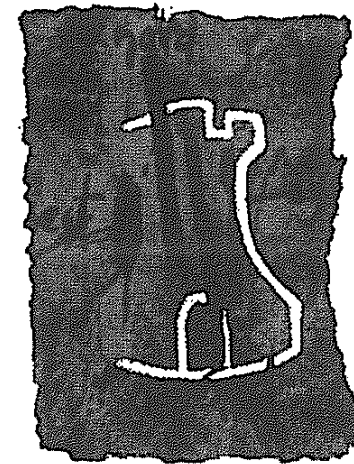


Àrea de Dret Civil (Coord.)
UNIVERSITAT DE GIRONA

L'EXERCICI DE LES COMPETÈNCIES SOBRE DRET CIVIL DE CATALUNYA

(Materials de les Onzenes Jornades de Dret Català a Tossa)



ISBN 84-8442-545-2



9 788484 425458

L'EXERCICI DE LES COMPETÈNCIES SOBRE DRET CIVIL DE CATALUNYA




UNIVERSITAT DE GIRONA

tirant lo blanch
llibres 

Copyright © 2002

Es rigorosament prohibida, sense l'autorització dels titulars del «copyright», sota les sancions establertes a la llei, la reproducció total o parcial d'aquesta obra per qualsevol procediment, incloent-hi la reprografia i el tractament informàtic i la distribució d'exemplars mitjançant lloguer o préstec públics.

© ÀREA DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE GIRONA

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - València
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Llibreria virtual: <http://www.tirant.es>
DIPÒSIT LEGAL: V - 1124 - 2002
I.S.B.N.: 84 - 8442 - 545 - 2
IMPRIMEIX: GUADA LITOGRAFIA, S.L. - PMc

Aquestes Onzenes Jornades han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i el suport de l'Ajuntament de Tossa de Mar i de:

Universitat de Girona
Facultat de Dret UAB (Deganat)
Facultat de Dret UPF (Deganat)
Facultat de Dret de la UdG (Deganat)
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
Col·legi d'Advocats de Barcelona
Col·legi d'Advocats de Girona
Col·legi d'Advocats de Manresa
Col·legi d'Advocats de Reus
Col·legi d'Advocats de Tortosa
Col·legi d'Advocats de Sabadell
Col·legi de Notaris de Catalunya
Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya
Diputació de Girona

COMUNICACIONS

COMUNICACIONS A LA PONÈNCIA INAUGURAL

- Núria BASSOLS I MUNTADA, *Compensació econòmica per raó del treball: Aspectes processals. Especial referència a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 27 d'abril de 2000* 459

COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

- Esther ARROYO I AMAYUELAS, *Les regles sobre la perfecció del contracte en l'anomenat Dret uniforme* 475
- Immaculada BARRAL VIÑALS, *La revocació de les donacions a Catalunya: La interpretació històrica al voltant de la revocació per superveniència de fills i per pobresa del donant* 511
- Chantal MOLL DE ALBA, *La resolució del contracte de compravenda d'immobles per incompliment* 541
- Sergio NASARRE AZNAR, *Estudi del trust anglosaxó en relació amb el Dret immobiliari* 557

COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA

- M. Rosa LLACER MATAÇAS, *La previsió del Dret transitori: la seva transcendència en la constitució de les servituds per usucapió* 605

Ponències

Estudi del trust anglosaxó en relació amb el Dret immobiliari¹

SERGIO NASARRE AZNAR

Becari CIRIT de Dret civil a la Universitat Rovira i Virgili

Sumari: 1. INTRODUCCIÓ. EL *TRUST* AVUI. EL *TRUST* I LA FIDÚCIA. 2. EL FUNCIONAMENT DEL *TRUST* ANGLOSAXÓ. 2.1. Orígens del *trust*. 2.2. L'estructura d'un *trust*. La divisió de la propietat. 2.3. Tipus de *trusts* segons la funció del *trustee*. 2.4. Les relacions del *trust* amb terceres persones. La responsabilitat del *trustee* davant de tercers creditors. 2.5. Incompliment del *trust* per part del *trustee*. 2.6. La dissolució del *trust*. 3. EL *LAND LAW*. 3.1. Característiques generals. La reforma de 1925. 3.2. La constitució i transmissió dels *interests* sobre immobles. 3.3. El *trusts* i els drets d'equitat sobre immobles. 3.3.1. Els *trusts* utilitzats al *land law*. Els *trusts of land*. 3.3.2. Alguns *interests* sobre immobles. 3.3.2.1. El *lease* o arrendament. 3.3.2.2. Els *easements* i *profits* o servituds i usdefruits. 3.3.2.3. La *mortgage* o hipoteca anglosaxona. La titulització hipotecària. 3.4 El sistema registral anglès. 4. CONCLUSIÓ. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUCCIÓ. EL *TRUST* AVUI. EL *TRUST* I LA FIDÚCIA

De cara a la creació del nou Codi civil de Catalunya, s'hauran de tenir en compte una sèrie d'institucions que, si bé en principi són alienes a la nostra més immediata tradició jurídica, sí que tenen una gran importància en els ordenaments jurídics del nostre entorn i de retruc en la nostra activitat jurídica. Entre aquestes institucions destaca especialment, tant per la seva importància com per la seva presència en una multitud d'ordenaments, el *trust* anglosaxó.

¹ El present treball ha pogut ésser realitzat, en part, gràcies a la concessió a l'autor d'una beca CIRIT d'investigació per part de la Generalitat de Catalunya i a la seva participació en el grup de recerca «Modificación y desarrollo del Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones» - DGEIC (PB97-1459-C02-02), l'investigador principal del qual és el Dr. Pere del Pozo Carrascosa.

Potser la llunyania del dret anglosaxó i de les seves institucions del sistema civil continental, basat en el dret romà, ha dut els nostres autors i investigadors a no estudiar-lo amb la profunditat que possiblement es mereix² perquè, de fet, el *trust* serà cada vegada més present a la nostra pràctica jurídica. Així, la progressiva harmonització del dret comunitari, la realització de cada vegada més negocis en el nostre país, on les persones o les coses estan sotmeses al dret anglosaxó (pensem en el fenomen turístic, la globalització de l'economia, etc.) i la incipient regulació i reconeixement a nivell internacional del *trust*³ amb el Conveni de l'Haia de 1985 sobre la llei aplicable al *trust* i al seu reconeixement en ordenaments jurídics, on tradicionalment no era present⁴, realcen la importància de l'estudi d'aquesta figura⁵.

El present treball pretén estudiar un aspecte concret de la figura més important de l'*equity* en el dret anglosaxó, el *trust*, quan aquest és utilitzat respecte al dret immobiliari o *land law*. No entrarem, doncs, en l'estudi del que s'ha dit l'«equivalent» del *trust* en els ordenaments de dret civil de tradició romana, la fidúcia, si bé hi farem una breu referència.

² D'acord amb aquesta afirmació CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español», *RCDI*, setembre-octubre 1999, núm. 654, pàg. 1760 i 1761.

³ Fora dels sistemes del *common law*, el *trust* ha estat regulat en altres estats de tradició civil romana, sigui directament al Codi civil, com a Mèxic (1926), Argentina (1995), Louisiana (1825) i Quebec (des del 1888), sigui amb lleis especials, com al Japó (1922), Liechtenstein (1926), Luxemburg (1983), Rússia (1993), Escòcia, Sudàfrica i Etiòpia (referències preses de CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pàg. 1759).

⁴ Sobre el *trust* en el dret internacional privat ens remetem a GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, *El trust. La institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997. Respecte al Conveni de l'Haia de 1985, cal comentar que Espanya encara no l'ha ratificat, i que hi ha un debat doctrinal respecte al mètode com s'ha de reconèixer (no pas introduir) el *trust* a l'ordenament jurídic. Segons González Beilfuss, la doctrina està dividida entre la ratificació del conveni (com Itàlia i Holanda) o la creació de normes pròpies especials de dret internacional privat (com Suïssa i Alemanya) (pàg. 60). Com que Espanya, doncs, no ha signat el Conveni ni tampoc reconeix el *trust* com a part del seu ordenament civil, només queden dues solucions quan es planteja un cas de *trust*: o bé que s'arribin a aplicar a Espanya les normes de dret anglosaxó del país al qual es refereixi el *trust*, o bé que es fraccioni el *trust* en els diferents contractes que són reconeguts al dret espanyol (pàg. 80 i 81).

⁵ És de la mateixa opinió, i remarca la importància creixent del *trust* fora dels ordenaments anglosaxons, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pàg. 1759.

Així doncs, respecte a la fidúcia, cal comentar que s'ha de diferenciar la fidúcia romana (*fiducia*) (desapareguda a l'època postclàssica), la *cum amico* (de la qual naixeren el dipòsit, el comodat o el mandat) i la *cum creditore* (que fou substituïda pel *pignus*, ja que era la fidúcia en garantia de crèdits)⁶, de la fidúcia o del negoci fiduciari actual i del *trust*. Si bé l'actual *trust* anglosaxó podria tenir un origen romà, ja que en el dret anglosaxó actual se segueix utilitzant per a supòsits semblants als que s'utilitzava la fidúcia romana⁷, sembla bastant provat que abans d'acabar a Anglaterra va passar per Alemanya amb la figura del *Treuhand*⁸. A la fidúcia romana sembla que no hi havia una transmissió de la propietat dominical del titular de l'immoble al fiduciari, sinó només un poder o una funció d'amo per al compliment d'una finalitat, en contra del que havia afirmat la doctrina pandectista⁹. D'altra banda, el *trust* produeix una divisió de la propietat¹⁰. Sí que coincideix la *fiducia* amb el *trust* en el fet que ambdós naixeren com uns negocis de confiança: la fidúcia *cum amico* romana —abans que la *cum creditore*—¹¹ i la transformació del *use* al *trust*, que reforçava la idea de confiança¹². La

⁶ D'ORS, J.A., *Derecho privado romano*, 8a edició, Pamplona, EUNSA, 1991, pàg. 520; KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, vol. 2, 2a edició, Munic, CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1975, pàg. 312.

⁷ FUENTESECA, Cristina, «Análisis de la posible relación entre la fiducia romana y el trust anglosajón», *RDP*, gener 1998, pàg. 47 i 48.

⁸ FUENTESECA, *op. cit.*, pàg. 48, es basa en autors com Roth i Siebert, així com en Chesire, que nomena la figura del *Treuhänder* (vegeu també CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pàg. 1770). En aquest sentit vegeu l'anàlisi prèvia que realitzen HELMHOLZ, Richard; ZIMMERMANN, Reinhard, «Views of Trust and Treuhand: An Introduction», a: *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlín, Duncker & Humblot, 1998, (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History; 19), on s'apunten les diverses teories de l'origen de la figura (tota l'obra és un estudi que analitza les relacions entre el *trust* i el *Treuhand* des d'una perspectiva històrica). Avui en dia la institució del *Treuhänder* resulta fonamental en el dret alemany relatiu al mercat hipotecari, regulat a la *Hypothekbankgesetz* de 13 de juliol de 1899 (HBG) en la versió de 1995 (§§ 29 a 34 HBG), sobretot en allò relatiu a vetllar per la garantia de les cèdules hipotecàries alemanyes (*Hypothekendarlehenbriefe*) en benefici dels cedulistes. El *Treuhänder* de la HBG no té, a diferència del que succeeix al *trust* anglosaxó, cap potestat dominical ni sobre els valors emesos ni sobre els crèdits hipotecaris.

⁹ FUENTESECA, *op. cit.*, pàg. 42. En contra D'ORS, *op. cit.*, pàg. 518, que considera que sí que hi havia una transmissió de la propietat, però en cap cas una divisió de la propietat com en el *trust* anglosaxó.

¹⁰ *Vid. infra*.

¹¹ FUENTESECA, *op. cit.*, pàg. 42.

¹² MARTIN, Jill E., *Hanbury & Martin. Modern equity*, 15a edició, Londres, Sweet & Maxwell Ltd, 1997, pàg. 38.

fidúcia o el negoci fiduciari moderns en el dret espanyol consisteixen en «la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el llamado fiduciante, realiza en favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista»¹³. Veiem com té diferències amb el *trust* anglosaxó: inexistència de desdoblament del dret de propietat en equitat i legal; necessàriament el negoci fiduciari ha de tenir un origen contractual, mentre que els *trusts* poden ser per efecte de la llei; la fidúcia se sol emprar com a negoci de garantia, mentre que el *trust* té una gran diversitat d'aplicacions; tenen diferent nombre de parts intervinents (dos a la fidúcia i tres al *trust*); diverses solucions respecte als negocis amb tercers persones, etc.¹⁴. Encara que sembli que el negoci fiduciari espanyol té certes semblances amb el concepte de *trust* que es dona al Conveni de l'Haia de 1985, sembla que la majoria de la doctrina no és partidària de la introducció del *trust* a l'ordenament espanyol; en tot cas el camí hauria de ser, d'una banda, la utilització de les nostres institucions jurídiques que donen resposta a totes les situacions de *trust*¹⁵ i, d'altra banda, el desenvolupament i perfecció del concepte de negoci fiduciari¹⁶. En tot cas, el coneixement del *trust* i de la seva aplicació sobre el dret immobiliari es revelen com a fonamentals per entendre i perfilar el negoci fiduciari, sobretot en aquelles aplicacions que pugui tenir relacionades amb els drets reals sobre immobles (garanties, etc.).

¹³ STS 2-12-1996, núm. 1012/1996, FJ 4t i STS 4-7-1998, núm. 653/1998, FJ 6è. No obstant això, existeix jurisprudència reiterada del Tribunal Suprem que equipara el negoci fiduciari a un negoci simulat —nega doncs la seva existència i reconduïx la naturalesa jurídica del negoci—, i situa la problemàtica del negoci jurídic celebrat en l'àmbit de la simulació (absoluta o relativa) però no en l'àmbit del negoci fiduciari. Si s'admet que només es tracta de simulació relativa, el «negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez», i cercarà de respectar sempre el que les parts pretenien negociar (STS 15-6-1999, núm. 542/1999, FJ 2n, que cita nombrosa jurisprudència en el mateix sentit).

¹⁴ Tretes en essència de CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pàg. 1763 i 1764, algunes afirmacions es basen en les opinions de PUIG BRUTAU, «La relación fiduciaria», *RDP*, 1961, pàg. 1013.

¹⁵ A aquesta afirmació trobem almenys una excepció, que comentarem al final de l'article en parlar dels fons de titulització hipotecària.

¹⁶ Veure les opinions dels autors recollides per CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pàg. 1857, i la de FUENTESECA, *op. cit.*, pàg. 49, que confia en el mandat.

D'una banda tenim, doncs, el *trust*, institució polifacètica del dret anglosaxó emprada en multitud d'aspectes del món jurídic d'allà on aquest sistema jurídic és propi¹⁷. El *trust* té algunes variants en cadascun dels diferents territoris on és vigent. Nosaltres farem referència sobretot al *trust* anglès i, en ocasions, a allò en què especialment es diferenciï del *trust* nord-americà. De fet, va ser a Anglaterra on es donà el *trust* per primera vegada.

D'altra banda, tenim el dret immobiliari o *land law*¹⁸, que fa referència a totes les institucions relatives a la regulació dels immobles, siguin els *estates*, situacions absolutes d'una persona respecte a la terra, o qualsevol dels altres drets o *interests*, com els *leases*, els *easements* i *profits* o les *mortgages*, que, amb la seva creació, s'atorguen una sèrie de facultats als seus titulars. D'aquesta manera, els *estates* equivaldrien al nostre dret de propietat continental, sempre tenint en compte que la propietat immobiliària pròpiament dita a Anglaterra i Gal·les correspon majoritàriament a la Corona¹⁹, que és qui «tolera» aquestes situacions possessòries. Però aquesta titularitat és més simbòlica que real, ja que el titular d'un *estate* (el *tenant*)²⁰ sobre un tros de terra té unes facultats tan àmplies com el nostre dret de propietat. Pròpiament només qui té el *fee simple absolute in possession* (*freehold* més ampli) és l'únic que correspon al nostre titular del dret de propietat de l'art. 348 CC, atès que els altres *estates*, ara ja més reduïts des de les darreres reformes, tenen algun tipus de limitació per al seu titular; és el cas del *leasehold*, que té

¹⁷ Tenim, principalment, Anglaterra i Gal·les, Estats Units, Canadà, Nova Zelanda i Austràlia, encara que respecte a aquesta última i pel que fa al seu sistema de *land law*, difereix substancialment del pròpiament anglès ja que tenen vigent un sistema registral immobiliari anomenat Acta Torrens (*Torrens Title*), inspirat en el model alemany del *Grundbuch*.

¹⁸ També trobem la denominació de *property law*.

¹⁹ Com ens diu GRAY, Kevin, *Elements of land law*, 2a ed., Londres, Dublín i Edimburg, Butterworths, 1993, pàg. 55, encara avui podem afirmar tècnicament que la Corona és qui té l'últim títol sobre la terra i els ocupants de les terres són encara mers ocupants o *tenants*, encara que aquesta concepció és obsoleta. Aquesta concepció és estrictament feudal basada en la teoria del *tenure of land* (tinença de terres). Pensem, a més, que l'origen del *land law* anglès l'hem de situar a la conquesta normanda d'Anglaterra el 1066, a partir de llavors es va establir aquest règim feudal sobre la terra en el qual el rei adquiria el títol últim sobre la terra (GRAY, *op. cit.*, pàg. 51).

²⁰ Noteu l'etimologia de la paraula *tenant*, que denota una significació més propera a la possessió que a la propietat: tenidor.

duració determinada. Els *interests*, en canvi, més limitats, són els que correspondrien als nostres drets reals en cosa aliena.

No obstant això, el panorama del dret anglosaxó relatiu al *trust* i al *land law* no quedaria perfilat completament si no féssim una referència a la gran divisió de tipus de drets que es poden configurar sobre els immobles, depenent del seu origen i de la seva eficàcia: la divisió entre drets legals i drets d'equitat (*legal and equitable rights*). Els drets legals són propis del *common law* i els *equitable rights* són propis de l'*equity*. Depenent de si una *mortgage*, per exemple, es constitueix com un dret d'equitat o com un dret legal donarà uns drets o uns altres al seu titular. Al mateix temps, el *trust* és la institució més important de l'*equity*. En paraules de Maitland²¹: «If we were asked what is the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence I cannot think that we should have any better answer to give than this, namely the development from century to century of the trust idea.» Per acabar, advertim que mai no hem de confondre el concepte de drets legals anglosaxons (*legal estates* o *legal interests*) amb els drets legals del dret continental; els segons tenen, com és sabut, origen en la llei, mentre que els primers són els reconeguts als ulls del *common law* i només ho podran ser els recollits a la secció 1 del *Law Property Act* de 1925 que s'hagin constituït o transmès de manera completa (generalment, transmissió del *deed* i inscripció registral)²². Si se celebra d'una manera incompleta el contracte de constitució o transmissió del *interest* o de l'*estate*, però existeix un acord de voluntats, el dret que es pretenia crear sobre la finca serà en equitat; són els drets reconeguts per l'*equity*.

Distribuïm el present article en dos grans punts. En primer lloc, presentem un estudi del *trust* que analitzi els punts més interessants per a un jurista instruït en el dret civil continental i que li permeti la comprensió, el funcionament, la naturalesa jurídica i l'estructura del *trust* anglosaxó. I en segon lloc, una anàlisi del dret immobiliari que ens permeti veure com influeix el *trust* en aquesta branca del dret, tot això al voltant de la dicotomia *common law* i *equity*.

²¹ Citat per MARTIN, *op. cit.*, pàg. 8.

²² *Vid. infra*, l'apartat relatiu a la constitució i transmissió dels *interests* sobre immobles.

2. EL FUNCIONAMENT DEL TRUST ANGLOSAXÓ

2.1. Orígens del trust

No és senzill explicar des de l'òptica d'un dret de tradició romana el funcionament del *trust* anglosaxó, ja que en aquesta figura es condensen diverses institucions del dret civil continental que hi tenen entitat pròpia. D'aquesta manera, amb el *trust* es pot crear des d'un fideïcomís *mortis causa*²³, fins a un mandat²⁴ (aquestes dues van ser les funcions principals en el seu origen); intervenir en una fallida (o evitar-ne els efectes) (*protective* o *bankruptcy trusts*), crear una fundació (*charitable trusts*), una empresa²⁵ o realitzar una emissió de valors²⁶.

Tradicionalment, per començar a explicar el *trust*, s'al·ludeix al seu significat: *trust* significa «confiança»; veurem ara en què queda reflectit, això.

L'*equity* i, amb aquesta, el *trust*, va néixer a Anglaterra per necessitat. Aquesta necessitat va venir donada per la rigidesa del *common law* i del sistema feudal medieval anglès, atès que els senyors feudals, propietaris de les terres, impedié als seus *tenants* o posseïdors directes i únics poder transmetre els seus drets sobre aquestes (la possessió més absoluta o *fee simple* ja hem dit que s'assimila al nostre dret de propietat) als seus hereus²⁷. Aquests *tenants* van enginyar-se un sistema que els

²³ GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, pàg. 81.

²⁴ El dret anglès ja preveu algunes figures semblants al mandat, consistents a obrar en nom i/o per compte d'un altre però sense que el qui obra en nom d'altri adquireixi cap tipus de dret (ni de propietat ni cap altre) sobre la cosa que és objecte de negociació. Així, per una banda tenim el *power of attorney* (ALDRIGE, Trevor, *Powers of Attorney*, 8a edició, Londres, Longman, 1991, pàg. 1), que en ocasions pot utilitzar-se en lloc —encara que amb una estructura, responsabilitat i funcions diferents— o en suport del *trust* (com, per exemple, col·locant al mercat una emissió de valors en nom de l'emitent i per compte seu) (ALDRIGE, *op. cit.*, pàg. 27 i 123). D'altra banda, tenim el contracte d'agència (*agency*), el qual està governat tant pel *common law* com per l'*equity*. La principal diferència entre el *trust* i l'*agency* és que la relació entre el principal i l'agent és de creditor-deutor mentre que la del *trustee* i el beneficiari és de propietat; l'agent no tindrà mai un dret de propietat sobre l'objecte negociat sinó simplement possessió (MARTIN, *op. cit.*, pàg. 47).

²⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, pàg. 97.

²⁶ Sobre l'emissió de les UK *mortgage-backed securities* *vid. infra*.

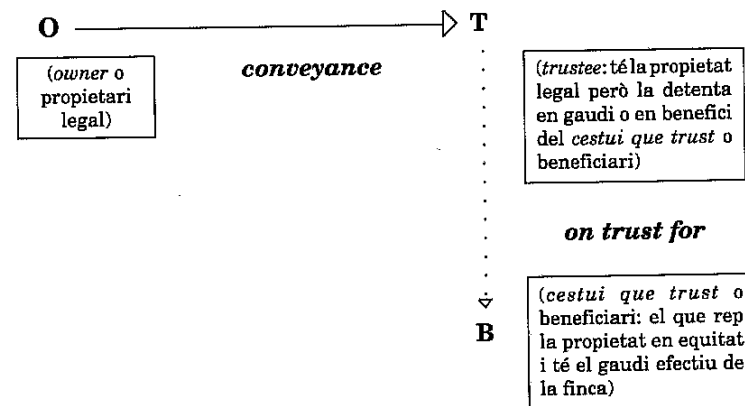
²⁷ Encara que també s'explica que l'origen del *trust* podia situar-se en els monjos franciscans que, en tant que havien fet vot de pobresa, no podien tenir propietats. Llavors els contractes que feien amb terceres persones eren mitjançant *trusts*, de manera que aquests passaven la propietat legal de la cosa negociada a un tercer de

permetia els mateixos efectes pretesos sense transgredir la voluntat del senyor feudal, que primer era un ús (*use*) i després es va convertir en el *trust*. D'aquesta manera el *tenant* disposava de la finca *inter vivos* (això sí que li era permès, perquè el seu dret, tot i que no era absolut, era vitalici) a favor d'un tercer, anomenat *trustee* ja que normalment era l'home de confiança de la família, el qual adquiria el dret (*fee simple* o un altre) als ulls del *common law*. Però aquest *trustee* no era lliure en la utilització de la finca, atès que només ho podia fer en benefici del fill o descendent del transmetent, anomenat a aquest efecte *cestui que trust* o simplement *beneficiary*. D'aquesta manera, no es transgredia el *common law* però s'aconseguia allò que el *common law* no permetia: que el descendent del titular del dret pogués gaudir dels beneficis que aquest havia reportat al causant. El següent pas va ser reconèixer, als ulls del dret, el nou dret adquirit en equitat. Això ho va fer el *chancellor* del rei, ja que aquest solia resoldre els casos que se li plantejaven segons la justícia, és a dir, en equitat, el que en equitat és just. Creava i desenvolupava d'aquesta manera un dret paral·lel —però en cap cas contradictori— al *common law*: l'*equity*²⁸. És just, segons l'equitat, que

confiança dels monjos, el *trustee*, el qual la detentava en benefici exclusiu d'ells. La doctrina (GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, pàg. 24) també situa l'origen del *trust* a les necessitats creades per les creuades, ja que els cavallers que partien constituïen el denominat *feoffment to uses*, de manera que amb el *feoffment* (llavors transmissió ordinària de les finques) es transmetia l'estat a un amic perquè el tingués i l'administrés en benefici de la dona del cavaller creuat i dels seus fills, ja que llavors només els homes majors d'edat podien defensar els seus drets davant dels tribunals.

²⁸ El concepte d'*equity* en els seus orígens és idèntic a l'actual concepte d'equitat de l'art. 3.2 CC. No obstant això, partint del mateix concepte, la seva importància als respectius ordenaments és completament diferent. Actualment, tot i tenir orígens humils, l'*equity* anglesa avui en dia podríem dir que és dret i concedeix drets i facultats; és tan dret que és aplicat directament als tribunals i és disciplina a les universitats; té igual o més importància que el mateix *common law*. En canvi, l'equitat del Codi civil no ha evolucionat, no ha deixat de ser més que un «argumento ético o moral para resolver aquellos casos admitidos por la ley» (BADENAS CARPIO, Juan Manuel, «La noción de equidad en la doctrina del Tribunal Supremo español», *RDP*, gener 1998, pàg. 39), el mateix que era al començament l'*equity*, que es convertí, gràcies a les decisions de la cort del *chancellor* en dret. Efectivament, quan l'equitat de l'art. 3.2 CC és utilitzada pel Tribunal Suprem com a element de decisió, s'hi refereix com a «juicio de equidad» on tenen cabuda arguments aliens a la llei (BADENAS CARPIO, *op. cit.*, pàg. 40) i per tant passa a ser un element «personal, subjetivo y de pleno arbitrio» (Sentència del Tribunal Constitucional 16-3-1988). L'equitat es converteix, doncs, en «aquello que le parece al juez» (BADENAS CARPIO, *op. cit.*, pàg. 40) i per tant en quelcom arbitrari i mancant de cap definició objectiva. L'*equity* anglosaxona, en canvi, és utilitzada precisament i amb la

qui utilitzi i treballi normalment la terra i té un dret reconegut, encara que limitat en la seva disposició *mortis causa* pel *common law*, pugui transmetre'l al seu hereu. Aquesta divisió de drets, *equity* i *common law*, encara es manté avui en dia, tenint en compte, però, que actualment la jurisdicció és única, i resol segons les normes i els principis del *common law* o de l'*equity* segons que correspongui (si el dret o la reclamació és legal —*common law*— o si és en equitat —*equity*—).



2.2. L'estructura d'un trust. La divisió de la propietat

L'esquema del *trust*, doncs, seria el següent:

El propietari de la finca (O) transmet, mitjançant el *conveyance*, que és el sistema de la transmissió dels drets legals sobre immobles segons

finalitat de superar les rigideses del *common law* i no cometre injustícies; l'*equity* pot variar i és flexible, i s'adapta ràpidament als canvis tant socials com jurídics. L'estabilitat la dona el *common law* i la flexibilitat i, per tant, la justícia a cada cas la dona l'*equity*; d'aquí ve la importància del *case law* (casuística) per evitar, en la mesura del possible, l'arbitrarietat del tribunal en aplicar l'*equity*: aquest mirarà el cas en justícia, mirarà els antecedents i resoldrà en conseqüència. El mateix que la nostra equitat resultarà ser l'*equity* personal, subjectiva i de ple arbitri, però atesos els milers de casos sobre, per exemple, el *land law*, es pot crear pel mètode inductiu una teoria jurídica completa i flexible, encara que, hem de reconèixer, amb algunes deficiències (certa inseguretat jurídica, indefinició de les figures jurídiques, incompletesa i imperfecció de l'ordenament, menor eficàcia encara avui dels drets de l'*equity* respecte als del *common law*, etc.).

el *common law*, la propietat²⁹ legal o qualsevol altre *interest* o *estate* legals (drets³⁰ sobre la finca) al *trustee* (T), el qual passa a ser el nou propietari legal de la finca, però amb la condició que la detingui en benefici (*on trust for*) del beneficiari (*beneficiary*) (B).

La divergència essencial del nostre mandat o del nostre fideïcomís respecte a aquestes institucions ve quan es reconeix jurídicament que el dret del beneficiari és un dret de propietat als ulls de l'*equity*. Així, aquesta simple estructura del *trust* provoca una divisió del dret de propietat: la propietat legal, l'única que reconeix el *common law* i que deté el *trustee*³¹, i la propietat en equitat, que deté el beneficiari. En el nostre dret no tenim cap institució clara que comporti la divisió horitzontal de la propietat que sigui equivalent al *trust*. En tot cas, podríem establir algun referent, en seu de possessió, a la possessió mediata i immediata de l'art. 432 CC o, fins i tot, a la divisió entre possessió civil i possessió natural de l'art. 430 CC. En seu de propietat, el més semblant que podríem trobar seria la divisió horitzontal de la propietat a l'emfiteusi del Codi civil (art. 1628 a 1654) i a l'emfiteusi del dret català en la seva concepció tradicional, casos en els quals podríem parlar d'haver-se creat un domini dividit.

Respecte a l'emfiteusi del Codi civil, cal comentar que la doctrina no és unànime a l'hora de descriure la seva naturalesa jurídica. D'una

²⁹ Recordem que la propietat immobiliària al *common law* s'ha d'entendre com s'ha dit: com una possessió il·limitada en el temps i amb totes les facultats de gaudi admeses per l'ordenament sense restriccions. La màxima possessió, com hem dit, és el *fee simple absolute in possession* (GRAY, *op. cit.*, pàg. 58 i 59).

³⁰ Objecte del *trust*, per tant, pot ser qualsevol dels *estates* o drets legals que poden recaure sobre una finca. Mentre que els *estates* són drets més amplis sobre la finca —el *fee simple* i el *lease* de llarga durada— els *interests* atribueixen al seu titular drets i facultats més limitats sobre les finques —*mortgages*, *leases* de curta durada, *easements*, etc. Així, el terme *land* que sovint utilitza tant la doctrina com la legislació anglesa inclou tots els *interests* i *estates* sobre immobles, segons el que disposa la secció 205 (1) (ix) del *Law of Property Act* de 1925: «purchaser means a purchaser in good faith for value consideration and includes a lessee, mortgage or other person who for valuable consideration acquires an interest in property». En paraules de GREEN, Kate, *Land law*, 3a edició, Malàisia, Macmillan, 1997, pàg. 16, en tractar el mètode de transmissió i creació dels drets sobre finques, assenyala: «Therefore, the rules in this chapter control the creation and sale of leases and mortgages, for example, as well as of freehold land»; vegeu també GRAY, *op. cit.*, pàg. 5, que coincideix amb Blackstone en el fet que el terme *land* és «a word of a very extensive signification» i inclou els anomenats «incorporeal hereditaments».

³¹ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 45.

banda, hi ha qui defensa l'existència d'un domini dividit³². El domini quedaria dividit en domini directe i en domini útil; no per quotes sinó per facultats diferents de cadascun dels dos titulars de la finca: el censalista (domini directe) i l'emfiteuta (domini útil)³³, i en cas d'alienació del domini útil per part de l'emfiteuta, s'ha de respectar el domini directe del censalista³⁴. D'altra banda, hi ha qui opta per entendre que el que realment es produeix és un dret real en cosa aliena del censalista sobre el predi de l'emfiteuta, ja que aquest és l'únic propietari de la finca³⁵. No obstant les diferències doctrinals, l'emfiteusi seria la institució del Codi civil que més s'aproximaria a l'estructura de divisió del domini en útil i legal del *trust* anglosaxó³⁶.

Pel que fa al dret català, l'emfiteusi també havia implicat tradicionalment la divisió del domini en útil i directe³⁷. Les discussions sobre la naturalesa jurídica de la figura van dur a la promulgació de la Llei de 31 de desembre de 1945 sobre inscripció, divisió i redempció de censos de Catalunya, en la qual es considerava el cens com un dret real

³² ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, vol. III.2, 8a edició, Barcelona, José María Bosch, 1994, pàg. 171 i 176. L'autor parla de «condominio» o «dominio dividido». Sembla que aquesta és la postura més coincident amb el text del Codi civil (art. 1632, 1636, 1644, 1648, 1653 i art. 377 RH en relació amb l'art. 7 LH).

³³ DíEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *Instituciones de derecho civil*, vol. II/1, Madrid: Tecnos, 1998, pàg. 330.

³⁴ D'acord amb Albaladejo es troba O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Comentarios del Código Civil*, vol. 2, Ministeri de Justícia, pàg. 1262.

³⁵ Teoria recollida tant a ALBALADEJO, *op. cit.*, pàg. 173 a 175, com a DíEZ-PICAZO i GULLÓN, *op. cit.*, pàg. 330.

³⁶ A més de la semblant divisió del domini existent entre ambdues institucions, podríem aportar un argument històric. Així, sembla que l'emfiteusi fou emprada sobretot durant l'edat mitjana a causa de, en paraules de DíEZ-PICAZO i GULLÓN, *op. cit.*, pàg. 329, les «características de la organización económica feudal», atès que el senyor feudal continuaria conservant el domini directe sobre la finca mentre que l'emfiteuta en tindria el domini útil sotmès al pagament d'un cànon. El sistema de propietat immobiliària en dret anglosaxó, com hem dit, té una organització eminentment feudal i l'*equity* amb el *trust* cercaren la possibilitat d'anar reconeixent progressivament els drets del titular en equitat sobre la cosa, és a dir, el titular del domini útil, perquè fins llavors el *common law* només reconeixia els drets del titular legal, és a dir, el titular del domini directe. El paral·lelisme és clar, sobretot en l'evolució que l'emfiteusi ha sofert en relació amb el reconeixement cada vegada major de les facultats de domini de l'emfiteuta, en detriment de les facultats del censalista (això és dut a l'extrem per la teoria del *iura in re aliena*).

³⁷ LAUROBA LACASA, M^{re} Elena, *Compendi de Dret Català*, Ferran Badosa Coll [coord.], Madrid i Barcelona, Edicions de la Universitat de Barcelona i Marcial Pons, 1999, pàg. 217 i 218.

en cosa aliena, perquè l'emfiteuta era l'únic propietari de la finca³⁸. La idea de la divisió de dominis es recuperà a la Llei 40/1960, de 21 de juliol, de Compilació de dret civil especial de Catalunya. La qüestió va quedar superada per la Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos, en la qual es deixa de banda la figura de l'emfiteusi com a institució tipificada per la divisió de dominis³⁹; per tant, no es dona des de llavors una divisió de dominis de l'estil del *trust*.

El que sí que clarament reconeix el nostre dret és la divisió vertical de la propietat: un propietari amb totes les facultats de l'art. 348 CC i una sèrie de titulars de drets reals: usufructuaris, creditors hipotecaris, titulars de servituds de pas, etc. No obstant això, encara que es constitueixi un nombre indeterminat de drets reals, la propietat de la finca continua essent del seu titular. El *trustee*, doncs, com a propietari legal d'un *trust*, haurà de complir els actes als quals s'ha compromès amb el titular de qui va adquirir el dret respecte del beneficiari; a més, tindrà els poders de disposició que li vinguin marcats al contracte de *trust* que realitzà amb l'antic propietari, encara que, en principi i com a propietari legal, no tindrà restriccions en el poder de disposició. Cal tenir en compte que, excepte en determinats casos, el tercer adquirent haurà de respectar el títol en equitat que té el beneficiari. Però recordem que, al mateix temps, el propietari en equitat o beneficiari pot alienar el seu dret a un tercer⁴⁰ i, a més, pot indicar, dins d'unes limitacions, com ha de desenvolupar el *trustee* la seva tasca.

No obstant això, la discussió entre la doctrina anglosaxona sobre la naturalesa jurídica del *trust* està viva, atès que encara no és clar si el beneficiari té un dret sobre la finca (seria una autèntica divisió de la propietat, un *right in rem*) o només té un dret de crèdit contra el *trustee* pel compliment de les seves obligacions com a tal (seria un *right in personam*)⁴¹. La concepció més ortodoxa defensa que només és possible entendre que el beneficiari té un dret *in personam* respecte del *trustee* i cap dret sobre la cosa, ja que l'equitat no tindria cap sentit, seria un

³⁸ LAUROBA, *op. cit.*, pàg. 218 i 219.

³⁹ LAUROBA, *op. cit.*, pàg. 219.

⁴⁰ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 46.

⁴¹ Vegeu en aquest sentit, GRAY, *op. cit.*, pàg. 47 a 50. L'autor ens recull l'opinió de Maitland, partidari de considerar que el beneficiari només té un dret *in personam* contra el *trustee*: «the trustee "is the owner, the full owner of the thing, while the cestui que trust has no rights in the thing"» (pàg. 47).

«castell a l'aire»⁴², sense el *common law*, ja que ningú no pot ser instituït *trustee* si no es reconeix que la cosa és de la seva propietat i, a més, en exclusiva, perquè «dues persones amb interessos contraposats no poden ser propietàries de la mateixa cosa»⁴³. L'opinió contrària, que defensa la teoria que el *trustee* té un autèntic dret sobre la cosa, es basa en el funcionament del *trust* respecte a terceres persones, ja que el beneficiari pot defensar els seus drets sobre la cosa davant de qualsevol tercer, excepte un tercer adquirent a títol onerós i de bona fe, i sense coneixement de l'existència del *trust*⁴⁴.

Finalment, volem comentar que és possible que el titular de la finca es constitueixi ell mateix com a *trustee* del beneficiari. També es permet que el *trustee* ho sigui d'un tercer beneficiari, però també en benefici seu, com el cas de l'adquirent del títol legal de l'habitatge familiar, el qual serà *trustee* del cònjuge i d'ell mateix, perquè tots dos tindran dret a gaudir de la casa: seria injust que, si la compra un cònjuge, l'hagués de mantenir en benefici exclusiu de l'altre sense poder fruir-la ell mateix.

2.3. Tipus de trusts segons la funció del trustee

No tots els *trustees* tenen encomanades les mateixes funcions, i el seu àmbit de decisió pot variar. En l'origen del *trust*, el *trustee* sovint no feia res amb les coses rebudes en *trust*, i era el *beneficiary* qui en prenia possessió i les utilitzava com creia oportú, perquè ell n'era el beneficiari. En l'actualitat, tanmateix, podem trobar diversos *trusts* entre els quals distingim⁴⁵:

a) *Bare trust*: en aquest tipus de *trust*, el control del *trustee* sobre la finca o l'interès és mínim i el del beneficiari és molt gran. En aquest cas, el *trustee* no fa cap funció i ha de fer cas en tot moment de les indicacions del beneficiari, encara que manté intacta la facultat de disposar del seu títol.

b) *Protective trust*: és el *trust* oposat a l'anterior i arriba fins i tot a anul·lar la capacitat de disposició del beneficiari. Generalment, en aquests *trusts* es dona al beneficiari un *interest* que serà acabable

⁴² Expressió recollida a GRAY, *op. cit.*, pàg. 48, i són paraules de Maitland.

⁴³ Opinió de J. B. Ames, recollida a GRAY, *op. cit.*, pàg. 47.

⁴⁴ Sobre aquest qüestió tornem més endavant.

⁴⁵ Ens basem en GRAY, *op. cit.*, pàg. 40.

automàticament quan es declari insolvent, i s'evita d'aquesta manera que afectin al *trust* les reclamacions dels creditors del beneficiari.

c) *Active trust*: és el més comú i se situa entre el *bare trust* i el *protective trust*. En aquest cas, el *trustee* s'encarrega del desenvolupament d'activitats substancials respecte al control, administració i disposició del *trust*, encara que sempre està subjecte a la seva condició de fiduciari, és a dir, els efectes de la seva activitat revertiran en el beneficiari.

2.4. Les relacions del trust amb terceres persones. La responsabilitat del trustee davant de tercers creditors

Les relacions del *trust* i les terceres persones poden resultar, en certa manera, complexes, perquè el *trust* representa, d'una banda, una seriosa limitació a la propietat legal de la cosa (o de l'*interest* sobre la cosa) que té el *trustee*, ja que, encara que aquest formalment i legalment n'és el propietari, no en pot gaudir i qualsevol cosa que realitzi sobre aquesta l'ha de fer en interès del beneficiari i només podrà redundar en aquest. D'altra banda, el dret del beneficiari no és exercitable *erga omnes*, perquè només ho són els drets legals⁴⁶, i el dret del beneficiari, com ja sabem, és d'equitat. Com a conseqüència d'aquest doble perill, l'adquirent de la finca o de l'*interest* sotmès a *trust* pot veure's perjudicat per la seva existència, i encara més quan nombroses finques i els *interests* (drets) sobre aquestes encara no estan registrats⁴⁷.

De manera que, mentre el *trustee* continuï essent la mateixa persona, no existirà cap problema, atès que el beneficiari sempre podrà dirigir-se contra el *trustee* si no compleix, perquè aquest hauria provocat un incompliment d'una obligació que va assumir en adquirir la propietat de la finca o de l'*interest* en concret⁴⁸; seria el cas d'un *breach of trust*⁴⁹. Però el *trustee* pot deixar de ser titular de la propietat o de l'*interest* sobre la cosa, sigui per mort (la cosa passaria primer als seus representants

⁴⁶ En paraules de GRAY, *op. cit.*, pàg. 75; «legal rights bind the world».

⁴⁷ Actualment un 80% de las terres estan inscrites al *Land Registry* i un 20% resta per inscriure (*Annual Report HM Land Registry and Accounts 1998-99*, Londres, The Stationery Office, 1999, pàg. 17). El 1998 es va arribar al total de 15 milions de títols inscrits (*100 Years of Compulsory Land Registration in England and Wales*, annex de l'*Annual Report HM Land Registry and Accounts 1998-99*, Londres, The Stationery Office, 1999).

⁴⁸ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 75.

⁴⁹ *Vid. infra*.

legals *mortis causa*, una espècie de marmessors, i després als seus hereus) o *inter vivos*; la donaria aleshores a un creditor seu com a pagament de deutes, a un donatari, a un adquirent a títol gratuït o onerós amb o sense coneixement de l'existència del *trust*⁵⁰. La qüestió ara és, doncs, si tots aquests tercers (hereus, creditors, adquirents a títol gratuït i onerós) han de respectar l'*interest* que el beneficiari té sobre la cosa, és a dir, si han de respectar, en definitiva, el *trust*.

La solució és clara respecte als successors del *trustee*: el beneficiari pot obligar a complir les condicions del *trust* a les persones que ocupin el lloc del *trustee* quan mori⁶¹. Pel que fa a les disposicions *inter vivos*, la solució és diferent per a finques (*estates*) i els *interests* registrats i els no registrats. Així, per a finques no registrades, la solució vindria donada per l'aplicació de la tradicional teoria de la *notice* o teoria del coneixement: qui adquireixi amb coneixement haurà de respectar el *trust*. Segons la doctrina, doncs, únicament els tercers adquirents a títol onerós i de bona fe (els qui adquireixin la propietat legal sense conèixer i sense poder conèixer el *trust*) podran obviar el *trust* i comportar-se com si no existís; no succeiria el mateix amb qualsevol altre adquirent a títol gratuït o amb un adquirent de títol onerós que hagués conegut o que podria haver conegut l'existència del *trust*. En canvi, en terres registrades (o *interests* registrats si aquest és l'objecte del *trust*), la teoria del coneixement no es podrà aplicar, ja que qualsevol *interest* escrit té força de «coneixement real» (*actual notice*), de manera que qualsevol adquirent a títol onerós d'un titular inscrit haurà de respectar els drets del beneficiari⁵².

Veiem com la solució adoptada per a terceres persones no difereix gaire de les que donen el Codi civil i la Llei hipotecària (art. 1473, 1526 i 1549 CC i 32, 34 i 38 LH), sobretot aquesta última en allò referent als

⁵⁰ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 32 i GRAY, *op. cit.*, pàg. 41.

⁶¹ GRAY, *op. cit.*, pàg. 41. L'autor també ens avisa que el beneficiari també es podrà dirigir contra els marmessors (*representatives*) de l'herència del *trustee* mort; aquests seran els executors en cas que hagi mort testat o els administradors en cas que ho hagi fet intestat. De passada direm que, en el cas de successió intestada, neix un *trust* de caràcter legal sobre el patrimoni hereditari (*Administration of Estates Act*, 1925). En aquest cas es procedeix al nomenament del *personal representative*, que actuarà com a *trustee* per procedir a liquidar el passiu hereditari judicialment (*Intestate's Estates Act*, 1952) i que queda encarregat de fer la partició del romanent de l'herència (CHECA MARTINEZ, Miguel, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw Hill, 1998, pàg. 16).

⁵² MARTIN, *op. cit.*, pàg. 32, 33 i 35.

drets inscrits. No obstant això, el dret anglès, en aquest sentit, complica el mecanisme i el fa imperfecte, sobretot a causa de tres aspectes:

a) El deficient funcionament del sistema registral anglès. Tot i l'esforç que en els últims temps està fent el *HM Land Registry*⁵³, encara queda molt per avançar, tant en nombre de finques i drets inscrits com en l'excessiva dificultat del sistema registral. L'estudiarem més endavant.

b) Una primera excepció que trenca la teoria de la *notice*⁵⁴. Es tracta de l'*overreaching*, que consisteix en un procés pel qual l'adquirent legal d'un *legal estate*⁵⁵ (un *fee simple* o un *lease*) sobre la finca (mitjançant un *conveyance*)⁵⁶ aconsegueix immunitat sobre els drets d'equitat (*equitable interests*), entre aquests l'*interest* del *beneficiary* del *trust* sobre dita finca, independentment de si l'adquirent del *legal estate* tenia o no coneixement del *trust*⁵⁷. Això, tanmateix, es pot donar sobre determinats drets d'equitat de caire familiar (els drets del fills a gaudir de la casa, la titularitat legal de la qual és dels dos pares)⁵⁸ i només si hi ha dos *trustees*. Com a conseqüència de l'*overreaching*, l'*interest* d'equitat que tenia el beneficiari, en lloc de quedar unit a la terra (que és el que normalment succeeix quan hi ha canvi de titular legal de la finca), quedarà vinculat a les quanties obtingudes pels *trustees* a causa de la venda de la finca, del pagament de la qual al beneficiari s'encarregaran els mateixos dos *trustees*⁵⁹. Si l'alienació de l'objecte del *trust* ha estat

⁵³ Vegeu *supra* la nota referent als percentatges de terres inscrites. A més, pensem que, atesa aquesta situació, està funcionant a Anglaterra un registre de drets que recauen sobre finques no inscrites denominat *Land Charges Registry* creat per la *Land Charges Act* de 1972.

⁵⁴ L'*overreaching* és criticat a STEVENS, John; PEARCE, Robert A., *Land Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, pàg. 480 a 484, ja que es considera una mesura excessivament forta contra interessos en equitat legítims.

⁵⁵ Encara que ho veurem més endavant, un *legal estate* pot consistir en un *fee simple* o en un *lease* de llarga durada i són els drets sobre immobles amb més amplis poders (per això ja es diuen *estates* i no simplement *interests*), en relació precisament amb els *interests* que donen al seu titular drets i facultats limitats sobre immobles.

⁵⁶ La secció 205 (1) (ii) del LPA de 1925 entén com a *conveyance* no només la compravenda de la finca en si mateixa (transmissió del *freehold*) sinó també la creació d'una hipoteca o càrrega legal o d'un *lease* legal.

⁵⁷ Sobre l'*overreaching* vegeu TODD, Paul, *Textbook on trusts*, 3a edició, Glasgow, Blackstone Press Limited, 1996, pàg. 27 i 28; també STEVENS i PEARCE, *op. cit.*, pàg. 472 a 480.

⁵⁸ La Secció 2 (1) del LPA de 1925 assenyala que són tots els drets d'equitat els que poden ser objecte d'*overreaching*, però la mateixa secció s'encarrega d'enumerar les excepcions, entre les quals es troben les *mortgages* i els *easements* en equitat.

⁵⁹ GRAY, *op. cit.*, pàg. 103 i MARTIN, *op. cit.*, pàg. 36.

causada pel comportament incorrecte del *trust* aquest podrà ésser responsable davant dels beneficiaris per haver-se donat un *breach of trust*⁶⁰.

c) Una segona excepció de la teoria de la *notice* la constitueixen els *overriding interests*, que són drets que, encara que no estiguin registrats, afectaran l'adquirent de la finca registrada i els haurà de respectar⁶¹. Alguns casos són els arrendaments de curta durada (menys de 21 anys) i els drets legals de pas⁶².

Menció especial en la qüestió de les relacions del *trust* amb les terceres persones és la responsabilitat del *trustee* davant d'aquestes⁶³. Com que, i a banda de disquisicions doctrinals, tal com hem comentat, tant el *trustee* com el beneficiari són titulars, l'un legal i l'altre en equitat, de la finca o dret sobre aquesta, haurem de veure quan aquesta finca o dret serà responsable per deutes del *trustee* davant de tercers creditors.

La qüestió de la responsabilitat del *trustee* davant tercers —els seus creditors— es pot donar en dos casos:

1. En el cas que un creditor es dirigeixi contra el *trustee* per deutes. Llavors, el principi és que les persones que tenen relacions contractuals amb els *trustees* (préstecs, provisió de béns o materials, etc.) poden exercir els seus drets contra el *trustee*, el qual serà responsable personalment. No obstant això, el *trustee* pot veure's rescablat amb els béns del *trust* en cas que hagi incorregut en responsabilitats originades pel mateix càrrec⁶⁴, és a dir, despeses ben realitzades en l'exercici de la

⁶⁰ En el cas que hem posat, que l'habitatge familiar sigui titularitat legal dels pares, els fills hi tindran un dret d'equitat i es convertiran en beneficiaris. Si per adquirir la casa, els titulars legals haguessin demanat una hipoteca (en el sentit de *mortgage*) i, com a conseqüència de l'impagament d'una de les quotes tota la família surt perjudicada per la pèrdua de la casa, el nou titular legal de la casa (el que era titular de la hipoteca legal) podrà fer un *overreaching* sobre tots els drets d'equitat (els drets dels fills de la parella) perquè no l'afectin. A més els fills tindrien un nou dret a beneficiar-se dels diners que pertoquessin als seus pares un cop venuda la finca (en cas que es vengui), i quedaria constituït un nou *trust*, ara sobre els diners, els *trustees* del qual continuarien essent els pares i els beneficiaris, els fills; a més, en cas que l'impagament de la quota de la *mortgage* s'hagués realitzat voluntàriament en perjudici dels beneficiaris (els fills), aquests tindran una acció personal per *breach of trust* contra els *trustees* (els pares). Sobre el *breach of trust*, *vid. infra*.

⁶¹ GRAY, *op. cit.*, pàg. 198.

⁶² Poden veure's altres exemples a GRAY, *op. cit.*, pàg. 240 i 1059.

⁶³ La responsabilitat del *trustee* davant del beneficiari la veurem en el punt següent.

⁶⁴ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 484.

seva condició de *trustee*. En aquest tipus d'indemnització sorgida dels béns del *trust*, els creditors del *trustee* es poden subrogar, però sempre tenint en compte que el creditor mai no podrà dirigir-se contra els béns del *trust* mitjançant accions que el *trustee* no hagués pogut realitzar, de manera que si el *trustee* ha fet un *breach of trust*, el *trustee* no podria haver cobrat cap indemnització dels béns del *trust* i per tant els seus creditors tampoc⁶⁵. Handbury⁶⁶ entén que l'absència d'acció directa del *trustee* (i en conseqüència dels seus creditors) contra els béns dels *trusts* poden causar problemes en cas de *trusts* de grans dimensions. La *Law Commission* va proposar el 1982⁶⁷ una reforma en aquest sentit i va aconsellar que el *deed* de constitució del *trust* pogués conferir al *trustee* el poder de gravar (*charge*) els béns del *trust* a favor dels creditors⁶⁸, gravamen que no seria efectiu si el creditor conegués que els *trustees* estaven actuant en un *breach of trust*, i queden responsables només d'aquesta manera els béns si les despeses s'han originat per gestió i administració del *trust*; si el *trustee* va obrar malament, els béns del *trust* no han de respondre pels seus deutes i per això els creditors no podrien dirigir-se en contra seva executant el seu gravamen.

2. En el cas de *bankruptcy*⁶⁹ (fallida, per a societats, o insolvència, per a particulars) del *trustee*. En aquest sentit, els béns objecte del *trust* no

⁶⁵ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 485.

⁶⁶ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 485.

⁶⁷ LAW COMMISSION, «The Powers and Duties of Trustees», *The Law Commission reports*, 1982, Cmnd. 8733. La *Law Commission* és una entitat que es creà per la secció 1 de la *Law Commissions Act* de 1965 amb la finalitat de promocionar la reforma del Dret (LAW COMMISSION, «Transfer of Land — Land mortgages», *The law commission reports*, núm. 204, Londres, HMSO, 13-11-1991, pàg. ii).

⁶⁸ L'intent francès d'incorporar la fidúcia al seu ordenament jurídic preveia aquesta possibilitat i altres mesures de protecció a tercers (KOELE, Ineke A., «France: a law proposal introducing "La Fiducie"», a: *The trust. Bridge or abyss between common and civil law jurisdictions?*, Deventer i Boston, Kluwer, 1992, pàg. 70. No obstant això, la proposta de llei va decaure, sobretot a causa de la problemàtica fiscal que comportava (CÀMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pàg. 1759).

⁶⁹ En dret anglès, no hem de confondre *bankruptcy* (fallida o insolvència) amb la *winding up* o liquidació d'una societat. Encara que tenen coses en comú, com la creació d'una massa d'on es cobraran els diferents creditors, sigui *pari passu* o preferentment, en cas que els creditors quedin privilegiats mitjançant una *fixed charge* (una hipoteca, per exemple) o una *floating charge*. També tenen una diferència fonamental: la *bankruptcy*, que generalment es dona contra els particulars (GOODE, Roy, *Commercial Law*, 2a edició, Londres, Penguin Books, 1995, pàg. 636 i 845), cerca dealliar de tots els deutes l'insolvent i rehabilitar-lo lliure d'aquestes a la comunitat, mentre que la *winding up* (exclusivament respecte a societats,

s'integren en el patrimoni del *trustee* (és un patrimoni aliè i diferenciat del patrimoni personal del *trustee*), de manera que en cas de fallida no formaran part de la massa patrimonial que haurà de ser distribuïda entre els creditors⁷⁰. Un deutor, en general, incorre en insolvència si no li és possible pagar tots els seus creditors⁷¹. El que destaquem de la declaració de *bankruptcy* o insolvència és que abans de la mateixa, el deutor pot escollir a qui paga primer, però després de la declaració no. Llavors, els deutors poden veure's en la temptació, abans de la declaració d'insolvència, d'allunyar dels seus creditors (o també de l'Estat mitjançant l'evasió d'impostos⁷², que també el podrà dur a la insolvència)⁷³ els seus béns (no els del *trust*, que queden a part), per exemple, instituint un *trust* a favor de la seva família; estariem davant d'un frau de creditors⁷⁴. En conseqüència, el dret preveu una sèrie de supòsits en els quals els creditors es podran dirigir contra béns dels quals s'han desfet els seus deutors en el seu frau. D'aquesta manera, el tribunal podrà prendre mesures en cas que el deutor disposi d'un bé per sota del preu de mercat⁷⁵ (*at undervalue*) amb la finalitat d'allunyar el bé de l'abast del creditor

GOODE, *op. cit.*, pàg. 636 i 845) o liquidació persegueix la terminació i finalització de la societat (GOODE, *op. cit.*, pàg. 848).

⁷⁰ CHECA MARTINEZ, *op. cit.*, pàg. 9.

⁷¹ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 337.

⁷² Sobre la qüestió fiscal del *trust* a Anglaterra i a Estats Units podeu veure SONNEVELDT, Frans, «Trusts and Tax Consequences in the United Kingdom, a: *The trust. Bridge or abyss between common and civil law jurisdictions?*, Deventer i Boston, Kluwer, 1992, pàg. 19 i LEEMREIS, Bert R., «The taxation of trusts, beneficiaries and grantors in the United States of America», a: *The trust. Bridge or abyss between common and civil law jurisdictions?*, Deventer i Boston, Kluwer, 1992, pàg. 33.

⁷³ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 338.

⁷⁴ GRUNDMANN, Stefan, «Trust and Treuhand in the 20th Century», a l'obra col·lectiva *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History; 19), pàg. 470 i s., ens recorda que sovint el *trust* ha estat associat a «por i frau» (*fear and fraud*), ja que s'utilitzava com a instrument per amagar les intencions reals i per evitar prohibicions.

⁷⁵ La traducció és lliure. No obstant això, la secció 423 (1) de l'*Insolvency Act* de 1986 defineix quines són les situacions que poden provocar frau de creditors perquè estan fetes per sota del preu que els pertoca. D'aquesta manera, s'entendran compresos els regals i donacions, transaccions per raó de matrimoni (fer un *trust* sobre la casa familiar, un *trust* a favor del cònjuge i fills o quan es compra la casa conjugal en nom de tots dos sense l'aportació d'un dels cònjuges) o quan la contrapartida en diners o en espècies valorables en diners és significantment menor que la que va pagar ell per la cosa.

(fent un *trust* per exemple) o amb la intenció de perjudicar els seus interessos. Aquestes mesures tendiran a restablir la situació que s'hauria creat si no s'hagués fet la transacció o mesures per protegir els interessos dels creditors⁷⁶. De la mateixa manera, la secció 339 de l'*Insolvency Act* de 1986 permet al *trustee* de la insolvència d'un particular (qui s'encarrega de pagar els deutes amb el patrimoni de l'insolvent, una espècie de síndic de la fallida però per a particulars) que restableixi la posició del patrimoni del deutor a causa de transaccions per sota del valor de mercat —en el mateix sentit que abans— si han estat realitzades en cinc anys abans de la presentació de la petició d'insolvència; el mateix succeeix si una persona ha estat declarada insolvent i ha pagat preferentment algun creditor en el temps de 6 mesos o 2 anys, si el creditor beneficiat és un associat (familiars, cònjuge, empleats, companys, etc., segons l'*Insolvency Act* de 1986). Solucions similars preveu l'*Insolvency Act* de 1986 en cas que el fallit sigui una societat (seccions 238 a 241 de l'*Insolvency Act*)⁷⁷.

2.5. Incompliment del trust per part del trustee

Ja hem comentat que el *trust* té el seu fonament en una relació de confiança entre qui constitueix el *trust*, el *trustee* i el beneficiari. Per això, pot arribar un moment en què el *trustee* trenqui aquesta confiança, obri de manera incorrecta, incomplint les obligacions a les quals s'havia compromès. Estàriem, llavors, davant d'un *breach of trust* o incompliment de *trust*⁷⁸. Aquest supòsit és diferent del dels casos de remoció o retirada voluntària del *trustee*, ja que normalment se sol indicar una altra persona perquè ho sigui⁷⁹. Però el *breach of trust* consisteix en una deliberada mala actuació del *trustee* en contra dels beneficiaris.

Les conseqüències del *breach of trust* són diverses. Així, en cas que el *trustee*, mitjançant la realització de qualsevol activitat que provoqui un *breach of trust*, porti com a conseqüència un increment de valor del béns del *trust*, aquest augment pertanyerà al *trust*. Si, per contra, l'activitat realitzada genera una disminució de valor dels béns del *trust*, en serà responsable personal⁸⁰. Qualsevol altre incompliment de les obligacions

⁷⁶ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 338.

⁷⁷ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 344 i 345.

⁷⁸ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 632.

⁷⁹ *Vid. infra*.

⁸⁰ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 633.

encomanades, haurà de ser mesurat a partir de la pèrdua directa o indirecta de valor del *trust* i el demandant (beneficiari, per exemple) haurà de demostrar que hi ha hagut una pèrdua i que no s'hauria esdevingut sense el *breach of trust*⁸¹. El *trustee* no serà responsable davant d'un determinat beneficiari si aquest ha participat al *breach*, quan hi ha donat el consentiment, etc.⁸².

A banda de la responsabilitat personal del *trustee*, els beneficiaris poden dirigir-se contra un determinat bé o dret la titularitat del qual sigui del *trustee* demandat. Aquesta acció directa contra determinats béns es denomina *trace* i es basa en la teoria de l'enriquiment injust⁸³. És una acció, doncs, de naturalesa real, molt útil en cas de fallida del *trustee*, perquè en aquest supòsit les accions personals perdrien tota la seva eficàcia, mentre que les reals continuarien essent-ho. L'acció real es podrà interposar sempre que els beneficiaris puguin reconèixer els seus béns o diners en l'objecte executat⁸⁴.

Paral·lelament al *breach of trust*, una altra possibilitat davant de l'incompliment per part del *trustee* d'alguna de les obligacions assumides podria ser la sol·licitud per part dels beneficiaris al tribunal de la designació d'un nou *trustee* (Secció 41 *Trustee Act* de 1925)⁸⁵ que complís degudament les seves obligacions o demanar al tribunal que obligui l'actual *trustee* a complir, sense oblidar-se de demanar-li les responsabilitats corresponents per la seva mala actuació.

2.6. La dissolució del trust

Aquesta és una facultat que tenen els beneficiaris d'un *trust* anglès, ja que des del moment de la constitució del *trust* tenen el dret a dissoldre'l en qualsevol moment, sense necessitat d'haver d'esperar que el *trustee* incompleixi alguna de les seves obligacions. Aquesta possibilitat no existeix en el dret nord-americà, ja que ambdós tipus de *trusts* parteixen de premisses diferents.

⁸¹ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 633 i 634.

⁸² MARTIN, *op. cit.*, pàg. 645.

⁸³ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 656 i 657.

⁸⁴ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 659.

⁸⁵ MARTIN, *op. cit.*, pàg. 497.

En dret anglès, s'entén que, encara que el naixement del *trust* hagi estat degut a una decisió del *settlor* o propietari legal original, són els beneficiaris els qui han de regir els seus propis interessos des de la constitució del *trust*, excepte quan existeixin interessos aliens que puguin limitar aquest control⁸⁶. Així doncs, els beneficiaris poden disposar dels seus interessos com creguin convenient; redueixen així a la mínima expressió la voluntat del constituent del *trust*. D'aquesta manera, els beneficiaris, si obren en unanimitat i són tots majors de 18 anys, poden acabar el *trust* en qualsevol moment, encara que no s'hagin acomplert els objectius pels quals es va crear⁸⁷.

La conseqüència més immediata de l'acabament del *trust* és la transferència de la propietat legal dels drets i béns que estaven al *trust* als beneficiaris, els quals, fins a aquest moment, només tenien la seva propietat en equitat⁸⁸.

En dret nord-americà, tanmateix, el fonament del *trust* en aquest sentit és un altre. Així, els tribunals dels Estats Units han cridat al màxim respecte de la decisió del *settlor* de constituir el *trust*, perquè entenen que aquesta va ser la seva voluntat i s'ha de respectar escrupolosament —si hagués volgut traspasar la propietat legal directament als beneficiaris ja ho hauria fet— i per tant els beneficiaris no poden acabar el *trust* quan desitgin, sinó que un *trust* només es pot acabar si el manteniment del *trust* ja no resulta necessari per dur a terme la finalitat per a la qual fou creat⁸⁹.

3. EL LAND LAW

3.1. Característiques generals. La reforma de 1925

No es pot comprendre el dret immobiliari anglès sense entendre primer que les finques angleses no són susceptibles d'apropiació⁹⁰, sinó

⁸⁶ SCOTT, Austin Wakeman; FRATCHER, William Franklin, *The law of trusts*, vol. 4, 4a edició, Boston i Toronto, Little, Brown and Company, 1989, pàg. 433.

⁸⁷ SCOTT i FRATCHER, *op. cit.*, vol. IV, pàg. 433.

⁸⁸ SCOTT i FRATCHER, *op. cit.*, vol. IV, pàg. 547 i MARTIN, *op. cit.*, pàg. 611.

⁸⁹ SCOTT i FRATCHER, *op. cit.*, vol. IV, pàg. 432.

⁹⁰ La terra, com hem dit, pertany a la Corona. En paraules de GRAY, *op. cit.*, pàg. 55: «It is still true that every parcel of Land in England and Wales is held of some lord —almost invariably the Crown. It is still technically the case that the Crown holds the ultimate or radical title in all land in this jurisdiction.»

que hi poden recaure només *estates* o *interests*, és a dir, simples abstraccions jurídiques. Una persona no és titular de la finca, sinó que es troba en un *estate* sobre aquesta o hi té un *interest*. Encara que històricament els *estates* i els *interests* es diferenciaven substancialment, actualment no existeix cap diferència; de fet, la definició d'*estate* és «un *interest* sobre la terra amb una duració determinada»⁹¹.

El 1925 s'aprovaren una sèrie de disposicions (*acts*) relatius al dret immobiliari que canviaren la seva regulació en gran mesura. Va ser una gran reforma per l'època i segueix sent vigent actualment, encara que, en certs aspectes, s'està ja demanant una altra reforma. Entre aquests *acts* tenim el *Law of Property Act*, el *Land Registration Act*, l'*Administration of Estates Act*, el *Land Charges Act* (avui 1972), el *Settled Land Act* (avui *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* de 1996) i el *Trustee Act*. Des d'aquelles reformes, el *land law* anglès ha quedat configurat de la següent manera:

1. Només existeixen dos *estates*: el *freehold* i el *leasehold*, encara que és possible que en el futur se n'introdueixi un altre, el *commonhold*, una espècie de propietat horitzontal, seguint una recomanació de la *Law Commission* de 1987. *Freehold* significa «possessió per sempre», mentre que *leasehold* significa «possessió per temps fix i determinat». Del *freehold* neix el *fee simple absolute in possession* o simplement *fee simple*⁹². És el màxim dret que es pot tenir sobre la terra. Del *leasehold* neix, en canvi, el *lease* o *term of years absolute*. Tant el *lease* com el *fee simple* poder constituir-se com a *estates* legals (secció 1 (1) LPA 1925).

2. D'altra banda tenim els *interests* sobre immobles, que són drets de naturalesa real, els quals despleguen uns efectes diferents dels drets de naturalesa merament contractual. Poden ser legals o d'equitat, depenent de com s'han constituït o transmès; només poden ser legals (encara que voluntàriament o per efecte de la llei es puguin constituir en equitat) els drets recollits a la secció 1 (2) LPA 1925, entre els quals es troben les *mortgages* i els *easements* legals; els que no estiguin allà detallats només

⁹¹ Megarry i Wade, 1984, pàg. 38, citats per GREEN, *op. cit.*, pàg. 10.

⁹² *Fee* ve de *feudum*, cosa que denota l'origen feudal de la propietat anglesa. És *simple* perquè no té cap limitació en la seva transmissió, ni *inter vivos* ni *mortis causa*. És *absolute* perquè no està sotmesa a cap condició, i és *in possession* perquè el seu titular té la possessió de la cosa en aquell moment i no hi ha cap *interest* que el privi d'aquesta. Veiem, doncs, que els drets de gaudi i disposició d'aquest tipus de possessió són tan amplis que equival al nostre dret de propietat de l'art. 348 CC.

poden constituir-se en equitat (secció 1 (3) LPA). Són *interests* un arrendament (*lease*), una hipoteca (*mortgage*)⁹³ i una servitud de pas (*easement*). Els *interests* no recauen pròpiament sobre la terra (finca) mateixa sinó sobre d'altres *estates* o *interests*. Així qui té un *fee simple* pot donar en arrendament el seu títol; un *lessee* o arrendatari pot donar en subarrendament (*sub-lease*) el seu *interest* (dret o títol), pot alienar el seu *interest* a un tercer o fins i tot el *lessee* de llarga durada (més de 21 anys) pot gravar-lo amb una *mortgage*.

3.2. La constitució i transmissió dels interessos sobre immobles

La regulació de la transmissió dels *interests* sobre immobles és particularment extensa i detallada en dret anglès. En aquest punt cobra especial interès el principi fonamental de l'equitat: l'equitat entén com a fet el que s'hauria d'haver fet⁹⁴, de manera que, aplicant aquest principi a la transmissió i creació dels *interests* sobre immobles, trobem que la realització d'alguns però no tots els actes⁹⁵ que es requereixen per transmetre la titularitat legal o constituir la titularitat legal d'un *interest* comporta la constitució o la transmissió de la titularitat en equitat de l'*interest* objecte de negociació⁹⁶ i, per tant, la creació d'un *trust*. El nombre de passos que cal realitzar per completar la transmissió o la constitució d'un títol legal dependrà de si el dret està o no registrat.

La sistematització dels passos que cal seguir és la següent⁹⁷:

1. Negociacions relatives al preu i a d'altres aspectes del contracte. Comprovació a l'autoritat local dels plànols i situació de la finca.
2. Acord en el mode de pagament i finançament.
3. Esborrany del contracte preparat i acordat per ambdues parts interessades.

⁹³ Sobre la qüestió de la denominació *vid. infra*, l'apartat relatiu a la *mortgage*.

⁹⁴ En versió original: «equity looks on that as done which ought to have been done» (GRAY, *op. cit.*, pàg. 943).

⁹⁵ Els requisits per a la completa transmissió de la titularitat d'un *interest* es troben en les seccions 2 i 52 de la *Law Property Act* de 1989.

⁹⁶ STEVENS i PEARCE, *op. cit.*, pàg. 31.

⁹⁷ Ens basem, per a la seva concreció, en el recull realitzat per GREEN, *op. cit.*, pàg. 18.

Fins a aquest moment no existeix cap implicació legal ni d'equitat, ja que no existeix contracte. No obstant això, ja es pot practicar en aquest punt una acció que pretén rescabalar el perjudicat per aquests actes previs. Es tracta de l'*estoppel* o paralització de l'acció del qui vol defensar el seu dret legal; és una teoria semblant a la dels actes propis. D'aquesta manera, el venedor d'una propietat anima el comprador perquè realitzi el contracte d'adquisició de l'*interest*, i realitzen tots aquests actes preliminars que hem vist i que tendeixen a la seva culminació; fets aquests actes, el venedor es tira enrere. Els requisits per a l'*estoppel* són que hi hagi hagut una promesa de transmissió de l'*interest* (*promise*), que s'hagi generat certa confiança (*reliance*) i que hi hagi hagut un perjudici o detriment de la part actora (*detriment*). Es tractaria d'una mena de *culpa in contrahendo* en la qual incorreria el venedor de l'*estate* o *interest* sobre immobles en els moments previs a l'existència de contracte, atès que aquest havia generat en l'adquirent unes expectatives de transmissió del dret a més d'un perjudici pel qual se l'ha de compensar.

4. Ambdues parts signen i s'intercanvien els documents del contracte (sempre per escrit) que continguin totes les clàusules i els termes d'aquest. És el denominat *contract for sale* o *estate contract*.

En aquest punt ja es pot considerar que existeix contracte i per tant hi ha una certa transmissió de títol. Però no una transmissió legal perquè encara no s'han realitzat tots els passos, sinó una transmissió del títol en equitat, perquè l'equitat entén com a fet el que s'hauria d'haver fet; així, s'hauria d'haver acabat el procés de transmissió perquè així sembla que ho volien les parts però encara no s'ha fet. L'equitat protegeix, doncs, la part actora que creu, i així ho demana, que té dret al títol perquè l'altra part hi estava d'acord i ho ha demostrat amb la seva signatura en aquest document. Per tant, si vol reclamar que el contracte s'ha dut a terme, així ho entendre el tribunal i li donarà un títol sobre l'*interest* que es pretenia transmetre. D'aquesta manera, el propietari en equitat serà propietari davant tothom⁹⁸, excepte davant l'adquirent a títol oneros del títol legal de bona fe, a més de poder protegir el seu títol en equitat amb una sèrie d'accions davant dels tribunals que normalment resulten ser menys que les del titular legal del dret⁹⁹. Això implica que

⁹⁸ L'equitat és un dret de propietat (GRAY, *op. cit.*, pàg. 361).

⁹⁹ Per això, sovint es parla de la incompletesa del títol en equitat (GREEN, *op. cit.*, pàg. 17) i de la debilitat del titular del dret d'equitat davant del qui té el títol legal, encara

tant el titular legal com el titular en equitat poden vendre a un tercer respectivament els seus títols, legal o d'equitat. També el titular legal pot vendre el seu títol al titular del d'equitat perquè aquest completi el seu títol.

En conclusió, des d'aquest moment —més concretament, des que ho declari un tribunal—, el comprador té la propietat en equitat de l'*interest* sobre la finca i podrà defensar-ho davant de tothom, excepte davant del tercer de bona fe.

Certament, el que s'ha constituït en aquest moment és un *constructive trust*. Els *constructive trusts* es caracteritzen per no implicar l'existència d'una relació llarga entre el *trustee* i el beneficiari, sinó una relació temporal¹⁰⁰. En el nostre cas, doncs, d'una venda d'una finca o d'*interest* sobre aquesta finca, el venedor es converteix en *trustee* del comprador¹⁰¹, que passa a ser el beneficiari del *trust*, i gaudeix per tant de la propietat en equitat de la finca o *interest*. Com que la finalitat de realitzar la venda de l'*interest* o de la finca és la transmissió del dret legal sobre seu, aquest *trust* s'extingirà quan culmini tot el procés de venda legal —per això es diu que aquest tipus de *trust* és de caràcter temporal. Els *constructive trusts* són *trusts* implícits, és a dir, operen per ministeri de la llei, independentment de la voluntat de les parts¹⁰². Si el negoci que cal realitzar fos en canvi la cessió d'un crèdit garantit amb hipoteca i s'arribés només fins a aquest estadi, el cessionari podria reclamar davant del tribunal el títol en equitat del crèdit garantit, de manera que,

que des de 1925 es van prendre mesures que cercaven suavitzar la diferència abismal que existia entre ambdós tipus de títols, mitjançant el procediment d'*overreaching* i del sistema de *notice* dels nous registres (GRAY, *op. cit.*, pàg. 108). A més, qualsevol dret d'equitat no pot ser executat automàticament sinó que ha d'aconseguir en primer lloc una ordre del tribunal (així passa amb les hipoteques, GREEN, *op. cit.*, pàg. 89), a diferència dels legals. Els títols legals no requereixen, a criteri de GRAY, *op. cit.*, pàg. 107, cap tipus de protecció artificial: són inviolables.

¹⁰⁰ CHECA MARTINEZ, *op. cit.*, pàg. 15.

¹⁰¹ GREEN, *op. cit.*, pàg. 17.

¹⁰² MARTIN, *op. cit.*, pàg. 285. En el nostre cas és clar. La transmissió legal d'una finca o d'un *interest* sobre aquesta té uns requisits molt marcats que, en cas que no es realitzin tots, la llei disposa que des d'un determinat moment, el comprador tindrà un dret en equitat sobre l'objecte negociat i per tant estarà creant un *trust* implícit en forma de *constructive trust*. CHECA MARTINEZ, *op. cit.*, pàg. 15, ens exposa un cas més de *constructive trust*: la titularitat que té sobre un bé el representant respecte del seu representat; el representant serà el *trustee* i el representat serà el beneficiari.

davant el deutor hipotecari, el cedent, el qual encara reté el títol legal del crèdit hipotecari i s'ha constituït com a *trustee* del cessionari (ara *beneficiary*), realitzarà tots els actes de gestió del crèdit davant del deutor hipotecari (cobrament, gestió ordinària, execució, etc.). Però, un cop realitzats aquests actes, hauria de donar els beneficis obtinguts al cessionari, el qual, com a titular en equitat del crèdit, és també el beneficiari d'aquest *trust*, de manera que obtindrà els rendiments dels béns en *trust*, en aquest cas, els rendiments del crèdit hipotecari.

5. Realització de comprovacions fiscals del títol i de les càrregues immobiliàries. Amb aquestes finalitats, l'adquirent haurà d'acudir al *Land Charges Registry* per a les finques no inscrites i al *Land Registry* per a finques inscrites¹⁰³.

6. Es completa el procés de compravenda o *conveyance*¹⁰⁴ de l'*interest* mitjançant l'entrega i compliment de requisits del *deed* i el pagament del preu de l'*interest* o *estate* transmesos.

Segons la secció 1 del *Law of Property Act* de 1989, es defineix el *deed* com un document en el qual clarament s'expressi que efectivament és un *deed*, signat i testimoni, i que finalment és entregat a l'adquirent de l'*interest* objecte de negociació. Mitjançant l'entrega del *deed* amb tots aquests requisits, es transfereix la titularitat legal sobre la finca o, millor dit, l'*estate* o *interest* sobre aquesta. El *deed*, per tant, és l'únic mitjà de transmissió dels drets i càrregues legals¹⁰⁵ (secció 52 del *Law of Property Act* de 1989) a més de la necessitat d'efectuar el pagament del preu.

Tot això, tanmateix, només és suficient per a finques i drets no inscrits, perquè per a finques i drets inscrits fa falta un últim pas. Si no es complís aquest darrer pas, l'adquirent únicament rebria el títol en equitat.

7. Que s'inscriui la transmissió al *Land Registry*. Amb dita inscripció es completa la transmissió o constitució de l'*interest*, sempre que el que es transmeti o constitueixi sigui un dret sobre finca inscrita.

¹⁰³ Sobre el sistema registral anglès *vid. infra*.

¹⁰⁴ *Conveyance* significa «completar» el contracte per a la transmissió de la finca (*estate* o *interest* sobre aquesta). A Anglaterra i Gal·les la transmissió dels immobles té dos passos generals: primer el contracte i després el *conveyance* o «completar» (perfecció) del contracte (GRAY, *op. cit.*, pàg. 245).

¹⁰⁵ No obstant això, hi ha alguns drets o càrregues que no necessiten *deed*, com els arrendaments de curta durada, l'ús de terra aliena de més de 12 anys, la transmissió dels drets del causant als marmessors (*representatives*), etc.

3.3. El trust i els drets d'equitat sobre immobles

Qualsevol reclamació relativa a un dret en equitat sobre immobles pressuposa necessàriament l'existència d'algun tipus de *trust*¹⁰⁶. Efectivament, la persona que té un *legal estate* (*leasehold* o *freehold*) o un *interest legal* (*legal easement*, *legal mortgage*, etc.) és un *trustee* respecte als titulars de drets en equitat sobre la mateixa cosa, que seran els beneficiaris¹⁰⁷. Els drets en equitat sobre immobles es podran haver constituït tant voluntàriament com per ministeri de la llei, segons els diferents *trusts of land* que es poden produir¹⁰⁸. Fem notar, no obstant això, que el *trust* tindrà influència en els *equitable interests* (drets en equitat) no en els *estates* ni en els *interests* legals, atès que, quan tant els *estates* com els *interests* creats sobre aquests són legals, res no hi té a veure l'*equity* i per tant res no hi té a veure el *trust*, ja que tot (accions de protecció, drets, constitució, etc.) anirà pel *common law* i res anirà per l'*equity*.

D'aquesta manera, podem afirmar que el *trust* està íntimament lligat a la creació del que nosaltres anomenem drets reals limitats sobre immobles (a més del *lease* que equivaldria al nostre arrendament), diferents del de propietat. Mentre que la nostra propietat immobiliària equivaldria al *freehold* o al *leasehold* legals, depenent de si hi ha o no límit de duració de l'*estate*, els nostres drets reals immobiliaris (més l'arrendament) equivaldrien als *interests* en equitat, és a dir, als drets dels beneficiaris d'un dret sobre béns immobles. Com que són *equitable interests* sobre immobles, d'una manera semblant al que succeeix en els nostres drets reals, tindran eficàcia davant de terceres persones, perquè segueixen la cosa i, en conseqüència, hauran de ser respectats pels tercers adquirents del títol legal, tret que es tracti de tercers adquirents a títol oneros del títol legal i de bona fe.

Els titulars d'aquests *equitable interests* funcionen com a beneficiaris d'un *trust* en el qual el *trustee* és el titular del *freehold*, del *leasehold* o d'un *interest legal*¹⁰⁹ que ha contractat amb els beneficiaris la creació

¹⁰⁶ GRAY, *op. cit.*, pàg. 371.

¹⁰⁷ GRAY, *op. cit.*, pàg. 371. L'autor cita una sèrie de casos que aquí reproduïm: *Gissing v Gissing* [1971] AC 886 at 900B per Viscount Dilhorne; *Burns v Burns* [1984] Ch 317 at 326F, 330H-331A per Fox LJ; *Allen v Snyder* [1977] 2 NSWLR 685 at 689F; *Thwaites v Ryan* [1984] VR 65 at 69.

¹⁰⁸ *Vid. infra*.

¹⁰⁹ Recordem el supòsit abans explicat de cessió parcial de crèdit hipotecari, en el qual el cedent reté la titularitat legal del crèdit, i el cessionari obté la titularitat en equitat.

d'aquests *interests* o drets en equitat, que representen un benefici per als seus titulars; pensem en la constitució en equitat d'un lloguer, d'una hipoteca, d'una servitud o d'un usdefruit. El *trustee*, com a titular del *legal estate*, garantirà el gaudi del beneficiari de la seva finca. En conclusió, tots els *interests* que el titular legal de la finca constitueixi en equitat sobre aquesta (més els que legalment quedin constituïts segons les normes que veurem després) originaran un *trust* amb el que això comporta per a les relacions entre *trustees* i beneficiaris en cadascun dels *interests* que es poden constituir; així, no s'estableix la mateixa relació de *trust* en el cas d'un arrendament que en el cas d'un usdefruit; els drets i els deures de cadascuna de les parts seran diferents, així com també seran diferents els casos de *breach of trust*.

Veurem a continuació els diferents tipus de *trust* que poden influir sobre les finques i a continuació una descripció breu dels principals *equitable interests* sobre immobles: el *lease* (arrendament), els *easements* (servituds), els *profits* (usdefruits) i la *mortgage* (hipoteca anglosaxona). Per acabar, donarem unes idees del sistema registral anglès, ja que resulta molt important per determinar si un dret és legal o d'equitat, la prova de la titularitat o existència d'un determinat dret, etc.

3.3.1. Els trusts utilitzats al *land law*. Els trusts of *land*

En el dret immobiliari, es diu normalment que A deté el títol legal sobre una finca en *trust* o benefici de B, el qual té un títol en equitat. A, doncs, és el *trustee* i titular legal de la finca, mentre que B té un *interest* en equitat sobre la finca i és el *beneficiary* del *trust*. Un *trust of land* existirà quan es formi qualsevol dret d'equitat sobre una finca¹¹⁰, no un *interest legal* perquè llavors ni hi intervindria l'*equity* ni, per tant, el *trust*.

Segons la secció 6 (1) del nou *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* de 1996 (TLATA), els *trustees* tenen tots els poders d'un propietari absolut de la finca; d'aquesta manera poden quedar-se-la, hipotecar-la, arrendar-la o realitzar-hi qualsevol altre negoci. Aquests poders que semblen absoluts dels *trustees* queden limitats quan els beneficiaris són capaços i majors d'edat, de manera que poden rebre la titularitat legal de la finca; si el *trustee* decideix partir la finca haurà de

¹¹⁰ STEVENS i PEARCE, *op. cit.*, pàg. 260.

disposar del consentiment de tots els beneficiaris i, fins i tot, el *trustee* els pot delegar els seus poders¹¹¹. Els *trustees* sobre immobles han de consultar habitualment els beneficiaris i actuar en interès seu; en cas de conflicte entre les seves voluntats, haurà de seguir l'opinió de la majoria¹¹². D'altra banda, el *beneficiary* del *trust* és aquell que té qualsevol *interest* sobre immobles (secció 22 (1) TLATA), de manera que hi queden inclosos tant els beneficiaris que tenen un *interest* en equitat com els *trustees* que al mateix temps siguin beneficiaris¹¹³. Si l'*interest* del qual gaudeixen els dona dret a ocupar la finca, encara que aquesta es vengui, la podran continuar ocupant¹¹⁴.

Els *trusts* que tenen més rellevància en aquest context¹¹⁵ són: l'*express trust* i l'*implied trust*, el qual es divideix en *resulting trusts* i *constructive trusts*¹¹⁶. L'*express trust* consisteix en la incorporació de la intenció expressa del titular legal de crear un benefici sobre la seva propietat, i convertir-se, mitjançant aquesta declaració, en *trustee* del beneficiari. En el *resulting trust* aquesta intenció es presumeix de la voluntat de les parts sobre la base de les quanties devengades per a l'adquisició de terres. En darrer terme, el *constructive trust* neix quan seria injust que no es produïssin efectes a una intenció comuna de les parts de realització del negoci que havia creat unes expectatives i desitjos; aquest darrer tipus de *trust* respon sobretot a la realització incompleta de la cessió d'un *legal interest* sobre la finca¹¹⁷.

L'*express trust* no requereix cap especial formulació per ser constituït, encara que s'ha de defensar i executar per escrit¹¹⁸. Només pot recaure sobre drets dels quals actualment sigui titular el declarant, que es converteix en *trustee* d'un beneficiari que serà a partir de llavors titular d'un *interest* en equitat sobre la finca. Ningú no pot crear un dret superior al que té¹¹⁹. Pot realitzar-se *inter vivos* o *mortis causa*¹²⁰.

¹¹¹ GREEN, *op. cit.*, pàg. 187.

¹¹² GREEN, *op. cit.*, pàg. 187.

¹¹³ Com hem vist, de vegades un *trustee*, al mateix temps, pot ser-ho en benefici d'altri però, també, al mateix temps d'ell mateix.

¹¹⁴ GREEN, *op. cit.*, pàg. 188. No obstant això, recordem el dret d'*overreaching* del comprador sota determinats requisits (*Vid. supra*).

¹¹⁵ GREEN, *op. cit.*, pàg. 179.

¹¹⁶ GRAY, *op. cit.*, pàg. 372.

¹¹⁷ *Vid. supra*.

¹¹⁸ Encara que hi ha algunes excepcions (GRAY, *op. cit.*, pàg. 376 a 379).

¹¹⁹ GRAY, *op. cit.*, pàg. 375 i 376.

¹²⁰ GREEN, *op. cit.*, pàg. 179 i 180.

El *resulting trust* es dona en determinades situacions típiques en què A adquireix la finca però és finançada per B; a causa del *resulting trust*, A adquirirà només el títol legal sobre aquesta mentre que el títol en equitat es presumeix —llevat que resulti el contrari— que correspon a B, perquè es considera el *real purchaser* o autèntic adquirent. Aquesta presumpció és de caràcter legal¹²¹. La teoria que sustenta el *resulting trust* és que «qui dona diners espera quelcom a canvi» i «l'*equity* reconeix ofertes, però no regals»¹²² i en conseqüència es dona a qui realment ha pagat la finca (B), un dret en equitat sobre aquesta per ministeri de la llei, i A es converteix en el seu *trustee* i titular legal de la finca. També és possible que aquest esquema funcioni quan A i B han contribuït ambdós igual al pagament de la finca en nom d'A; llavors es produirà una *tenancy in equal shares*, és a dir, A continuarà essent el titular legal o *trustee* i A i B seran a parts iguals beneficiaris del *trust*.

Per acabar, el *constructive trust* és el més important perquè hi recau l'essència de l'equitat. Mitjançant aquest *trust* implícit, es persegueix que el titular del dret legal no es comporti com el seu beneficiari quan no li correspongui, sinó que correspongui a una altra persona, és a dir, que no es beneficiï d'un acte fraudulent o d'un crim, o quan el *trustee* hagi actuat amb un *breach of trust* o quan hi ha un enriquiment injust¹²³. En aquest *trust*, el titular del dret legal no vol de cap manera constituir un *trust* sinó al contrari, pretén obviar els drets de l'autèntic beneficiari en justícia, en equitat¹²⁴; el dret reacciona contra això.

3.3.2. Alguns *interests* sobre immobles

A continuació entrarem a analitzar a grans trets alguns dels més rellevants *interests* que es poden constituir sobre els béns immobles. Alguns d'ells poden ser legals i tots ells poden ser en equitat, segons com s'hagin transmès o constituït.

¹²¹ GRAY, *op. cit.*, pàg. 384 i 385.

¹²² GRAY, *op. cit.*, pàg. 386. Això llevat que quedi clara la intenció de B de regalar (GRAY, *op. cit.*, pàg. 403).

¹²³ GREEN, *op. cit.*, pàg. 181 i 182.

¹²⁴ GRAY, *op. cit.*, pàg. 413 i 414.

3.3.2.1. El lease o arrendament

El *lease* és considerat avui en dia i des del segle XVI com un *interest in land* i ha deixat de ser, doncs, una simple relació contractual entre les parts¹²⁵. Coneixent ja com funciona el dret immobiliari anglès, no és difícil saber ja quin és l'esquema del *lease*: el titular del *freehold* sobre la finca (titular d'un *fee simple absolute in possession*), nomenat pel nostre *interest lessor* o arrendador, constitueix un *interest* a favor de l'arrendatari o *lessee*, el qual a partir de llavors tindrà l'ús i el gaudi de la finca, en serà, doncs el *tenant*. Tant el *lessor* com el *lessee* poden disposar dels seus drets sobre la finca; el *lessee* a més pot constituir un *sub-lease* o subarrendament. La secció 205 del *Law of Property Act* de 1925 defineix el *lease* essencialment com un termini d'anys absolut (*term of years absolute*) que té un determinat principi i un determinat final i en dona la possessió exclusiva al *tenant*. El termini de temps pot anar des d'unes poques hores fins a milers d'anys.

Els *leases* poden ser tant legals com en equitat. Normalment els *leases* legals es creen amb la transmissió del *deed*¹²⁶, tret que siguin *leases* de curta durada (fins a tres anys) en els quals no seran necessaris *deeds* o *leases* de més de 21 anys sobre finca registrada que s'hauran d'inscriure autònomament al Registre. Si es fa un *lease* sense *deed* en els casos en que aquest sigui necessari, s'estarà fent un *lease* en equitat¹²⁷. Que sigui legal o d'equitat tindrà importància respecte a la seva eficàcia respecte a terceres persones que adquireixin el títol legal sobre la finca.

Tant el *lessor* o arrendador com el *lessee* o arrendatari normalment estipulen certes clàusules al contracte. Així, l'arrendador ha de vetllar pel gaudi pacífic de la finca per part de l'arrendatari, té l'obligació de reparar desperfectes, etc.; l'arrendatari haurà de pagar la renda, permetre a l'arrendador el pas per inspeccionar, no alterar l'estructura, etc.¹²⁸. Aquestes especificacions o *covenants* hauran de ser respectades pels nous arrendadors o arrendataris en cas de transmissió dels drets de

¹²⁵ GREEN, *op. cit.*, pàg. 53. La importància de l'arrendament a Anglaterra ha estat enorme tant pel que fa a societats com particulars i encara ho continua sent, encara que cada vegada més els ciutadans viuen en cases de la seva propietat (actualment un 70% segons SMITH, Roger J., a: *Property law*, 2a edició, Londres i Nova York, Longman, 1998, pàg. 541 i 542).

¹²⁶ *Vid. supra* sobre la manera de transmetre les finques o els *interests*.

¹²⁷ GREEN, *op. cit.*, pàg. 60.

¹²⁸ Explicats més en concret a GREEN, *op. cit.*, pàg. 61 a 66.

cadascú. En cas que o bé el *lessor* o bé el *lessee* incompleixin alguna de les especificacions, hi ha una sèrie de *remedies* o accions contra el que hagi incomplert. Així, si l'arrendatari impaga la renda, el propietari de la finca pot anar als tribunals i exigir el pagament (*forfeiture*) o bé, des del 1066, agafar les pertinències del deutor i, si no paga la renda en cinc dies, pot vendre-les (*distress*)¹²⁹. Altres solucions o *remedies* es proposen per a d'altres incompliments¹³⁰.

Relacionat amb el *lease* es troba la *license*, que és creada per contracte entre el titular de la finca i el *licensee*, mitjançant la qual, aquest adquireix un permís per estar a la finca del propietari¹³¹. No són *interests* sinó que tenen naturalesa contractual i per tant no poden ser transmesos, no afecten tercers adquirents de l'immoble, etc.

3.3.2.2. Els easements i profits o servituds i usdefruits

Tant uns com els altres es constitueixen com a *interests* o drets sobre finca aliena¹³². Actualment, els *easements* són molt més importants que els *profits*, els quals han estat substituïts per contractes. La diferència entre els dos és que amb els *easements* el titular de l'*interest* sobre finca aliena té dret a fer-hi alguna cosa, mentre que amb els *profits* el que té és un dret a prendre.

Entre els *easements* s'ha de destacar el de dret de pas sobre finca veïna per accedir a la teva, el de canonades d'aigua o gas sobre finca aliena o el d'instal·lació de cables. Els jutges han de valorar l'equilibri entre el valor de la finca dominant i el de la finca servent¹³³, ja que mentre que l'una en guanya, l'altra en perd¹³⁴. Els requisits per constituir un *easement* són:

1. L'existència d'un predi dominant i un de servent.
2. L'*easement* ha d'afavorir el predi dominant.

¹²⁹ La *Law Commission* ha recomanat la derogació del *distress* (Report núm. 194 (1991)).

¹³⁰ Vegeu-los a GREEN, *op. cit.*, pàg. 72 a 74.

¹³¹ GREEN, *op. cit.*, pàg. 57. L'exemple que ens posa l'autora és el permís que obtenen els lectors per llegir en una biblioteca.

¹³² GREEN, *op. cit.*, pàg. 98.

¹³³ La denominació en dret anglès és idèntica: *dominant tenement* i *servient tenement*.

¹³⁴ GREEN, *op. cit.*, pàg. 98 i 99.

3. Els predis dominants i servents han de ser propietat de diferents persones o han d'estar ocupats per diferents persones.

4. La servitud ha d'estar perfectament definida, de manera que no impedeixi l'exercici normal dels seus drets al titular del predi servent¹³⁵.

Cal fer notar, només, la semblança entre la regulació de les servituds en dret anglès amb el nostre dret real de servitud.

Als *profits*, d'altra banda, no cal que existeixi un predi dominant sinó que qualsevol persona pot tenir el dret a prendre alguna cosa d'un predi aliè¹³⁶.

Tant els *easements* com els *profits* poden durar per sempre i seran legals perquè s'assimilen al *fee simple* (secció 1 del *Law of Property Act* de 1925) o per un termini de temps determinat o indeterminat (per 10 anys o mentre visqui), que serà d'equitat. Normalment es creen per *deed* però també ho poden ser per ús¹³⁷.

3.3.2.3. La *mortgage* o hipoteca anglosaxona. La titulització hipotecària

En abordar la *mortgage*, en primer lloc hem d'aclarir una qüestió terminològica. La *mortgage* no és una hipoteca tal com s'entén en dret civil continental. Així, no és accessòria, no necessàriament ha d'acompanyar un crèdit, no és necessari que s'inscrigui, el creditor hipotecari té drets tan particulars com poder entrar a la finca hipotecada des del mateix moment en què es constitueix la hipoteca, pot constituir-se sobre béns mobles (*chattles*), encara que no sigui gaire comú, no queda clara quina és la seva naturalesa jurídica: o una *charge* o un *lease* per 3000 anys, etc. Per tant, no estem parlant pròpiament d'una *hipoteca* (art. 104 i s. LH), *Hypothek* (§§ 1113 a 1190 BGB) o *hypothèque* (art. 2114 i s. *Code Civil*) sinó d'un *security interest sui iuris*¹³⁸ respecte al dret civil dels ordenaments jurídics europeus.

¹³⁵ Explicats a GREEN, *op. cit.*, pàg. 100 a 103.

¹³⁶ GREEN, *op. cit.*, pàg. 103.

¹³⁷ GREEN, *op. cit.*, pàg. 104.

¹³⁸ Màxim, per la independència, podem trobar alguna semblança amb la *Grundschuld alemanya* (§§ 1191 a 1198 BGB). Però en aquest sentit, STÖCKER, a CASERO MEJÍAS, Manuel, «La Eurohipoteca», *RCDI*, any LXX, gener-febrer, núm. 620, pàg. 107, traducció de l'obra d'STÖCKER, Otmar, *Die Eurohypothek*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992, entén que, en no trobar cap referent continental de la *mortgage* anglesa, el més correcte és continuar utilitzant el terme original.

Per tant i per evitar confusions utilitzarem no el terme *hipoteca* sinó el de *mortgage*¹³⁹. Tot i l'abisme que separa la *mortgage* de la hipoteca continental, les podem relacionar perquè les *mortgages* compleixen la mateixa finalitat al *common law* que les hipoteques al *civil law* continental: s'exigeixen per constituir un crèdit d'un banc o d'una *building society*, s'utilitzen per garantir crèdits de grans quanties i de llarga durada, normalment recauen sobre immobles, són la base del crèdit territorial i de la creació del mercat hipotecari, etc.

La *mortgage* anglesa, encara avui, és considerada com la transmissió d'un *interest* sobre la terra en garantia d'un crèdit¹⁴⁰, encara que cada vegada més se l'està començant a considerar com una *charge* o càrrega en el sentit d'un *security interest*. Acceptar el primer punt de vista comporta no considerar la *mortgage* com un *interest* en si mateixa, de manera que se li dirà *mortgage* quan es desplaci aquest *interest* per raó de la garantia d'un crèdit; aquest *interest* consisteix normalment en un *lease* per 3000 anys en garantia (secció 85 (2) del *Law of Property Act* de 1925) si qui constitueix la hipoteca és el titular del *fee simple* sobre la finca. Si en canvi, qui la constitueix no és el titular del *fee simple* sinó el titular d'un *long lease* o arrendament de llarga durada (més de 21 anys) llavors el que s'estarà constituint en garantia no serà un *lease* sinó un *sub-lease* o subarrendament. En canvi, acceptar ja la nova concepció comporta entendre la *mortgage* com un dret de garantia en si mateixa (*mortgage by legal charge*), com una càrrega (*charge*)¹⁴¹ autònoma que podrà inscriure's en el *Land Registry* com un *interest* autònom només per donar *notice* a futurs adquirents del *fee simple* de la seva existència. Encara que s'ha cercat aquesta nova formulació, la *mortgage by legal charge* no té un contingut propi i autònom i com que encara resta vigent la secció 85 (2) del *Law of Property Act* de 1925, la doctrina considera que encara no es pot entendre la *mortgage* sense que hi sigui present el *lease* per 3000 anys¹⁴².

La *mortgage*, per tant, així concebuda, pot ésser transmesa al marge del crèdit que garanteix —només neix per raó de la garantia d'aquest

¹³⁹ Optem per la mateixa solució que STÖCKER, *vid. supra*.

¹⁴⁰ FAIREST, Paul B., *Mortgages*, 2a edició, Londres, Sweet & Maxwell, 1980, pàg. 1.

¹⁴¹ Actualment encara es poden trobar diferències entre una *mortgage* i una *charge*. No obstant això, la LAW COMMISSION, a «Transfer of Land — Land Mortgages», *The law commission reports*, núm. 204, Londres, HMSO, 13-11-1991, pàg. 7 i 8, ha recomanat la fusió d'ambdues figures.

¹⁴² SMITH, *op. cit.*, pàg. 541.

crèdit però després passa a ser un *interest* independent d'aquest, que només recau sobre la finca que grava o en depèn¹⁴³, encara que és cert que poques vegades es tindrà interès a fer-ho¹⁴⁴. La *mortgage* es constitueix, així, com un *interest* independent, transmissible àgilment com un bé més del comerç.

Les *mortgages* poden ser legals o d'equitat, segons com s'hagin constituït i el títol que les ha originat. Els requisits de constitució d'una *mortgage* són:

– L'existència d'un *deed* que expressi la voluntat que es vol constituir. Al *deed* ha de constar que es constitueix en garantia d'un crèdit, independentment del que aparegui com a *interest* transmès. En cas que es digués que es vol donar el *fee simple* en garantia del crèdit, s'haurà d'entendre que s'està donant en garantia només el màxim possible, que és un *lease* per 3000 anys, mai el *fee simple* en si mateix, perquè llavors el que s'estaria fent seria una compravenda de la finca.

– La intenció de crear una *mortgage*, que constarà al *deed*.

– Per constituir una *legal mortgage* és necessari que aquesta s'inscriui al *Land Registry*.

Resulta curiós veure com funciona el sistema de garantia de la *mortgage*. Si aquesta s'ha constituït sobre finca no registrada, la *mortgage* no podrà constar al *Land Registry* i llavors l'única possibilitat de protecció que té el creditor hipotecari (*mortgagee*) és apoderar-se físicament del *deed* de propietat de la finca gravada que té el deutor hipotecari, perquè d'aquesta manera el deutor no podrà transmetre la titularitat legal sobre finca sense el consentiment del creditor, atès que no tindrà el *deed* per exhibir-lo al comprador¹⁴⁵. Si la *mortgage* recau sobre finques registrades, el *deed* s'haurà de dipositar al *Land Registry* fins que la *mortgage* quedi cancel·lada, perquè així no podrà el deutor desprendre's del títol legal sobre la finca (secció 65 del *Land Registration Act* de 1925).

¹⁴³ En contra GOODE, *op. cit.*, pàg. 697 i 698.

¹⁴⁴ FERRAN, Eilís, a *Mortgage Securitisation — Legal Aspects*, Londres, Dublín i Edimburg, Butterworths, 1992, pàg. 41, ens assenyala que en poques ocasions s'admetrà un crèdit per grans quanties sense garantia i també que difícilment s'admetrà una *mortgage* que garanteix un crèdit aliè, però res no impedeix fer-ho.

¹⁴⁵ GRAY, *op. cit.*, pàg. 981.

Les normes es compliquen respecte als supòsits de subhipoteques¹⁴⁶ i de segones i successives hipoteques¹⁴⁷, fins a arribar a supòsits irresolubles.

Entrem finalment en els drets que emparen el creditor hipotecari en cas d'impagament del crèdit, ja que, si aquest es paga, el deutor té el dret a redimir (*right to redeem*) la *mortgage*. D'aquesta manera destaquem els principals¹⁴⁸:

1. Prendre possessió de la finca. Pensem que el contingut de la *mortgage* és un arrendament o un subarrendament i per tant, en teoria, el creditor pot prendre possessió de la finca des del primer moment en què la *mortgage* es constitueix. En paraules de Green: «a lender has the right to "go into possession before the ink is dry on the mortgage"»¹⁴⁹. Normalment, però, almenys les *building societies* o institucions de crèdit territorial prometen en constituir la *mortgage* que no prendran possessió de la cosa en el primer moment sinó només a partir de l'incompliment¹⁵⁰. Normalment s'exercita aquest dret en el moment immediatament anterior a procedir a la venda de la cosa hipotecada¹⁵¹, encara que res no impedeix que la vengui a causa de l'impagament del deutor¹⁵².

¹⁴⁶ Vegeu TYLER, E. L. G., *Fisher & Lightwood's Law of Mortgage*, 10a edició, Londres, Butterworths, 1988; AMIN, Vamini, *Banker's Securities*, Londres, The Chartered Institute of Bankers, 1994; i COUSINS, Edward F.; ROSS, Sidney, *The law of mortgages*, Londres, Sweet & Maxwell, 1989.

¹⁴⁷ GRAY, *op. cit.*, pàg. 981.

¹⁴⁸ Segons la llista sistematitzada que ens facilita GREEN, *op. cit.*, pàg. 83. Hem de tenir en compte que tots poden ser exercits pel creditor hipotecari legal i només alguns pel creditor hipotecari en equitat.

¹⁴⁹ GREEN, *op. cit.*, pàg. 85.

¹⁵⁰ Pensem quines serien les conseqüències per a una *building society* que hagués pres possessió d'una finca des del mateix moment en què constitueix la *mortgage*.

¹⁵¹ Vegeu els motius a SMITH, *op. cit.*, pàg. 562.

¹⁵² La relació entre prendre la possessió i la venda de la cosa hipotecada és molt estreta i normalment s'exercita primer l'una i després l'altra (GRAY, *op. cit.*, pàg. 989 a 991), perquè atès aquest «pacte tàcit» de no prendre possessió abans de l'incompliment, la possessió s'efectua normalment quan el creditor ja pot procedir a la venda de la cosa (fet al qual no estava autoritzat fins a l'incompliment). Però res no impedeix que el creditor en prengui possessió, perquè ell, al cap i a la fi, té dret a posseir la finca com a arrendatari, i a partir d'aquí a cobrar el crèdit, encara que els tribunals poden entendre que hi ha hagut enriquiment injust si la cosa donada en garantia era més valuosa que la quantia del crèdit i poden exigir certa compensació per al deutor.

2. *Foreclosure*. És el dret que té el creditor hipotecari a demanar al tribunal que posi fi al dret de redimir del deutor hipotecari¹⁵³ i amb aquest dret s'extingeix tot dret del deutor sobre la cosa hipotecada¹⁵⁴.

3. Venda de la cosa hipotecada. Sorgeix quan el deutor perd el seu dret a redimir (per incompliment dels pagaments, per haver transcorregut el termini extra que el tribunal hagués donat al deutor una vegada interposat el *foreclosure*, etc.), (secció 101 del *Law of Property Act* de 1925). Però hi ha una sèrie de requisits addicionals per tal que aquest dret sigui exercitable¹⁵⁵:

- Que el deutor continuï impagant tres mesos després que es comuniqués al deutor el requeriment per al pagament.
- Que es deguin interessos per dos mesos.
- Que s'hagués incomplert ja un altre termini o una altra condició de la *mortgage*.

Curiosament, segons les seccions 88 i 89 del *Law of Property Act* de 1925, el que pot vendre el creditor hipotecari no és només l'*interest* que té en garantia (és a dir el *lease* o el *sub-lease*) sinó tot l'*estate* que el propietari hipotecant (*mortgagor*) té sobre la finca¹⁵⁶. La venda es fa sense cap intervenció judicial; la fa directament el creditor, obrant de bona fe. Les quanties obtingudes pagaran en primer lloc el creditor executant, després les hipoteques posteriors i finalment el deutor.

4. Designar un receptor de la cosa hipotecada, el qual anirà adquirint els fruits i les rendes que generi la finca, que donarà al creditor hipotecari perquè vagi cobrant el deute. S'utilitza normalment en *commercial mortgages*.

Ja hem parlat de la possibilitat de cedir parcialment una *legal mortgage*, és a dir, procedir a la cessió de la *mortgage* sense realitzar tots els actes que són necessaris per transmetre el dret legal, de manera que el cedent de la *legal mortgage* es converteix en *trustee* del cessionari, que passa a tenir només la *mortgage* en equitat. Aquest mecanisme té una

¹⁵³ SMITH, *op. cit.*, pàg. 561.

¹⁵⁴ GREEN, *op. cit.*, pàg. 88.

¹⁵⁵ SMITH, *op. cit.*, pàg. 574.

¹⁵⁶ Pensem el que té de diferent amb la nostra regulació de la hipoteca, en la qual el creditor hipotecari només pot executar el dret sobre el bé que té en garantia mitjançant l'acció hipotecària, encara que després es pugui dirigir en acció personal contra la resta del patrimoni del deutor (art. 129 LH).

rellevància pràctica molt important en el procés de titulització¹⁵⁷ hipotecària als territoris del *common law*. D'aquesta manera, al procés de titulització a Anglaterra, el banc o *building society* que concedeix el crèdit garantit amb *mortgage* el cedeix d'una manera incompleta a un denominat *Special Purpose Vehicle* (SPV) el qual es converteix així en titular en equitat del crèdit hipotecari. La gestió del crèdit davant del deutor hipotecari la segueix duent a terme el banc prestamista (*trustee*) en benefici de l'SPV, el qual és una entitat constituïda de manera que sigui difícil que incorri en fallida. Més endavant, l'SPV emetrà els valors hipotecaris, les *UK mortgage-backed securities*, segons les quanties del conjunt (*pool*) de *mortgages* que tingui a favor seu i gravarà aquest *pool* en benefici dels adquirents dels valors; aquest gravamen es farà mitjançant un altre *trust* en el qual el *trustee* (generalment una societat professional) detindrà la garantia dels valors en benefici dels seus adquirents finals¹⁵⁸.

El procés de titulització hipotecària de model anglosaxó va ser incorporat a l'ordenament jurídic espanyol per primera vegada per la Llei 19/1992, de 7 de juliol, sobre règim de societats i fons d'inversió immobiliària i sobre fons de titulització hipotecària¹⁵⁹. Mitjançant aquest procés es procedeix a la refinanciació dels crèdits hipotecaris concedits mitjançant l'emissió, primer de participacions hipotecàries (art. 15 Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari)¹⁶⁰ i, després, de bons de titulització hipotecària (art. 5 Llei 19/1992). Com a conseqüència de la titulització d'hipoteques es crea un patrimoni format per participacions hipotecàries sense personalitat jurídica denominat «Fons de titulització hipotecària», els titulars del qual seran els adquirents dels bons de titulització hipotecària. El legislador estatal va optar per imitar el model anglosaxó sense recórrer, almenys formalment, a la figura del *trust*¹⁶¹, encara que tota l'estructura

¹⁵⁷ *Grosso modo* seria la conversió de les hipoteques en valors.

¹⁵⁸ Sobre el procés de creació de les *UK mortgage-backed securities* vegeu principalment FERRAN, *op. cit.*

¹⁵⁹ BOE núm. 168, de 14 de juliol de 1992, correcció d'errors a BOE núm. 186, de 4 d'agost. Per a més detalls d'aquesta analogia veieu NASARRE AZNAR, Sergio, «Common law securitization in Spain», *International Financial Law Review*, març 2000, pàg. 47. Actualment s'estan aprovant altres disposicions que possibiliten la titulització d'altres actius mitjançant els fons de titulització d'actius, d'origen nord-americà, però ara de gran èxit a multitud d'estats.

¹⁶⁰ BOE núm 90, de 15 d'abril de 1981.

¹⁶¹ Perquè les participacions hipotecàries, es configurarien, en principi, com a cessió parcial de crèdits, i suplirien el primer *trust* del procés anglosaxó; el segon *trust* el constituïrien els bons de titulització hipotecària.

recorda fortament els dos *trusts* de la titulització anglosaxona: l'existència d'un patrimoni a banda dels emissors dels valors hipotecaris i gestionats per una societat gestora dependent d'aquestes en benefici dels adquirents de valors. No ha estat fàcil per a la doctrina espanyola¹⁶² cercar una solució de la naturalesa jurídica dels fons de titulització hipotecària¹⁶³, ja que es tractaven de patrimonis sense personalitat¹⁶⁴. A part dels fons de titulització hipotecària s'han anat creant altres tipus de fons com els «fons d'inversió immobiliària», com a subtipus dels fons d'inversió, també mancats de personalitat jurídica (art. 1 a 3 Llei 19/1992 en relació amb la Llei 46/1984, de 26 de desembre, reguladora de les institucions d'inversió col·lectiva¹⁶⁵), on els propietaris del fons són els mateixos participants del fons (art. 2 Llei 46/1984). Per molt que aquestes figures (els fons) hagin estat positivitzades per les respectives lleis, només després de nombroses dificultats se'ls pot trobar una explicació en la civilitat continental, però en tot cas sempre s'ha de recórrer per procedir a l'estudi de la seva naturalesa al *trust* anglosaxó o a algun tipus de negoci fiduciari¹⁶⁶.

3.4. El sistema registral anglès

Anglaterra no va tenir un sistema registral, encara que tímid, fins al 1925 amb el *Land Registration Act*, que es basà en l'Acta Torrens

¹⁶² Només a títol d'exemple mireu MADRID PARRA, Agustín, *El Mercado Hipotecario (EE.UU.-España)*, Madrid, Banco Hipotecario de España, 1988 i ORTI VALLEJO, Antonio, *Garantías de los títulos del mercado hipotecario*, Madrid, Civitas, 1993.

¹⁶³ Amb el que això comporta de discernir qui n'era el propietari, quins drets i quines garanties tenen els adquirents dels valors hipotecaris, etc.

¹⁶⁴ A diferència de les fundacions catalanes que són patrimonis amb personalitat jurídica afectes a una finalitat (art. 1 Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades, DOGC núm. 206, de 10 de març).

¹⁶⁵ BOE núm. 310, de 27 de desembre de 1984.

¹⁶⁶ Vegeu l'explicació dels fons d'inversió immobiliària que realitza ORTI VALLEJO, Antonio, a *Las nuevas formas de movilización de la propiedad inmueble: especial consideración de los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, conferència pronunciada a l'Academia Granadina del Notariado el 15 de desembre de 1996. A banda d'això, fins a la reforma del Reglament del Mercat Hipotecari (RMH), RD 685/82, de 17 de març, BOE núm. 83, de 7 d'abril, de 1991, Madrid Parra havia defensat que la naturalesa jurídica de les participacions hipotecàries no podia ésser altra que un *trust* anglosaxó o fideïcomís (MADRID PARRA, *op. cit.*, pàg. 784); després de la reforma són considerats per part de pràcticament tota la doctrina com a cessions parcials de crèdits, encara que l'explicació no és del tot satisfactòria.

australiana. El nou sistema registral, quan naixé, ho va fer amb una sèrie de problemes: pluralitat de registres, amb diferent naturalesa i eficàcia dels mateixos, no totes les finques hi estan encara inscrites, el *Land Charges Registry* segueix un criteri personal no real, el mateix *Land Registry*, que seria l'equivalent al nostre Registre de la Propietat, té una pluralitat de seccions que el fan poc pràctic, etc.¹⁶⁷.

La inscripció d'un *interest* al registre dóna *actual notice* o coneixement real de la seva existència a terceres persones, les quals no poden actuar com si desconeguessin l'existència de la càrrega o dret registrat. A més, ja hem comentat que per a la constitució o transmissió d'un *legal estate* o d'un *legal interest* és necessària la seva inscripció al Registre.

Veiem el funcionament i l'eficàcia dels dos principals registres que influeixen en el dret immobiliari: el *Land Registry* i el *Land Charges Registry*.

Al *Land Registry*, d'una banda, s'hi inscriuen, en primer lloc, els dos *legal estates*, el *freehold* i el *leasehold* com a inscripcions independents, sobre les quals s'aniran inscrivint els *interests* corresponents. Totes les transmissions oneroses de finques que despleguin efectes després de l'1 de desembre de 1990, segons la secció 123 del *Land Registration Act* de 1925 i la *Registration of Title Order* de 1989, han de culminar amb la inscripció per part de l'adquirent al *Land Registry*, i aquest passa a ser el nou propietari registral; a partir de llavors el títol ha de ser transmès necessàriament com a registrat.

Després de la inscripció del *freehold* o del *leasehold*, els *legal estates*, s'inscriuran a continuació la resta de càrregues i *interests* que els afectin, que s'ordenen segons la data d'inscripció (secció 29 del *Land Registration Act*).

Té tres principis:

a) El registre del títol és un mirall on es reflecteix d'una manera adequada i incontrovertible la totalitat dels *estates* i *interests* que en qualsevol moment afectin la finca registrada (*mirror principle*).

b) Amb la inscripció del títol no s'inscriuen els *trusts* que l'afectin, de manera que els tercers que negociïn amb el titular de l'*estate* podran

¹⁶⁷ Veieu GOODE, *op. cit.*, pàg. 702 i 703; i LAW COMMISSION, «Transfer of Land — Land Mortgages», *The law commission reports*, núm. 204, Londres, HMSO, 13-11-1991, pàg. 17.

efectuar l'*overreaching* (*curtain principle*)¹⁶⁸. Però recordem que l'*overreaching* només el pot practicar l'adquirent d'un legal estate sobre determinats drets d'equitat, principalment els familiars, encara que hi estiguin inscrits¹⁶⁹. Els altres *interests* en equitat (que no siguin *overriding interests*)¹⁷⁰ quedaran protegits si estan inscrits com a *minor interests*¹⁷¹ i donaran notícia real a l'adquirent del títol legal.

c) L'Estat garanteix la certesa del Registre pagant una indemnització a aquell que resulti perjudicat pel mecanisme registral.

El *Land Registry*, d'altra banda, és un registre de títols i té tres seccions: al *Property Register* hi accedeix una descripció de la finca i les seves vicissituds; el *Proprietor Register* recull les dades del titular actual de l'estate sobre la finca; i el *Charges Registry* recull totes les càrregues sobre la finca, com les *mortgages*.

Amb el registre de la finca (*leasehold* o *freehold* al començament) s'expedeix al seu titular el *land certificate* que equival al *deed* de les transaccions sobre aquesta i és on es resumeix el que consta en les tres seccions.

D'altra banda, el *Land Charges Registry* està regulat al *Land Charges Act* de 1972. S'hi inscriuen els *interests*, assumptes i documents sobre terres no registrades¹⁷². El Registre es basa en dos principis:

1. qualsevol *interest* o assumpte registrat afectarà qualsevol persona i pot ser exercitable davant tothom i,
2. un *interest* que sigui registrable i no es registri resulta ineficax davant terceres persones¹⁷³.

És un Registre que funciona per persones, no per coses, de manera que s'ha d'inscriure l'*interest* al foli del nom del propietari de l'estate afectat, sistema que comporta nombroses dificultats¹⁷⁴. Així, quan es vol transmetre una finca gravada i no registrada al *Land Registry* —de manera que el gravamen és possible que estigui al *Land Charges*

¹⁶⁸ GRAY, *op. cit.*, pàg. 169.

¹⁶⁹ *Vid. supra*.

¹⁷⁰ *Vid. supra*.

¹⁷¹ Vegeu TODD, *op. cit.*, pàg. 27 i GRAY, *op. cit.*, pàg. 181.

¹⁷² GRAY, *op. cit.*, pàg. 113.

¹⁷³ GRAY, *op. cit.*, pàg. 114.

¹⁷⁴ GREEN, *op. cit.*, pàg. 138 i 139.

Registry—, ha d'esbrinar la situació jurídica del bé almenys fins a 15 anys enrere per quedar deslliurat (en ser adquirent onerós de bona fe) dels gravàmens¹⁷⁵. D'aquesta manera, la cerca l'ha de fer al *Land Charges Registry* per persona, és a dir, mirar quines persones han estat titulars d'algun dret sobre la cosa en els últims 15 anys, amb el problema afegit de nombroses faltes ortogràfiques, sobrenoms, noms abreujats, etc.¹⁷⁶. De fet la problemàtica d'aquest Registre es pot resumir en el següent: «the draftsmen of the 1925 legislation "appear to have succeeded in creating the conveyancing equivalent of a Frankenstein's monster, which with the passing years would become not only more dangerous but also more difficult to kill"»¹⁷⁷. Una de les principals qüestions és què succeeix quan, després d'investigar, existeixen drets anteriors a 15 anys; l'adquirent de la finca no pot veure's perjudicat però el titular del dret anterior a 15 anys tampoc. En aquest cas, el *Law of Property Act* de 1969 preveu una compensació econòmica amb diners públics per al titular d'un *estate* o *interest* afectat per un gravamen anterior a 15 anys, encara que es necessiten per rebre-la altres requisits¹⁷⁸.

4. CONCLUSIÓ

El *trust* és una figura d'origen poc precís, polifacètica i que opera sempre sota el principi de l'*equity* de considerar fet el que s'hauria d'haver fet i que es pugui deduir de la voluntat de les parts, de manera que flexibilitza els contractes i la creació de drets sobre immobles. Precisament el *trust* immobiliari apareix en el moment en què el titular d'una finca vulgui constituir —*trust* voluntari— algun dret en equitat (*equitable interest*) a favor d'una altra persona sobre la seva finca o quan la llei digui que s'ha de constituir aquest dret emparant-se en l'equitat —*trust* implícit.

Així, figures tan característiques del dret anglosaxó com són el *lease* o la *mortgage* poden veure's incloses en una relació de *trust*, si són drets en equitat, en la qual el constituent serà el *trustee* i tindrà com a finalitat la satisfacció del beneficiari del *lease* o de la *mortgage*: amb el *lease* el

¹⁷⁵ GRAY, *op. cit.*, pàg. 132.

¹⁷⁶ La doctrina anglesa remarca aquests problemes d'escriptura de noms que donen problemes després en la cerca dels gravàmens sobre finques no registrades.

¹⁷⁷ GRAY, *op. cit.*, pàg. 138.

¹⁷⁸ GRAY, *op. cit.*, pàg. 139.

beneficiari podrà utilitzar la finca i la *mortgage* servirà com a garantia per al beneficiari, garantia que consisteix precisament i curiosament en un arrendament o en un subarrendament.

Dins del *trust*, a més, s'estableixen unes relacions marcades pels drets i per les obligacions entre el *trustee* i el beneficiari. L'incompliment de les obligacions del *trustee* (*breach of trust*), sobretot el fet d'actuar sempre mirant pel benefici del *beneficiary*, el pot fer incórrer en responsabilitat davant seu. A banda d'això, les relacions del *trust* amb terceres persones vénen marcades per la responsabilitat personal del *trustee* pels seus deutes, llevat que hagin estat originats a causa del *trust*, cas en què es podrà rescabalar dels béns que el constitueixin. Les actuacions d'un titular legal d'un bé en frau de creditors estan restringides.

En definitiva, per abordar la qüestió sobre la introducció o, si més no, cert reconeixement de figures de dret comparat alienes a la nostra més immediata tradició jurídica, s'hauria d'anar necessàriament a la font on aquest aquesta figura sigui vigent i veure com allà es configura i quines funcions realitza. La introducció al Codi civil català de qualsevol institució que reuneixi les característiques de servir per a la gestió d'un patrimoni diferent del personal i independent en benefici del titular o d'un tercer, per ésser utilitzat com a garantia, com a creació de drets reals immobiliaris i útil per a operacions bancàries àgils, a més de crear un patrimoni sense personalitat vinculat a una finalitat, ha de passar primerament per l'estudi del *trust* anglosaxó.

Entenem, no obstant això, que el *trust* només hauria d'ésser tingut en compte en el futur Codi civil de Catalunya com una institució més que servís per poder incorporar estructures o figures d'origen anglosaxó, com la titulització hipotecària —refinançament creditici— o els fons d'inversió immobiliària, necessàries per al desenvolupament del crèdit territorial i per a l'evolució de l'economia en general. Però no per substituir les funcions que les nostres institucions de tradició romana ja realitzen (arrendaments, hipoteques, usdefruits, servituds, etc.): al darrere del *trust* hi ha tot un sistema de dret immobiliari molt particular amb dificultats i insuficiències (recordem el registre, el funcionament de la *mortgage*, etc.) que nosaltres ja tenim superades. L'agilitat del *trust* pot ser deguda, en part, a aquestes mancances i en detriment de la seguretat jurídica (pensem en els *interests* que encara que estiguin registrats poden ser obviats o aquells que vinculen sense estar registrats, la flexibilitat que promou la creació d'innombrables *interests* atípics, etc.) i, d'aquesta manera, no resultaria en el nostre ordenament la panacea ideal per a la resolució de la nostra problemàtica jurídica.

BIBLIOGRAFIA

- 100 Years of Compulsory Land Registration in England and Wales annex a Annual Report HM Land Registry and Accounts 1998-99, Londres: The Stationery Office, 1999.
- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Vol. III.2. 8a ed. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994.
- ALDRIGE, Trevor. *Powers of Attorney*. 8a ed. Londres: Longman, 1991.
- AMIN, Vaumini. *Banker's Securities*. Londres: The Chartered Institute of Bankers, 1994.
- Annual Report HM Land Registry and Accounts 1998-99. Londres: The Stationery Office, 1999.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel. «La noción de equidad en la doctrina del Tribunal Supremo español». *RDP* (gener 1998).
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español». *RCDI* (setembre-octubre 1999), núm. 654.
- CASERO MEJÍAS, Manuel. «La Eurohipoteca». *RCDI* (any LXX, gener-febrer), núm. 620, pág. 107, traducció de l'obra d'STÖCKER, Otmar, *Die Eurohypothek*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992.
- CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *El trust angloamericano en el Derecho español*. Madrid: McGraw Hill, 1998.
- COUSINS, Edward F.; ROSS, Sidney. *The law of mortgages*, Londres: Sweet & Maxwell, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. Vol. II/1. Madrid: Tecnos, 1998.
- D'ORS, J.A., *Derecho privado romano*, 8a ed., Pamplona: EUNSA, 1991.
- FAIREST, Paul B. *Mortgages*. 2a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1980.
- FERRAN, Eilís. *Mortgage Securitisation — Legal Aspects*. Londres, Dublín i Edimburg, Butterworths, 1992.
- FUENTESECA, Cristina. «Análisis de la posible relación entre la fiducia romana y el trust anglosajón». *RDP* (gener 1998).
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. *El trust. La institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*. Barcelona: Bosch, 1997.
- GOODE, Roy. *Commercial Law*. 2a ed. Londres: Penguin Books, 1995.
- GRAY, Kevin. *Elements of land law*. 2a ed. Londres, Dublín i Edimburg Butterworths, 1993.
- GREEN, Kate. *Land law*. 3a ed. Malàisia: Macmillan, 1997.
- GRUNDMANN, Stefan. «Trust and Treuhand in the 20th Century». A: *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*. Berlín: Duncker & Humblot, 1998. (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History; 19)
- HELMHOLZ, Richard i ZIMMERMANN, Reinhard. «Views of Trust and Treuhand: An Introduction». A: *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*. Berlín: Duncker & Humblot, 1998. (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History; 19)
- KASER, Max. *Das römische Privatrecht*. Vol. 2. 2a ed. Munic: CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1975.

- KOELE, Ineke A. «France: a law proposal introducing "La Fiducie"». A: *The trust. Bridge or abyss between common and civil law jurisdictions?* Deventer i Boston: Kluwer, 1992.
- LAUROBA LACASA, M^a Elena. *Compendi de Dret Català*. Coord. Ferran Badosa Coll, Madrid i Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona i Marcial Pons, 1999.
- LAW COMMISSION, *The Powers and Duties of Trustees*. A: «*The Law Commission reports*», 1982, Cmnd. 8733.
- LAW COMMISSION, *Transfer of Land — Land Mortgages*, «*The law commission reports*», núm. 204. Londres: HMSO, 13-11-1991.
- LEEMREIS, Bert R. «The taxation of trusts, beneficiaries and grantors in the United States of America». A: *The trust. Bridge or abyss between common and civil law jurisdictions?* Deventer i Boston: Kluwer, 1992.
- MADRID PARRA, Agustín. *El Mercado Hipotecario (EE.UU.-España)*, Madrid: Banco Hipotecario de España, 1988.
- MARTIN, Jill E. *Hanbury & Martin. Modern equity*. 15a ed. Londres: Sweet & Maxwell Ltd, 1997.
- NASARRE AZNAR, Sergio. «Common law securitization in Spain». *International Financial Law Review* (març 2000).
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Comentarios del Código Civil*. Vol. 2. Ministeri de Justícia.
- ORTI VALLEJO, Antonio. *Garantías de los títulos del mercado hipotecario*. Madrid: Civitas, 1993.
- ORTI VALLEJO, Antonio. *Las nuevas formas de movilización de la propiedad inmueble: especial consideración de los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, conferència pronunciada a l'Academia Granadina del Notariado el 15 de desembre de 1996.
- SCOTT, Austin Wakeman; FRATCHER, William Franklin. *The law of trusts*. Vol. IV. 4a ed. Boston i Toronto: Little, Brown and Company, 1989.
- SMITH, Roger J. *Property law*. 2a ed. Londres i Nova York: Longman, 1998.
- SONNEVELDT, Frans. «Trusts and Tax Consequences in the United Kingdom». A: *The trust. Bridge or abyss between common and civil law jurisdictions?* Deventer i Boston: Kluwer, 1992.
- STEVENS, John; PEARCE, Robert A. *Land Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.
- TODD, Paul. *Textbook on trusts*. 3a ed. Glasgow: Blackstone Press Limited, 1996.
- TYLER, E. L. G. *Fisher & Lightwood's Law of Mortgage*. 10a ed. Londres: Butterworths, 1988.

Comunicacions a la tercera ponència