

PABLO GÓMEZ BLANES

EL GESTOR FIDUCIARIO

ENSAYO PARA LA FORMACIÓN
DE UN ARQUETIPO JURÍDICO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2023

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO. LOS FENÓMENOS FIDUCIARIOS: LA RELACIÓN FIDES-FIDUCIA	19
CAPÍTULO SEGUNDO. EL TRUSTEE INGLÉS Y SU POSIBLE RECEPCIÓN	23
CAPÍTULO TERCERO. EL GESTOR FIDUCIARIO: CLAVES DE INTERPRETACIÓN	31
I. FUNCIÓN REPRESENTATIVA Y ACTIVIDAD GESTORA	33
1. Actuación <i>nomine alieno</i>	33
2. Actuación <i>proprio nomine</i>	34
3. Régimen de responsabilidad.....	35
4. La cesión de acciones	37
5. La adquisición de derechos y su enajenación.....	38
II. PODER DISCRECIONAL Y DEBER DE LEALTAD	41
1. Derechos y facultades del gestor fiduciario.....	41
2. Deberes del gestor fiduciario	42
a) El deber de diligencia.....	44
b) El deber genérico de lealtad fiduciaria	44
c) El deber específico de lealtad del gestor fiduciario	47
3. Supervisión de la actividad gestora	47
III. EL FONDO FIDUCIARIO COMO PATRIMONIO SEPARADO Y RESPONSABILIDAD POR DEUDAS	50
1. Los patrimonios especiales o autónomos	50
2. La subrogación real	52

3. El régimen de responsabilidad del fondo fiduciario	54
4. La eventual limitación de responsabilidad	55
CAPÍTULO CUARTO. TIPOS DE GESTOR FIDUCIARIO.....	57
I. EL FIDUCIARIO FAMILIAR: EL FIDEICOMISO	59
1. El fiduciario oculto o secreto	62
2. El fiduciario de confianza	63
3. El fiduciario comisario y el albacea	65
4. El fiduciario en llamamientos sucesivos	66
5. El fiduciario en donaciones	69
6. El administrador de una fundación.....	70
7. El administrador de patrimonios especiales	73
II. EL FIDUCIARIO NEGOCIAL: LA FIDUCIA	76
1. El administrador social de empresas societarias con personalidad jurídica.....	76
2. El gestor en agrupaciones societarias sin personalidad y en negocios parciarios	83
3. El gestor de inversiones.....	85
a) El gestor de carteras	86
b) El gestor de Instituciones de inversión colectiva	87
c) El gestor de entidades de inversión alternativa	89
d) El gestor de fondos de pensión y de seguros de inversión	91
e) El gestor de participaciones hipotecarias y de titulaciones	94
4. El fiduciario de garantía	97
5. Situaciones fiduciarias de hecho	100
6. Otras figuras fiduciarias.....	112
a) El cesionario fiduciario	113
b) El depositario de confianza	114
c) El robot como agente.....	115
CONCLUSIÓN	117
BIBLIOGRAFÍA.....	119
ÍNDICE DE FUENTES	129
A. FUENTES ROMANAS	129
B. FUENTES MEDIEVALES	130
C. FUENTES JURISPRUDENCIALES.....	130
D. FUENTES LEGALES	131
ÍNDICE DE MATERIAS	135

INTRODUCCIÓN

§ 1. Este escrito pretende reconstruir arquetípicamente el fenómeno fiduciario en el ámbito de la actividad gestora y plantea su integración en el Derecho español. Se trata de una aproximación doctrinal a la realidad jurídica, que facilite su comprensión y permita su mejor aplicación para la solución de antiguos y nuevos problemas. Si bien se centra especialmente en el Derecho español, lo hace desde una perspectiva comparada, a partir de su evolución histórica, con vistas a la conformación de un *ius novum universale*, no necesariamente uniformado.

Encomendar la gestión de bienes y patrimonios a un tercero requiere confiar en su pericia y en su probidad. Esto supone un delicado equilibrio entre «flexibilidad» y «protección». Es misión del Derecho facilitar la variedad de intereses, situaciones y necesidades, sin menoscabar el deber de velar por las personas afectadas ni el de evitar conductas abusivas. El concepto de «fiduciario» aplicado a la gestión permite distinguir tipos de gestión y consigue aunar soluciones congruentes en figuras jurídicas heterogéneas.

La riqueza de la figura es innegable, así como la amplitud de supuestos, pudiendo operar tanto en un contexto familiar como negocial. Piénsese, por ejemplo, en la asignación de una cantidad a un nieto que, en vez de entregarse directa e inmediatamente al menor o a sus padres, se confiere a alguien de confianza con instrucciones sobre el modo de negociar e invertir, determinando que se le entregue capital y beneficios el día de su vigesimoquinto cumpleaños, y que, hasta entonces, se le provea de todo lo necesario para su educación, más una determinada cantidad anual desde el momento en que alcanzara la mayoría de edad. Considérese también el caso de varias personas implicadas en un negocio común que, para su ejecución, nombran a un tercero, experto, a quien conceden un amplio poder discrecional, necesario para aprovechar sus conocimientos y afrontar las distintas vicisitudes que pudieran surgir.

El capítulo primero propone un concepto amplio de «fiduciario», coherente con el equivalente inglés «*fiduciary*», que parte de la idea del «*fides*» romano y se refiere al especial deber de lealtad en situaciones de desigualdad jurí-

dica. Este planteamiento amplio se revela particularmente apto para corregir desequilibrios jurídicos. Partiendo de esta acepción aglutinante e integradora del fenómeno, los capítulos sucesivos se centran en la figura más concreta del «gestor fiduciario».

La doctrina inglesa suele considerar al *trustee* como prototipo y paradigma de gestor fiduciario. El capítulo segundo aborda esta figura, su recepción en el Derecho continental y la problemática de su introducción en el español. Ciertamente, no es conveniente la mera transposición del *trust* angloamericano, por lo demás inviable, aunque solo sea por su necesario desarrollo jurisprudencial y porque los propios países del *common law* difieren significativamente en su regulación. Se trata, más bien, de reconocer la realidad fiduciaria que, ni es extraña a nuestra tradición jurídica, ni necesariamente implica acoger categorías doctrinales aparentemente incompatibles con nuestro Derecho, como el desdoblamiento de la propiedad o la configuración de un nuevo Derecho real, ni tampoco tiene por qué interferir con figuras o instituciones propias, como el mandato, la representación, el albacea o la *causa adquirendi*. El fenómeno fiduciario es una realidad jurídica con cabida en nuestro Derecho; es más, cuenta en la actualidad con diversas manifestaciones, a mi entender, algunas de ellas latentes.

El capítulo tercero profundiza en las claves conceptuales del «gestor fiduciario». Este capítulo constituye el núcleo del trabajo, en el que propongo una reconstrucción doctrinal a partir de tres claves de interpretación: *a)* su función representativa y actividad gestora, *b)* el poder discrecional y el deber de lealtad y *c)* la formación de un fondo fiduciario como patrimonio separado y la responsabilidad por las deudas.

Seguidamente, el capítulo cuarto analiza los diversos tipos de gestor fiduciario. El propósito de este capítulo es revelar cómo y en qué medida el calificativo de «fiduciario» se ajusta a los distintos institutos estudiados y aporta un denominador común que permite su consideración desde una perspectiva integradora.

Por último, el trabajo recoge algunas reflexiones conclusivas sobre la oportunidad y viabilidad de su posible regulación y el modo de realizarla. Se trata de determinar la conveniencia de introducir un nuevo campo o rama del Derecho privado y si merece un tratamiento legislativo unificado, o, por el contrario, resulta más aconsejable una aproximación doctrinal y, si acaso, una regulación sectorial. El trabajo se inclina por esta segunda opción, sin perjuicio de un reconocimiento genérico, flexible y abierto que facilite su potencial dinamismo.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS FENÓMENOS FIDUCIARIOS: LA RELACIÓN *FIDES-FIDUCIA*

§ 2. El término «fiduciario» aparece en contextos muy variados, siempre acompañado de consideraciones éticas. En tiempos recientes muestra singular fortuna en el ámbito de la economía, que excede su significación primigenia de «moneda fiduciaria» para adentrarse en la ética empresarial y de los negocios.

La romanística usa de antiguo este término para referirse a situaciones muy dispares entre sí: *a)* el *familiae emptor* en la *mancipatio* de la primera etapa republicana; *b)* el *accipiens* en un contrato de fiducia, que adquiere la cosa con funciones de lo más abigarradas, como depósito, mandato o garantía; *c)* el heredero o legatario que recibe un encargo fideicomisario; *d)* el *pater fiduciarius* de la *emancipatio*; *e)* el *patronus fiduciarius* de la *fiducia manumissionis causa*, o *f)* el *maritus* en la *coemptio fiduciaria*, con sucesiva liberación de la *manus*, para hacer cesar al tutor legítimo (*tutelaevintandae causa*).

Nuestro Derecho conoce el término en la sucesión *mortis causa*, así como, por influencia del Derecho alemán e italiano, en la categoría doctrinal de los «negocios fiduciarios». Asimismo, esta vez por influjo indirecto del *common law*, se ha ido introduciendo el concepto de «patrimonio» o «fondo fiduciario».

El Derecho de origen angloamericano acude al término *fiduciary* para aludir a supuestos en los que una persona asume un especial deber de lealtad (*fiduciary duty, obligation of undivided loyalty*), señalando así una responsabilidad especial y agravada: la «responsabilidad fiduciaria». La relación de este tipo más importante es la del *trustee* respecto del beneficiario (*beneficiary*). Pero no es la única. Incluye a los administradores sociales, a los mandatarios (*agents*) y, en general, a todo gestor de negocios ajenos, que, por su posición estructural dominante y la potencialidad abusiva de su actuación, asume un especial deber de lealtad.

Incluso va más allá. El carácter fiduciario también se predica de una gran variedad de categorías y situaciones jurídicas carentes de naturaleza estrictamente gestora. Es el caso de los abogados y médicos respecto de sus clientes y pacientes, o del sacerdote en relación con sus feligreses, o el de los trabajadores cualificados que reciben información especial y confidencial de la empresa¹. Un caso muy interesante que se ha querido ver como originador de una responsabilidad fiduciaria es el que asume el acreedor por la excesiva onerosidad de la garantía frente a un fiador sin interés económico en la relación asegurada, aprovechándose de su inexperiencia negocial o de su situación de presión psicológica².

§ 3. Este concepto amplio de *fiduciary* tiene un cierto antecedente romano en la idea misma de *fides* (fidelidad) y en la correlativa *fiducia* (confianza) que aquella suscita³. La *fides* romana se refiere al deber de lealtad de quien se encuentra en una posición de ventaja respecto de otro; su infracción se sanciona como *fraus* y se justifica en la confianza de la parte débil en que la fuerte cumplirá su palabra⁴.

El realismo jurídico romano advirtió desigualdades en determinadas situaciones y posiciones jurídicas, y acudió a la *fides* como principio rector, complementario del *ius* propio y privativo de la *civitas* (*ius civile*), apto para regir las relaciones comerciales con los extranjeros (*ius gentium*), pero también para regular las relaciones de patronato sobre los libertos (*fides patroni*). Si bien las instituciones bajo la *fides*, en principio, son accesibles a los peregrinos, este no es su efecto más acusado, sino el mencionado deber de lealtad. Es más, la *fides* se da aunque falte el elemento extranjero. Estas figuras jurídicas pueden tener origen civil o pretorio, e incluso, durante el Principado, podían contar con la protección especial de la *cognitio extra ordinem*, como es el caso

¹ Responden a esta naturaleza fiduciaria las cláusulas de incompatibilidad, las que impiden pasarse a la empresa del competidor o las que excluyen la posibilidad de trabajar en el mismo ámbito o sector durante un periodo de tiempo.

² Vid. al respecto mi trabajo GÓMEZ BLANES (2011), pp. 167-202. Sobre la aproximación de ciertas relaciones contractuales con otras propiamente fiduciarias, cfr. DIMATTEO (2001), p. 288. Vid. también ENONCHONG (2006), p. 201, y PRATT (1988), pp. 415-464. Sobre la naturaleza fiduciaria de determinados fiadores, cfr. SEALY (1962), pp. 69-81, y OGIIVIE (2005), pp. 245-277, esp. p. 276.

³ Sobre la *fides* romana, cfr. NÖRR (1991 y 1989), relativo a las relaciones entre *fides* y *deditio*. Vid. también LOMBARDI (1961); CASTRESANA (1991); VALSAN (2017), pp. 48-85, y GARCÍA RIAZA y SANZ (2019). Su importancia trasciende el ámbito estrictamente jurídico y, junto con el cristianismo, adquiere una dimensión filosófico-teológica que le dota de una significación nueva, si bien en cierto modo concomitante.

⁴ Sobre la asimetría de la *fides*, vid. D'ORS (1999), pp. 182-196, esp. p. 186. Según este autor, de ahí deriva la diferencia entre la *fides* unilateral y la *bona fides* bilateral. La *fides* romana parte de la *fides deorum* («*deorum*» como genitivo subjetivo, «de los dioses»; en vez de objetivo, «en los dioses»), en cuanto responsabilidad de las distintas deidades para cumplir el servicio propiciatorio. Vinculada a la *pax deorum* romana, parece que también tendrá connotaciones religiosas la *fides* del general vencedor que, como representante del pueblo romano, se compromete a cumplir las condiciones de paz (*deditio in fiden*): la *fides* supera la hostilidad, el extranjero entra en su *fides* y clientela, pasando de «*hostis*» a «*hospes*», ganándose así el favor de los dioses extranjeros. Álvaro d'Ors destaca que, en el lenguaje cristiano, la *fides* se ha identificado en cierto modo con la *fiducia*; ya no es la «fe de Dios», sino la «fe en Dios». A su juicio, esta *fides* cristiana combina el significado intelectualivo, propio de la *pistis* griega, como conocimiento, con el voluntario de la *fides* y del *credere* romano, en cuanto entrega a aquel en quien se confía. VALSAN (2017), pp. 55-58, por su parte, distingue del originario sentido activo del término *fides*, como confianza, dar crédito, uno pasivo, más relevante para el Derecho, que contiene tres significados principales: lealtad, promesa y protección.

del *fideicommissum*. La *fides* tendrá una importancia decisiva en determinadas relaciones unilaterales, como son las crediticias (*credere* se equipara a *fidem sequi*) y las garantías personales (*fideipromissio*, *fideiussio*)⁵.

En las relaciones recíprocas, la *fides* transmuta en *bona fides* y el deber de lealtad se hace recíproco⁶. Al ser dos personas simultáneamente acreedoras y deudoras, ya no se da *a priori* una posición de superioridad de una respecto de otra, lo que es especialmente claro en las relaciones bilaterales perfectas. La determinación de la responsabilidad exigida a cada uno requiere mayor flexibilidad de juicio, pues es preciso ponderar el cumplimiento leal de la otra parte negocial⁷. Mérito del *ius commune* y, en particular, del *ius canonicum* fue elevar la buena fe a categoría de principio general y exigir la lealtad a la palabra dada y una actuación diligente en cualquier tipo de acto o negocio jurídico.

Esta generalización del principio de buena fe, en ocasiones, podría dificultar una debida y necesaria distinción y separación respecto de aquellas situaciones en las que hay un desequilibrio estructural entre las partes. La igualdad, de ser un objetivo, una tarea, pasa a convertirse en un presupuesto, en un punto de partida en las relaciones jurídicas. Sin perjuicio de la bondad de este principio informador del Derecho, se constata en la actualidad la necesidad de reconsiderar la igualdad como tarea y no solo como presupuesto. En el ámbito de las relaciones privadas, este nuevo paradigma se manifiesta, entre otras muchas, en la necesidad de proteger la competencia, en la tutela que merece el consumidor y en la atención especial debida a las personas en situación de dependencia y vulnerabilidad.

Creo que a partir de esta idea del Derecho inglés y tomando en consideración el antecedente romano de la *fides*, podemos elaborar también en el *civil law* la figura del fiduciario. Ahora bien, no se trata de una institución determinada. No es una figura jurídica más entre otras muchas. «Fiduciario» hace referencia, más bien, a un «apellido»; es un adjetivo que se predica de diversas figuras que tienen como denominador común la posición de ventaja (estructural, jurídica) de una persona frente a otra que se fía (*fiducia*) y que originan un

⁵ Como señala D'ORS (1999), p. 186, la *fides* y su carácter asimétrico se proyecta más allá del orden público internacional y sigue perceptible en las relaciones jurídicas privadas. En este sentido, pone como ejemplo el mutuo y justifica que el deber de lealtad corresponda al deudor, pese a su aparente debilidad, en el hecho de que quien presta dinero se fía sin una completa seguridad de poder recuperar lo prestado.

⁶ Como señala GARCÍA-HERVÁS (1989), pp. 1883-2038, recogiendo el pensamiento de Álvaro d'Ors, «también en el *creditum* se habla de *fides* y se equipara *credere a fidem sequi* [...] El adjetivo *bona*, al agregarse a *fides*, tiene el efecto específico [...] de hacerla recíproca [...]. La *fides* es a las relaciones unilaterales del *creditum* lo que la *bona fides* es a las relaciones sinalagmáticas del *contractus*» (p. 1978). Como señala VALSAN (2017), pp. 83-85, la *bona fides* no es particularmente útil para comprender las deberes fiduciarios. En cambio, sí resulta prometedora la *fides* del *bonus vir*. Este concepto se desarrolla con anterioridad y será, precisamente, el que facilitará la transición del concepto moral y difuso de *fides* al más jurídico de *bona fides*. En definitiva, a juicio de este autor, así como la buena fe es el eje sobre el que se vertebran las relaciones contractuales, la *fides* del hombre bueno y su poder de arbitrio es la piedra angular para la comprensión de las relaciones fiduciarias (*arbitrium boni viri*).

⁷ Cfr. FREZZA (1975), pp. 3-48. Vid. también BEHREND (1978), pp. 187-231, esp. pp. 196-197; PRINGSHEIM (1961), pp. 154-172, y HORVAT (1953), pp. 423-443.

especial deber de lealtad (*fides*). Más que una categoría concreta, estamos ante una cualidad que se predica de una gran variedad de figuras.

§ 4. Es preciso deslindar las «relaciones fiduciarias» de los «negocios fiduciarios» y los «patrimonios fiduciarios» de los «deberes fiduciarios» y de la llamada «responsabilidad fiduciaria». De un lado, no todo fenómeno fiduciario es de origen convencional; de ahí que distingamos los «negocios fiduciarios» de otras «relaciones fiduciarias» de hecho. Por «relación fiduciaria» nos referimos, pues, a aquellas situaciones de especial dependencia de una persona respecto de otra que ejerce sobre aquella una cierta posición de influencia y control, y que merece particular protección jurídica. El Derecho protege a la persona vulnerable de posibles abusos de poder de aquel de quien se depende y al que se confía. Encuadrado en estas, como uno más de sus tipos, los «negocios fiduciarios» son los de naturaleza convencional.

Además, el fenómeno fiduciario no implica en todo caso una cesión de bienes, derechos o patrimonio, de manera que no siempre cabe hablar de «fondos o patrimonios fiduciarios». En esta acepción amplia, el centro de atención, lo definitivo, es el nacimiento de unos deberes especiales (los «deberes fiduciarios»), asumidos por la persona que ejerce la posición de poder, influencia y control, que se manifiesta en diversos recursos jurídicos, entre los que cabe destacar: *a*) la posibilidad de rescindir negocios jurídicos en determinados supuestos por desequilibrio patrimonial; *b*) el deber especial de información, por ejemplo, en protección del consumidor; *c*) la protección frente a cláusulas abusivas y reglas especiales de interpretación, como es el caso de los contratos con condiciones generales; *d*) las exigencias de especial diligencia en la responsabilidad, y *e*) las normas de defensa de la competencia.

§ 5. Una consideración unitaria del fenómeno fiduciario será útil en la medida en que facilite el recurso analógico, permita distinguir situaciones diferentes dentro de una misma institución y evite incoherencias y disfunciones; de lo contrario, abocaría en un conceptualismo estéril, alejado de la realidad concreta del caso y de la solución de problemas jurídicos, que es, a fin de cuentas, lo que interesa al jurista.

En este trabajo nos centramos en la figura del «gestor fiduciario» de un bien o patrimonio ajeno, equivalente al *trustee* angloamericano y figuras análogas. Es el supuesto más importante, pero, como hemos podido apreciar, no el único. Con anterioridad entendimos por «fiduciario en sentido amplio» a quien se encuentra en una posición de ventaja jurídica frente a otro, vulnerable y en correlativa situación de desventaja. Ahora, por «fiduciario en sentido más restringido» nos referimos a quien, en esa posición de ventaja y de poder potencialmente abusivo, gestiona un bien, derecho o patrimonio ajeno (fondo fiduciario), en especial si, respecto a terceros, aparece como su titular sin serlo realmente (titularidad formal). En suma, pues, nuestra atención en adelante se centra en la figura del «gestor fiduciario».