

Reflexiones acerca del estudio del derecho extranjero. El *Trust* como institución representativa

Luis Javier Capote Pérez
Becario Investigador del Área de Derecho Civil

1. A modo de introducción

De acuerdo con la sistemática establecida en los planes de estudio de la Licenciatura de Derecho, el estudiante de la carrera, desde sus primeros años universitarios, recibe una formación que se concreta en el análisis, interpretación y, hasta cierto punto, crítica de un sistema jurídico determinado: el ordenamiento jurídico español. Esta afirmación, por otra parte obvia, viene a propósito de una ausencia de la que, por regla general, adolecen los planes tradicionales de esta licenciatura: el Derecho comparado. A lo largo de los cinco cursos de la carrera, no se estudian otros sistemas jurídicos, más que en aquellos aspectos en los que se produzca una relación con el español: así, se estudia el Derecho Romano, quizá el sistema jurídico más avanzado jamás concebido por una civilización, y padre de todos los ordenamientos, al menos, en su faceta privada, del mundo occidental (y, por extensión, del resto); se tratan, con mayor o menor detenimiento, los ordenamientos jurídicos francés y alemán, porque suponen dos formas diferentes de entender el Derecho, de las cuales ha ido el Derecho español a remolque. La presencia de otras instituciones surgidas en otros ordenamientos jurídicos conti-

mentales es meramente anecdótica, y el tratamiento de los sistemas jurídicos del *Common Law* o Derecho anglosajón, brilla por su ausencia, salvo por el estudio de figuras puntuales pero importantes, como el jurado, que han sido transplantadas al ordenamiento patrio. Esta pequeña síntesis no pretende ser el inicio de una cruzada a favor de la introducción en los novísimos planes de estudio (por contraposición a los fracasados «nuevos planes», a los que pretenden sustituir) de asignaturas centradas en otros ordenamientos jurídicos, en detrimento del que nos es propio y vigente en el territorio nacional, que es el que, después de todo, interesa al estudiante de la Licenciatura, pues es ese Derecho positivo el que, supuestamente, habrá de encontrarse cuando salga de las aulas y entre de lleno en la vida real; lo que pretendo con ello es llamar la atención sobre el hecho de que, con este planteamiento, el estudioso del Derecho percibe un esquema en el que el ordenamiento jurídico español aparece como elemento central; conforme profundiza en el estudio de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo va conociendo las normas jurídico-positivas, sino que, de forma más o menos subconsciente, va asimilando una serie de conceptos que forman la base de dicho sistema normativo, que definen los caracteres esenciales del mismo, y que también están presentes en la base de la sociedad cuyas relaciones son reguladas por esas normas porque, después de todo, el Derecho actúa siempre por detrás de la sociedad, por cuanto su labor es principalmente reactiva, resolver los problemas que se planteen en aquélla. Como resultado de la asimilación de tales principios, el estudioso del Derecho tiene un conjunto de principios y conceptos que permiten comprender y explicar el ordenamiento jurídico que ha sido objeto de análisis, pero que, a la hora de tratar instituciones o figuras provenientes de otros sistemas diferentes, son utilizados también, de manera que quien se aproxima al estudio de tales figuras utiliza como herramientas esos conceptos básicos que son válidos para el Derecho español, con resultados de lo más variopinto: cuanto más cercano o similar sea el ordenamiento jurídico del que proviene la institución objeto de análisis al nuestro, más útiles serán esos conceptos básicos; cuanto más alejados estén, el empleo de los mismos dará como resultado una visión de la realidad proporcionalmente desenfocada.

Con el proceso de formación de la Unión Europea y el mercado interior único, y la consiguiente desaparición (o atenuación) de las viejas barreras nacionales, concretada en los principios de libertad de circulación, se introducen en el tráfico jurídico español figuras que, si bien en otros sistemas son el elaborado resultado de varios siglos de práctica, en el nuestro resultan algo completamente nuevo y extraño y, en consecuencia, necesitado de estudio y, en no pocas ocasiones, de regulación en Derecho. Es en este punto del proceso de tipificación donde el operador jurídico debe realizar una labor de análisis detallada de la institución en cuestión, para determinar su naturaleza y funcionamiento, paso previo a su tipificación normativa; para esta labor, el jurista suele emplear esos conceptos básicos que ha asimilado durante el estudio de las instituciones propias de su

ordenamiento jurídico nacional, mediante un intento de extrapolación de la figura en cuestión al mismo, con el fin de encontrar una contrapartida nacional de esa institución extranjera. En mi opinión, el empleo de esta técnica obedece a razones de economía jurídica: si el objeto de estudio puede reconducirse a alguna de las figuras existentes y conocidas, se hace innecesaria la elaboración de una regulación diferente; sin embargo, el uso de este sistema arrastra consigo el riesgo de obtener unas conclusiones un tanto alejadas de la realidad: cada institución jurídica surge como respuesta a una determinada necesidad social y económica, en un momento histórico concreto, de forma que esa figura no puede ser entendida y explicada con el tratamiento de su mecánica, si éste no es realizado haciendo referencia al conjunto de circunstancias que llevaron a la institución objeto de estudio, que vieron su nacimiento y que han acompañado su existencia, provocando, en algunos casos, su transformación. Esto implica que el análisis de una categoría extraña, desde la perspectiva de su pretendida homónima conocida, no pueda ser tomado nunca en términos absolutos, por cuanto el entorno histórico, social y económico que se tiene en cuenta no es el propio de la institución analizada, sino el de la propia; el fenómeno extranjero es asimilado por la figura nacional, es, si se permite la expresión, «nacionalizado», dando, como resultado final, una divergencia notable entre la realidad existente y la institución analizada. Un ejemplo de los riesgos del empleo de esta técnica y de sus cuestionables resultados se encuentra en la figura del *Trust*.

2. El concepto de *trust* y su análisis desde los planteamientos «nacionalizadores»

¿Por qué se ha escogido para el presente trabajo la figura del *Trust*? ¿Qué puede aportar el somero análisis de una figura específica a la problemática planteada en el apartado anterior? El *Trust* es, con el jurado, la más importante de las instituciones surgidas en el seno del derecho anglosajón pero, al contrario que esta última, su mecanismo resulta muy complejo, y está lleno de conceptos propios y específicos de la Historia y el Derecho ingleses, que pueden resultar, y de hecho resultan, extraños para el observador continental. Por otra parte, desde el punto de vista económico, el *Trust* es una figura muy utilizada y, como se verá, adaptable y adaptada a la resolución de problemas de diversa índole en aspectos de la vida cotidiana muy separados entre sí. La liberalización del mercado europeo, como consecuencia del proceso de integración comunitario ha traído consigo un aumento notable del nivel de actividades económicas por parte de los operadores británicos que trabajan y aplican las figuras y el ordenamiento que les es conocido, esto es, el propio, y con ello, el *trust*, que ya era conocido y tratado por la doctrina continental clásica, como una suerte de figura autóctona de los ingleses, siendo estudiada a modo de curiosidad, empieza a aparecer con una frecuencia mucho mayor en tráficó jurídicos que hasta no hace mucho incluso descono-

cían su existencia; el proceso de unión europea no ha hecho sino acentuar un proceso que comenzó cuando el comercio y el tránsito de personas y bienes alcanzó una dimensión internacional de gran envergadura. El *Trust* es, quizá, la principal de esas figuras de Derecho extranjero que han venido a tocar a las puertas del sistema jurídico patrio, al menos desde el punto de vista económico, uniéndose también un grado de dificultad elevado, como consecuencia de ser la plasmación práctica de los conceptos básicos que definen el Derecho inglés, tan diferente de los ordenamientos continentales, con los que ha tenido una relación dispar.

El *trust* puede definirse como la relación existente entre una persona, denominada *trustee*, que se obliga a guardar un bien o conjunto de bienes (una propiedad o patrimonio), en beneficio de una o varias personas, *beneficiaries*, con un objetivo o fin permitido por la ley, de manera que el beneficio real de la propiedad recae, no sobre el *trustee*, sino sobre los propiamente llamados beneficiarios, ostentando aquél sólo las facultades de administración y control de los bienes que le han sido confiado, mas no las facultades de goce (entendidas como uso y disfrute del bien), que recaen sobre éstos. Este mecanismo ha sido empleado en el tráfico jurídico anglosajón para dar respuesta a numerosas cuestiones: como considera ASÍN CABRERA¹, «el *trust* posee una pluralidad de usos en el área del Derecho Civil y Comercial», destacando la reglamentación del régimen económico del matrimonio, el aseguramiento para el cónyuge y los hijos de unos medios adecuados de vida, el establecimiento de hipotecas o la administración de la masa patrimonial derivada de una situación de quiebra (*trust in bankruptcy*). El *trust*, pues, tiene un carácter multifuncional, que se deriva de la propia naturaleza del Derecho anglosajón, un sistema eminentemente «casista», en el que la jurisprudencia y la práctica juegan un papel fundamental, por contraposición al Derecho continental, que se revela legalista y, en consecuencia, más rígido.

Como se apuntaba en la introducción del presente trabajo, la internacionalización del tráfico jurídico, con la aparición de entidades cuya labor se desarrolla más allá de las fronteras de un único país (las llamadas multinacionales), ha traído consigo la también mencionada aparición en los foros jurídicos españoles de una

¹ ASÍN CABRERA, María Asunción: «La Ley aplicable al Trust en el sistema de Derecho internacional privado español». *Revista General de Derecho*, Núm. 547, Año XLVI, Valencia. Abril 1990, pp. 2089 y ss. La enumeración de las múltiples utilidades de la institución ha sido bastante común entre los autores anglosajones a la hora de explicar la naturaleza del *trust*, huyendo de los intentos conceptualizadores. Como ejemplo, el trabajo de NUSSBAUM, que, relativo a esta figura y su relación con el Derecho continental, comienza dando una descripción de la función social desarrollada por el *trust*. NUSSBAUM, Arthur: «Sociological and Comparative Aspects of the trust,» *38 Columbia Law Review*. 1.938, pp. 408 y ss.

serie de instituciones de Derecho extranjero que, nacidas fuera de nuestras fronteras, vienen a tener efecto dentro de las mismas. En Europa, la construcción de la llamada Unión Europea, concretada en las libertades de circulación, supone la sanción definitiva a la actividad de empresas y particulares de los distintos Estados miembro dentro del territorio comunitario y, con ello, el aumento de figuras provenientes de los ordenamientos de los mismos; la presencia de Gran Bretaña, un país cuyo ordenamiento queda encuadrado dentro del *Common Law*, en el seno de la Unión Europea, frente al resto, cuyos sistemas jurídicos son parte integrante del *Civil Law*, ha supuesto que la actividad de las multinacionales británicas, que operan conforme a la normativa de su país de origen, hayan extendido su labor por toda la Europa comunitaria², por lo que buena parte de los efectos de la misma se producirán fuera de aquél, con el consecuente encuentro, por parte de los operadores jurídicos españoles (jueces y tribunales, Hacienda pública...), de unas instituciones que les son extrañas, y, entre ellas, el *trust*.

El análisis que se realiza del *trust*, siempre en una línea «nacionalizadora», opera en torno a dos niveles: El primero determina la problemática práctica a la que el jurista inglés da respuesta mediante el empleo de esa concreta figura, acudiendo después a las instituciones propias que son llamadas a resolver esos problemas en el tráfico propio; el segundo, se centra en la estructura y funcionamiento de la institución, tratando de encontrar alguna, dentro del ordenamiento nacional, que se asemeje en este concreto aspecto a la que es objeto de análisis. Refiriendo estas técnicas al *trust*, el primer planteamiento arroja un curioso resultado: las cuestiones que en los sistemas anglosajones se resuelven mediante la aplicación de esta figura, requieren en los sistemas continentales de un conjunto de instituciones diferenciadas, no pudiendo establecerse respecto de ninguna de las mismas una relación de analogía con el *trust*; la flexibilidad y adaptabilidad, elementos distintivos de éste, se trocan, en sus «contrapartidas» continentales, en una excesiva rigidez; cada figura responde a una determinada necesidad práctica, no pudiendo hacerse extensiva su utilización a otros problemas que pudieran generarse en el seno del tráfico³.

² Un ejemplo de la envergadura de esta actividad, puede encontrarse en el sector inmobiliario español; durante el periodo correspondiente al decenio 1.981-1.991, el 40% de las inversiones se realizó con capital británico, según estimaciones de Delphi Consultores Internacionales, S.A. Dato recogido por ORTEGA MARTÍNEZ, Enrique: *La Multipropiedad Vacacional. El impacto en el sector turístico inmobiliario español*, ESIC-EDITORIAL, 1.991, p. 90.

³ SÁNCHEZ VILELLA, en su trabajo «The problems of Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions: The Law of Trusts in Puerto Rico», llega a hacer una enumeración, más o menos completa, de las diferentes instituciones continentales que suplían, en su ámbito de aplicación, las funciones del *trust*: usufructo, uso, habitación, sustitución fideicomisaria,

Respecto del segundo planteamiento, el *trust* parece tener una contrapartida continental que funciona sobre la base de sus mismos esquemas: la fiducia o negocio jurídico fiduciario. La fiducia supone la existencia de dos negocios jurídicos, uno con efectos jurídico-reales, y, junto a éste, un pacto de naturaleza obligacional, que pone límites al primero. Mediante el primer negocio se produce la transmisión de la propiedad de una persona a otra, en tanto que mediante el pacto obligacional el nuevo propietario se compromete, bien a transmitir de nuevo el bien al dueño inicial, bien a emplearlo con unos determinados fines o en beneficio de determinadas personas. Como en el *trust*, se produce la entrega de unos bienes, de un patrimonio, a una persona, que, de la misma forma, deberá hacer uso de las facultades que ahora ostenta, en beneficio de una persona designada por el transmitente, o para llevar a cabo un objetivo determinado por el mismo; terminológicamente hablando, *trust* y fiducia son términos hasta cierto punto sinónimos, pues ambos significan confianza⁴; en ambos casos, quien establece la cesión de los bienes deposita en quien los recibe un alto grado de confianza, pues cuenta con el respeto por parte de éste, de los límites que se le imponen.

La fiducia continental es una institución surgida en el seno del Derecho Romano, durante sus etapas iniciales: en este ámbito suponía la transmisión de un bien mediante la *mancipatio*, bien como garantía del cumplimiento de una obligación por parte del transmitente, bien por tener éste que partir, deseando dejar su patrimonio a buen recaudo; a esta operación se unía un *pactum fiduciae*, en virtud del cual una vez cumplida la obligación por el transmitente, o habiendo éste regresado, el receptor de los bienes se compromete a devolver la propiedad de los

donaciones con carga modal o condición, disposiciones testamentarias con carga o condición, mandato, contrato en beneficio de tercero, depósito, comodato, anticresis, hipoteca, censo... destacando su específico empleo para una determinada situación. El autor realiza la comparación entre las distintas instituciones, bajo la presencia de unas circunstancias similares a las planteadas en el presente trabajo: la presencia, dentro de un sistema de corte anglosajón, de un subsistema continental; en concreto, la presencia de Puerto Rico, territorio que hasta 1.898 perteneció a España, y que asumió posteriormente un estatus especial de asociación con los Estados Unidos de América, cuyo sistema jurídico heredó buena parte de sus instituciones de la tradición inglesa, entre ellas el *trust*. El fortalecimiento de los vínculos económicos entre Puerto Rico y los Estados Unidos supuso, como ahora en España, la aparición en la isla caribeña de esta institución, con el consiguiente planteamiento de la cuestión que aquí se trata, y que, en último extremo es la que debe responderse: la tipificación de la institución o su asimilación a alguna de las figuras preexistentes. SÁNCHEZ VILELLA, Luis F.: «The problems of Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions: The Law of Trusts in Puerto Rico,» *Tulane Law Review*, Volume XIX, 1.944-1.945, pp. 374 y ss.

⁴ La expresión «*trust*» viene del inglés «*to trust*» que significa «confiar», en tanto que el término «fiducia» proviene del latín «*fides*» que significa lo mismo.

mismos, de nuevo mediante el acto de la *mancipatio* (*remancipatio*). Conforme el Derecho Romano fue evolucionando hacia su espiritualización, la *mancipatio* va decayendo, y con ella, la fiducia, que será tratada todavía, al final de la etapa clásica, por el jurista GAYO. En la elaboración del *Corpus Iuris Civilis* justiniano, se eliminaría cualquier referencia a la institución, por lo que cuando se produce el redescubrimiento del Derecho Romano, raíz de los textos codificados continentales, la fiducia no estará presente. Sólo el redescubrimiento de los textos de GAYO, a principios del S. XIX⁵, en pleno movimiento pandectista, trajo la institución a la edad contemporánea; el enorme prestigio de las instituciones jurídicas clásicas y, quizá, el deseo de encontrar una figura que supliera en el continente las funciones del *trust* anglosajón, movió a la doctrina, alemana primero, e italiana después, a reintroducir la fiducia en el panorama jurídico de la época, según los esquemas con los que surgió, que eran los del Derecho Romano preclásico⁶; así pues, en el proceso de configuración de la «nueva» categoría de negocio jurídico, se atendió, de forma preferente y absoluta, al precedente romano, a la vieja fiducia romana, con lo que la nueva institución recogió de nuevo el esquema dual negocio jurídico con efectos reales-pacto obligacional, planteamiento que sería llevado hasta sus últimas consecuencias en la llamada Teoría del Doble Efecto.

A grandes rasgos, podría apuntarse que la recién mencionada teoría parte de la base planteada en el sistema romano preclásico: un negocio jurídico-real, cuyo principal efecto es la transmisión de la propiedad de un bien, y un pacto obligacional, por el que el receptor de aquél se compromete a devolver dicha propiedad una vez desaparezca la causa que movió a celebrar el negocio jurídico-real; el pacto viene a limitar los efectos de la transmisión, por cuanto, en principio, quien es destinatario final de la misma se encuentra atado por la obligacional de devolver lo recibido; en un sistema causalista como es el español, los negocios jurídicos y, más particularmente los contratos, tienen como elemento esencial la causa, la finalidad genérica y común a cada categoría contractual, defendida y protegida por el ordenamiento jurídico: en la compraventa, por ejemplo, es el intercambio de cosa por precio; en la donación, la mera liberalidad, el deseo de regalar; en la fiducia, la causa es obviada, sustituida; el negocio jurídico-real es traslativo del

⁵ En concreto, se trata de las Instituciones de GAYO, descubiertas en 1.816 en el famoso palimpsesto de Verona (*Codex Veronensis*), según recuerda FUENTESECA. FUENTESECA, Cristina: *El Negocio Fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Prólogo de Manuel Albaladejo, José María Bosch Editor, Barcelona, 1.997, p. 23.

⁶ Este planteamiento sobre la actual figura del negocio jurídico fiduciario, se mantiene hoy en el seno de la doctrina. Como ejemplo, CARIOTA FERRERA, que considera que los negocios fiduciarios existentes en el sistema del *Civil Law*, deben configurarse sobre el tipo de la fiducia romana. CARIOTA FERRERA, Luigi: *El Negocio Jurídico*, Traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid. 1.956, pp. 197 y ss.

dominio, su causa, en principio, sería ésa; sin embargo, el transmitente no desea perder la propiedad del bien, pero se ve forzado a llevar a cabo el negocio por otros motivos, como la garantía de una deuda; la causa genérica del negocio traslativo no entra en juego, siendo sustituida por esa finalidad particular que las partes desean darle, y es aquí donde entra en juego el pacto obligacional: con ella, el receptor se compromete a retransmitir la propiedad del bien a su titular inicial, una vez éste cumpla con la obligación garantizada que tenía para con él. Para la Teoría del Doble Efecto, negocio jurídico-real y pacto obligacional son dos entes jurídicos diferenciados, que nacen y desarrollan sus efectos de forma paralela, sin que los avatares de uno afecten al otro. Desde este punto de vista, el negocio real supone la transmisión de la propiedad del bien a su receptor; es un negocio válido y tiene efectos *erga omnes*, por cuanto se transmite un derecho sobre la cosa, un *ius in re*, oponible frente a todos; el pacto obligacional, como tal, sólo tiene efectos *interpartes*, que se producen entre el transmitente y el receptor; el tráfico jurídico, la generalidad, los terceros no tienen respecto de un deber general de respeto del mismo, por cuanto ni siquiera tienen porqué conocerlo; así pues, el incumplimiento de la obligación derivada del pacto no tiene efecto alguno en el negocio real; dicho de otra forma, el receptor del bien, que formalmente y a ojos del tráfico, es, en apariencia, legítimo titular del mismo, puede enajenarlo, vulnerando con ello el pacto que le obligaba a devolver la cosa, una vez el transmitente-deudor hubiera pagado la deuda que ésta garantizaba; el titular inicial del bien podrá reclamar al receptor por el incumplimiento del pacto, pero la enajenación del bien, hecha a un tercero que adquirió de buena fe, no podrá ser atacada. El que, forzado por las circunstancias, realiza una operación de este tipo, asume este riesgo, y no le queda más que confiar en la buena fe del fiduciario; le queda, en definitiva, la fe de que respetará el pacto obligacional; de no ser así, dice la Teoría del Doble Efecto, el fiduciante deberá soportar la pérdida del bien transmitido, por cuanto al emplear esta técnica negocial para garantizar una deuda en detrimento de los otros mecanismos garantistas, está empleando unos instrumentos con unos fines que no son los que la finalidad genérica de los mismos establece, debiendo cargar con las consecuencias, tanto positivas como negativas, que ello conlleve. En España, la fiducia fue una figura muy utilizada a lo largo del presente siglo; pero si frecuente fue su presencia en el tráfico nacional, la confianza en la que se basaba fue traicionada repetidas veces; los negocios fiduciarios aparecieron muchas veces en los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo durante los años 50 y 60, llegando a calificárseles como «calamidad social y judicial», según recuerda FEDERICO DE CASTRO⁷. La fiducia, pues, cuya base origi-

⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El Negocio Jurídico*, Introducción de Juan de Vallet y Goytisolo, Facsímil sobre la edición original de 1.971, Reimpresión. Editorial Civitas, Madrid, 1.991, p. 379.

nal fue la confianza depositada, se convirtió en una institución en la que nadie confiaba; la práctica había traído toda suerte de experiencias negativas, y la figura fue cargando con una reputación negativa cada vez mayor, relacionándose con otra figura de desagradables connotaciones en nuestro país: el interpuesto, hombre de paja o *testaferro*, persona física o jurídica que formalmente ostenta la titularidad de un patrimonio, pero que en la práctica actúa por cuenta de otro, en virtud de un pacto obligacional que subyace a la apariencia y los vincula.

Esta denostada institución ha sido considerada por los autores como la contrapartida continental de la institución inglesa de la que ahí se ha hablado; *trust* inglés y fiducia continental vienen a ser, según este planteamiento, dos figuras análogas, coincidentes en su estructura, en el hecho de estar basadas en la confianza e incluso, en el empleo de una terminología similar, por cuanto los propios autores británicos, al tratar el *trust*, utilizan expresiones claramente derivadas del latín *fides*⁸. Por esta razón, cuando la institución anglosajona ha hecho acto de aparición en España, la doctrina la ha equiparado a la fiducia, cargándola, de paso, con las consideraciones negativas que la misma ha cosechado a lo largo de los años⁹. Esta equiparación parece, atendiendo a ambas instituciones como entes separados de la realidad en la que se desarrollan, hasta cierto punto lógica; muchas son las semejanzas existentes, pero el análisis no estaría completo (y, en consecuencia, los resultados no estarían ajustados a la realidad), si no se llevara a cabo un estudio del *trust* dentro de las circunstancias históricas, económicas y sociales que determinaron su nacimiento y posterior evolución.

3. Historia del *trust*: breve introducción al derecho inglés

Para comprender plenamente qué es el *trust*, se hace necesario analizarlo dentro de una perspectiva más global, que debe incluir las circunstancias históricas que determinaron su aparición, así como la situación, entendida como conjunto de caracteres esenciales, del sistema jurídico en el período durante el cual surge la institución. Uno de los caracteres más destacados del *trust* es su condición de

⁸ Como ejemplo, cabe citar el libro *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, centrado en el estudio de la institución. El título de la obra habla por sí mismo. AA.VV.: *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Edited by Ewan McKendrick, Clarendon Press, Oxford, The Norton Rose M5 Group, 1.992.

⁹ Como ejemplo de esta concepción, cabe destacar el trabajo de LINARES NOCI sobre el tiempo compartido, que, al analizar la fórmula *club-trustee*, una variante del mismo que introduce en su estructura la presencia de un *trust*, la describe como explotación de un inmueble en régimen de multipropiedad por una sociedad extranjera a través de *testaferros*. LINARES NOCI, Rafael: «Algunas consideraciones sobre la multipropiedad,» *Revista de Derecho Privado*, Septiembre de 1.996, p. 636.

institución de Equidad; la *Equity*, conectada y contrapuesta al *Common Law*, constituye la estructura básica que permite conocer y comprender el Derecho inglés.

A partir del S. XII comienza a conformarse en Inglaterra el *Common Law*, el conjunto normativo que regirá la vida en el reino insular, la ley. Inicialmente, este conjunto normativo será aplicado por los Jueces de las *King's courts*, con facultades para administrar la ley (aplicar el *Common Law*) o administrar justicia de forma equitativa, lo que se traduce en la existencia de un cierto margen de flexibilidad para impedir que un cumplimiento estricto y ciego de la ley degenere en situaciones que en la práctica serían injustas. La aparición del Parlamento y el establecimiento de un monopolio en los nombramientos a las oficinas judiciales en las *King's courts* en favor de los llamados *common lawyers* supuso la progresiva pérdida de la facultad de administrar justicia en equidad, en favor del principio de rigidez de la ley, animada por un exagerado concepto del principio de certeza de la misma¹⁰. El exceso de rigidez del sistema provoca el descontento de quienes deben acudir a él, optando por solventar sus conflictos por otras vías alternativas; surgen en ese momento una serie de figuras, como el *use of lands*, antecedente directo del *trust*, que jurídicamente, a ojos del *Common Law*, no existen, pero que en el terreno práctico, alcanzaron una importancia tal, que el Canciller decidió darles carta de naturaleza jurídica, de manera muy sutil; en ningún momento se plantea una reforma del sistema legal vigente; las decisiones de la Cancillería, al proteger los intereses generados por esas nuevas instituciones, vienen a complementar el *Common Law*, no a sustituirlo; tampoco se produce inferencia alguna en la jurisdicción de las *King's courts*, creándose la llamada jurisdicción de Equidad, representada por el Tribunal de la Cancillería¹¹.

¹⁰ Para un estudio más profundo de esta etapa de la formación del Derecho inglés, puede acudirse a los trabajos de KEETON y SHERIDAN, así como de PETTIT. KEETON, George and SHERIDAN, L.A.: *Equity*. Third Edition, Barry Rose Books, a part of Kluwer Law Publishers, Bradford-on-Avon, Wilshire, 1.987, p. 2. PETTIT, Phillip: *Equity and the Law of Trusts*, Seventh Edition, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1.993, p. 2.

¹¹ La Cancillería no era, en principio, un órgano judicial, como tampoco era el Canciller, un Juez. Originalmente, el cargo suponía ser una suerte de Secretario de Estado, o jefe de gabinete, que tenía bajo él a un grupo de «subsecretarios», siendo todos ellos clérigos y eclesiásticos conocedores de la ciencia jurídica. La causa que explicaría la asunción de la defensa de aquellos intereses no reconocidos por el *Common Law*, se encuentra en el hecho de, negada la jurisdicción del poder temporal, las personas acudieran a los Tribunales Eclesiásticos, para dirimir los conflictos derivados del incumplimiento y vulneración de dichos intereses. Como clérigo, el Canciller debió conocer la existencia de estas nuevas figuras y dedujo la necesidad de protegerlas. La transformación definitiva de la Cancillería en un Tribunal del Reino, se produjo al final del reinado de Enrique V (1.413 - 1.422). POLLOCK, Sir Frederick and MAITLAND, Frederick William: *The History of English Law*.

El desarrollo de los acontecimientos aquí relatados lleva indudablemente a recordar una situación similar, producida mucho tiempo atrás, en la Roma clásica: la relación existente entre el *Ius Civile*, rígido y formalista, y el *Ius Honorarium* creado por el Pretor en su Edicto; de forma análoga a como sucederá en Inglaterra, donde el rígido *Common Law* es atemperado y complementado por la *Equity*, frente al rígido y formal *Ius Civile*, el Pretor da cobijo a una serie de intereses que aquél no protege, mediante un conjunto de normas que, publicadas en su Edicto, darán lugar a lo que se conoce como *Ius Honorarium*. La cuestión que se plantea a continuación es si este paralelismo entre ambos sistemas jurídicos va más allá, esto es, si existe una relación más profunda entre lo que sucede en la Roma preclásica y en la Inglaterra medieval; BUCKLAND y MCNAIR, dentro de una obra comparativa del Derecho Romano y del *Common Law* inglés, recogen esta similitud en el desarrollo de ambos, concretándola en una serie de paralelismos específicos¹². Sin embargo, la postura de estos autores dista mucho de ser compartida de forma unánime por toda la doctrina; la influencia del Derecho Romano es reconocida, sí, pero no de forma absoluta, pues no hay que olvidar que si bien Britania fue provincia romana durante casi cuatro siglos, la romanización de la isla fue superficial, de manera que, frente a lo que sucedió en otros territorios como Hispania o la Galia, la cultura céltica, y con ella sus instituciones jurídicas, permaneció; así, destacan algunos autores la existencia de instituciones indígenas, como los Justicias de Eire, jueces que elaboraron su propio Derecho, de forma parecida a como lo haría el Canciller inglés o lo hizo el Pretor romano¹³; así pues, la atemperación de la rigidez de los sistemas formalistas mediante su complemento por cuerpos normativos elaborados por personas que ostentan la condición de Jueces o ejercitan facultades cercanas a las de éstos, no se produce sólo en Roma e Inglaterra; la Equidad surge siempre como contraste frente al *rigor iuris*; no forma parte, pues, de la historia jurídica de un sistema determinado, sino de una tradición muy antigua que se encuentra no sólo en Roma o en la Inglaterra normanda, sino también entre los reyes francos o en la Heptarquía anglosajona, me-

Before the time of Edward I, Second Edition, Reissued with a new introduction and select bibliography by S.F.C. MILSOM, Volume I, Cambridge, At the University Press, 1.968, p. 193. KEETON, George W. and SHERIDAN, L.A.: *op. cit.* p. 3. SCOTT, Austin Wakeman and FRACHTER, William Franklin: *The Law of Trusts*, Fourth Edition, Volume I, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1.987, p. 9.

¹² BUCKLAND, W.W. and MCNAIR, Arnold: *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, Second Edition revised by F. H. LAWSON., At the University Press, Cambridge, 1.965, p. 4.

¹³ Esta concreta institución es mencionada como influencia del proceso de formación de la *Equity* por KIRALFY. KIRALFY, A.K.R.: *Potter's outlines of English Legal History*, Fifth Edition, Third Impression, Sweet & Maxwell Limited, London. 1.958, p. 247.

dian­te la que se intenta evitar que la aplicación rí­gi­da de la ley su­pon­ga un bene­ficio para quienes la invoquen con fines frau­dulen­tos; en con­se­cuencia, no puede hablarse, res­pec­to de la *Equity*, de un an­te­ce­den­te úni­co y con­cre­to¹⁴.

Una vez esbozada la evolución del sistema jurídico inglés, centrada en el nacimiento de la *Equity*, hay que tratar la aparición de su institución más representativa y objeto del presente trabajo, el *trust*, para ver si las circunstancias producidas durante el proceso de formación del sistema, genéricamente entendido, son aplicables a una escala más reducida, en la evolución del *trust*.

Para conocer la historia de la institución desde el principio, es necesario remontarse a la Edad Media; en concreto, a los ss. X-XI, justo después de la conquista normanda de Inglaterra; Guillermo I El Conquistador, tras derrotar en Hastings a Haroldo II, último de los reyes sajones, decidió asegurar su posición en el trono neutralizando a los señores locales y ganándose el apoyo de sus seguidores normandos; para ello, confiscó las tierras de los primeros y las cedió a los segundos, que recibieron la posesión de las tierras en concepto de feudo (*seisin*) a cambio de una serie de servicios y/o una contraprestación dineraria. Estos señores, a su vez, podían pactar con otras personas una relación similar de vasallaje, en la que, a cambio del cumplimiento de una serie de deberes, recibirían parcelas de tierra (*estates*). Así pues, el sistema inmobiliario inglés se configuraba de manera que sobre una misma tierra podían recaer tres titularidades de orden dominical diferentes: La titularidad de la Corona, la titularidad feudal o *seisin* y la titularidad del vasallo o *estate*, quedando estas dos últimas limitadas por la primera. Aún hoy, se conserva en el Reino Unido un vestigio de este sistema inmobiliario, a través de la consideración de que los ciudadanos de ese país no tienen más que unas titularidades limitadas sobre la tierra, que es propiedad de la Corona¹⁵.

Los primeros *estates* surgen al amparo del *Common Law*, que, como reflejo de su rigidez, impone en la contratación inmobiliaria unas reglas de publicidad y solemnidad en sus operaciones, así como un *numerus clausus* de los *estates*. A esto se une el peso que las cargas que el vasallo tenía para con el señor feudal¹⁶, lo

¹⁴ Tal es la opinión de autores como POLLOCK y MAITLAND o ZWEIGERT y KÖTZ, que entienden que lo que se produce en este estadio de la historia de Inglaterra, es la repetición de la evolución del sistema jurídico romano, en un período en el que el resto de Europa lo adaptaba a su realidad, mediante la obra de glosadores y postglosadores. POLLOCK, Sir Frederick and MAITLAND, Frederick William: *op. cit.* pp. 189 y ss. ZWEIGERT, Konrad and KÖTZ, Heinz: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete der Privatrechts. English. Introduction to Comparative Law*. Vol. I. Second Edition. Translated from German by Tony Weir. Oxford. 1.987. pp. 188-189 y 193-194.

¹⁵ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein: *op. cit.* pp. 189-190.

¹⁶ Relata SCOTT algunas de las cargas inherentes a la relación entre el vasallo y el señor entre sí y con la tierra: el señor tenía derecho a una compensación y, en determinados

que determinó que, paulatinamente, empezaran a emplear técnicas de transmisión de la titularidad de las tierras que, intentando sortear las diversas dificultades existentes, suponían un apartamiento de las reglas del *Common Law*.

El principal de estos mecanismos fue el *use of lands*, en el que formalmente se producía la transmisión del *estate* sobre la tierra conforme a las reglas del *Common Law*. Sin embargo, aunque el cesionario es el nuevo titular, se introduce en la operación un elemento fiduciario, según el cual recibe la tierra en beneficio del transmitente y sus herederos, con lo que el inmueble que formalmente pasaba a manos del adquirente permanecía, en la práctica, en manos del transmitente. Este *use of lands* no existía para el *Common Law*, donde la transmisión de la tierra era irreversible; de esta forma, el transmitente quedaba inerme ante las posibles infracciones del adquirente, y por lo tanto a merced de su buena fe, como sucedería en la moderna fiducia. Esta situación de indefensión fue solventada por el Canciller, como ya se relató al hablar de la *Equity*, concediendo acción personal contra el cesionario infiel al compromiso moral, que no legal, para conminarlo a reanudar el cumplimiento de lo pactado o devolver las tierras objeto del *use of lands*, bajo pena, incluso, de encarcelamiento. El Canciller nunca niega que el adquirente sea el propietario legal de la propiedad confiada, pero insistirá en que actúe de acuerdo con lo pactado y en beneficio del transmitente. Como consecuencia de este reconocimiento, el *use of lands* fue convirtiéndose en una de las instituciones más utilizadas en el tráfico, surgiendo, junto a la categoría de *legal estates*, titularidades protegidas por el *Common Law*, la de *equitable estates* o titularidades protegidas por la *Equity*. Con el tiempo, el *use of lands* se empleó en muchos casos con fines defraudatorios; durante los años de la guerra civil que enfrentó a las casas de York y de Lancaster, todos aquéllos que deseaban tomar partido, veían que era imposible decantarse por uno de los dos bandos sin asumir el riesgo de perder todas sus propiedades; la recompensa para los componentes del bando perdedor era la acusación y la condena por traición, cuya pena llevaba aparejada la confiscación de todas las propiedades por la Corona. Para solventar este inconveniente, los buscadores de fortuna que decidieron unirse a una y otra bandera, emplearon el *use of lands*, para ceder sus propiedades para su propio uso a sujetos amantes de la paz, de manera que el Rey, ante los Tribunales del *Common Law*, no podía hacer nada ante la traición cometida por alguno de esos individuos.

casos, a un *heriot*, cuando el vasallo moría sin dejar descendencia o había sido condenado por felonía, de modo que la tierra revertía a aquél. Por el contrario, si existía un heredero, pero era menor de edad, el señor estaba facultado para actuar como tutor, y tomar las rentas y beneficios de la tierra, hasta la mayoría de edad del heredero, así como a vender el privilegio del matrimonio del mismo. SCOTT, Austin Wakeman and FRATCHER, William Franklin: *op. cit.* p. 16.

La Dinastía Tudor, que subió al trono de Inglaterra al final de la guerra civil, en 1.509, decidió poner fin a esta situación, extinguiendo el mecanismo que la permitía; de esta forma, el Estatuto de Enrique VIII de 1.535, convirtió los *use of lands* en títulos legales, los *equitable estates* en *legal estates*; de esta forma, los beneficiarios devenían titulares legales de la tierra. Sin embargo, este intento de eliminar la institución fracasó, por cuanto a partir de la centuria siguiente el *use of lands* resurgió bajo una nueva denominación: el *trust*.

Como con la *Equity*, cabe ahora preguntarse si existe una institución anterior al *trust*, que haya influido en el proceso de constitución del mismo. Una de ellas es, obviamente, la fiducia romana, ya tratada; si se considera que esta figura es el antecedente del *trust*, al serlo también de los modernos negocios fiduciarios continentales supondría que la equiparación entre ambas categorías sería admisible. Sin embargo, hay que recordar, de nuevo, que la influencia del Derecho Romano fue, como toda la cultura romana en la isla, superficial, y que, junto a ella, hay que situar otros cuerpos jurídicos que también tuvieron cabida en Inglaterra: para empezar, el de la comunidad céltica, pobladores de la isla antes de la conquista romana, y el de los pueblos germánicos (anglos, jutos, sajones), que la invadieron cuando el Imperio de Occidente la abandonó. Así, autores como AMES¹⁷ consideran que el *trust* es una institución genuinamente inglesa, que evolucionó de forma autónoma, sin influencias externas. Sin embargo, esta postura no es seguida por la doctrina de forma mayoritaria, que se decanta por el reconocimiento de otra figura como antecedente, más o menos directo, del *trust*: la *Treuhand*¹⁸.

La *Treuhand* es definida por FEDERICO DE CASTRO¹⁹ como una institución por la cual, el fiduciante²⁰, mediante una ceremonia solemne, la *Gewere*, investía a una persona, el fiduciario, *Treuhänder* o *Salmann*, de la titularidad que el primero ostenta, pero no de forma definitiva, de tal manera que el *Treuhänder* recibiría tan sólo la propiedad formal, un conjunto de poderes ligados al cumplimiento de determinados fines, en tanto que la propiedad material, el lado beneficioso, quedaría en manos del fiduciante. Los paralelismos con la fiducia romana son claros; ambas instituciones surgen en el seno de un Derecho primitivo y formalista, pero también existen diferencias claras: en tanto que la fiducia desapareció durante

¹⁷ AMES, James Barr: *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays. With a Memoir*, Cambridge, Harvard University Press, London: Humphrey Milford, Oxford University Press, 1.913, p. 237.

¹⁸ La influencia de esta institución germánica es reconocida por autores como KIRALFY, A.K.R.: *op. cit.* p. 255.

¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *op. cit.* p. 392.

²⁰ El empleo de esta terminología se explica por la consideración que la institución tiene como contrapartida germánica de la fiducia romana.

veinte siglos del panorama jurídico, la *Treuhand* acompañó a los pueblos germánicos que invadieron Europa, perviviendo en algunas figuras e instituciones hasta la Codificación. Sin embargo, la principal diferencia se plantea en los mecanismos que ambas figuras emplean para llegar a un objetivo similar: en tanto que la fiducia utiliza un negocio jurídico-real atenuado por un pacto obligacional, en la *Treuhand* se produce una división del derecho de propiedad en propiedad formal que es la que recibe el *Treuhänder* concretada en las facultades de administración de la misma, y propiedad material, la que disfrutaban los beneficiarios, concretada en los derechos de goce. Esta partición del derecho de propiedad obedece a una diferente concepción que de este derecho existe entre los pueblos germánicos; según LACRUZ BERDEJO²¹, no existe entre estas comunidades una idea de propiedad unitaria como en Roma, sino una percepción de las distintas áreas de influencia que sobre un bien pueden darse (p ejemplo, goce de pastos, de frutos, uso de la cosa, etc...). Esta concepción de la propiedad pasó, como se ha dicho, a la Europa medieval, donde coexistían, como se vio al tratar la Inglaterra normanda, varias titularidades sobre la tierra: el dominio eminente o titularidad feudal, y el dominio útil, de inferior carácter, y que correspondía al cultivador de la misma. Esta situación dura hasta la Revolución francesa y la posterior Codificación, donde se restaura, en el continente, el concepto unitario de propiedad (propiedad quirritaria), como derecho real absoluto e inescindible, que será una de las bases del Estado Liberal decimonónico.

En Inglaterra, la concepción germánica de la propiedad será asumida plenamente: en primer lugar, con el reparto de tierras establecido por Guillermo I entre sus seguidores, y, en segundo lugar, con el doble sistema normativo y judicial (*common Law-Equity*), que permitirá proteger los distintos intereses concurrentes sobre una misma cosa; en tanto que la ley, el *Common Law*, protege la titularidad real del bien, la propiedad formal, la *Equity* protegerá a los beneficiarios de la misma, la propiedad natural. Sin embargo, Inglaterra no sufrió el proceso revolucionario desencadenado a partir de 1.789; la evolución de su forma de gobierno, si bien no está exenta de episodios sangrientos, se caracteriza por ser un proceso paulatino de pérdida de poder por parte del Rey, en beneficio del Parlamento, que arranca en el S. XIII con la imposición de la Carta Magna a Juan sin Tierra, y las sucesivas concesiones que su hijo Enrique III debió hacer en favor del Parlamento, acaudillado por Simón de Montfort, continúa con la derrota del Rey Estuardo Carlos I, de nuevo frente a la misma institución, y culmina con la expulsión de

²¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil III. Volumen I. Posesión y Propiedad*, Tercera Edición, Reimpresión Revisada, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1.991, p. 271.

esta dinastía y la entronización de la Casa de Hannover. Una de las principales consecuencias de lo expuesto, es la ausencia de un proceso de Codificación del Derecho Inglés, con el intento aparejado de imponer el viejo concepto romano de propiedad unitaria. Así pues, la idea germánica de la propiedad, y la posibilidad de ser dividida, existe en Inglaterra aún, y a través de ella ha pasado a todos los países del *Common Law*, estados que en uno u otro momento de su historia fueron territorio británico. Autores como GARRIGUES²² o NAVARRO MARTORELL²³ consideran que sólo en Inglaterra, la distinción entre propiedad formal y propiedad natural pasará a formar parte del acervo jurídico, merced al doble sistema legal existente en torno a la propiedad de la tierra y a la actuación del Canciller de protección de los intereses equitativos, convirtiéndose en una de las bases en las que se fundamenta el *trust*.

4. A modo de conclusión

Efectivamente, el *trust* supone una división del derecho de propiedad, entre una persona, el *trustee*, que asume las facultades de administración del bien, y otra u otras, los *equitable ownerships*, que reciben las facultades de goce (uso y disfrute) del mismo. Esta estructura obedece a una serie de causas históricas que se han visto a lo largo de este trabajo: la acepción germánica de la propiedad, asumida por el Derecho inglés, la existencia de un doble cuerpo normativo y judicial, compuesto por la ley, el *Common Law*, y la justicia equitativa, la *Equity*, y el creciente prestigio que la institución, primero bajo la denominación de *use of lands*, y luego como *trust*, cosechó a lo largo de los siglos, lo que le permitió sobrevivir incluso a un ataque directo del poder real como fue el Estatuto de 1.535, donde se establecía su eliminación. Visto esto, cabe decir que no existe en Derecho continental institución alguna que pueda considerarse contrapartida del *trust*; existen muchas, tal y como enumeraba SÁNCHEZ VILELLA, que cumplen una función específica de las que puede llevar a cabo la figura inglesa, pero ninguna abarca tanto, ni tiene el alto grado de aplicabilidad y flexibilidad de ésta. La fiducia, la pretendida alternativa continental al *trust*, es una institución que ya era obsoleta hace veinte siglos, y que, basada como el *trust* en la confianza, ha cosechado, desde su reaparición en el tráfico jurídico continental, un desprestigio compara-

²² GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE Joaquín: *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Segunda Reedición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1.981, p. 24.

²³ NAVARRO MARTORELL, Mariano: *La Propiedad Fiduciaria. La fiducia histórica. Los modernos negocios fiduciarios. La propiedad fiduciaria.*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1.950, pp. 205 y ss.

ble, de forma negativa, al prestigio de la institución inglesa. Además, se encuentra la clara diferencia entre los mecanismos empleados: división del derecho de propiedad en el caso del *trust*, negocio jurídico real-pacto obligacional en el caso de la fiducia; mientras que en Derecho inglés, los intereses del *trustee* y del beneficiario ostentan un grado de protección normativa similar (unos son protegidos dentro del *Common Law*, y otros mediante la *Equity*), el pacto obligacional de la fiducia recibe una protección menor que el negocio jurídico real, en virtud de las diferencias existentes entre derechos reales (ejercitables *erga omnes*) y derechos personales (oponibles *inter partes*). Antes de la reinstauración del concepto romano de propiedad unitaria, existía en el continente una concepción de este derecho no muy alejada de la que existía en Inglaterra, y desde este punto de vista, algunos autores, como BÓLGAR²⁴, se plantean por qué no puede trasladarse el *trust* a los sistemas del *Civil Law*, si el acervo jurídico que formó parte de su nacimiento en Inglaterra no estaba tan alejado del que existía en el continente. La Codificación borró el elemento fundamental que permite el funcionamiento del *trust*, la concepción germánica de la propiedad, sustituyéndola por un derecho real absoluto e indivisible, que es el que está consagrado en la actualidad de los Derechos europeos continentales.

De esta forma, bajo la más que aparente equivalencia entre *trust* y fiducia, basada en las similitudes de su mecanismo de funcionamiento, se oculta una diferencia abismal, reflejada en la naturaleza de los derechos que se derivan de cada una de ellas, así como de la diferente protección que cada ordenamiento les otorga. En ambos casos existe una dualidad de derechos; en la fiducia, el derecho real de propiedad del fiduciario, y el derecho personal derivado del *pactum fiduciae* del fiduciante, o del beneficiario que éste designe; en el *trust*, la *legal ownership* del *trustee* y la *equitable ownership* del beneficiario. En la fiducia, por la naturaleza específica de cada derecho, el ordenamiento otorga una mayor protección al del fiduciarii o por su carácter real, que lleva aparejado, como ya se ha visto, un poder de oposición *erga omnes*, en tanto que el derecho personal despliega sólo uno entre las partes del pacto. Por contra, en el *trust*, cada una de las titularidades contenidas en el mismo son protegidas por el ordenamiento a distintos niveles: el *trustee* es protegido al ser el titular legal; el beneficiario lo es por ser el titular en equidad. Como consecuencia de esto, ambos derechos actúan como límite del otro, de modo que se acotan recíprocamente, no llegando a darse la situación de indefensión que, como se ha visto, se ha producido tradicionalmente con los negocios jurídicos fiduciarios.

²⁴ BÓLGAR, Vera: «Why no trusts in the Civil Law?», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 2, 1.953, pp. 204 y ss.

Sin embargo, no puede olvidarse que en el seno de la doctrina inglesa también existe la distinción entre derechos reales y derechos personales, como en la doctrina continental y, como recuerda NAVARRO MARTORELL²⁵, se planteó, en el seno de aquélla un debate sobre la naturaleza de los derechos que ostentaban el *trustee* y el beneficiario, argumentándose en algunas tesis que este último ostentaba una titularidad de carácter personal, de forma análoga a la del fiduciante o beneficiario en la fiducia. Esta corriente doctrinal fue abandonado a mediados de la década de los ochenta, pero plantea una interesante cuestión y es que, de haber sido admitida, las divergencias entre ambas figuras habrían sido mucho menores y cabría preguntarse entonces si se hubiera alcanzado esa pretendida situación de equivalencia entre el *trust* y la fiducia, dado que a las similitudes entre sus mecanismos de funcionamiento se hubiera unido el paralelismo entre los derechos de fiduciario y *trustee* por un lado, y de fiduciante y beneficiario por otro. La respuesta a todas estas cuestiones ha de ser negativa, según la argumentación que PUIG BRUTAU²⁶ da, al tratar los derechos reales, su relación con los personales y la presencia de esta distinción en los distintos ordenamientos. Efectivamente, la distinción existe, tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law*, pero la concepción que de ambas categorías se tiene en cada uno es diferente: en tanto que en los sistemas continentales se impone una concepción de los derechos reales como relaciones directas e inmediatas con las cosas, en el sistema anglosajón es la llamada Teoría Personalista la que es seguida por la mayoría de la doctrina, que no admite esa idea de la relación directa entre el sujeto y la cosa, por considerar que toda relación ha de establecerse entre sujetos; de esta forma, si del derecho real se deriva una utilidad sobre la cosa para una persona, significa que no lo ha permitido para el resto. Así pues, la fuerza que en la concepción continental de los derechos reales implica el vínculo entre la persona y la cosa, con exclusión de la intervención de otro sujeto, se ve desvirtuada en el Derecho inglés, donde las categorías de derechos (reales y obligacionales) se ven contemplados desde una óptica personalista, y donde ambas se conciben como relaciones entre sujetos, y, en consecuencia, la distinción derechos reales - derechos personales no sería tan marcada como en el sistema continental.

Volviendo al tema inicial del presente trabajo, a lo largo de estas páginas se ha procedido al análisis de una institución proveniente del Derecho inglés, quizá la más representativa de todas. El empleo de un método excesivamente abstracto y analítico, centrado sólo en su naturaleza, sus elementos definitorios y su funcio-

²⁵ NAVARRO MARTORELL, Mariano: *op. cit.* p. 205.

²⁶ PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo III. Volumen I. El Derecho Real – La Posesión – La Propiedad – Sus límites – Adquisición y pérdida – Ejercicio de acciones*, Segunda Edición Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1.971, pp. 8 y ss.

namiento, considerada la institución en un ambiente de laboratorio, esto es, separada de la realidad de la que ha conformado y en la que se desenvuelve, ha dado lugar a una concepción errónea de la misma; el *trust* ha sido tradicionalmente observado, mediante el empleo de este sistema, desde la perspectiva nacional, ha sido explicado con conceptos y figuras propias del ordenamiento y la historia españolas, en concreto, con la fiducia. La visión final de los estudios así realizados resulta, en definitiva, falsa. Se hace necesario, pues, a la hora de tratar figuras provenientes de otros ordenamientos, utilizar otro método, que evite en buena medida la «contaminación» de la institución objeto de análisis con elementos que no pertenecen a la misma; se trata pues, de evitar que las experiencias y conocimientos del investigador se introduzcan, de forma más o menos inconsciente, en su trabajo. Con este fin, pienso que lo recomendable es que, en un primer momento del estudio, el jurista abandone temporalmente los esquemas mentales propios del ordenamiento jurídico propio y que ha adquirido en los años de la licenciatura y como consecuencia de estudios y experiencias posteriores, empleándolos sólo como puente hacia el sistema jurídico al que pertenece la figura en cuestión. Llegados a este punto, y antes de proceder al concreto análisis de la institución extranjera, es preciso el estudio general del ordenamiento al que pertenece, de sus rasgos básicos y elementos definitorios, puesto que éstos, que se dan en la generalidad (el sistema normativo), también pueden encontrarse en la especialidad (las concretas figuras reguladas). Después de ello, deberá procederse a la investigación sobre la figura extranjera escogida, pero desde una perspectiva histórica: conocer su origen y su evolución permitirá comprender el porqué de su naturaleza presente, que sería el elemento final y fundamental de la investigación. Lo que propongo es el empleo de un método múltiple, en el que se combinen el estudio general de los caracteres definitorios del ordenamiento jurídico extranjero, la investigación histórica de la concreta institución y el análisis de su naturaleza y funcionamiento; un sistema en el que la investigación sobre lo que es objeto de estudio no se limite a lo que es, sino también a lo que ha sido, de lo que forma parte, en resumen, la consideración de la institución como parte de varias realidades: la que ha existido (la historia) y la que existe (la actualidad, el tráfico jurídico cotidiano). Sólo cuando se plantea la posibilidad de trasladar esa figura extraña al ordenamiento nacional es cuando deben ser recuperados los conceptos y planteamientos inherentes al mismo, cuando la institución extranjera puede y debe ser vista de la perspectiva del ordenamiento jurídico en el que el investigador se ha formado.

Por hacer una comparación más mundana, el método de trabajo que esbozo aquí podría compararse a lo que sería, o debería ser el viaje de un ciudadano normal a un país extranjero; el viajero debe ir completamente libre de pensamientos preconcebidos y de cualquier estereotipo, ver y aprender todo lo posible del lugar de destino, y entonces y sólo entonces, compararlo con su lugar de origen.

5. Bibliografía

- AA.VV.: *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Edited by Ewan McKendrick, Clarendon Press, Oxford, The Norton Rose M5 Group, 1.992.
- AMES, James Barr: *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays. With a Memoir*; Cambridge, Harvard University Press, London: Humprhey Milford, Oxford University Press, 1.913.
- ASÍN CABRERA, María Asunción: «La Ley aplicable al Trust en el sistema de Derecho internacional privado español». *Revista General de Derecho*, Núm. 547, Año XLVI, Valencia. Abril 1990, pp. 2089 y ss.
- BÓLGAR, Vera: «Why no trusts in the Civil Law?», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 2, 1.953.
- BUCKLAND, W.W. and MCNAIR, Arnold: *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, Second Edition revised by F. H. LAWSON., At the University Press, Cambridge, 1.965.
- CARIOTA FERRERA, Luigi: *El Negocio Jurídico*, Traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid. 1.956.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El Negocio Jurídico*, Introducción de Juan de Vallet y Goytisolo, Facsímil sobre la edición original de 1.971, Reimpresión. Editorial Civitas, Madrid, 1.991.
- FUENTESECA, Cristina: *El Negocio Fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Prólogo de Manuel Albaladejo, José María Bosch Editor, Barcelona, 1.997.
- GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE Joaquín: *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Segunda Reedición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1.981.
- KEETON, George and SHERIDAN, L.A.: *Equity*. Third Edition, Barry Rose Books, a part of Kluwer Law Publishers, Bradford-on-Avon, Wilshire, 1.987.
- KIRALFY, A.K.R.: *Potter's outlines of English Legal History*, Fifth Edition, Third Impression, Sweet & Maxwell Limited, London. 1.958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil III. Volumen I. Posesión y Propiedad*, Tercera Edición, Reimpresión Revisada., José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1.991.
- LINARES NOCI, Rafael: «Algunas consideraciones sobre la multipropiedad,» *Revista de Derecho Privado*, Septiembre de 1.996, p. 636.
- NAVARRO MARTORELL, Mariano: *La Propiedad Fiduciaria. La fiducia histórica. Los modernos negocios fiduciarios. La propiedad fiduciaria*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1.950.
- NUSSBAUM, Arthur: «Sociological and Comparative Aspects of the trust,» *38 Columbia Law Review*. 1.938, pp. 408 y ss.
- ORTEGA MARTÍNEZ, Enrique: *La Multipropiedad Vacacional. El impacto en el sector turístico inmobiliario español*, ESIC-EDITORIAL, 1.991.
- PETTIT, Phillip: *Equity and the Law of Trusts*, Seventh Edition, Buttherworths, London, Dublin, Edinburgh, 1.993.

- POLLOCK, Sir Frederick and MAITLAND, Frederick William: *The History of English Law. Before the time of Edward I*, Second Edition, Reissued with a new introduction and select bibliography by S.F.C. MILSOM, Volume I, Cambridge, At the University Press, 1.968.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo III. Volumen I. El Derecho Real – La Posesión – La Propiedad – Sus límites – Adquisición y pérdida – Ejercicio de acciones*, Segunda Edición Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1.971.
- SÁNCHEZ VILELLA, Luis F.: «The problems of Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions: The Law of Trusts in Puerto Rico,» *Tulane Law Review*, Volume XIX, 1.944-1.945, pp. 374 y ss.
- SCOTT, Austin Wakeman and FRACHTER, William Franklin: *The Law of Trusts*, Fourth Edition, Volume I, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1.987.
- ZWEIGERT, Konrad and KÖTZ, Heinz: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete der Privatrechts. English. Introduction to Comparative Law*. Vol. I. Second Edition. Translated from de German by Tony Weir. Oxford. 1.987.