precepto se prescribe expresamente que: «Subsection (a)(2), which is based on Restatement (Third) of Trusts Section 58(2) and cmt. e (Tentative Draft No. 2, approved 1999), and Restatement (Second) of Trusts Section 156 (1959), follows traditional doctrine in providing that a settlor who is also a beneficiary may not use the trust as a shield against the settlor's creditors. The drafters of the Uniform Trust Code concluded that traditional doctrine reflects sound policy. Consequently, the drafters rejected the approach taken in States like Alaska and Delaware, both of which allow a settlor to retain a beneficial interest immune from creditor claims [...]. Under the Code, whether the trust contains a spendthrift provision or not, a creditor of the settlor may reach the maximum amount that the trustee could have paid to the settlor-beneficiary. If the trustee has discretion to distribute the entire income and principal to the settlor, the effect of this subsection is to place the settlor's creditors in the same position as if the trust had not been created. For the definition of "settlor", see Section 103(14)».

(128) Con detalle, VICARI, *Il trust*, 30 y sigs.; SPERO, *Asset Protection*, 165; LISCHER, *Domestic Asset Protection Trust*, 503-508, 515 y sigs.; DANFORTH, *Rethinking*, 306-310.

(129) FOX-HUFT, *Asset Protection*, 320-328; LISCHER, *Domestic Asset Protection Trust*, 485, 508 y sigs.; DANFORTH, *Rethinking*, 311-326.

con la intención de defraudar (130). En Québec, además de la acción pauliana (arts. 1.631-1.636 CCQ) (131), el artículo 1.292 CCQ establece la responsabilidad solidaria del fiduciario, del constituyente y de los beneficiarios que participen en actos ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores, ya sean los del constituyente o los de la fiducia (132). Y, aunque el constituyente puede ser beneficiario y, a la vez, fiduciario, esto último sólo es posible si no es administrador único (arts. 1.275, 1.281 CCQ) (133). Naturalmente, se trata de evitar que aquél se encuentre en la misma posición de control que con anterioridad a la constitución del trust y que lo que se produzca sea un simulacro de fiducia, caso en el cual el tribunal deberá ignorar su constitución y permitir a los acreedores la aprensión de los bienes (134).

Al margen del CCQ, la *Loi sur la faillite e l'insolvabilité* (= LFI) permite al síndico de la quiebra rescindir los actos del fallido anteriores a la declaración de insolvencia, si ésta se produce en los plazos legalmente previstos (tres meses), o cuando al realizar la disposición el constituyente ya estuviese en tal situación, aunque la misma sólo se declare cinco años después (art. 95). Otra cosa es que la doctrina, siguiendo la opinión de la jurisprudencia, estime que la expresión «disposición» no se aplica más que a las alienaciones en favor de terceros (135). En cualquier caso, las rentas que la fiducia produzca, en la medida que son bienes futuros (arts. 2, 67.1 c de la LFI), sí que deben quedar en poder del síndico (136).

Las condiciones de aplicabilidad de la acción revocatoria son hasta cierto punto parecidas en ambos sistemas, si se tiene en cuenta que tanto el artículo 1634.2 CCQ (137), como el § 2 de la inglesa «*Fraudulent Conveyances*

(130) LUPOI, *Trusts*, 135; FOX-HUFT, *Asset Protection*, 308; DANFORTH, *Rethinking*, 326-333. En Québec, NADEAU, *L'utilisation*, 162-164.

(131) Artículo 1.631 CCQ: «[L]e créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer inopposable à son égard l'acte juridique que fait son débiteur en fraude de ses droits, notamment l'acte par lequel il se rend ou cherche à se rendre insolvable ou accorde, alors qu'il est insolvable, une préférence à un autre créancier».

(132) BEAULNE, *Droit des fiducies*, 70, n. 247, 202; *id.*, «La fiducia», en ARROYO (ed.), *El Québec*, 112-113; sin embargo, PAYETTE, *Les sûretés*, 33-34, no cree que el artículo pueda aplicarse a los acreedores del constituyente (nunca a los posteriores, en todo caso) y, más bien, sí sólo a los de la fiducia.

(133) BEAULNE, *Droit des fiducies*, 121: «[C]ette possibilité pour le constituant de cumuler la fonction de fiduciaire est intéressante, non seulement dans le cadre [...] mais également [...] de la "fiducie de protection d'actif". En effet [...] ce contrôle est crucial pour l'atteinte des objectifs de la fiducie».

(134) PAYETTE, *Les sûretés*, 31.

(135) LEGENDRE, Michel, «L'utilisation de la fiducia à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières», 18 (1996), *Revue de Planification Fiscale et Successorale*, 15-22; NADEAU, *L'utilisation*, 160-162; PAYETTE, *Les sûretés*, 30-37.

(136) NADEAU, *L'utilisation*, 161.

(137) Artículo 1634.2 CCQ: «[L]a créance doit être antérieure à l'acte juridique attaqué, sauf si cet acte avait pour but de frauder un créancier postérieur».

Act» (138), que debe completarse con el § 423 de la también inglesa «*Insolvency Act*» de 1986 (139), exigen que la afectación se haga con ánimo de defraudar a los acreedores (140).

En todo caso, tanto los artículos 1.632-1.633 CCQ (141) como las normas últimamente citadas presumen/objetivizan el fraude para las transacciones y en los supuestos que anuncian (142).

En la misma línea debe situarse el § 4 del americano *Uniform Fraudulent Transfert Act* [= UFCA] (143) por no citar, además, todos los *Statutes* de los

(138) R.S.O. 1990, Ch. F 29. Art. 2: «[E]very conveyance of real property or personal property and every bond, suit, judgment and execution heretofore or hereafter made with intent to defeat, hinder, delay or defraud creditors or others of their just and lawful actions, suits, debts, accounts, damages, penalties or forfeitures are void as against such persons and their assigns».

(139) § 423 *Insolvency Act*: (3) In the case of a person entering into such a transaction, an order shall only be made if the court is satisfied that it was entered into by him for the purposes - (a) of putting assets beyond the reach of a person who is making, or may at some time make, a claim against him, or (b) of otherwise prejudicing the interest of such a person in relation to the claim which he is making or may make ¶ [...]. Sobre su interpretación, UNDERHILL, Arthur-HAYTON, David J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Butterworths, London, 1987, 223-226.

(140) Con todo, las opiniones no coinciden cuando se trata de interpretar la *Insolvency Act*. UNDERHILL-HAYTON, *Law of Trusts*, 225, considera necesaria la intención de defraudar: «[T]he claimant must prove that the transaction was entered into for the purpose of putting assets beyond the reach of an existing or potential creditor or of otherwise prejudicing the interests of such a person»; «[P]utting assets beyond the reach of creditors may be a necessary effect of a transaction without it being a purpose of the transaction». No así, FLETCHER, Ian F., *The Law of Insolvency*, Sweet & Maxwell, London, 20023, § 8-083, 244.

(141) Artículo 1.632 CCQ: «[U]n contrat à titre onéreux ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est réputé fait avec l'intention de frauder si le cocontractant ou le créancier connaissait l'insolvabilité du débiteur ou le fait que celui-ci, par cet acte, se rendait ou cherchait à se rendre insolvable»; art. 1.633: «[U]n contrat à titre gratuit ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est réputé fait avec l'intention de frauder même si le cocontractant ou le créancier ignorait ces faits, dès lors que le débiteur est insolvable ou le devient au moment où le contrat est conclu ou le paiement effectué».

(142) § 423 *Insolvency Act*: «(1) This section relates to transactions entered into at an undervalue; and a person enters such a transaction with another person if - (a) he makes a gift to the other person or he otherwise enters into a transaction with the other on terms that provide for him to receive no consideration; (b) he enters into a transaction with the other in consideration of marriage; or (c) he enters into a transaction with the other for a consideration the value of which, in money or money's worth, is significantly less than the value, in money or money's worth, of the consideration provided by himself».

(143) Art. 4 UFTA: (A) A transfer made or obligation incurred by a debtor is fraudulent as to a creditor, whether the creditor's claim arose before or after the transfer was made or the obligation was incurred, if the debtor made the transfer or incurred the obligation: (1) with actual intent to hinder, delay, or defraud any creditor of the debtor; or (2) without receiving a reasonably equivalent value in exchange for the transfer or obligation, and the debtor: (i) was engaged or was about to engage in a business or a transaction for which the remaining assets of the debtor were unreasonably small in relation to the business or transaction; or (ii) intended to incur, or believed or reasonably

diferentes Estados americanos que están en la misma órbita y, además, las provisiones del *Bankruptcy Code* federal (11 U.S.C., § 548) (144).

El artículo 1634.2 CCQ exige que la deuda exista en el momento del acto constitutivo de fiducia, salvo que la constitución tenga precisamente por objeto defraudar a los acreedores futuros. También las jurisdicciones de *Common Law* admiten la legitimación de los acreedores anteriores al acto de otorgamiento del *trust*, pero en cuanto a la de los acreedores futuros, no siempre coinciden en su alcance. Parece que la jurisprudencia inglesa declara expresamente que la tienen los que no lo fueran en el momento de otorgamiento del acto aunque ni siquiera fuera previsible que acabaran siéndolo (145). Ésta, sin embargo, es una afirmación que debe ser atemperada a la vista de los pronunciamientos de los tribunales americanos. Efectivamente, aunque el artículo 4 de la UTFA no distingue entre las diferentes clases de acreedores, los tribunales han matizado que la persona cuyo crédito nace tras la realización del acto que se considera fraudulento, únicamente podría ser considerada como «acreedor futuro» legitimado para impugnarlo si «[the] *transfert was made with the intention to de-*

should have believed that he [or she] would incur, debts beyond his [or her] ability to pay as they became due. ¶ (b) In determining actual intent under subsection (a) (1), consideration may be given, among other factors, to whether: (1) the transfer or obligation was to an insider; (2) the debtor retained possession or control of the property transferred after the transfer; (3) the transfer or obligation was disclosed or concealed; (4) before the transfer was made or obligation was incurred, the debtor had been sued or threatened with suit; (5) the transfer was of substantially all the debtor's assets; (6) the debtor absconded; (7) the debtor removed or concealed assets; (8) the value of the consideration received by the debtor was reasonably equivalent to the value of the asset transferred or the amount of the obligation incurred; (9) the debtor was insolvent or became insolvent shortly after the transfer was made or the obligation was incurred; (10) the transfer occurred shortly before or shortly after a substantial debt was incurred; and (11) the debtor transferred the essential assets of the business to a lienor who transferred the assets to an insider of the debtor.

(144) DANFORTH, *Rethinking*, 327, n. 168: «[...] § 548 varies significantly from the state fraudulent transfert laws only with respect to limitations period; whereas state fraudulent transfert laws generally include a four-year statute of limitations, § 548 applies only to transfers made or obligations incurred within one year before the date of the filing of the bankruptcy petition. 11 U.S.C. § 548 (a) (1). But in a bankruptcy proceeding, the authority of the trustee or debtor in possession to set aside a transfer as fraudulent is not limited to that granted by § 548; under § 544(b) the trustee or debtor in possession may also avoid a transfer that is fraudulent under applicable state law, as long as the transfer could have been set aside by someone who is a creditor in the bankruptcy proceeding».

(145) Re *Butterworth* (1882) 19 Ch. D. 588, at 598, 601. En cita de la doctrina, vgr. VICARI, *Il trust*, 16; SPERO, Peter, «Asset Protection-a US Perspective» 5 (10) (2003) *Retirement & Estate Planning Bulletin*, 164; UNDERHILL-HAYTON, *Law of Trusts*, 225: «[...] a man is not entitled to go into a hazardous business, and immediately before doing so, settle all his property voluntarily, the object being this: "If I succeed in business, I make a fortune for myself. If I fail, I leave my creditors unpaid. They will bear the loss". That is the very thing the Statute of Elisabeth was meant to prevent"».

fraud that particular creditor» (146). En América, los jueces han establecido la distinción entre acreedores con los que el deudor contaba y aquellos otros cuya existencia no podía prever (147).

Por tanto, la validez del acto dispositivo depende de las circunstancias de cada caso, está en función de la prueba que demuestre la intención de defraudar —o, en otro caso, de la falta de constatación de la existencia de algunos de los supuestos de hecho que caracterizan al «*constructive fraud*» (fraude objetivo) (148)— y en función de esa intención (actual) cabrá precisar también a qué acreedores se pretendía obviar (149).

(146) Roland v. United States 838 F.2d 1400 at 1402 (5th Cir 1988). En cita de SPERO, *Asset Protection*, 163. Además, vid. Re Gabor 280 B.R. 149, at 161 (Bkrtcy. N.D. Ohio 2002), en relación con el § 1336.04 del *Ohio Revised Code*, respecto del cual se dice que «appears to be limited to existing creditors and does not permit a future creditor, whose claim matured following the subject transfer(s) to set them aside». Lo mismo, ya en 1904, fue declarado por el Tribunal Supremo de Illinois, en Chicago Daily News Co et alii v. Siegel et alii (212 Ill. 617, 72 N.E. 810) at 629: «Where a conveyance is alleged to be made in fraud of the rights of creditors, the creditors injured are those whose claims exist at the time of the conveyance. Only creditors having claims when the fraud is committed can avoid such conveyances. In Mixell v. Lutz, 34 Ill. 382, it was said (page 387): “If the conveyance was made before the indebtedness was incurred, then there was no fraud, as there was no design to hinder or delay creditors at the time; and the credit was not given upon the supposition that this property could be rendered liable for its payment”. In Seaman v. Bisbee, 163 Ill. 91, 45 N.E. 208, it was held that a husband having conveyed his property to his wife without consideration, the conveyance could not be attacked by creditors whose debts did not exist at the time of the voluntary conveyance. See, also, Wooldridge v. Gage, 68 Ill. 157; Moritz v. Hoffman, 35 Ill. 553; Tunison v. Chamblin, 88 Ill. 378».

(147) Distinción que niega VICARI, *Il trust*, 14-15, al amparo del § 4 UFTA; sin embargo, en relación con esa misma norma, vid. FOX-HUFT, *Asset Protection*, 10; DANFORTH, *Rethinking*, 330-333. En general, todos los Estados americanos, de acuerdo con sus propios statutes o siguiendo la jurisprudencia, sigue el parecer apuntado en el texto. Vid. *infra*.

(148) Sobre lo cual, VICARI, *Il trust*, 15; ZARETSKY, Barry L., «Fraudulent Transfert Law as the Arbitrator of Unreasonable Risk», 46 (1995), *South Carolina Law Review*, 1170-1171.

(149) *Ad exemplum*, Supreme Court of Missouri in Addison Payne et alii (Respondents) v. Edgar Staton (Appellant) [59 Mo. 158, 1875 WL 7876 (Mo.)]: «[T]he doctrine is well settled that a voluntary conveyance by a person in debt, is not, as to subsequent creditors, fraudulent *per se*. To make it fraudulent, as to subsequent creditors, there must be proof of actual or intentional fraud. As to creditors existing at the time, if the effect and operation of the conveyance are to hinder or defraud them, it may as to them, be justly regarded as invalid, but no such reason can be urged in behalf of those who become creditors afterwards. Idem, Supreme Court of the United States in Wallace Adm’s v. Penfield and another (106 U.S. 260, 16 Otto 260, 1 S.Ct. 216, 27 L.Ed. 147). Id. Supreme Court of Pennsylvania in Buckley v Duff (114 Pa. 596, 8 A. 188): «[T]he rule in Pennsylvania is that a transfer void as to existing creditors is not necessarily void as to subsequent creditors. It is bad only as to those it was intended to defraud. *Byrod’s Appeal*, 31 Pa. St. 241; *Monroe v. Smith*, 79 Pa. St. 459. If the transaction is not fraudulent as to existing creditors —and in this case, as we have said, there were none— subsequent creditors can

El Tribunal Supremo de Ohio, en el caso «*Schofield v. Cleveland Trust Co et alii*» (150), tras reconocer que las decisiones no son unánimes en las diferentes jurisdicciones, estableció que:

«[...] a transfer of property by one who is solvent will not be set aside as to subsequent creditors unless there is proof of actual intent to defraud such creditors; and the burden of showing such intent is on the party asserting it».

La razón que se alegaba es que:

«[...] future creditors give credit to their debtor on the basis of what he has, and not on the basis of what the once had» (151).

De lo dicho se deduce, pues, que sería incorrecto generalizar la idea en virtud de la cual constituir un *trust* es un acto fraudulento (152) y que ni

avoid the sale only under special circumstances; as, for instance, by showing that it was made with a view to incurring liabilities, or to provide against the contingencies of a hazardous business, which gave rise to their debts; and cases of this character are ordinarily, under proper instructions, for the determination of a jury. Such is the doctrine of *Snyder v. Christ*, 39 Pa. St. 499; *Monroe v. Smith*, 79 Pa. St. 459; *Harlan v. Maglaughlin*, 90 Pa. St. 293»; *id.*, Supreme Court of Nebraska, in *United States National Bank of Omaha v. Max E. Rupe et alii* (Appellants), *Bob & Boots, Inc.*, a Nebraska Corporation (Intervenor-Appellee) (207 Neb. 131, 296 N.W.2d 474): «[I]n *First National Bank in Kearney v. Bunn*, 195 Neb. 829, 832, 241 N.W.2d 127, 129 (1976), we said, “A different standard is applied to creditors whose debts are in existence at the time of conveyance, as opposed to subsequent creditors. A creditor whose debts did not exist at the date of a voluntary conveyance by the debtor cannot attack such conveyance for fraud unless he pleads and proves that the same was made to defraud subsequent creditors whose debts were in contemplation”. Likewise, in *Tanner v. Frink*, 103 Neb. 817, 174 N.W. 417 (1919) we said, “The question of fraudulent intent is to be considered as of the time when the conveyance is made and with reference to the particular conveyance alleged to have been fraudulent as against creditors” (Syllabus by the court) Finally, in *DeForge v. Patrick*, 162 Neb. 568, 575, 76 N.W.2d 733, 738 (1956), we said, “The rule seems to be well settled that, to set aside a conveyance on the ground that it is fraudulent as to subsequent creditors, such creditors must allege and prove that such conveyance was made with intent to defraud subsequent creditors and in contemplation of such future indebtedness” Likewise, see, *Jayne v. Hymer*, 66 Neb. 785, 92 N.W. 1019 (1902)».

(150) 135 Ohio St. 328, 21 N.E.2d 119, 14 O.O. 224.

(151) Con cita de *Crumbaugh v. Kugler*, 2 Ohio St. 373, 379 y de la doctrina (Perry on Trusts and Trustees, 7 ed., at pages 116 and 117, Section 96): «Voluntary conveyances or declarations of trusts are subject to the general rules as to fraud upon creditors. If they are made with actual intent to hinder, delay or defraud either prior or subsequent creditors of the settlor, they are voidable by such creditors. As to subsequent creditors the fraudulent intent must be shown. The mere fact that there is a benefit for the settlor is not conclusive of fraudulent intent, even when the trust for the settlor is secret. A power of revocation in the settlor does not necessarily render the trust fraudulent, and creditors of the settlor cannot compel its exercise for their benefit».

(152) LUPOLI, *Trusts*, 135: «[E]xcept under an action for revocation, no criticism may be levelled at a person who places his estate on trust by transferring it into a trustee who actually administers it in favour of beneficiaries (among whom may be the settlor himself).

siquiera necesariamente lo es cuando se dé el caso de que entre los beneficiarios se encuentre el constituyente.

Sin perjuicio de describir luego los remedios que para prevenir el fraude arbitra el anteproyecto catalán sobre los patrimonios fiduciarios, creo conveniente comentar ahora lo que me parece un punto débil del citado texto en relación con la posibilidad de que el constituyente sea a la vez beneficiario. No porque considere que esto no deba o pueda ser así —al contrario, es uno de los alicientes del *trust*— sino porque cuando el anteproyecto catalán adopta en el artículo 514-7,2 el principio quebequés que permite reunir en una misma persona la cualidad de constituyente, beneficiario y fiduciario (según permite deducir una interpretación conjunta de los arts. 1.275, 1.281 CCQ), también debería haber asumido las mismas limitaciones que este derecho prevé para prevenir el fraude. Hubiera sido conveniente optar por una fórmula menos amplia, del estilo siguiente (153):

«El constituent pot autodesignar-se fiduciari i beneficiari alhora, sempre i quan no sigui fiduciari i beneficiari únic».

Otra posibilidad, aun más limitativa, hubiese sido:

«El constituent que no sigui alhora fiduciari pot autodesignar-se beneficiari o reservar-se el dret de participar en els aventatges que procuri el patrimoni fiduciari».

4. ¿Y EN ESPAÑA? EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL. EXCEPCIONES Y GARANTÍAS

Hasta donde me ha sido posible consultar, todas las legislaciones de nuestro entorno cultural reconocen el principio de responsabilidad patrimonial universal. Por poner sólo algunos ejemplos, vid. artículos 2.092 y 2.093 del Código Civil francés (154) y artículos 2, 13 de la Loi númer 91-650 du 9 juillet 1991, *portant réforme des procédures civiles d'exécution* (155); artículo 2740.1

Divestiture of all the settlor's personal assets (and, therefore, the loss of any rights on the part of his creditors to a general charge against his estate) is a natural result of this situation, and is a typical element of trust».

(153) Son propuestas que, aunque se discutieron, no aparecen publicadas en el libro de los trabajos de la Secció de Dret Patrimonial.

(154) Artículo 2.092 del *Code*: «[Q]uiconque s'est oblige personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous les biens mobiliers et immobiliers, presents et à venir»; artículo 2.093 del *Code*: «[L]es biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence».

(155) Artículo 2 de la Ley número 91: «[L]e créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les

del Código Civil italiano de 1942 (156); § 1 *Konkursordnung* austríaca (157); § 35 *Insolvenzordnung* alemana (158); artículo 3:276 BNW holandés (159); artículo 1.911 del Código Civil español (160) y artículo 76 de la Ley 22/2003, *concurzal* (161); artículo 2.644 CCQ (162). Tampoco al *Common Law* le es desconocida la regla (163), lo cual a primera vista puede sorprender al civilista teniendo en cuenta que son principalmente las jurisdicciones de *Common Law* las que admiten que gracias al *trust* determinados bienes queden al margen de la agresión de los acreedores personales del constituyente.

En los sistemas de *Civil Law* no hay unanimidad en cuanto a la admisibilidad de excepciones (convencionales) al citado principio. Algunos Códigos, ciertamente aperturistas, las consagran expresamente [art. 2645.2 CCQ (164) y art. 3:276 NBW (165)]; pero, en el otro extremo, otros las niegan (art. 2740.2

biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution; artículo 13: (1) Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers. (2) Elles peuvent également porter sur les créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive. Les modalités propres à ces obligations s'imposent au créancier saisissant».

(156) Artículo 2.740 del *Codice*: (1) «[I]l debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti I suoi beni presenti e futuri».

(157) § 1 KO: (1) «[D]urch Eröffnung des Konkurses wird das gesamte, der Exekution unterworfene Vermögen, das dem Gemeinschuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Konkurses erlangt (Konkursmasse), dessen freier Verfügung entzogen. Lottogewinne und Spareinlagen bei der Postsparkasse gehören zur Konkursmasse. (2) Die Konkursmasse ist nach den Vorschriften der Konkursordnung in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden».

(158) § 35 InsO: «[D]as Insolvenzverfahren erfasst das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (Insolvenzmasse)».

(159) Artículo 3:276 NBW: «[S]auf disposition contraire de la loi ou du contrat, le créancier peut recouvrer sa créance sur tous les biens du créancier»/«[U]nless otherwise provided by law or contract, a creditor can take recourse for his claim against all the property of his debtor».

(160) Artículo 1.911 del Código Civil: «[D]el cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

(161) Artículo 76.1 LC: «[C]onstituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento».

(162) Artículo 2.644 CCQ: «[L]es biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers».

(163) «[I]t is the policy of our law, that all the property of a debtor should be responsible for his debt. And his equitable estate may be taken, as well as his legal, provided it is subject to his control». En cita del juez J. Aurigemma en «*State od Connecticut v. Catherine Henneberry*», de 16 de diciembre de 2003, con referencia al caso «*Johnson v. Connecticut Bank*».

(164) El artículo 2.645 CCQ: «(2) [T]outefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent».

(165) Vid. *supra* n. 156.

Codice) (166). En la mayoría de casos, sin embargo, los preceptos respectivos no se manifiestan expresamente ni en un sentido ni en otro; y en la doctrina, la impresión generalizada es la de falta de unanimidad en cuanto a la posibilidad de tolerancia de pactos limitativos de la responsabilidad patrimonial universal entre el deudor y sus acreedores (167). Con todo, en España, contra las opiniones que así lo estiman (168), baste recordar que el artículo 1.807 del Código Civil permite pactar la inembargabilidad de la pensión vitalicia y que el artículo 140 LH legitima para acordar la exclusión de la agresión del acreedor sobre bienes distintos de los hipotecados. Además, el artículo 1.920 del Código Civil admitía que por voluntad de los particulares los bienes futuros (en una situación concursal) no quedasen incluidos en la garantía (169).

(166) Artículo 2.740 del *Codice*: «(2) Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge». No se encontraba tal norma en el Código Civil de 1865 (art. 1.948) y en ese contexto, la doctrina sí admitía la validez de pactos limitativos. Vid. BIANCHI, «Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale», en FIORE, Pasquale (curatore), *Il Diritto Civile italiano*, Napoli, Eugenio Margheri, 1894, 41-42. Pero hoy la norma imperativa del artículo 2740.2 del Código Civil provocaría la nulidad de tal tipo de pactos. La doctrina italiana muestra unanimidad en este punto. Así, NICOLÒ, Rosario, «Comentario al artículo 2.740 del Código Civil», en SCIALOJA, ANTONIO-BRANCA, Giuseppe, *Comentario del Codice Civile*, Zanichelli-Foro Italiano (ed), Bologna-Roma, 1954, 11, 15; BARBIERA, Lelio, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Jovene (ed.), Napoli, 1971, 73-74; ROPPO, «La responsabilità», en RESCIGNO, *Trattato*, 1985, 390-391; aunque alguna vez haya habido opiniones aisladas contrarias. Vid. RUBINO, Domenico, «La responsabilità patrimoniale», en VASSALLI, Filippo, *Trattato di Diritto civile italiano*, XIV-1, UTET, Torino, 1952, 12: «[Q]uesta limitazione convenzionali hanno una portata meramente obbligatoria, non solo in quanto non si può fare valere di fronte ai creditori rimaste estranei al negozio, ma anche in el senso che rispetto allo stesso creditore intervenuto nel negozio importano semplicemente un'obbligazione negativa, come tal suscettibile di violazione, e non una parziale scomparsa di quello esecutiva per il creditore». *Idem*, PINO, Augusto, *Il patrimonio* separato, Cedam, Padova, 1950, 29-30.

(167) En el Derecho francés, a favor, ZENATTI, Frédéric, «Jurisprudence française en matière de Droit Civil, C. Propriété et droits réels, 1. Patrimoine», 4 (1994), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 888-889, 889: «[...] la règle de l'article 2092 du code civil n'est pas d'ordre public (Civ. 1ère, 15 févr. 1972, *Bull. Civ.*, I, n. 50). Il est vrai qu'il est extrêmement compliqué d'organiser conventionnellement un patrimoine d'affectation, car cela nécessite des conventions avec tous les créanciers. Il n'en demeure pas moins qu'il est loisible de les faire, ce qui permet de douter de l'existence d'un véritable principe s'y opposant, au sens d'une norme fondamentale structurant tout l'ordre juridique». Contra, FLOUR-AUBERT, *Les obligations*, 22: «[S]i le patrimoine est ainsi fractionné dans les cas prévus para la loi, il reste très généralement admis que ceux-ci sont limitatifs. En dehors de là, un individu n'est jamais en droit de procéder par sa seule volonté, à un tel fractionnement: un commerçant [...] ne saurait ériger son fonds de commerce en patrimoine d'affectation». En Alemania, se admiten generalmente, vid. TUHR, *Derecho Civil*, I-1, § 18, 327-328; LARENZ, *Allgemeine Teil*, § 17, II, 217.

(168) PRADA, «Patrimonios adscritos a fines», 201. El autor asume que de producirse pactos limitativos de la responsabilidad, éstos deberían tener eficacia meramente obligatoria frente a terceros.

(169) Vid. ECHEVARRÍA SUMMERS, FRANCISCO, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en BERCOVITZ, RODRIGO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi (ed.),

En Italia, de la negación a la autonomía privada para crear patrimonios separados, deduce parte de la doctrina italiana, *ad maiorem*, la imposibilidad de pactos de exclusión de la responsabilidad (170) y, de esta manera, los autores confirman y justifican la regla del artículo 2740.2 del *Codice*, al menos en lo que concierne a los *trusts* «domésticos» (171). Pero, a la inversa, seguramente se daría el caso de que la doctrina no italiana y no *common lawyer* que sí reconoce la permisividad de pactos limitativos de la responsabilidad universal, tampoco sería necesariamente partidaria de no reconocer limitaciones a las que estableciera unilateralmente el deudor. Con todo, no faltan autores que parecen opinar que sí estaría legitimada tal actuación, al considerar que es evidente que el deudor evita conscientemente el respeto al principio de garantía patrimonial universal cuando él mismo crea preferencias a través de la manipulación del título de propiedad (*vgr.* compras con cláusulas de reserva de dominio o de *leasing*) (172). En España, la DGRN de 22 de febrero de 1989 se ha pronunciado expresamente en contra al afirmar que la responsabilidad patrimonial es «materia excluida de la autonomía de la voluntad» (173).

En el plano legislativo, el artículo 2645.1 final CCQ, sí que admite que por voluntad del deudor parte de su patrimonio pueda quedar al margen de los acreedores personales del constituyente. Efectivamente, el precepto dispone que no queden afectos a la garantía los bienes «*qui font objet d'une division de patrimoine [...]*» (174). Pero añade: «[division] *permise par la*

Pamplona, 2001, 2138. Se excluye, con todo, un pacto en virtud del cual el deudor se exima por completo de responsabilidad. Así, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en Ministerio de Justicia (ed.), *Comentario del Código Civil*, II, 2055-2056; *id.* *Comentarios*, XXIV, 663.

(170) BARBIERA, *Garanzia*, 74-75.

(171) La situación en Italia es cuanto menos paradójica, puesto que al haber ratificado la Convención de La Haya de 1 de julio de 1985, *sobre la ley aplicable al trust y su reconocimiento*, resulta que el artículo 2.740 del Código Civil no resulta oponible a los *trust* extranjeros —naturalmente también se contempla la posibilidad de que hayan sido constituidos por ciudadanos italianos en el extranjero—, mientras que, en cambio, en el ámbito doméstico continúan estando prohibidos en virtud de aquella regla. Son las consecuencias de haber procedido antes a su reconocimiento que a su regulación. Un apunte, MAIMERI, Fabrizio, «Operatività bancaria corrente è trust», en BENEVENTI, Ilaria, *I trusts in Italia oggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 237. Salva las contradicciones en favor de la Convención, MANES, Paula, «Trust e art. 2.740 c.c.: un problema finalmente risolto», 2 (2002), *Contrato e Impresa*, 580-583, esp. 579 y sigs.

(172) DUNAND, *Le transfert*, 348; MACDONALD, Roderick A., «The security trust: origins, principles and perspectives», *Conférence Meredith Lectures*, McGill Faculté de Droit, Montreal, 1997, 158.

(173) *RJ* 1989/1696, FJ 5.º, en un caso en el que se discutía sobre la ejecutabilidad de bienes sometidos a prohibición de disponer.

(174) Según los comentarios del Ministro de Justicia, la expresión «división del patrimonio» se refiere tanto a los patrimonios de afectación (arts. 1.256-1.298 CCQ) como a la separación de patrimonios en sede sucesoria (arts. 780-782 CCQ). Vid. *Commentaires du Ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, Québec, I, 1993, 748.

loi». Es decir, presenta como legal tal excepción, de la misma manera que otros códigos admiten que, por cuestiones de orden público, determinados bienes del deudor no sean embargables. La norma reconoce y avala que por voluntad unilateral del deudor parte de su patrimonio personal no responda ante sus acreedores personales, supuesto que éste haya sido previamente segregado con la finalidad de crear un patrimonio de afectación (art. 2.2 CCQ). Claro que si el deudor puede hacerlo es porque es la ley la que admite expresamente tal posibilidad. Lo que no ocurre, de momento, en España.

Es deseable, sin embargo, que así sea en el futuro. Es obvio que la afectación fiduciaria disminuye el patrimonio del deudor-constituyente, puesto que la misma implica una disposición sin contrapartida. Pero, obviamente, en si misma considerada, la afectación de bienes no tiene porqué presumirse realizada con intención fraudulenta. Sin embargo, si es así, es claro que en ese caso se activarían las técnicas clásicas de tutela del crédito, exactamente igual que en las jurisdicciones vistas. Lo recuerda últimamente la Ley 41/2003, aunque la norma no se refiera al constituyente de un patrimonio de destino, sino a quien a él aporta bienes (175).

Estas técnicas o remedios a las que aludía son la acción pauliana (art. 1.111 CC) (176), el efecto de la inoponibilidad del negocio a los acreedores perjudicados (arts. 340 CDCC y 86.1 CS) o las acciones «de reintegración» (de naturaleza igualmente rescisoria) previstas en los artículos 71-73 LC, supuesto que el constituyente deviniera insolvente —a cuya insolvencia se presume que ha contribuido el acto de afectación si éste ha sido realizado en el período establecido legalmente— y se hubiese iniciado un procedimiento de ejecución colectivo contra él. En todos los casos, además, debe tratarse de acreedores perjudicados ya existentes en el momento de realización del acto, tal y como establecen las normas que regulan la donación [art. 643.2 CC (177); art. 340.3

(175) EM, III, 5 L. 41/2003: «[P]or otro lado, la existencia de este patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos o negocios jurídicos, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha donación podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores [...]».

(176) Así, STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2082): «[L]a acción revocatoria no puede ser esgrimida [...], pues siendo ésta un instrumento de reintegración del patrimonio del deudor, que pretende dotar de plena eficacia al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil [...]». Sobre la acción pauliana, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *Fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998; JEREZ DELGADO, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos: la acción de rescisión por fraude de acreedores*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

(177) Artículo 643.2 del Código Civil: «[S]e presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores [...] reservado bienes bastantes para pagar las *deudas anteriores* a la donación».

CDCC (178)] y, en Cataluña, también el *heretament* (art. 86.1 CS) (179), que son las instituciones con las que mayor analogía presenta la naturaleza del acto constitutivo de un *trust*: dispositivo-constitutivo y con ausencia de contraprestación. Todos los preceptos citados se refieren expresamente al perjuicio de los acreedores anteriores al acto de que se trate.

No cualquier acto dispositivo supone una violación de la garantía patrimonial universal y, a tenor de lo dicho, en principio no debería serlo el que se otorga con anterioridad a la existencia de acreedores. Con todo, ésta es una afirmación que no puede hacerse con rotundidad, vista la práctica unanimitad con la que la doctrina exige que en estos casos el acto dispositivo no se haya hecho expresamente con la intención de defraudar (180).

La regulación que de este tema hacía el artículo 3.1 del anteproyecto de ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios era la siguiente:

«La constitució de la fidúcia requereix plena capacitat d'obrar i ple poder de disposició del constituent i s'ha de fer en document públic. 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 àdhuc després de llur inscripció en el registre a nom del fiduciari. Tampoc no pot perjudicar els legitimaris».

El comentario de la subcomisión encargada de su redacción especificaba que los créditos anteriores eran los ya contraídos, aunque no estuvieran vencidos en el momento de constitución del patrimonio fiduciario (181). La regla relativa al embargo suponía una modificación del artículo 658.2 LEC, en virtud del cual si los bienes constaran inscritos a nombre del fiduciario-administrador, posiblemente aquel ya no podría practicarse y, en ese caso, la regla de la inoponibilidad que establecía la ley catalana podría haber acabado siendo inútil y no habría habido más remedio que recurrir a la acción pauliana; es decir, a la necesidad de impugnar el acto para conseguir que los bienes retornasen al patrimonio del constituyente (182).

(178) Artículo 340 CDCC: (3) «[N]o perjudicaran els creditors del donant les donacions que aquest atorgui amb posterioritat a la data del fet o de l'acte del qual neixi el crèdit d'aquells, sempre que manquin altres recursos legals per a llur cobrament». Vid. SAT Barcelona de 2 de julio de 1986 (*RJC* 1986, 914) y STS 18 de marzo de 1988 (*RJ* 2218).

(179) Artículo 86 CS : (1) «[L]’hereu només respon dels deutes de l’heretat anteriors a l’heretament, amb els béns transmesos de present [...]».

(180) En cuanto a la discusión doctrinal, con análisis de Derecho comparado, sobre si los actos anteriores al nacimiento del crédito pueden llegar a ser susceptibles de impugnación si se prueba la intención de defraudar, vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude*, 205-213. Además, JEREZ, *Los actos jurídicos*, 121-122.

(181) En relación con este tema, véase el minucioso análisis de jurisprudencia que trae a colación con acierto FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude*, 209-211.

(182) Para la diferencia entre revocación e inoponibilidad, VAQUER ALOY, Antoni, «From Revocation to Non-Opposability: modern developments of the Paulian Action», in

Pero, sin explicar por qué, la Sección de Derecho patrimonial, además de modificar la estructura del precepto, obvió cualquier referencia al embargo. Y así, lo que dice ahora el artículo 514-4 es lo siguiente:

«[L]’afectació de béns no és oposable a les persones creditors de la constituent que siguin anteriors a la constitució del negoci i tampoc no pot perjudicar els legítimaris».

Se consideró innecesario intercalar la frase «[...] i als creditors posteriors si la fiducia es fa amb ànim de defraudar» porque, junto al perjuicio de párrafo 1, ello implicaba introducir el requisito subjetivo del fraude. Efectivamente, no todo acto perjudicial es fraudulento porque no es necesaria la intención de defraudar para que el daño se produzca (los arts. 81.2 y 241 CS contraponen ambas expresiones) (183). El perjuicio es un resultado y tiene carácter objetivo. El fraude es subjetivo porque siempre tiene en cuenta la intención de quien lo ha producido (184). Implica valorar una conducta subjetiva del individuo que no siempre será fácil de probar: la actuación no conforme con los principios de la buena fe (arts. 36.3, 79.3, 270.3, 245.4, 383.2, 389.1 CS), sin que sea requerida confabulación (arts. 79.3, 389.1 CS).

En fin, la Sección de Derecho patrimonial tampoco consideró la propuesta de añadir un segundo y tercer párrafo en los que se especificara que:

«[C]omet frau la persona que afecta béns en fiducia sense els quals no pot fer front als seus deutes actuals o previsibles».

«La inoposabilitat només ha d’ésser en la mesura necessària per a protegir els creditors. En allò que excedeixi aquesta finalitat, el patrimoni fiduciari continua aprofitant als beneficiaris».

IV. CONCLUSIONES

Si los mecanismos o «garantías» acabadas de exponer son las que dan sentido al principio reconocido en el artículo 1.911 del Código Civil, me parece razonable defender que, aisladamente considerado, el precepto no es un obstáculo al reconocimiento legal de la existencia de patrimonios separados con un régimen de responsabilidad especial, que privaría el acceso a los acreedores generales del constituyente. Reconocerlo así no supone derogar los mecanismos de tutela del crédito que son, precisamente, los únicos que dan sentido y virtualidad al precepto.

MCQUEEN, Hector-VAQUER, Antoni-ESPIAU, Santiago (eds.), *Regional private laws and codification in Europe*, University Press, Cambridge, 2003, 212-213. Antes, del mismo autor, «Inoponibilidad y acción pauliana» (1999), *ADC*, 1491-1570.

(183) BADOSA COLL, Ferran, *Dret d’obligacions*, Barcanova, Barcelona, 1990, 214.

(184) BADOSA, *Dret d’obligacions*, 216-217.

Se trataría, pues, de otorgar mayor protagonismo a la autonomía privada, no sólo porque, como se ha visto y se reclama desde la doctrina más proclive al reconocimiento del *trust* en los países civilistas, existe un «elenco claro de remedios contra la utilización [del *trust*] como instrumento defraudatorio de los acreedores» (185) —elenco que, si se estima conveniente, aun se podría reforzar más—, sino porque sería hipócrita no reconocer que el principio de responsabilidad universal es sistemáticamente obviado por la legislación especial que permite a los particulares constituir sociedades de responsabilidad ilimitada unipersonales, o por la que consiente la proliferación de privilegios crediticios que reducen a nada el principio de *par conditio creditorum* que es, por cierto, uno de los exponentes de ese otro en que consiste la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Y aunque este último argumento puede parecer más débil tras la promulgación de la LC, que pretende acabar con la multiplicidad de créditos preferentes del pasado (EM, V LC), sin embargo conviene recordar que no es cierto que no pueda haber más privilegios que los que la propia Ley Concursal reconoce —de entrada porque no puede impedir que las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil legislen sobre el tema— y, además, que la poda de privilegios no se proyecta sobre las ejecuciones singulares (DD Única, 3,2.º), al menos de momento (DF 33.ª LC).

Se propone pasar del reconocimiento —mediante la adhesión al Convenio de La Haya de 1985— a la posterior regulación del *trust* en nuestro país y, entre otras, en la modalidad *inter vivos* de protección de activos que se ha descrito, si quiera se estime conveniente proveer a más y mayores controles, como podrían ser la fijación de una cuantía máxima transferible o el tiempo límite de afectación. Pero esta última es una cuestión de política jurídica sobre la que no me corresponde pronunciarme.

RESUMEN

FIDUCIA

En las páginas que anteceden se apuntan algunos datos que permiten explicar por qué el reconocimiento y posterior regulación del trust en nuestro país no chocaría con ningún principio de orden público. La autora constata la existencia en el Derecho español (y catalán) de algunos de los elementos que le son inherentes, como los patrimonios

ABSTRACT

TRUSTSHIP

The pages above outline some points explaining why the recognition and subsequent regulation of trusts in our country would not collide with any principles of public order. The author shows evidence of the existence of some of the elements inherent in the trust in Spanish (and Catalan) law, such as autonomous and separate estates, recognised both by

(185) Vid. CÁMARA, «El trust y la fiducia», en CÁMARA (coord.), *Derecho privado europeo*, 1157.

autónomos y separados, reconocidos tanto por la legislación como por la doctrina y la jurisprudencia y, seguidamente, analiza por qué la operación de afectar bienes en trust no merece ningún tipo de rechazo basado en una hipotética infracción del artículo 1.911 del Código Civil. Como ejemplo, se utiliza la hipótesis del trust «de protección de activos», por ser su recepción en los países que ya regulan el trust la que más polémica suscita en torno a la aceptación de que determinados bienes o rentas queden al abrigo de los acreedores personales del constituyente. El reconocimiento de trusts o fiducias en nuestro país no tendría por qué tildarse ab initio y a priori de actividad o institución fraudulenta.

legislacion and by doctrine and case law, and follows this by analysing why the operation of putting assets in a trust is not deserving of rejection of any sort based on a hypothetical violation of article 1911 of the Civil Code. The hypothesis of the «asset protection» trust is used as an example, because its reception in countries that already have trust regulations is that which arouses the most debate over the issue of allowing certain assets or incomes to be protected by the personal creditors of the trust maker. The acknowledgment of trusts in our country would not necessarily have to be branded, ab initio and a priori, as a fraudulent activity or institución.

(Trabajo recibido el 20-12-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, I, Librería Bosch, Barcelona, 2002¹⁵.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «La regulación quebequesa del trust», 10-11 (2001), *La Notaría*, 91-119.
- «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», 3 (2000), *Revista Jurídica de Catalunya*, 645-677.
- «Los fondos de garantía del pago de pensiones: ¿públicos o privados?», 88 (2004), *Revista de Derecho Privado*, 309-324.
- (Ed.), *El Québec: un model de dret comparat per a Catalunya*, Universitat de Barcelona-Generalitat de Catalunya (ed.), Barcelona, 2001.
- ATIAS, Christian, *Droit Civil. Les biens*, Litec, Paris, 2002⁹.
- AUBRY, Charles-RAU, Charles, *Cours de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1917⁵.
- BADOSA COLL, Ferran, «Examen de tres "esquemas fiduciarios" en el Derecho español», *Libro-Homenaje a Díez-Picazo*, I, Civitas-Thomson, Madrid, 2003, 221-236.
- «La constitució de patrimonis fiduciaris en el Dret Civil català», 5 (2002), *La Notaría*, 15-63.
- BADOSA COLL, Ferran, en BADOSA COLL, Ferran (dir.) - MARSAL GUILLAMET, Joan (coord.), *Manual de Dret Civil català*, Marcial Pons (ed.), Barcelona-Madrid, 2003.
- BARBIERA, Lelio, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Jovene (ed.), Napoli, 1971.

- BEACHEMIN, Lucie, «Fiducies entre vifs de protection d'actifs», en *Congrès 95*, APFF, Montréal, 1996, 1-47.
- BEAULNE, Jacques, «La fiducie et le droit civil québécois», in ARROYO I AMAYUELAS, Esther (ed.), *El Québec: un model de dret comparat per a Catalunya*, Edicions de la Universitat de Barcelona-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2001.
- *Droit des fiducies*, Wilson & Laffleur, Montréal, 1998.
- BEKKER, Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Hermann Böhlau, Weimar, 1886.
- «Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handels Vermögen und Actiengesellschaften» IV (1861), *Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht*, 499-567.
- BÉNABENT, Alain, *Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Paris, 1995².
- BÉRAUDO, Jean-Paul, «Les trusts anglosaxons et le droit français», *LGDJ*, Paris, 1992.
- BIANCA, Mirzia, *Vincoli di destinazioni e patrimoni separati*, Cedam, Milan, 1996.
- BIANCHI, «Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale», in FIORE, Pasquale (curatore), *Il diritto civile italiano*, Napoli, Eugenio Marghieri, 1894.
- BONNEAU, Thierry, «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil», 1 (1991), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1-48.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría-GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, «Nacional report for Spain», in HAYTON, D.J.-KORTMANN, S.C.J.J.-VERHAGEN, H.L.E., *Principles of European Trust Law*, Kluwer internacional Law, The Hague-Deventer (The Netherlands), 1999.
- BRINZ, Aloys, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1873².
- *Lehrbuch der Pandekten*, III-2 Abtheilung, 1. Lieferung, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1888.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Operaciones fiduciarias o trusts en el derecho español», 654 (1999), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1757-1865.
- «El trust y la fiducia: Posibilidades para un armonización europea», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, 1099-1172.
- *La fiducia sucesoria secreta*, Universidad de Navarra-Dykinson, Madrid, 1996.
- CAMY, Buenaventura, «Instituciones hereditarias en usufructo a una persona y en nuda propiedad a otra: problemas que plantean», 49 (1965), *Revista de Derecho Privado*, 947-964.
- CANTIN CUMYN, Madeleine, «The trust in a civilian context: the Québec case», 2 (1994), *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 69-77.
- «La fiducie, un nouveau sujet de droit?», in BEAULNE, Jacques (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Wilson & Laffleur (ed.), Montréal, 2002.
- CHAMPAUD, Claude, «La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au ois dormant du droit français», 5 (1991), *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 689-705.
- COHET-CORDEY, Frédérique, «La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français», 4 (1996), *Revue trimestrielle de Droit français*, 819-839.
- COING, Helmut, *Derecho Privado europeo*, II, Fundación Cultural del Notariado (ed.), Madrid, 1996 (trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, en base a la obra original, *Europäisches Privatrecht*, II, Beck, München, 1989).

- COURBE, Patrick, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 2001.
- DANFORTH, Robert T., «Rethinking the Law of Creditors's Rights in Trusts», 53 (2002), *Hastings Law Journal*, 287-366.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares» (1953), *Anuario de Derecho Civil*, 623-651.
- «El patrimonio», en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976 (reimpresión de la edición de 1972), 35-66.
- DE LOS MOZOS, José Luis, «Aproximación a una teoría general del Patrimonio», 2 (1991), *Revista de Derecho Privado*, 587-609.
- DE PRADA GONZÁLEZ, José María, «Patrimonios adscritos a fines», 19 (1996), *Revista Jurídica del Notariado*, 149-202.
- DUNAND, Jean-Philippe, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre». Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000.
- ECHEVARRÍA SUMMERS, Francisco, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en BERCOVITZ, RODRIGO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi (ed.), Pamplona, 2001, 2137-2138.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *Fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- FERRER RIBA, Josep, «Els fons especials en les fundacions privades», 1 (2002), *Revista Catalana de Dret Privat*, 81-118.
- FLETCHER, Ian F., *The Law of Insolvency*, Sweet & Maxwell, London, 2002³.
- FLOUR, Jacques-AUBERT, Jean Luc, *Les obligations. I. L'acte juridique*, Paris, 1996⁷.
- FOX, Charles D. IV-HUFT, Michael J., «Asset Protection and Dynasty Trust», 37 (2002), *Real Property, Probate and Trust Journal*, 287-361.
- GAMBARO, Antonio, «Il diritto de proprietà», en CICU, Antonio-MESSINEO, Francesco-MENGGONI, Luigi, *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale*, VIII-2, Giuffrè, Milano, 1995, 608-650.
- GHESTIN, Jacques-GOUBEAUX, Gilles-FABRE-MAGNAN, Muriel, «Traité de Droit Civil. Introduction générale», *LGDJ*, Paris, 1994.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en AA.VV. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia (ed.), Madrid, 2055-2056.
- «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXIV, Edersa (ed.), Madrid, 1984, 662-664.
- HALPÉRIN, Jean Louis, *Histoire du Droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris, 1996.
- JEREZ DELGADO, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos: la acción de rescisión por fraude de acreedores*, Centro de Estudios Registrales (ed.), Madrid, 1999.
- JESTAZ, Philippe-JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2003.
- KUHN, Céline, *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité* (tesis dirigida por el Prof. Dr. Thierry Revet, Paris I, 2003).
- LARROUMET, Christian, «La fiducie inspirée du trust» (1990), *Recueil Dalloz*, 119-121.

- LEGENDRÉ, Michel, «L' utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières», 18 (1996), *Revue de Planification Fiscale et Successorale*, 11-67.
- LISCHER, Henry J. Jr., «Domestic Asset Protection Trust: Pallbearers to liability?», 35 (2000), *Real Property, Probate and Trusts Journal*, 479-592.
- LUPOI, Mauricio, *Trusts*, University Press, Cambridge, 2000.
- LYNN, Robert J., *Introduction to Estate Planning*, West Publishing Company, St. Paul (Minnesota), 1991.
- MACDONALD, Roderick A., «The security trust: origins, principles and perspectives», *Conférence Meredith Lectures*, McGill Faculté de Droit, Montreal, 1997, 157-313.
- «Reconceiving the Symbols of Property: universalities, Interests and other heresies», 39 (1994), *McGill Law Journal*, 762-812.
- MAIMERI, Fabrizio, «Operatività bancaria corrente è trust», in BENEVENTI, ILARIA, *I trusts in Italia oggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 231-247.
- MANES, Paula, «Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto», 2 (2002), *Contrato e Impresa*, 570-583.
- MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, «El patrimonio de destino en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 19 de febrero de 2004, 1-7.
- MASTROPAOLO, Eugenio Maria, «La fiducie nel diritto positivo francese», 1 (2000), *Rivista di Diritto Civile*, 35-58.
- NADEAU, Éric, «L' utilisation de la fiducie pour fins de protection: une perspective commerciale» 6, (2000), *Revue d' Études Juridiques*, 129-169.
- NASARRE AZNAR, Sergio, *Securitisation & mortgage bonds: legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall Publications, Cambridge, 2004.
- NICOLÒ, Rosario, «Comentario al artículo 2.740 del Código Civil», en SCIALOJA, Antonio-BRANCA, Giuseppe, *Comentario del Codice Civile*, Zanichelli-Foro Italiano (ed), Bologna-Roma, 1954,1-16.
- OBSERVATORI DE DRET PATRIMONIAL DE CATALUNYA. Secció de Dret Patrimonial (ed.), *Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya. Els drets reals*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior, 2003.
- PAYETTE, Louis, *Les sûretés réelles*, Cowansville (Québec), 2000².
- PINO, Augusto, *Il patrimonio separato*, Cedam, Padova, 1950.
- ROCA SASTRE, Ramón María, «El patrimonio», *Estudios Varios*, Instituto de España, Madrid, 1988, 13-26.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús-RUIZ HIDALGO, Carmen, *La protección de las personas discapacitadas a través del ordenamiento tributario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (ed.), Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M.^a Jesús-Rodríguez MÍGUEZ, José A., «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados», *La Ley*, 29 de junio de 2004, 1-11.
- ROPPO, ENZO, «La responsabilità patrimoniale del debitore», in RESCIGNO, Pietro, *Trattato di Diritto privato*, 19, *Tutela dei Diritti*, I, UTET, Torino, 1985, 365-375.

- RUBINO, Domenico, «La responsabilità patrimoniale», in VASSALLI, FILIPPO, *Trattato di Diritto Civile italiano*, XIV-1, UTET, Torino, 1952, 5-25.
- SÉVE, R., «Déterminations philosophiques d'une théorie juridique: la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau», 24 (1979), *Archives de Philosophie de Droit*, 247-257.
- SPERO, Peter, «Asset Protection-a US Perspective», 5 (10) (2003), *Retirement & Estate Planning Bulletin*, 163-167.
- TERRÉ, François-SIMLER, Philippe, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 1998⁵.
- TUHR, Andreas von, *Derecho Civil*, I-1, Depalma, Buenos Aires, 1946 (anastática, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, del original alemán *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* [sin indicación de fecha]).
- UNDERHILL, Arthur-HAYTON, David J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Butterworths, London, 1987.
- VAQUER ALOY, Antoni, «Inoponibilidad y acción pauliana» (1999), *ADC*, 1492-1570.
- «From Revocation to Non-Opposability: modern developments of the Paulian Action», in McQUEEN, Hector-VAQUER, Antoni-ESPIAU, Santiago (eds.), *Regional private laws and codification in Europe*, University Press, Cambridge, 2003.
- VICARI, Andrea, *I trust di protezione patrimoniale*, in *Trusts e attività fiduciarie. Quaderni*, IPSOA, Milan, 2003.
- VOSIKIS, Nicolas Chr., *Le trust dans le Code civil éthiopien. Etude de droit éthiopien avec référence au droit anglais*, Librairie Droz, Genève, 1975.
- ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Karl Salomo, *Handbuch des französischen Privatrechts*, III, Ernst Mohr's Verlag, Heidelberg, 1886⁷ (edición preparada por Heinrich Dreyer).
- ZARETSKY, Barry L., «Fraudulent Transfert Law as the Arbitrer of Unreasonable Risk», 46 (1995), *South Carolina Law Review*, 1165-1201.
- ZENATTI, Frédéric, «Jurisprudence française en matière de droit civil, C. Propriété et droits réels, I. Patrimoine», 4 (1994), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 888-898.
- «Mise en perspectiva et perspectives de la théorie du patrimoine» (2003), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 667-677.