

LA NOTARIA

revista jurídica fundada el 1858

Contratos de custodia del territorio



EUROPA

NOTARIO

L Not 35·36

NOVIEMBRE-DICIEMBRE 2006


COL·LEGI DE NOTARIS
DE CATALUNYA

clero - (e-mail: MARTINGARRIDO@telefonica.net)

cció:

Alfonso - (e-mail: blancos@gna.es)

Piera - (e-mail: alvaropiera@notariado.org)

es Martínez - (e-mail: jjfuentes@notariado.org)

do Estivill - (e-mail: JMFUGARDO@terra.es)

Arreba - (e-mail: huidobro@notariado.org)

3ou - (e-mail: eglezbou@teleline.es)

lie - (e-mail: rafael@martinezscp.com)

o Viñuales - (e-mail: navarrovinuales@worldonline.es)

nsell:

Nicolás - (e-mail: angelserrano@notariado.org)

LA NOTARIA

Col·legi de Notaris de Catalunya

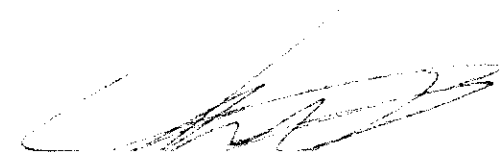
Núm. 35-36, novembre-desembre de 2006

Vol. I.

Contratos de custodia del territorio

LNot, 35-36, 2006

Nova època



Los patrimonios fiduciarios y la protección del territorio. Experiencia en Inglaterra y aplicación en Cataluña

Sergio Nasarre Aznar

Universidad Rovira i Virgili

sna@fcj.urv.es

SUMARIO: I. OBJETIVOS, ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y PLANTEAMIENTO GENERAL. – II. LAS *CHARITIES* INGLESAS. – 1. Significado económico-práctico. – 2. La finalidad del beneficio público. – 3. Los tipos de *charity*. – III. LA *CHARITY* DE PROTECCIÓN DEL TERRITORIO EN PARTICULAR. – 1. Un ejemplo de *charity* de custodia. El *National Trust*. – 2. Esquema de una *charity* de protección del territorio. – IV. EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE PATRIMONIOS FIDUCIARIOS DE CATALUÑA 2006. – V. LOS PATRIMONIOS FIDUCIARIOS DEL BORRADOR Y SU APLICACIÓN A LA PROTECCIÓN DEL TERRITORIO. UNA COMPARATIVA CON EL SISTEMA INGLÉS. – VI. CONCLUSIONES.

I. OBJETIVOS, ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y PLANTEAMIENTO GENERAL

El presente estudio, presentado en el marco de las Jornadas de Contratos de custodia del territorio (Vic, 2006) y pretende darle un nuevo enfoque a los instrumentos jurídicos de custodia desde una doble perspectiva: por un lado, la experiencia inglesa con mecanismos jurídicos para una eficaz protección y desarrollo del territorio y, por otro, la adaptación a Cataluña de dichos mecanismos atendiendo al Borrador de Anteproyecto de Ley de Patrimonios Fiduciarios¹ (en adelante, el Borrador; art. 2.3 Borrador).

Es decir, partiendo de la experiencia inglesa con los *charitable trusts* prever una posible aplicación de los patrimonios fiduciarios (PF) previstos en el Borrador encaminada a la protección del territorio, como alternativa a las dos soluciones ahora factibles (los derechos reales de aprovechamiento parcial de los arts. 563-1 a 563-4 Código Civil de Cataluña (CCC) y los contratos atípicos de custodia del territorio²), destacando las novedades que aporta.

En cualquier caso, se trata de arbitrar mecanismos jurídicos adecuados para la protección y desarrollo de la propiedad inmueble, sus construcciones de interés, fauna y flora.

1. Trabajos realizados entre julio y octubre 2006 en el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. El texto está fechado el 28-9-2006 y fue realizado por un grupo de trabajo *ad hoc* constituido por Resolución del Conseller de Justicia de 29-6-2006.

2. Nos remitimos a los trabajos también aquí publicados del Prof. MIRAMBELL y de la Prof. NAVAS a este respecto.



Va más allá del concepto de Parque Natural³; se trata de que propietarios "abran" sus fincas a la colectividad y que ésta pueda gozar de ellas mediante visitas informativas, excursiones organizadas, rutas, paneles informativos, etc. y todo ello gestionado profesional y eficientemente en el marco de los principios rectores de progreso social (art. 40.1 CE), el acceso a la cultura (art. 44.1 CE), el medio ambiente (art. 45.1 CE) y la conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE).

En la mente del jurista se plantean ante esta situación tres intereses a conjugar: el del propietario (y sus descendientes), el del gestor del territorio y el de la colectividad que, hoy por hoy, no resultan totalmente satisfechos con los instrumentos jurídicos disponibles. De este modo tenemos:

a) *Intereses del propietario y descendientes.* En principio, debe ser decisión del propietario (privado o público) quien, movido por intereses altruistas (en esencia, motivación por abrir al público el interés en las construcciones, fauna y/o flora de su finca) o no (pueden existir ventajas fiscales, no dejar las fincas en herencia, no encontrarle mejor utilidad, etc.) decida poner en custodia su finca. Como no pueden coincidir las tres figuras del propietario, del gestor y de los beneficiarios en una persona, aquél puede optar bien por vía contractual, bien por vía derecho real, o bien, en su día, por patrimonio fiduciario, dejar que otro gestione su inmueble. Sus intereses van desde querer seguir poseyendo la finca o parte de ella (ej. vivir en la masía pero abrir los campos) hasta reservarse cualquier derecho real sobre la misma (ej. obtención de frutos, art. 561-1 y ss CCC; derecho de superficie para edificar en una determinada zona, art. 564-1 y ss CCC) o el derecho a recuperar la finca pasado cierto período (término) o cuando se verifique cierta condición (ej. nacimiento de hijos). Los herederos, por su parte, ven como parte del patrimonio inmobiliario del causante puede llegar a reducirse (lo que puede suceder si se coloca en un patrimonio fiduciario de los previstos en el art. 1 Borrador o si se grava con un derecho de aprovechamiento parcial), con el riesgo de que nunca llegarán a heredar la finca custodiada o, al menos, no del modo que estaba antes de ser custodiada (ej. tenían la vocación de vivir allí pero ello entra en contradicción con el nuevo uso de la finca abierta al público), o pasa a ser gestionado por extraños.

b) *Interés del gestor.* Sea éste fiduciario (art. 12 Borrador) o no, lo cierto es que necesita amplias potestades de gestión y administración para cumplir con las finalidades

3. *National Geographic*, octubre 2006 (ed. española), p. 84, se hace eco de la clasificación de países realizada por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza según la protección de las actividades humanas sobre la naturaleza que han contribuido a la modelación del paisaje, de los países que la protegen más (V) hasta los que no la protegen (I). España se encuentra en el núm. II, como Estados Unidos, y a diferencia de Francia, Reino Unido, Portugal o Italia, los cuales se encuentran en la categoría V ya que protegen las actividades económicas tradicionales que han modelado el paisaje (Pablo Campos (CSIC) y Miguel Carrera, *Informe sobre la actividad económica y la conservación de la naturaleza*, presentado en el II Congreso de la Asociación Hispano-Portuguesa de Economía de los Recursos Naturales y Ambientales, celebrado en Lisboa). Es decir, la utilidad de las fincas en custodia va más allá de la declaración de Parques Naturales (sin posibilidad ni restos de actividad humana) e incluso más allá de la Ley de Patrimonio Histórico y sus relativas en las Comunidades Autónomas, ya que no se trata de declarar oficialmente algo como patrimonio histórico sino simplemente mantener, mejorar, desarrollar y abrir a la ciudadanía fincas, rústicas o urbanas, independientemente de su titularidad pública o privada, que puedan resultar interesantes por la actividad que allí se desarrolla, por lo que tienen o por lo que son. Así, una masía que no pueda caber ni, naturalmente, como Parque Natural, ni haya sido declarada de interés histórico o artístico puede ser gestionada por una entidad de custodia para realizar actividades abiertas a la colectividad (ej. colegios) para mostrar la vida en una masía, los roles del "masover" y del "amo", muestra de animales, actividad económica, etc. Todo ello superando la atomización de iniciativas (que a menudo impiden que todas se muestren con fuerza y alcancen el éxito generalizado que se pretende) y complementando, de este modo, la posible iniciativa pública en este campo.



previstas. A parte, nada obsta a que, si se verifica la posibilidad de constituir el patrimonio fiduciario, puedan los gestores tener interés incluso en gravar (ej. para subvencionar al patrimonio fiduciario) o enajenar la finca (ej. con la finalidad de adquirir y regenerar otras). Además, está interesado en que las mejoras y adecuaciones que haya realizado sobre la finca le sean restituídas en caso de que la finca deje de estar en custodia (art. 522-4 CC) y también tiene cierta vocación en que la finca permanecerá bajo su administración durante el tiempo suficiente y razonable para cumplir los objetivos de la custodia.

c) *Interés de la colectividad*. Son los beneficiarios en este tipo de fincas en custodia. No son parte en los contratos de custodia (aunque se pueden hacer estipulaciones a su favor, a pesar de ser terceros) ni en la constitución de derechos reales de aprovechamiento parcial (quienes gozan de ellos son los titulares del derecho real, es decir, el gestor). Pero sí que son un elemento esencial en los patrimonios fiduciarios (art. 1 Borrador), puesto que son los que finalmente gozarán de las fincas protegidas (ej. el beneficio de la colectividad es esencial para la calificación de *charity* en derecho inglés; se requiere, según el art. 1 y 6.1c del Borrador, que se determine la afectación, concretada en beneficiarios específicos o una finalidad, pudiendo ser beneficiaria la colectividad) y tienen sobre ellas un interés amparable jurídicamente que, aunque difuso, sí concretable en la posibilidad de acceder a ellas y disfrutar de las actividades que allí se organicen.

Para estudiar el posible funcionamiento de los PF en Cataluña respecto a la custodia del territorio y a la conjugación de intereses, nos ha parecido interesante contar la experiencia inglesa de los *trusts* a través de la *Charities Act 1993* (CA), lo que veremos a continuación.

II. LAS CHARITIES INGLESAS

1. Significado económico-práctico

Sin volver a tener que entrar en la estructura del *trust* anglosajón⁴ sí que aportamos a continuación una relación de tipos de *trusts* según la clasificación realizada por el Prof. D. HAYTON para la *Association of Corporate trustees*⁵ en relación al volumen patrimonial gestionado, teniendo en cuenta que según la *UK Charities Commission*, existen 180.000 *charities* registradas en Inglaterra (en ambas formas jurídicas posibles, *trust* y con personalidad jurídica)⁶.

De esta forma tenemos que, según muestra la Figura 1, las *charities* representan un 7 % del patrimonio gestionado mediante *trust* en Inglaterra.

4. Ver esquema en NASARRE AZNAR, Sergio, «Seis temas de common law», *La Notaría*, núm. 2, febrero 2003, pp. 44 a 54.

5. HAYTON, David, *Economic and Financial Analysis of Commercial and Private Trusts in the UK*, Association of Corporate Trustees, 2002. Ver el informe en www.trustees.org.uk (consulta 15-11-2006). Las cifras que se aportan a continuación tienen los límites que marca el informe: se refieren a los *trusts* gestionados por la Association of Corporate Trustees que contestaron a la encuesta.

6. CHARITIES COMMISSION, *CC45-The Register of Charities*, www.charity-commission.gov.uk, p. 1.



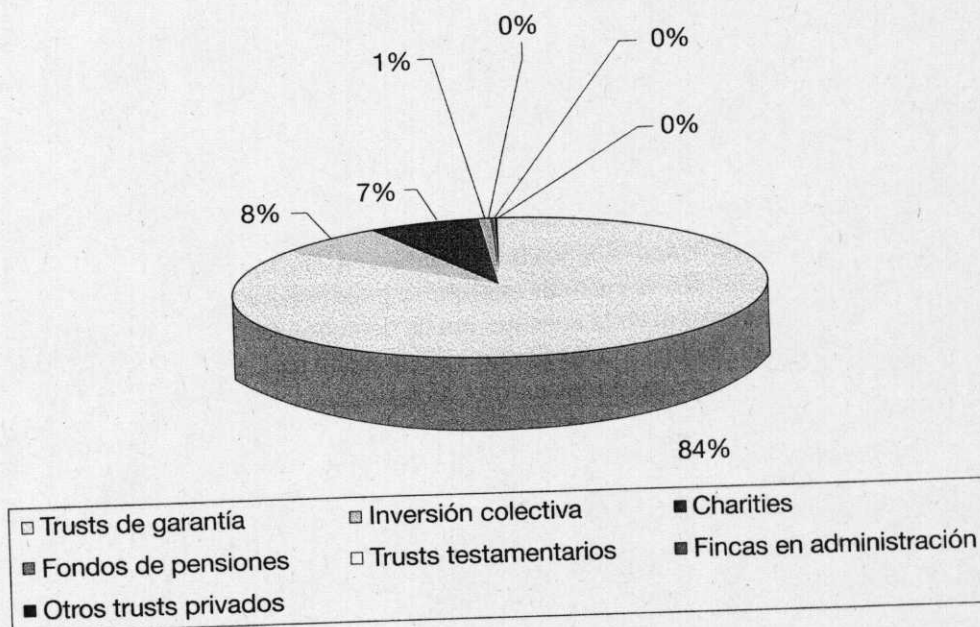


Figura 1. Porcentaje de patrimonio gestionado según tipo de *trust* (1998)

Los *trusts* en garantía o *loan capital trusts* (patrimonios destinados a garantizar una emisión de valores, normalmente⁷) son los que gestionan un mayor volumen (440.034 millones libras esterlinas), mientras que los Fondos de pensiones (*pension trusts*) son los que tienen más beneficiarios (el 96 % del total), siendo los más numerosos (hasta un 50 %) los *trusts* testamentarios.

2. La finalidad de beneficio público

Para que un *trust* inglés pueda ser calificado como *charity* su objeto debe ser *charitable*, es decir, "caritativo". De hecho, los motivos para crear una *charity* son, por este orden: 1. Cumplir una finalidad caritativa; 2. El tratamiento fiscal⁸; 3. La flexibilidad.

La problemática se centra en determinar cuándo la finalidad de un *trust* será caritativa. En la práctica la solución se encuentra actualmente en remitirse a un supuesto análogo anterior dictaminado como "*charitable*" por un tribunal o a aplicar literalmente o por analogía la *Charitable Uses Act 1601* la cual, a pesar de estar cuestionada su vigen-

7. alguna de sus utilidades financieras puede verse en NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, «Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario», *Revista de contabilidad y tributación*, Centro de Estudios Financieros (CEF), núm. 261, diciembre 2004, pp. 57 a 106.

8. Sobre las ventajas fiscales, en relación a los tributos de ingresos, de sociedades, de actos jurídicos documentados, de rendimientos, de sucesiones, del IVA, entre otros, ver OAKLEY, A.J., *The modern law of trusts*, 7ª Ed., Londres, 1998, Sweet & Maxwell, pp. 381 a 384.



cia⁹, es la única que en su preámbulo realiza un listado de finalidades caritativas. Éste se refiere a la salvaguarda de los mayores, los pobres, los soldados mutilados o locos, colegios, universidades, reparación de puentes, puertos, vías, iglesias, caminos, la educación de los huérfanos, correccionales, los matrimonios de doncellas pobres, con la finalidad de apoyar a los profesionales y emprendedores jóvenes, la redención de prisioneros, etc.

En definitiva, el *trust*, para ser caritativo —y gozar de los beneficios de este status, especialmente de carácter fiscal— debe **estar destinado al beneficio público**. Así, la amplitud de la finalidad ha hecho que la jurisprudencia inglesa descartase finalidades que, a pesar de parecer altruistas, tenían limitado el número o la clase de beneficiarios. El caso *Re Compton*¹⁰ reveló que no podía ser calificado como charity un *trust* creado para la educación de los descendientes de tres personas concretas; incluso en *Re Hollbourn Aero Components Air Raid Distress Fund*¹¹, tampoco se entendió como charity el *trust* dedicado a ayudar a los tullidos por ataques aéreos. Del mismo modo, en el caso *Oppenheim v Tobacco Securities Trust Co.*¹² El *trust* en cuestión no fue considerado como caritativo a pesar de que los beneficiarios eran 110.000 hijos de empleados y exempleados de British American Tobacco, al aplicarse *Re Compton* con todo su rigor. Un caso excepcional lo representó *Dingle v Turner*¹³, dedicado a la ayuda a los pobres de una empresa.

3. Los tipos de *charity*

La clasificación normalmente utilizada está en el caso *Commissioners for Special Purposes of Income Tax v Pemsel*¹⁴ y son:

- a) *Trusts* en beneficio de los pobres.
- b) *Trusts* para la promoción de la educación
- c) *Trusts* para la promoción de la religión
- d) *Trusts* para el beneficio de la comunidad en relación a animales, recreativos, defensa nacional o local, deportes, regalos a los entes públicos, para los hospitales, para actividades políticas, para el medio ambiente y para la protección del territorio.

III. LA CHARITY DE PROTECCIÓN DEL TERRITORIO EN PARTICULAR

Precisamente dentro de estas últimas se encuentran las *charities* de custodia o de protección del territorio, cuya finalidad es la preservación en beneficio de la colectividad de fincas y otros inmuebles, incluyendo edificios, de interés cultural o histórico y también para la conservación de fincas en su aspecto natural, su fauna y flora.

9. OAKLEY, A.J., *The modern ...*, p. 385.

10. [1945] Ch 123.

11. [1946] Ch 194.

12. [1951] AC 297.

13. [1972] AC 601.

14. [1891] AC 531.



1. Un ejemplo de *charity* de custodia. El *National Trust*

Desde el caso *Re Verrall National Trust for Places of Historic Interest*¹⁵ el *National Trust* es una *charity*¹⁶ de protección del territorio según las finalidades que vienen marcadas en la *National Trust Act 1907* (Ss. 4 y 29). En concreto debe mantener las fincas cuidadas, sin construir y abiertas al público.

Actualmente tiene 3,4 millones de miembros, 43.000 voluntarios, recibe 62 millones de visitas y custodia 300 casas históricas y jardines, más 49 monumentos urbanos.

A parte de la *National Trust Act 1907*, también se regulan algunos aspectos del mismo la *Historic Buildings and Ancient Monuments Act 1953* (modificada por la *National Heritage Act 1983*) que organiza un esquema de subvenciones para que el *National Trust* pueda ir adquiriendo lugares de interés histórico, así como en la *Antient Monuments and Archeological Areas Act 1979*.

2. Esquema de una *charity* de protección del territorio

Dado que posteriormente haremos referencia a los diversos intervinientes en una estructura estándar de *trust* de una *charity* inglesa, preferimos ahora aportar un esquema resumen en la Figura 2, al cual poderse referir.

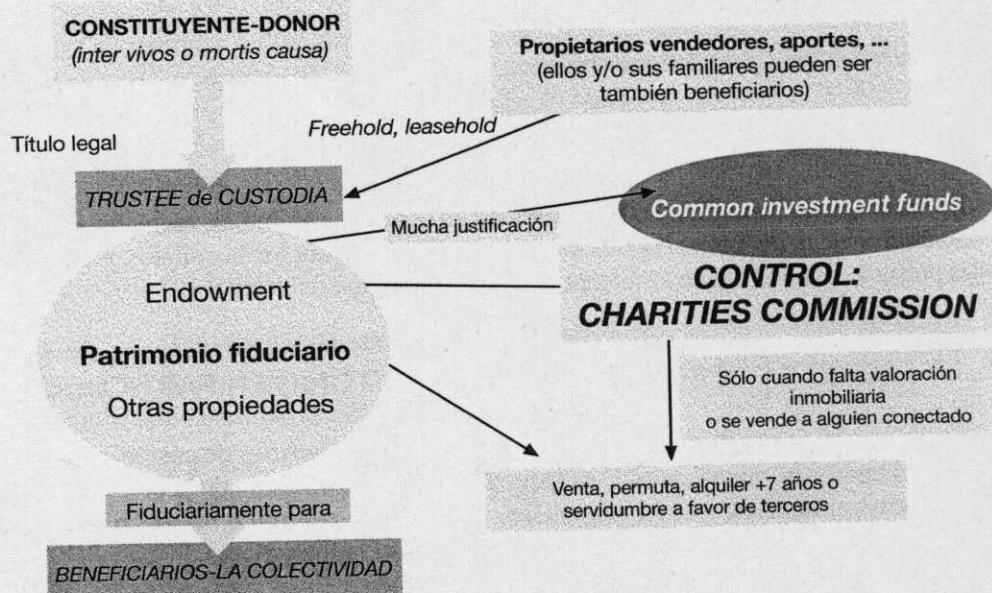


Figura 2. Estructura de una *charity* de protección del territorio



15. [1914-1915] All ER Rep 546.
16. www.nationaltrust.org.uk

IV. EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE PATRIMONIOS FIDUCIARIOS DE CATALUÑA 2006

Dado que hasta el momento sólo se tiene el trabajo de la comisión *ad hoc*, nos referiremos únicamente a sus líneas generales, poniendo especial énfasis en la multiutilidad del instrumento jurídico, el patrimonio fiduciario, y su adaptabilidad para los fines que se pretendan.

Decaído el Anteproyecto de patrimonios fiduciarios de 2003¹⁷ y publicado el Libro V del Código Civil de Cataluña¹⁸, los trabajos sobre esta materia no se reemprenden en Cataluña hasta 2006, presentándose un Borrador en septiembre de ese mismo año.

Los aspectos a destacar sobre el mismo y relativos a la cuestión que nos ocupa son:

1. El objetivo de la norma es separar de manera segura (sin el riesgo de agresión de los acreedores de los intervinientes) la gestión (por el fiduciario) del disfrute (por parte de unos beneficiarios concretos o destinado a una finalidad) de un patrimonio.
2. Su configuración jurídica permite operaciones tanto de carácter comercial, como para finalidades familiares o caritativas.
3. Resulta de un acto de afectación del constituyente, que provoca el nacimiento de un patrimonio autónomo, sin personalidad y aislado.
4. Se prevé la existencia de un Registro administrativo de patrimonios fiduciarios.

V. LOS PATRIMONIOS FIDUCIARIOS DEL BORRADOR Y SU APLICACIÓN A LA PROTECCIÓN DEL TERRITORIO. UNA COMPARATIVA CON EL SISTEMA INGLÉS

A raíz de esas premisas, analizaremos a continuación la adecuación de la utilización del modelo de patrimonios fiduciarios previsto en el Borrador para las finalidades de la protección y custodia del territorio, teniendo en cuenta los intereses de las partes intervinientes¹⁹ (constituyentes y aportantes, fiduciarios y beneficiarios).

Con el fin de hacerlo lo más sistemático posible, lo hemos organizado en el siguiente Cuadro 1.

17. GENERALITAT DE CATALUNYA - DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA I INTERIOR. *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya - Els drets reals*, junio 2003, pp. 31 a 44.

18. Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (DOGC 4640, 24-5-2006).

19. *Vid. sup.*





UK CA 1993		Borrador PF Cataluña 2006	Comentario
Tipo de vehículo	Se prevén de dos tipos: a) Sin personalidad jurídica (<i>charitable trusts</i>) b) Con personalidad jurídica (<i>charitable corporations</i>)	Con el Borrador, existirían en Cataluña también ambas posibilidades alternativas: a) Patrimonios fiduciarios b) Asociaciones y fundaciones (L.A 1997 y LF 2001)	En ambas estructuras (personificadas y no personificadas) los intereses de los participantes están salvaguardados. La ventaja que tienen los PF respecto a formas personificadas es su mayor simplicidad y flexibilidad en su constitución (simple acto de afectación en documento público: notario, norma, decisión judicial) y funcionamiento (máximo poder de disposición del fiduciario ajustándose a una finalidad)
Registro	a) Registro de <i>charities</i> (S. 3): - Se inscriben todas excepto las que han probado una buena gestión (universidades, colleges, eclesiales, las pequeñas sin fincas, etc. S. 74). Características: - Es llevado por la <i>Charities commission</i> - Se inscribe el nombre del <i>trust</i> y cualquier otro particular relevante - Efecto de la inscripción: presunción de que es un <i>trust</i> caritativo; a la inscripción se pueden oponer los que consideren que no tienen fines caritativos (ej. herederos o legatarios) b) Listados llevados por los condados donde se encuentren las <i>charities</i> (S. 76). Se busca promocionar la cooperación con éstas para realizar actividades conjuntas (S. 77)	a) No está previsto que se regule un Registro <i>ad hoc</i> para los PF con finalidad caritativa o altruista, pero sí un Registro general de Patrimonios fiduciarios (art. 17) b) Tampoco está previsto que se lleven registros en los municipios donde radiquen los PF, aunque nada impide que se pueda llevar uno, como sucede con las asociaciones.	La finalidad de un Registro específico de <i>charities</i> es, aparte de la función estadística, establecer una presunción de que un determinado PF es una <i>charity</i> , lo que tiene especialmente implicaciones de naturaleza fiscal. Dado el estado de desarrollo legislativo actual, no se prevé ningún tipo de beneficio fiscal para los PF catalanes (art. 19), aunque sería deseable para aquéllos que cumplieren finalidades sociales o económicas dignas de promoción, como sucede en los entornos anglosajones (ej. los <i>real estate investment trusts</i> para las viviendas en alquiler ²⁰ , las CMOs norteamericanas para la financiación de las entidades de crédito que repercutan en un mejor acceso a la vivienda en propiedad ²¹ , o las propias <i>charities</i> inglesas). En consecuencia, si se instituyese un trato fiscal preferente para los PF caritativos, junto a otros beneficios de naturaleza civil, posiblemente deberían diferenciarse no sólo en su publicidad, sino también su mayor control.

20. Ver NASARRE AZNAR, Sergio, «La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera». En la obra colectiva Martín GARRIDO y Josep M^a FUGARDO (coords.), *El patrimonio familiar, empresarial y profesional. Sus protocolos*, IX Congreso Notarial Español, Tomo 3, 2005, Ed. Bosch.

21. NASARRE AZNAR y RIVAS NIETO, «Patrimonios financieros sin personalidad...»

UK CA 1993	Borrador PF Cataluña 2006	Comentario
		Ligado a la cuestión del Registro <i>ad hoc</i>

posiblemente deberían diferenciarse no sólo en su publicidad, sino también su mayor control.

20. Ver NASARRE AZNAR, Sergio, «La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera». En la obra colectiva Martín GARRIDO y Josep M^a FUGARDO (coords.), *El patrimonio familiar, empresarial y profesional. Sus protocolos*, IX Congreso Notarial Español, Tomo 3, 2005, Ed. Bosch.
21. NASARRE AZNAR y RIVAS NIETO, «Patrimonios financieros sin personalidad...».

Ente público controlador	UK CA 1993	Borrador PF Cataluña 2006	Comentario
	a) <i>Charities Commission</i> (S. 1): controla que la finalidad del <i>trust</i> y las actuaciones de los <i>trustees</i> (fiduciarios) sean caritativas/altruistas/de interés general (S. 26). También tiene una función asistencial (S. 29) b) Auditorías anuales (Ss. 43 y 44) c) Presentación de un informe anual de actividades (S. 45) d) Presentación e un informe contable (S. 48)	a) Inexistencia de una entidad ad hoc de control público, a diferencia de lo que sucede con el Protectorado de las fundaciones (art. 47 LF). b) Los fiduciarios deben presentar las cuentas del PF (art. 12.1 Borrador) c) Existencia de un controlador especial para el caso de PFs destinados a una finalidad: el curador (art. 1.2 Borrador y 237 CF). d) Además, siempre existe el control judicial, al que puede recurrir cualquier partícipe (art. 24 CE y art. 9 Borrador). Así, el juez puede interpretar la voluntad del constituyente a petición de cualquier interesado e incluso modificar el título constitutivo para conseguir mejor las finalidades.	Ligado a la cuestión del Registro <i>ad hoc</i> está la posibilidad de que exista un ente público controlador. Se ha optado en el Borrador que haya un curador para los PFs sin beneficiarios determinados o determinables que procure el buen destino del PF a la finalidad asignada por el constituyente. A diferencia de la <i>Charities Commission</i> se trata de un control priorizado y descentralizado que plantea algunas cuestiones en torno a su funcionamiento en el ámbito de los PFs (petición, art. 239 CF; nombramiento judicial según el 240.2 CF). En cualquier caso, puede convenirse la necesidad de que los PFs destinados a una finalidad general (sin beneficiarios concretos) necesite cierto control para asegurarse el cumplimiento de su finalidad.
Entidad gestora	a) <i>Trustees</i> (fiduciarios). Pueden ser personas físicas o personas jurídicas. Se promueve esta última posibilidad, la <i>trust corporation</i> (S. 35), puesto que da más estabilidad en los fiduciarios, ahorrándose problemas de renovación de cargos o de capacidad para llevar a cabo las iniciativas acordadas b) <i>Official custodian for charities</i> (Ss. 2, 21 y 22). Puede coexistir junto a los <i>trustees</i>, nombrado por el juez para que gestione profesionalmente fincas en <i>trust</i> para la <i>charity</i>. Debe seguir las instrucciones de la <i>Commission</i>, aunque la gestión ordinaria sigue en manos de los <i>trustees</i>. c) <i>Receiver & manager</i> (S. 19). Para actuaciones concretas; son simples apoderados.	a) El fiduciario, persona física o jurídica (art. 12.1 Borrador) b) No está prevista una figura similar al <i>official custodian</i>. c) El fiduciario está legitimado para apoderar singularmente (art. 12.2 Borrador).	Los fiduciarios deben tener el suficiente poder de disposición para poder realizar eficientemente (sin dificultades o retrasos añadidos) la gestión ordinaria (administración) y la extraordinaria (disposición) de los bienes colocados en el PF (art. 12.1). Es decir, los fiduciarios deben actuar como si fueran propietarios (ej. art. 316 CS para el albañal universal; arts. 8 a 10 UK Trustee Act 2000), aunque naturalmente no lo son (art. 2.1 Borrador). La gestión profesional de las fincas puede ser encargada a un apoderado en circunstancias puntuales, teniendo siempre en cuenta que el fiduciario seguirá siendo responsable por las actividades de éste (arts. 12.3 y 12.5 Borrador).





UK CA 1993		Borrador PF Cataluña 2006	Comentario
El PF en caso de cumplimiento o incumplimiento de la finalidad, ilegalidad o innecesariedad de la misma o en caso de insuficiencia del título constitutivo	Aplicación de la doctrina <i>cy-près</i> para todos los supuestos: el fiduciario debe destinar los bienes a otra finalidad caritativa similar (S. 13) siempre que: - exista una intención general caritativa → automática exclusión de herederos y legatarios - imposibilidad de llevar a cabo la intención del constituyente o posible sólo parcialmente En cualquier caso, la <i>charity</i> no se extingue. Un ejemplo es <i>Re Harwood</i>²² que se dejó un patrimonio a una "sociedad de paz" de manera que se buscó una <i>charity</i> con esta finalidad.	Las soluciones son diferentes para cada uno de los casos: a) Cumplimiento o incumplimiento de la finalidad: extinción del PF y reversión de los bienes al constituyente o a sus herederos, a no ser que haya beneficiarios del capital (art. 18.1 y 3 Borrador) b) Ilegalidad de la finalidad del PF: se produce la nulidad del negocio constitutivo del PF (art. 7) c) Innecesariedad del PF o insuficiencia. No está prevista una solución para estas cuestiones, aunque vía art. 9.2 el juez podría reinterpretar, corregir y destinar los bienes a otra finalidad similar y necesaria o completar la insuficiencia.	La doctrina aglosajona del <i>cy-près</i> es omnicomprensiva para todos los déficits del título constitutivo o que deriven de la marcha normal o anormal del PF, y se asemeja más a la solución dada por el legislador catalán para la liquidación de asociaciones (art. 28 LA) o de fundaciones (art. 46 LF). En cambio, las soluciones previstas en el Borrador de PF para cada supuesto difieren. El dualismo se centra en compensar, por un lado, el respeto de la finalidad dada por el constituyente en sentido estricto o en sentido amplio (arts. 1.1 y 6.1) y por otro, respetar las expectativas del constituyente o sus herederos.
Financiación de las charities	a) La financiación de las <i>charities</i> es abierta en la <i>Charities Act</i> 1993, siempre que se trate de operaciones razonables y que no arriesguen la viabilidad del propio patrimonio y la finalidad para la que fue constituido. Así: - Inversión directa en bienes muebles o inmuebles o inversión en valores emitidos por <i>Common investment schemes</i> y <i>Common deposit funds</i> organizados por la <i>Charities Commission</i> (vid infra) (Ss. 24 y 25) - Aportaciones públicas. b) Las inversiones realizadas para el mejoramiento de la <i>charity</i> gozan de beneficios fiscales. El título constitutivo puede limitar o aconsejar en qué se debe invertir el patrimonio de la <i>charity</i>.	No existe en el Borrador una previsión clara sobre la financiación de los patrimonios fiduciarios, más allá de los negocios en los que normalmente pueda participar como un agente más en el tráfico jurídico-económico, a pesar de su falta de personalidad, y representado por el fiduciario (art. 12.1).	A parte de los comentarios a este respecto que realizamos <i>infra</i>, simplemente destacar que dada la naturaleza de los PFs de patrimonios autónomos y destinados a una finalidad, se garantiza el respeto del fin de la concesión de aportaciones públicas, tanto a patrimonios fiduciarios creados por norma desde los organismos públicos como las posibles subvenciones a PFs privados. Es decir, los mecanismos previstos tanto para los <i>trusts</i> angloamericanos como en el Borrador catalán garantizan, bajo sujeción a responsabilidad civil de los fiduciarios, que las aportaciones públicas (también las privadas) se destinen al motivo para el cual fueron concedidas y su óptima gestión.

22. [1936] Ch. 285.

UK CA 1993		Borrador PF Cataluña 2006	Comentario
Adquisición de fincas	a) Las <i>charities</i>, especialmente las de protección del territorio, pueden adquirir fincas	Para los supuestos de adquisición y negociación de fincas, no existen disposiciones es-	a) Los CIF son un buen mecanismo de financiación de las <i>charities</i> por su

Adquisición de fincas	UK CA 1993	Borrador PF Cataluña 2006	Comentario
a) Las <i>charities</i>, especialmente las de protección del territorio, pueden adquirir fincas para una doble finalidad: - como inversión, con integración o no a un <i>land based common investment fund</i> (fondo de inversión inmobiliaria, CIF) organizado por la <i>Commission</i> con la finalidad de que se aporten las fincas a cambio de participaciones en el fondo, consiguiendo de este modo la diversificación del riesgo. - para afectar el inmueble a la finalidad del <i>trust</i> (protegerlo, abrirlo a la colectividad, ...). Es la denominada "propiedad en <i>endowment</i>". b) La adquisición se hace a título de <i>freehold</i> o de <i>leasehold</i>²³, dos <i>estates</i> sobre fincas que pueden abrir folio en el <i>Land Register</i>. c) Para la adquisición de fincas, los <i>trustees</i> tienen amplios poderes (Ss. 8 a 10 <i>Trustee Act</i> 2000) y no necesitan el consentimiento de la <i>Commission</i> excepto si el dinero para la compra estaba destinado a la finalidad de la <i>charity</i>, o si se entra en conflicto de intereses al comprarse la finca a uno de los <i>trustees</i>.	Para los supuestos de adquisición y negociación de fincas, no existen disposiciones especiales previstas en el Borrador, de manera que, en su caso, se regirán por las normas generales marco que se concretan en: a) Dependencia del margen de actuación de los fiduciarios del título constitutivo (art. 6.3). b) Que dentro de éste, los fiduciarios tienen pleno poder de disposición (art. 12.1), aunque siempre deberán actuar en beneficio de los beneficiarios o de la colectividad (art. 13.1). c) Su actuación está sujeta al deber de diligencia del buen administrador (art. 12.1 y 5 Borrador).	a) Los CIF son un buen mecanismo de financiación de las <i>charities</i> por su rentabilidad y por la disminución de los riesgos respecto a la inversión en un solo inmueble²⁴. Nada impide que desde los poderes públicos competentes puedan impulsarse en Cataluña fondos de inversión inmobiliaria para que los PF puedan aportar sus inmuebles a cambio de participaciones en los mismos, de manera que quedarán mejor financiados. Debería ser un mecanismo al menos alternativo al previsto para las asociaciones (art. 32 L.A.). b) No está prevista en el Borrador talán una distinción respecto a la adquisición, gestión o disposición entre tipos de bienes del PF, dependiendo de si se han incorporado como inversión o para destinarlos a la finalidad del PF. No obstante, ello puede caer dentro del ámbito de diligencia del fiduciario (si malversa, quedará sujeto a la responsabilidad correspondiente). c) La mayor intervención de la <i>Commission</i> en la negociación con bienes en <i>endowment</i> queda especialmente justificado para las <i>charities</i>, al no poder ejercer el control del fiduciario los beneficiarios, por ser indeterminados. Quizás en estos casos debería exigirse la intervención del curador (art. 1.2 Borrador; art. 242.1 CF).	
Negociación con fincas	a) Normalmente no existen restricciones para vender, permutar o gravar los inmuebles de la <i>charity</i>, aunque se requiere la valoración de las fincas y la operación por un <i>surveyor</i> (Ss. 36 y 37) o cuando el adquirente es alguien conectado con el <i>trust</i> (S. 5) (<i>trustees</i>, familiares, apor- tantes, etc.). b) La propiedad en <i>endowment</i> tiene fuertes restricciones para su disposición, que requerirá la intervención de la <i>Commission</i>, quien sólo autorizará si la solvencia de la <i>charity</i> peligrará. c) Los fiduciarios deben: tener cura del patrimonio, comprobar la adecuación de la inversión (rentable y poco arriesgada), diversificar la inversión, revisar periódicamente las inversiones, asesorarse de cómo invertir y, en su caso, pueden externalizar la inversión nombrando a un <i>investing manager</i>.		

23. Ambos explicados en NASARRE AZNAR, Sergio, «Seis temas de ...»

24. Sobre la diversificación de riesgos con inmuebles y *trusts*, ver NASARRE AZNAR, Sergio, «El patrimonio fiduciario y el trust. La experiencia internacional aplicada a Cataluña. III Congreso de Derecho Civil Catalán», en Sergio NASARRE y Martín GARRIDO (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho Civil Catalán*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2006.





UK CA 1993	Borrador PF Cataluña 2006	Comentario
Especial atención a los patrimonios de conservación y custodia de fincas a) Se trata, en general, de custodia de construcciones de interés (deben tenerlas en <i>freehold</i> o <i>leasehold</i>)²⁵ y de la protección de la flora y la fauna. Tiene tres requisitos ("test de custodia"): finalidad de restauración, de conservación, la apertura al público²⁶ y que los beneficios individuales son limitados y están tasados y justificados. b) Existe un caso especial: el <i>building preservation trust</i>, que consiste en la adquisición de inmuebles para su rehabilitación y regeneración, para su posterior venta y así poder financiar la siguiente adquisición. c) Reciben ayudas de instituciones como <i>English Heritage</i>²⁷ y las fincas no tributan. d) Relación con los propietarios constituyentes o aportantes. Se concretan esencialmente en dos aspectos: - Respecto de los derechos reservados por y en beneficio de los aportantes, siempre que ello no implique negar la finalidad caritativa de beneficio público del <i>trust</i> de custodia. - Los constituyentes o aportantes pueden ser fiduciarios en minoría.	a) La finalidad de crear un Patrimonio Fiduciario de custodia o protección del territorio es posible según el art. 1 Borrador. Los fiduciarios pueden ser personas físicas o jurídicas (ej. asociaciones de custodia). b) El constituyente puede ser fiduciario o beneficiario (art. 11). No hay problema en admitir que el constituyente puede ser fiduciario y beneficiarse, como el resto de la colectividad, de los servicios ofrecidos por el PF sobre la finca. Lo mismo sucede con los aportantes, si ello está previsto en el título constitutivo.	Sobre la relación con los derechos de los aportantes de fincas, nada impide que dichas aportaciones se realicen con gravámenes a su favor (usufructos, usos, habitaciones (arts. 561-1 y 562-1 CCC), derechos de aprovechamiento parcial, art. 563-1); que sometan las aportaciones a modo, término o condición (respecto a las donaciones, ver las modalidades en art. 531-18 CCC y las sujetas a cláusula de reversión en el art. 531-19 CCC); que se pacte la aportación onerosa con pacto de retro o se articule como una venta a carta de gracia (art. 326 CDC); que se reserven el derecho a ser arrendatarios, o derechos de naturaleza real o personal similares (ej. derechos de opción, tanteo o retracto, art. 568-13 y ss CCC) que les garanticen la continuación de parte del disfrute de la finca aportada. Además, si las aportaciones fueran gratuitas, no habría ningún problema en aplicar el art. 531-15 CCC sobre la revocación en caso de sobrevenencia de hijos, pobreza, ingratitud, etc. Estos derechos podrán reservarse también para los herederos de los aportantes o del constituyente. Naturalmente si las fincas hubiesen resultado mejoradas por la actividad del PF durante el tiempo que hubiesen estado custodiadas (aplicación del art. 522-4 CCC), podrá pedirse una compensación al PF, en base al enriquecimiento que derivará para el aportante que recupera la finca, aunque teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluido el beneficio que ha supuesto para la actividad del PF disponer durante un tiempo de esa finca abierta al público y realizando actividades.

25. *Ibid. sup.*26. Así, en caso de que la admisión para las visitas del inmueble quede a discreción de los fiduciarios, no puede considerarse una *charity* (ej. caso *Grove-Grady*; *Plowden v Lawren-*27. www.english-heritage.org.uk

VI. CO

1. L
2006, pu
dia del t
asociaci
cios fisco
destinac
su const

2. L
pla de m
ver con l
por otro
deban se
cidad en
titutivo,
autorida

3. El
la propie
petando

4. En
el Borra
rramient
puede pr
trimonio
cular, be
públicos
valoraci
la aplica

5. Pa
tiene qu
cuar tod
vados (c
para una
rar, cons

BIBLIO

CHARI
sion.
Com
llan

VI. CONCLUSIONES

1. Los patrimonios fiduciarios catalanes, tal y como vienen regulados en el Borrador 2006, pueden cumplir la misma finalidad que el *trust* inglés para la protección y custodia del territorio y, en ocasiones, de manera más eficiente que lo podrían hacer empresas, asociaciones y fundaciones, precisamente por su flexibilidad, su posibilidad de beneficios fiscales, su relación con los diversos participantes (aportantes y beneficiarios), la destinación de un patrimonio separado a una finalidad de interés general y la sencillez en su constitución y gestión.

2. Los patrimonios fiduciarios son una herramienta muy completa en la que se contempla de manera omnicompreensiva todas las relaciones jurídico-económicas que tienen que ver con la custodia del territorio: el constituyente y los aportantes, por un lado, el fiduciario por otro y finalmente los beneficiarios. También garantiza que las subvenciones públicas deban ser destinadas al motivo por el cual fueron concedidas, especialmente por su juridicidad en manos de figuras como la responsabilidad del fiduciario, el respeto al título constitutivo, el control de los beneficiarios y en su defecto del curador y, en última instancia, la autoridad judicial con amplias facultades de readaptación de la finalidad del patrimonio.

3. El patrimonio fiduciario es una estructura jurídica que puede ser utilizada para que la propiedad privada cumpla también una finalidad de disfrute colectivo del entorno, respetando los derechos que pretendan reservarse los constituyentes, herederos y aportantes.

4. En algunos aspectos, la reglamentación prevista para los patrimonios fiduciarios en el Borrador podría acabar de ajustarse para poder ser utilizados óptimamente como herramienta para la custodia y protección del territorio. Así, dada la experiencia inglesa, se puede prever un trato administrativo y de publicidad de carácter diferenciado para los patrimonios fiduciarios con finalidad de interés general y los que tengan un interés particular, beneficios fiscales para los que persigan finalidades a promocionar por los entes públicos (sanidad, promoción del alquiler, educación, cultura, inversión colectiva, etc.), valoración de una figura similar a la del Protectorado para las fundaciones, extensión de la aplicación de la doctrina *cy-prés* para los de interés general, etc.

5. Para que un patrimonio pueda tener, en su caso, alguna de estas ventajas primero tiene que demostrar que persigue un interés altruista y general, de manera que debe adecuar toda su gestión y funcionamiento a ello, limitando y justificando los intereses privados (constituyentes, herederos, aportantes, beneficiarios concretos, etc.). Además, para una entidad de protección del territorio se le puede exigir que su función sea restaurar, conservar y abrir las fincas al público.

BIBLIOGRAFÍA

CHARITIES COMMISSION, *CC45-The Register of Charities*, www.charity-commission.gov.uk. NOTA: también se han utilizado todos los documentos de la Charities Commission relacionados con el funcionamiento de las charities inglesas que se hallan en www.charity-commission.gov.uk.



GENERALITAT DE CATALUNYA – DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA I INTERIOR,
Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya – Els drets reals,
junio 2003.

HAYTON, David, *Economic and Financial Analysis of Commercial and Private Trusts in the UK*, Association

MARTIN, Jill E., *Modern Equity*, Londres, 1997, Sweet & Maxwell.

NASARRE AZNAR, Sergio, «Seis temas de common law», *La Notaria*, núm. 2, febrero 2003.

NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, «Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario», *Revista de contabilidad y tributación*, Centro de Estudios Financieros (CEF), núm. 261, diciembre 2004.

NASARRE AZNAR, Sergio, «La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera». En la obra colectiva Martín GARRIDO y Josep M^a FUGARDO (coords.), *El patrimonio familiar, empresarial y profesional. Sus protocolos*, I Congreso Notarial Español, Tomo 3, 2005, Ed. Bosch.

NASARRE AZNAR, Sergio, «El patrimonio fiduciario y el trust. La experiencia internacional aplicada a Cataluña. III Congreso de Derecho Civil Catalán», en Sergio NASARRE y Martín GARRIDO (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho Civil Catalán*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2006.

OAKLEY, A.J., *The modern law of trusts*, 7^a Ed., Londres, 1998, Sweet & Maxwell.

