

Recibido: 30 agosto 2021
Aceptado: 1 octubre 2021

La fiducia inmobiliaria de administración y el concepto de “obligaciones contractuales” en el Reglamento Roma I

Eva JIMÉNEZ PALMA*

SUMARIO: I. Introducción. II. La fiducia inmobiliaria de administración en el comercio internacional: 1. Aproximación conceptual. 2. Estructura interna. 3. Internacionalidad de la operación. III. Problemas de calificación en sede conflictual: especial referencia al ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. 1. Fraccionamiento de la operación. 2. Obligaciones contractuales presentes en la fiducia inmobiliaria de administración. 3. Alcance de la exclusión de los *trusts* (art. 1.2º.h RRI) sobre la fiducia inmobiliaria de administración. 4. Repercusiones prácticas: breve aproximación a la ley aplicable a la transmisión de la propiedad inmobiliaria con fines de administración. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La determinación de las fuentes de regulación de la “fiducia inmobiliaria de administración” en el comercio internacional es ciertamente compleja. La internacionalización de este novedoso entramado negocial, su polémica naturaleza jurídica, la disparidad normativa existente en Derecho comparado, el fracaso de ciertos intentos unificadores en materia fiduciaria, y la consecuente necesidad de acudir al tradicional método conflictual, constituyen las principales notas que caracterizan la reglamentación de este tipo de transacciones fiduciarias en el tráfico comercial internacional. En este trabajo se analizan algunos de los problemas de calificación que plantean estos entramados en sede conflictual. Puesto que estamos ante una significativa “operación compleja”, compuesta por numerosas relaciones jurídicas de distinta naturaleza, se ha optado por realizar una calificación múltiple y, a partir de ahí, se ha determinado si algunas de ellas tienen carácter contractual en el sentido del Reglamento Roma I, y si se subsumen en el ámbito material de dicho instrumento europeo. Para ello, no solo se ha de traer a colación el concepto europeo de “obligaciones contractuales”; se debe examinar también el significado y alcance de la exclusión de los *trusts* prevista en el art. 1.2º.h) del Reglamento Roma I. Reglamento cuyas disposiciones, en todo caso, han de ser interpretadas y aplicadas de manera uniforme por todos los Estados parte, con independencia del tratamiento que reciban estas instituciones en sus sistemas jurídicos.

PALABRAS CLAVE: FIDUCIA INMOBILIARIA – OPERACIÓN JURÍDICA COMPLEJA – REGLAMENTO ROMA I – CALIFICACIÓN JURÍDICA – OBLIGACIONES CONTRACTUALES – *TRUSTS*.

* Profesora de Derecho internacional privado. Universidad de Málaga.

Real estate management fiducia" and the concept of "contractual obligations" in Rome I Regulation

ABSTRACT: *The determination of the sources of regulation of the "real estate management fiducia" in international trade is certainly complex. The internationalization of this new business framework, its controversial legal nature, the existing normative disparity in comparative law, the failure of certain unifying attempts in fiduciary matters, and the consequent need to resort to the traditional conflictual method, constitute the main features that characterize the regulation of this type of fiduciary transactions in international commercial traffic. In this work some of the qualification problems posed by these frameworks in conflictive headquarters are analyzed. Since we are facing a significant "complex operation", made up of some legal relationships of different nature, it must be determined whether some of them are contractual in the sense of the Rome I Regulation, and whether they are subsumed within the material scope of said European instrument. To do this, not only must the European concept of "contractual obligations" be brought up; the meaning and scope of the exclusion of trusts provided for in art. 1.2.h) of the Rome I Regulation must also be examined. These provisions, in any case, must be interpreted and applied in a uniform manner by all States parties, regardless of the treatment that these institutions receive in their legal system.*

KEYWORDS: REAL ESTATE FIDUCIARY INSTRUMENTS – COMPLEX LEGAL TRANSACTIONS – ROME I REGULATION – QUALIFICATION – CONTRACTUAL OBLIGATIONS – TRUSTS

I. INTRODUCCIÓN

1. Asistimos a un notable debilitamiento en las formas tradicionales de gestión de proyectos de construcción inmobiliaria, lo que ha llevado en numerosos países a optar por modelos más novedosos, como la denominada "fiducia inmobiliaria", que representa una herramienta de fuerte impacto en el esquema de los negocios fiduciarios y una importante alternativa para la expansión del mercado inmobiliario. Así ha quedado evidenciado en numerosos sistemas jurídicos, donde se ha optado por regular esta institución –de forma más o menos específica– y donde resulta prácticamente inconcebible actualmente construir sin fiducia inmobiliaria¹.

¹ En este sentido, destacan especialmente algunos sistemas jurídicos latinoamericanos, como los de Colombia, México o Argentina, entre otros. En ellos, no solo se prevé una regulación general de los negocios fiduciarios, sino que, en algunos casos, también regulan específicamente la fiducia inmobiliaria («fideicomiso inmobiliario», atendiendo a la terminología empleada comúnmente en tales ordenamientos). Asimismo, esta operación también ha sido consolidada jurisprudencialmente y en la práctica jurídica de tales países. Para un estudio general de los «fideicomisos inmobiliarios» regulados en Latinoamérica, *vid.* E. Casas Sanz De Santamaría, *Del «Trust» anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2004, pp. P.M. Guiraldi, *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 11–38; C.A. Molina Sandoval, *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, Euros Editores, 2009, pp.11–22; S. Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América latina*, Colombia, Legis, 2017, pp. 44–100. Otros sistemas jurídicos de derecho civil (*civil law*

Sus innumerables ventajas han fomentado incluso que en la práctica comercial de otros Estados –como España– se esté planteando la posibilidad de celebrar este tipo de negocios².

2. A modo de delimitación del objeto de estudio, cabe destacar que existen multitudes de esquemas de fiducia inmobiliaria, en atención a la función económica de la obligación asumida, al bien objeto del negocio, a la naturaleza pública o privada del fiduciante, etc. En términos generales, se puede afirmar que la fiducia inmobiliaria puede ser de administración, de inversión, de garantía o de titulización³. En el presente trabajo, será objeto de análisis la “fiducia inmobiliaria de administración”, esto es, la que tiene por objeto la administración del completo desarrollo del proyecto de construcción inmobiliaria y la retransmisión final de las unidades inmuebles resultantes⁴. Se excluyen, por tanto, los negocios fiduciarios de inversión inmobiliaria. Aunque estos negocios contemplan ciertas funciones de administración, su finalidad principal no es esta, sino la captación del capital necesario para la financiación del proyecto inmobiliario⁵. Lo mismo ocurre

jurisdictions) también contemplan la posibilidad de celebrar negocios fiduciarios de administración en el ámbito inmobiliario. En Francia, por ejemplo, destacan tres figuras: *fiducies de redevances ou de ressources*, *fiducies comerciales* y *fiducies de placement immobilier*. Vid. *infra*. párrafo 10.

² Un sector de la doctrina civilista e internacional–privatista ha venido analizando la conveniencia de una reforma de alcance general en nuestro Derecho interno español que tipifique los negocios fiduciarios en general, así como ciertas figuras en particular, como la transmisión de la propiedad con fines de garantía (*fiducia cum creditore*); y que garantice, en esta materia, la seguridad en el tráfico nacional e internacional. Vid., entre otros, R. Caro Gándara, “La transmisión de propiedad en garantía o fiducia cum creditore en el comercio internacional: su validez y eficacia en España”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 249–302; P. Salvador Cordech, “Fideicomiso inter vivos, fundación de interés particular y fiducia expresa: una propuesta de política jurídica”, *Diario La Ley*, nº 9892, Sección Tribuna, 15 de Julio de 2021, Wolters Kluwer, disponible en [<https://noticias.juridicas.com/160-anos-de-ley-hipotecaria/noticias/16460-fideicomiso-inter-vivos-fundacion-de-interes-particular-y-fiducia-expresa-una-propuesta-de-politica-juridica/>>].

³ Para profundizar sobre la gran variedad de esquemas de fiducia inmobiliaria existentes en los distintos sistemas jurídicos, vid. S.I. Bello Knoll, *Fideicomiso público*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, pp. 171–231; E. Casas Sanz De Santamaría, *Del «Trust»...*, *op. cit.*, pp. 34–38; N.P. Etchegaray, *Fideicomiso*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 81–115; L.M. Medina Vanegas y J.A. Vázquez Torres, “Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios”, *Universidad Militar Nueva Granada*, Bogotá, 2014, pp. 10–18; C.A. Molina Sandoval, *El fideicomiso...*, *op. cit.*, pp. 381–503; S. Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios...*, *op. cit.*, pp. 399–559.

⁴ También conocida como “fiducia inmobiliaria clásica”. Es necesaria una precisión terminológica a este respecto. Para referirnos a la fiducia inmobiliaria de administración, utilizamos en ciertas ocasiones dicha denominación clásica, así como el término “fiducia inmobiliaria”, por tratarse de la categoría general en la que se incluye aquella.

⁵ Es el caso de los conocidos fondos de inversión inmobiliaria (FII), entre otros. En el actual y relevante as. 272/18, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el tratamiento que reciben este tipo de operaciones fiduciarias en Derecho internacional privado europeo;

con los restantes esquemas mencionados, en los que, aunque el fiduciario lleve a cabo tareas de administración, este no es su fin último. De otro lado, este trabajo se centra en operaciones celebradas por particulares con fines privados; excluyendo, de este modo, los negocios fiduciarios de naturaleza pública, es decir, aquellos en los que intervienen –en calidad de fiduciantes o de beneficiarios– sujetos de Derecho público⁶.

3. En la práctica jurídica, la fiducia inmobiliaria de administración suele presentar elementos transfronterizos. Dicha internacionalidad (por la que el esquema fiduciario queda vinculado a más de un ordenamiento jurídico), junto con su polémica naturaleza jurídica, la disparidad normativa existente en Derecho comparado, el fracaso de ciertos intentos unificadores en materia fiduciaria, y la consecuente necesidad de acudir al tradicional método conflictual, constituyen las principales notas que caracterizan la reglamentación de este tipo de transacciones fiduciarias en el tráfico comercial internacional.

4. El necesario recurso al método conflictual aumenta, aun si cabe, los interrogantes que suscitan estos negocios fiduciarios en el tráfico jurídico externo. La aplicación de las normas de conflicto en la práctica fiduciaria plantea numerosos problemas de aplicación. El primero de ellos, de carácter preliminar, es el relativo a la identificación del instrumento normativo en virtud del cual se determinará la ley aplicable a la fiducia inmobiliaria transfronteriza. En este sentido, la posibilidad –o imposibilidad– de aplicar las normas de conflicto insertas en el Reglamento Roma I⁷ depende de que la relación jurídica en cuestión se subsuma en los ámbitos de aplicación de dicho texto europeo. Este proceso de calificación entraña, como se examinará *infra*, una doble dificultad: (i) la primera de ellas referida al concepto europeo de “obligaciones contractuales”, para la que se deberá traer a colación la vasta jurisprudencia del TJUE y doctrina existente en la

particularmente, en el Reglamento Roma I. Para un análisis completo de la resolución, *vid.* E. Jiménez Palma, “Fondos de inversión inmobiliaria y Derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE 3 de octubre de 2019, Verein für Konsumenteninformation, C-272/18”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 789-805. Para un análisis de la influencia de los «*real estate investment trusts*» en el mercado inmobiliario de la Costa del Sol, *vid.* R. Urrestarazu Capellán, J.L. Sánchez Ollero y A. García Pozo, “The influence of the real estate investment trust in the real estate sector on the Costa del Sol”, *European Research on Management and Business Economics*, vol. 27, nº 1, Enero-Abril 2021, disponible en [<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2444883420303144?token=78E1918CC1E3FDD085DD7D1E4EC078075E49F0A154E7ED81246F7D6048A5CB27299B0E6DDBA18AB0CFBCA6D1A94960D&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210822095632>].

⁶ Para un análisis exhaustivo de los negocios fiduciarios de naturaleza pública, *vid.* S.I. Bello Knoll, *Fideicomiso público...*, *op. cit.*, pp. 135-314.

⁷ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

materia, con el fin de comprobar si los atributos de la fiducia inmobiliaria se subsumen en el mismo; (ii) la segunda, relativa al alcance de la exclusión contemplada en el art. 1.2º.h) del Reglamento sobre las instituciones fiduciarias, como la que nos ocupa en el presente trabajo. No obstante, antes de adentrarnos en el análisis de estos problemas de calificación que plantea la fiducia inmobiliaria de administración en sede conflictual, resulta indispensable partir de una breve aproximación material a la figura en la que se examine, desde una perspectiva sustantiva, su concepto, su polémica naturaleza jurídica en Derecho comparado y su compleja estructura interna.

II. LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE ADMINISTRACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1. Aproximación conceptual

5. En el Derecho romano clásico existían dos modalidades de fiducia: la fiducia con fines de garantía (*fiducia cum creditore*) y la fiducia con fines de administración (*fiducia cum amico*)⁸. De acuerdo con esta tradicional clasificación, la fiducia inmobiliaria se enmarca en la segunda modalidad, esto es, la que tiene por objeto la transmisión de bienes fiduciarios para que estos sean gestionados por el fiduciario y retransmitidos por este una vez cumplida la función encomendada. Aunque resulta complejo ofrecer un concepto universal de “fiducia inmobiliaria”, se podría afirmar que se trata

⁸ Mientras la primera modalidad tenía por objeto entregar la propiedad del bien a fin de recuperarla una vez satisfecha la deuda garantizada; en la segunda, el objetivo consistía en la transmisión de ciertos bienes para que quien los recibía los administrara de una forma determinada y los retransmitiera al fiduciante una vez cumplido el plazo o condición acordada. Vid. R. Caro Gándara, “La transmisión de propiedad...”, *loc. cit.*, p. 254. Para mayor profundización sobre la mencionada clasificación, los antecedentes históricos de la fiducia y su evolución en distintos sistemas jurídicos (como el español, el francés o el alemán, entre otros), vid. A. Bosch Carrera, “La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust, y los fideicomisos)”, en M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 565–600; C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 47; M. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 33–38; M.J. García Garrido, *Derecho Privado Romano*, 3ª Ed., Madrid, Dickinson, 1985, p. 358; T. Giménez-Candela, *Derecho privado romano*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 422–424; M.C. Gómez Buendía, “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución”, en M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar (coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 157–171; J.B. Jordano Barea, *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 23; M. Navarro Martorell, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, Bosch, 1950, pp. 27–28; C.A. Molina Sandoval, *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, Euros Editores, 2009, p. 9; B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 6 y 13.

de una operación en virtud de la cual el o los fiduciantes transmiten la propiedad de uno o más bienes inmuebles (por ejemplo, un terreno) al fiduciario (entidad ajena y profesional, denominada “sociedad fiduciaria”) con el fin de que esta última administre y gestione el completo desarrollo del proyecto inmobiliario –en los términos y plazos convenidos– y retransmita, finalmente, las unidades inmuebles resultantes, bien a título de beneficiario (a los fiduciantes o a otras personas designadas por ellos) o bien a título de compraventa (a terceros interesados en la adquisición de dichas unidades inmuebles)⁹.

6. Al igual que sucede en cualquier esquema fiduciario, es precisamente la confianza depositada en el fiduciario la que motiva la celebración de estas transacciones comerciales. Entre las ventajas que presenta esta operación, destaca –al hilo de la mencionada confianza en la profesionalidad de la sociedad fiduciaria– la relativa a la “impermeabilización del patrimonio”. Al integrarse los bienes en un patrimonio autónomo, separado del patrimonio personal del fiduciario, se logra minimizar muchos de los riesgos que suelen presentar los proyectos de construcción inmobiliaria, como la no finalización de la obra, la insolvencia del promotor / constructor, o el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los adquirentes de las unidades inmuebles, entre otros. De este modo, el patrimonio fiduciario solo responderá ante las obligaciones o deudas contraídas en el marco del propio negocio. No se verá afectado, por tanto, por las deudas personales del fiduciario ni por las de los promotores o constructores del proyecto¹⁰.

2. Estructura interna

7. La fiducia inmobiliaria para el desarrollo de proyectos de construcción se caracteriza por involucrar un claro fenómeno de conexidad o agrupamiento contractual, resultante de la combinación de varios negocios jurídicos –celebrados con profesionales de distintos ámbitos– que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí¹¹. Esta operación

⁹ L.G. Baena Cárdenas, *Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 25–37; S. Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios...*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁰ L.G. Baena Cárdenas, *Fiducia inmobiliaria...*, *op. cit.*, pp. 26–29; S. Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios...*, *op. cit.*, pp. 139–140 y 172–173.

¹¹ L.G. Baena Cárdenas, *Fiducia inmobiliaria...*, *op. cit.*, pp. 38–69. Como expone este autor al analizar todos los elementos subjetivos y objetivos de la operación, en la actualidad es muy frecuente que, a fin de realizar una operación económica, las partes celebren de forma simultánea o sucesiva diversos contratos que no funcionan de forma aislada, sino que quedan vinculados de forma que solo el conjunto de ellos los conduce a la consecución del objetivo que persiguen. Concurren, de este modo, dos fines o funciones: uno individual, particular de cada negocio jurídico; y otro global, común a todo el entramado negocial.

compleja, que podría ser denominada como “esquema de fiducia inmobiliaria de administración” (en sentido amplio), está compuesta por un “contrato marco” o “contrato matriz” (el “negocio fiduciario” en sentido estricto, celebrado entre fiduciante/s y sociedad fiduciaria) y varios “contratos secundarios” o “contratos accesorios”.

En virtud del contrato marco, esto es, del negocio fiduciario *stricto sensu*, el o los fiduciantes transfieren a la sociedad fiduciaria el inmueble en el que se desarrollará el proyecto de construcción y, en su caso, planos, licencias y demás documentos necesarios para ello. Debe aclararse que se trata de un único negocio. Como cualquier negocio fiduciario de administración, consiste básicamente en transmitir un bien a un fiduciario para que este lo administre o gestione en los términos acordados. El carácter complejo de este negocio –en tanto que no solo se origina la transmisión de un bien inmueble sino también una prestación de servicios fiduciarios de administración– no implica que estemos ante dos o más negocios jurídicos¹².

Los contratos secundarios, por su parte, son celebrados generalmente entre la sociedad fiduciaria –como encargada de la gestión del proyecto de construcción– y otros sujetos que intervienen indirectamente en la operación fiduciaria. Entre estos negocios accesorios, la doctrina especializada menciona comúnmente los contratos de vinculación, como contratos de consumo celebrados entre la sociedad fiduciaria y los beneficiarios; los contratos de opción de compra o contratos de promesa, que les vinculan con los futuros adquirentes de vivienda; los contratos de crédito celebrados con entidades financieras para financiar el proyecto; la propia contratación de la construcción con la empresa encargada de edificar los inmuebles; etc.

3. Internacionalidad de la operación

8. Como se ha adelantado *supra*, en la práctica jurídica estos esquemas fiduciarios suelen presentar elementos transfronterizos¹³. La internacionalidad de la operación puede manifestarse en elementos personales o subjetivos relativos a las partes que intervienen en tal esquema

¹² Cf. A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3168–3171. Estos autores sostienen, en cambio, que los negocios fiduciarios están compuestos por dos contratos diferentes, uno de transmisión de propiedad y otro de gestión.

¹³ El carácter transfronterizo de estas transacciones comerciales viene dado especialmente por la internacionalización de la actividad inmobiliaria en zonas como la Costa del Sol, al constituir un polo de atracción de inversión extranjera, debido, principalmente, al clima.

fiduciario (nacionalidad, residencia o domicilio), o por elementos objetivos de la propia relación jurídica (situación del inmueble, lugar de celebración del negocio, lugar de prestación de los servicios fiduciarios, etc.).

9. Dicho carácter transfronterizo, por el que la fiducia inmobiliaria queda vinculada, en casi todas las ocasiones, a más de un ordenamiento jurídico, aumenta las dificultades a las que se enfrentan comúnmente estos negocios fiduciarios. Y es que la disparidad normativa que nos muestra el Derecho comparado en esta materia no solo hace cuestionar la validez de este negocio y su eficacia (*inter partes* y frente a terceros), sino que es el caldo de cultivo de los problemas de calificación que se expondrán en los siguientes epígrafes. En atención a la mencionada disparidad normativa, cabe distinguir tres grupos o escenarios diferentes: (i) en primer lugar, aquellos ordenamientos jurídicos en los que están firmemente consolidados los “fideicomisos inmobiliarios”, como es el caso de numerosos países latinoamericanos¹⁴; (ii) de otro lado, aquellos sistemas jurídicos que no cuentan con una regulación especial para la fiducia inmobiliaria de construcción pero que sí han regulado los negocios fiduciarios en general¹⁵; (iii) y, por último, un tercer grupo de Estados que aún no han regulado estos negocios por considerarlos, en muchos casos, incompatibles con los principios jurídicos que inspiran su ordenamiento¹⁶.

10. Cabe destacar que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se reconoce actualmente la validez y la eficacia de los negocios fiduciarios de administración en general (también conocidos con el término de “fiducia-gestión”). Tras algunas reformas legislativas importantes, tales sistemas jurídicos han regulado esta institución de forma más o menos general. En otros casos, la fiducia ha sido construida jurisprudencialmente, o con base en una práctica comercial fuertemente consolidada. Así se desprende de los numerosos estudios de Derecho comparado que se han realizado en la materia y de la *Lista de fideicomisos (trust) e instrumentos jurídicos análogos regulados por el Derecho de los Estados miembros notificados a la Comisión Europea*, en la que se enumeran, entre otras, las siguientes instituciones: *Svěřenský fond* (Chequia), *Fiducies* (Francia), *Mandato fiduciario* y *Vincolo di destinazione* (Italia), *Contrats fiduciaires* (Luxemburgo), *Trusts y Foundations* (Malta), *Fonds voor geveene rekening* (Países Bajos), o *Fiducia* (Rumanía)¹⁷. No obstante, y como afirma

¹⁴ Como ya se ha expuesto, en algunos sistemas jurídicos de Latinoamérica como Colombia, México o Argentina, entre otros, se prevé un tratamiento específico para el «fideicomiso inmobiliario». *Vid. supra*. nota 1.

¹⁵ Este es el caso –como se señalará a continuación– del sistema jurídico francés, entre otros.

¹⁶ Por ejemplo, España. *Vid. infra* párrafo 11.

¹⁷ DO C 136 de 27.4.2020, pp. 5–6, que anula y sustituye a la lista publicada en el DO C 434 de 27.12.2019, p. 27. El art. 31, ap. 10, de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo

C. Witz, cada fiducia es un modelo único que dispone de sus propias particularidades, de modo que no existe una fiducia en sí, sino tantas fiducias como sistemas de Derecho civil de tradición romana¹⁸.

En el sistema jurídico francés, por ejemplo, la fiducia (*fiducie*) fue incorporada mediante la Ley 2007-211, de 19 de febrero de 2007, que introdujo los arts. 2011 a 2030 en el *Code civil*¹⁹. Han de ser destacadas algunas ideas esenciales en relación a esta institución fiduciaria: (i) se constituye mediante un contrato solemne que ha de constar por escrito; (ii) como queda definida expresamente en el art. 2011, es una operación en virtud de la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, lo gestionan con un fin determinado a favor de uno o varios beneficiarios; (iii) el fiduciario adquiere una propiedad plena sobre los bienes y derechos fiduciarios, los cuales se integran en un patrimonio de afectación o patrimonio fiduciario protegido, separado del patrimonio personal del fiduciario, de modo que tan solo responden de las deudas nacidas de su conservación o gestión (art. 2025); (iv) en virtud de los arts. 2019 y 2020, los contratos fiduciarios –así como los bienes inmuebles y los derechos reales inmobiliarios resultantes de aquellos– deben ser registrados en el servicio de impuestos y en el Registro nacional de fiducias, que no cumple una función de publicidad –puesto que no está destinado a ser consultado por terceros–, sino más bien de control frente a la evasión

y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, obliga a los Estados miembros a notificar a la Comisión las categorías, la descripción de las características, los nombres y, en su caso, la base jurídica de los fideicomisos (*trust*) e instrumentos jurídicos análogos que se rigen por su legislación. El mismo artículo obliga a la Comisión a publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea la lista consolidada de tales fideicomisos (*trust*) e instrumentos jurídicos análogos notificados por los Estados miembros. Como se explica expresamente en el mencionado texto, las instituciones fiduciarias en Italia, Chipre, Luxemburgo y Países Bajos se reconocen en virtud de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento.

¹⁸ C. Witz, “Les caractères distinctifs de la fiducie”, *Trust & fiducie: concurrents ou compléments?*, Actes du colloque tenu à Paris, les 13 et 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008. Tanto es así que no existe unanimidad en lo que respecta a los elementos objetivos y subjetivos de estos negocios. De hecho, se ha afirmado que de la fiducia se discute prácticamente todo: su naturaleza jurídica, si tienen o no carácter contractual, si se transmite o no la propiedad de los bienes fiduciarios, si se constituye un patrimonio autónomo y si este tiene personalidad jurídica, si la configuración de estos negocios es incompatible o contraria al principio de *numerus clausus*, si son equivalentes a los *trusts* desde un punto de vista funcional y estructural, etc.

¹⁹ Preceptos en los que quedó contenido el régimen general de la fiducia, esto es, tanto la fiducia-gestión (*fiducie-gestion*) como la fiducia-garantía (*fiducie-surêt*).

fiscal y el blanqueo de capitales²⁰. En el marco de esta regulación general, se permite la constitución de fiducias inmobiliarias en dicho sistema²¹.

11. En lo que respecta, en cambio, a los sistemas jurídicos que no regulan aún la fiducia con carácter general, podemos destacar el caso del ordenamiento jurídico español. Esclavo de los principios tradicionalmente asentados, el legislador español no regula ni en el Código civil ni en el Código de comercio los negocios fiduciarios²². Es por ello por lo que la eficacia de dicha institución en el Derecho civil común español actual es bastante incierta²³. Aunque en un principio la teoría del negocio fiduciario fue bien recibida en España, su evolución no obtuvo una respuesta unánime por parte de la doctrina²⁴ ni de la jurisprudencia española²⁵. De hecho, aún se mantiene en la actualidad un profundo debate acerca de la naturaleza de este negocio, de su validez y de sus efectos frente a terceros²⁶. Debe

²⁰ R. Caro Gándara, "La transmisión...", *loc. cit.*, pp. 270–273.

²¹ De hecho, destacan en el sistema jurídico francés tres figuras: las *fiducies de redevances ou de ressources*, las *fiducies comerciales* y las *fiducies de placement immobilier*.

²² E. Estrada Alonso, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, p. 2.

²³ Analizando pormenorizadamente los problemas de validez y de eficacia que suscitan los negocios fiduciarios de garantía en España, y reclamando una regulación específica que dé seguridad jurídica en la materia, *vid.* R. Caro Gándara, "La transmisión...", *loc. cit.*, pp. 260–267.

²⁴ Destacan la teoría clásica o del doble efecto y la teoría de la titularidad fiduciaria. Para mayor profundización sobre las distintas posiciones doctrinales en la materia, *vid.*, entre otros, M. Albaladejo, "El negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente", *Actualidad Civil*, 1993/4, pp. 663–675; F. De Castro y Bravo, "El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto", *RDN*, jul–dic, 1996, pp. 7 ss; (también publicado en *AAMN*, 1972, pp. 5 ss); *id.* *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967 (reed. Facsímil, Madrid, Civitas, 1985), pp. 379–442; J.L. De los Mozos, "El negocio fiduciario", *La Ley*, 1986, t. 4, p. 1033; L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1975, p. 520; E. Estrada Alonso, *El fideicomiso...*, *op. cit.*, p. 79; C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario...*, *op. cit.*, pp. 16 y 49; G. Tomás Martínez, "Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia", *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 2004, vol. 52, nº 1, pp. 289–314.

²⁵ Como afirma E. Estrada Alonso, *El fideicomiso...*, *op. cit.*, pp. 33 y 85, el negocio fiduciario existente en España es de creación jurisprudencial. Este autor sostiene que "el régimen de silencio ha sido afortunadamente roto por algunos fallos de nuestro TS en los que se recogen de la vida real diversos casos de negocio fiduciario".

²⁶ Profundizando sobre la disparidad doctrinal existente en este punto, *vid.* J. Arespachochaga, *El Trust, La fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 17; A. Díaz Bautista y A.A. Díaz-Bautista Cremades, *El derecho romano como introducción al Derecho*, Murcia, Librero-Editor, 2010, pp. 224–225; P. Fuenteseca Díaz, "Líneas generales de la fiducia *cum creditore* en Derecho romano de obligaciones", en F.J. Paricio Serrano (coord.), *Derecho romano de obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 393 ss; T. Giménez-Candela, *Derecho Privado Romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 449; M.C. Gómez Buendía, "La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución", en S. Nasarre y M. Garrido Melero, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 171–177;

recordarse que el reconocimiento de la validez del negocio fiduciario lo hallamos por primera vez en la STS 25 de mayo de 1944. En esta resolución, el TS entendía que el negocio fiduciario es un negocio real y querido por las partes, de modo que no puede decirse que el negocio fiduciario sea un negocio ficticio, puesto que se quiso y se concertó con todas sus consecuencias. En este sentido, el Alto Tribunal se preocupó por separar los negocios fiduciarios de los negocios simulados. Así se desprende también de las sentencias de 9 de octubre de 1987, de 14 de julio de 1994, de 14 de octubre de 1994. Sin embargo, en cuanto a sus efectos, sólo en contadas ocasiones el TS ha reconocido el efecto transmisivo de la propiedad. Merece especial interés la STS 14 de julio de 1994, sobre cooperación y ayuda en la edificación de un inmueble. En dicha resolución, el TS califica este negocio fiduciario de negocio real y no simulado, admitiendo una propiedad formal análoga a la *fiducia cum amico*²⁷. No se pretende en este trabajo analizar en profundidad estas cuestiones, sino únicamente plasmarlas muy sucintamente para aclarar, de cara al abordaje de los subsiguientes epígrafes, que, en virtud del posicionamiento doctrinal que aquí se sigue, sostenemos que los negocios fiduciarios son perfectamente válidos en el ordenamiento jurídico español, que no carecen de causa, y que –al igual que sucede en la *fiducie* francesa– se transmite la propiedad de los bienes, que quedan integrados en un patrimonio autónomo separado del patrimonio personal del fiduciario y que responden únicamente a las obligaciones y deudas contraídas en el seno del esquema fiduciario.

12. La mencionada disparidad normativa, brevemente expuesta en los párrafos anteriores, y la ausencia de textos unificadores en materia fiduciaria²⁸ hacen necesario acudir al método conflictual. Se prestará especial atención, en este sentido, al Reglamento Roma I, piedra angular en

R. Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 400; B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, pp. 13–14.

²⁷ Para mayor profundización sobre este particular, pueden consultarse, entre otras, las SSTs de 30 de marzo de 2004, de 26 de julio de 2004, de 31 de octubre de 2003, de 14 de marzo de 2002, de 1 de febrero de 2002, de 5 de diciembre de 2001, de 17 de julio de 2001, o de 26 de abril de 2001. *Vid.* C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario...*, *op. cit.*, pp. 96–207; B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, pp. 110–116; I. Solís Villa, “Negocio fiduciario y fideicomiso en España”, *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Madrid, Banco de Bilbao, 1980, pp. 103–115.

²⁸ Los intentos de armonización europea y las propuestas académicas que se han elaborado hasta la actualidad se han centrado en los *trusts*, más que en los negocios fiduciarios propios de los sistemas de derecho civil. Destacan, entre otros, los *Principles of European Trust Law*, el Libro X (Trusts) del Proyecto de Marco Común De Referencia o la Propuesta de Directiva de Fondos Protegidos. Analizando estos textos desde una perspectiva comparada, *vid.* A. Braun, “The framing of a European law of trusts”, en L.D. Smith (ed.), *The worlds of the trust*, Cambridge University Press, 2013, pp. 278–303; *id.* “Trusts in the draft common frame of reference: the «best solution» for Europe?”, *Cambridge L. J.*, vol. 70, n° 2, 2011, pp. 327–352.

la regulación conflictual de las transacciones comerciales transfronterizas. Como se explicará *infra*, la aplicación de este Reglamento debe ser uniforme en todos sus Estados parte, de modo que sus disposiciones han de ser interpretadas de forma autónoma, atendiendo al método europeo de calificación y con independencia del tratamiento que reciban, en sus respectivos sistemas jurídicos, las instituciones fiduciarias y los *trusts*. Todo ello con el fin último de garantizar la uniformidad de soluciones, principio rector del DIPr europeo.

III. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN EN SEDE CONFLICTUAL: ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL REGLAMENTO ROMA I

1. *Fraccionamiento de la operación*

13. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, la fiducia inmobiliaria plantea diversos problemas, entre ellos el relativo a la identificación del texto en virtud del cual se determinará la ley aplicable a la operación²⁹. En presencia de un entramado negocial compuesto por numerosas relaciones jurídicas, como el examinado en este trabajo, la doctrina ha destacado comúnmente la necesidad de pronunciarse –en la etapa calificatoria– sobre la naturaleza e interrelación de las mismas, a fin de determinar si es posible fijar la ley aplicable de forma global o si, por el contrario, se debe optar por una calificación múltiple³⁰.

14. Se ha sostenido mayoritariamente que la complejidad de la operación permite su fraccionamiento, su descomposición en varias relaciones jurídicas. Aunque desde el punto de vista económico, la operación presenta

²⁹ Ello se debe a numerosos motivos, como la multitud de relaciones jurídicas que subyace en esta estructura fiduciaria, la naturaleza heterogénea de las mismas, la extendida atipicidad de los negocios fiduciarios en los Derechos nacionales y el titubeante tratamiento jurisprudencial que les proporcionan los tribunales de algunos Estados, como España.

³⁰ Para un análisis de las dificultades que presentan generalmente las operaciones complejas –como la *joint venture* o los contratos «llave en mano», entre otras– en sede conflictual, y cómo resolverlas, *vid.* M. Behar-Touchais y G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, París, LGDJ, 1999, pp. 384–408; J. Carrascosa González, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 148–155; M.A. Cebrián Salvat, “Las operaciones contractuales complejas en Derecho internacional privado europeo”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 333–378; N. Downes, *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, Eurolex, 1998, pp. 164–166; F. Esteban de la Rosa, *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999, pp. 74–89; A. Hernández Rodríguez, “Los contratos internacionales de construcción ‘llave en mano’”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 195–199 y 231–232.

una unidad indiscutible; desde un punto de vista jurídico, se configura en torno a distintas relaciones jurídicas (conectadas entre sí, pero autónomas). De ahí que se afirme que cada contrato tiene su propia Ley reguladora. El Reglamento Roma I señala la ley aplicable a cada contrato de modo separado e independiente, “contrato por contrato” (regla también vigente en sede de competencia judicial internacional, en el Reglamento Bruselas I bis). Se debe calificar, por tanto, cada una de las relaciones jurídicas que integran la operación, y descartar una determinación global de la ley aplicable al conjunto de la operación³¹. No obstante, la conexión entre todos los contratos es un dato importante a tener en cuenta posteriormente; sobre todo, en defecto de elección de ley aplicable por las partes³².

15. En este sentido, merece especial atención la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-272/18)³³. Aunque este asunto versa sobre

³¹ Vid. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González y C.M. Caamiña Domínguez, *Litigación internacional en la Unión Europea II: La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 98-100; J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 222; M.A. Cebrián Salvat, “Las operaciones...”, *op. cit.*, pp. 333-378; F. Esteban de la Rosa, *La joint venture...*, *op. cit.*, pp. 86-89 y 268-269; J.M. Fugardo Estivill, *El Reglamento (CE) número 593-2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2010, pp. 12-13; S. Sánchez Lorenzo, *Garantías reales en el comercio internacional*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 222-225.

³² Dicha vinculación –entre otras circunstancias– pueda hacer que todos ellos se rijan por la misma Ley (bien a través de la cláusula de excepción prevista en el art. 4.3 RRI, o bien activando la conexión de vínculos manifiestamente más estrechos, contemplada en el art. 4.1.2 RRI). En cualquier caso, esto habría de ser analizado caso por caso, valorando el conjunto de elementos de la operación. Vid. A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 2995-2996.

³³ STJUE 3 octubre de 2019, *Verein für Konsumenteninformation* (C-272/18, EU:C:2019:827). Esta sentencia resulta de gran interés por diversos motivos. Se trata de la primera ocasión en la que el TJUE se pronuncia sobre el tratamiento que recibe la fiducia inmobiliaria de inversión en DIPr europeo. Particularmente, examina el alcance del art. 1.2º.f) del RRI; el alcance de la exclusión prevista en el art. 6.4º.a) del citado Reglamento, en virtud del cual las normas de protección en materia de consumo no se aplicarán a los “contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual”; y la licitud de la cláusula de elección de ley aplicable inserta en los contratos fiduciarios controvertidos (a la luz del art. 6.2º RRI y del art. 3.1º de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). Comentando esta resolución, vid. D. Bureau, “L’application du règlement Rome I à un contrat de fiducie ayant pour objet la gestion d’une participation dans une société en commandite et contenant une clause d’*electio juris* abusive”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, avril-juin 2020, pp. 356-359; D. Carrizo Aguado, “Examen detallado de la exclusión del Derecho societario en el Reglamento Roma I al hilo del Asunto *verein für konsumenteninformation*: Fortaleza legal hacia el consumidor inversor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 959-965; P.A. De Miguel Asensio, “Ámbito de la exclusión del Derecho de

otro tipo fiduciario (particularmente, sobre ciertos contratos de fiducia celebrados en el marco un fondo de inversión inmobiliaria de tipo cerrado), cabe destacar la aportación del Abogado General en los puntos 50 y 51 de sus conclusiones, en los que se refiere a la fiducia como una “operación” que puede plantear tanto cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades (excluidas del Reglamento Roma I) como cuestiones comprendidas en el ámbito de la *lex contractus* (y, por ende, incluidas en el ámbito material del citado Reglamento). Añade en este sentido que:

“[S]e trata de realizar, en cada situación, un riguroso ejercicio de clasificación. En estas circunstancias, (...) procede adoptar, por regla general, una clasificación distributiva en función de las cuestiones de Derecho que plantee la demanda”.

Por todo ello, cabe afirmar que en el esquema de fiducia inmobiliaria debemos desgranar cada una de las relaciones internas que lo integran, calificando el contrato marco, de un lado; y cada uno de los contratos secundarios, por otro. Nos centramos en adelante en el contrato marco, esto es, en el negocio fiduciario propiamente dicho, no en la operación en su conjunto, a fin de identificar el texto en virtud del cual se determinará la ley aplicable a la fiducia inmobiliaria (*stricto sensu*). Se cuestiona si este negocio fiduciario se subsume en el ámbito material del Reglamento Roma I. Para ello, ha de examinarse si esta situación jurídico-privada internacional se subsume, primero, en el concepto de “obligaciones contractuales” contemplado en el art. 1.1º del citado Reglamento; y, segundo, en la exclusión prevista en el art. 1.2º.h) del mismo texto, relativa a los “trusts”. En ambos casos, se habrá de analizar el significado y alcance de ambas categorías jurídicas (delimitando las materias incluidas y excluidas en las mismas), y comprobar posteriormente si la fiducia inmobiliaria se subsume en las mismas.

2. Obligaciones contractuales presentes en la fiducia inmobiliaria de administración

16. Antes de entrar a analizar qué aspectos o relaciones jurídicas de la fiducia inmobiliaria de administración se subsumen en el ámbito material del Reglamento Roma I, debemos partir necesariamente de una premisa básica: este Reglamento se aplica para designar la ley aplicable a las “obligaciones contractuales” (art. 1.1º). El texto no define tal concepto. Sin

sociedades del ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento Roma I: comercialización de fondos de inversión y prestación de servicios en línea [STJ 1ª 3 octubre 2019. as. 272/18: Verein für Konsumenteninformation)], *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 524-527; E. Jiménez Palma, “Fondos de inversión...”, *loc. cit.*, pp. 789-805.

embargo, al tratarse de una categoría jurídica determinante del ámbito de aplicación material de un instrumento europeo, debe ser interpretada de modo uniforme y autónomo en todos los Estados parte. Debe tener, por tanto, un “significado propio”, con independencia de lo que establezcan los Derechos nacionales. Con ello se trata de garantizar la “uniformidad de soluciones”, principio fundamental en el seno del Derecho internacional privado europeo. Tal calificación uniforme se logra, como sabemos, partiendo de los denominados “cánones hermenéuticos europeos”, pormenorizadamente expuestos por la doctrina internacional privatista³⁴.

Cabe destacar –a los efectos del presente trabajo– la relevancia del principio de coherencia recíproca en la aplicación del Reglamento Roma I y el Reglamento Bruselas I bis³⁵. El legislador de la UE preserva en todo momento la interpretación y aplicación armónica y coherente de los Reglamentos que regulan cuestiones de Derecho internacional privado³⁶. Como se deduce de la lectura del asunto Amazon³⁷ o del asunto Ergo³⁸, entre otros, puede afirmarse que la calificación de una acción como “contractual” debería ser, en principio, la misma cuando se aplica el Reglamento Bruselas I bis y cuando se aplica el Reglamento Roma I³⁹. No obstante, en ningún caso la congruencia pretendida puede llevar a interpretar las disposiciones de tales instrumentos normativos de una manera ajena al sistema y a los objetivos de política legislativa perseguidos por los mismos⁴⁰.

³⁴ Vid. A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2018, p. 421; J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 92–93; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 155–158; F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2019, libro electrónico, párrs. 4.7–4.13; R. Plender, *The european contracts...*, op. cit., pp. 29–30.

³⁵ E. Lein, “La nouvelle synergie Rome I / Rome II / Bruxelles I”, en E.C. Bonomi, *Le Nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zúrich, Schulthess, 2008, pp. 27–47.

³⁶ Considerando 7 del RRI: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”.

³⁷ STJUE 28 julio 2016, as. C-191/15, *Amazon*, ap. 37.

³⁸ STJUE 21 enero 2016, ass. C-359/14 y C-475/14, *Ergo*, ap. 43.

³⁹ Esta es la regla general de interpretación en opinión del profesor F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho...*, op. cit., párrs. 6.16 y 24.7. de modo que quien sostenga que un concepto utilizado por un Reglamento europeo debe tener un significado diferente al que se sigue en otro Reglamento europeo, debe argumentar dicha «separación conceptual».

⁴⁰ Como expone S. Sánchez Lorenzo, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. LXX, nº 2, 2018, pp. 17–47, esp. p. 46, en un estudio crítico sobre el alcance del principio de coherencia (vertical, horizontal y transversal): “[E]l paralelismo de

Tomando como referencia la construcción del concepto europeo / autónomo de “materia contractual”, debe partirse de la idea de que tal categoría jurídica comprende los litigios derivados de un “compromiso libremente asumido por una parte frente a otra”. Con otras palabras, cuando se percibe la existencia de una “obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra”. Esta noción es amplia. No es necesario que exista “contrato”, “pacto” o “compromiso” entre dos partes, sino que es suficiente con que exista una obligación jurídica libremente asumida por una persona frente a otra⁴¹.

17. Es lugar común en la doctrina afirmar que los negocios fiduciarios – ya sean de garantía o de administración– generan ciertas obligaciones comprendidas en el ámbito de la *lex contractus* y, por ende, del Reglamento Roma I. Partiendo del “principio de unidad del régimen normativo” consagrado en el art. 12 RRI, se sostiene que quedan incluidos en el ámbito material del mencionado Reglamento la validez del negocio y las obligaciones personales que éste genere entre las partes⁴².

18. Merece especial atención a este respecto el punto 35 de las conclusiones del Abogado General en el asunto C-272/18⁴³, en el que afirma

nociones, conceptos y soluciones no puede ser automático. (...) Requiere un análisis caso por caso de la correspondencia de valores y objetivos perseguidos por las distintas normas jurídicas de Derecho europeo en que se inserta un concepto, una noción o una determinada solución. El principio de coherencia no puede ser entendido en clave funcional o práctica, como una herramienta de consistencia puramente formal para allanar el camino a la interpretación del Derecho internacional privado europeo”.

⁴¹Vid. A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado...*, op. cit., pp. 2806-2813; F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho...*, op. cit., párrs. 6.16 y 24.7. Estos autores analizan pormenorizadamente una vasta jurisprudencia del TJUE en la que se examina qué aspectos quedan incluidos en la materia contractual y cuáles excluidos. Se pueden mencionar, entre muchas otras, las sentencias de 22 de marzo de 1983, as. C-34/82, *Peters*; de 8 de marzo de 1988, as. C-9/87, *Arcado*; de 17 de junio de 1992, as. C-26/91, *Handte*; de 19 de mayo de 1998, as. C-351/96, *Réunion*; de 28 de enero de 2015, as. C-375/13, *Kolassa*; de 10 de septiembre de 2015, as. C-47/14, *Ferho* de 8 de mayo de 2019, as. C-25/18, *Kerr*; o de 5 de diciembre de 2019, as. C-421/18, *Dinant*.

⁴² Vid. R. Caro Gándara, “La transmisión...”, loc. cit., pp. 285-293: Se ha de partir de la distinción entre los aspectos obligacionales y los aspectos reales del negocio. Mientras los primeros incluyen su validez y su contenido obligacional (los cuales se rigen por la *lex contractus*, art. 12 RRI); los segundos –referidos a la transmisión de la propiedad de los bienes fiduciarios, su contenido, efectos y publicidad–, quedan sometidos a la *lex rei sitae* (art. 10.1º Cc). La determinación de la ley aplicable a la validez de la fiducia inmobiliaria y a su contenido obligacional es un *prius* a resolver con carácter previo a la determinación de la ley aplicable a los aspectos reales; M. Checa Martínez, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 124: a diferencia de los *trusts*, “la naturaleza contractual y el carácter personal de las obligaciones que genera la fiducia es incuestionable y, por tanto, también lo será su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma”; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, op. cit., pp. 661-666.

⁴³ Vid. *supra*, notas 5 y 35.

que “no se discute que con carácter general un contrato fiduciario genere entre las partes ‘obligaciones contractuales’”. Se cita en este asunto, a modo de ejemplo, aspectos tales como el alcance de la responsabilidad de la sociedad fiduciaria, los plazos de prescripción y de caducidad de los que dispone el fiduciante para ejercitar una acción de indemnización contra aquella, el lugar de prestación de los servicios fiduciarios, la licitud de las cláusulas contractuales insertas en los contratos fiduciarios, entre otros.

19. Por todo ello, se concluye que la validez de la fiducia inmobiliaria y todos los aspectos relativos al contenido obligacional del negocio quedan comprendidos en el ámbito de la *lex contractus* y, en principio, del concepto de “obligaciones contractuales” del art. 1.1º RRI. No obstante, se debe examinar el significado y alcance de la exclusión prevista en el art. 1.2º.h), si comprende ciertas instituciones fiduciarias, y si la respuesta –afirmativa o negativa– a esta cuestión se debe al carácter contractual o no contractual de las mismas.

3. Alcance de la exclusión de los trusts (art. 1.2º.h RRI) sobre la fiducia inmobiliaria de administración

20. El art. 1.2º. h) del Reglamento Roma I excluye expresamente de su ámbito de aplicación material “la constitución de trusts, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios”. Resulta crucial analizar el contenido y alcance de dicha exclusión, a fin de determinar si ésta incide de alguna forma en la determinación de la ley aplicable a la fiducia inmobiliaria de administración. Particularmente, al contrato marco de la operación, esto es, al “negocio fiduciario de administración” en sentido estricto. Nos encontramos con un problema de concreción de conceptos jurídicos ciertamente complejo. El Reglamento Roma I no define qué deba entenderse por “trust”. No obstante, ello no puede suponer que su significado sea establecido por el Derecho de cada Estado parte. Debe acudirse igualmente al método europeo de calificación, confiriendo a tal concepto un significado autónomo. Asimismo, no debe perderse de vista la tradicional regla de interpretación restrictiva de las materias excluidas de los instrumentos institucionales de DIPr.

21. A fin de hallar el motivo por el que se introdujo dicha exclusión en el entonces Convenio de Roma, cabe atender, en primer lugar, a la génesis de la exclusión. Deben ser recordadas, a este respecto, dos ideas fundamentales:

i) El anteproyecto de Convenio de Roma de 1972, que iba dirigido en un principio a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y a las obligaciones extracontractuales, no excluía el *trust* de su ámbito de aplicación material. Sin embargo, tras la entrada de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en la Comunidad Económica Europea en 1973, y la consecuente revisión y modificación del mencionado anteproyecto –a fin de que tuviera en cuenta también el *Common law* y el sistema legal danés–, fueron introducidas dos novedades relevantes: 1) por un lado, se limitó a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales; 2) de otro, se excluyó el *trust* del ámbito de aplicación del texto.

ii) El Informe Giuliano/Lagarde⁴⁴, que desarrolla una función capital en la interpretación del Convenio de Roma (y del actual Reglamento Roma I), explicaba que:

“[L]a exclusión contemplada en la letra g) del ap. 2, tiene por objeto los trusts, tal como los conciben los países de la Common Law. Se ha empleado justamente el término inglés “trusts” para definir debidamente el alcance de la exclusión. En cambio, las instituciones semejantes de Derecho continental caen bajo el ámbito del convenio, pues normalmente son de origen contractual. El juez tendrá, sin embargo, la posibilidad de asimilarlas a las de la Common Law cuando presenten las mismas características” [Anexo V, párrafo A.5.18].

No obstante, tales afirmaciones, lejos de aclarar el contenido y alcance de dicha exclusión, han planteado las siguientes cuestiones: i) cómo se conciben los *trusts* en el *Common law*; ii) cuáles son las instituciones similares del Derecho continental a las que se refiere dicho Informe; iii) qué características deben presentar tales instituciones para que queden contempladas en la exclusión; iv) conforme a qué criterios resolverán los órganos jurisdiccionales estos temas⁴⁵.

⁴⁴ Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, elaborado por los profesores Mario Giuliano, de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, de la Universidad de París I (DO C 282 1980, p. 1). En la medida en que las disposiciones del Convenio de Roma han sido trasladadas o copiadas en el Reglamento Roma I, pueden emplearse elementos de interpretación del primero, tales como la jurisprudencia que ha generado en el seno del TJUE. Sobre la función esencial que desarrolla el citado Informe en la interpretación de este texto europeo, *vid.* A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 2871.

⁴⁵ Para dar respuesta a estos interrogantes, resultaría esencial realizar un profundo estudio de Derecho comparado. Como expone de forma magistral A. Braun, “The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts”, en M. Graziadei y L. Smith (eds.), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1–30, los estudios comparados en esta materia –que tienen al menos un siglo de vida– no solo han perseguido mejorar la comprensión de los *trusts*; intentar recepcionar los *trusts* en los países de Derecho civil; alentar a instancias supranacionales a unificar o armonizar la materia; o hallar instituciones funcionalmente equivalentes en otros sistemas jurídicos; sino también –y con especial relevancia a efectos de este trabajo– comprender su tratamiento en el conflicto de leyes.

22. En este sentido, cabe destacar que el asunto C-272/18 (citado *supra*) no ha profundizado sobre ello. El Abogado General, en la nota 11 de sus conclusiones, se ha limitado a afirmar que “*La Treuhand y la fiducia son similares al trust propio de los países del Common Law*”. Apoyándose en el Informe Giuliano/Lagarde, añade que, “si bien es cierto que el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación material la constitución de *trusts* y las relaciones entre constituyentes, administradores y beneficiarios (art. 1.2º.h), tal exclusión no abarca las “instituciones similares de Derecho continental”.

Para ello, los estudios comparados han empleado distintos enfoques metodológicos, los cuales han ido evolucionando a la par que las instituciones en sí. Mientras que en un primer momento los académicos se centraban en el análisis de las diferencias que presentaba el *trust* anglosajón con otras instituciones propias de los sistemas de Derecho civil, más adelante se pasó a analizar los puntos en común. Asimismo, paralelamente, los académicos habían pasado de un enfoque conceptual a uno funcional. Una de las ventajas que presenta este enfoque se refiere a la habilidad de superar el formalismo propio de los enfoques anteriores, al prescindir de etiquetas y permitir el análisis de las consideraciones de política legislativa en que se basaba el *trust law*. Por todo ello cabe afirmar que, al estudiar estas instituciones desde una perspectiva comparada, se debe prescindir de un mero análisis conceptual o histórico, y atender a su estructura y a sus funciones. Partiendo de estos últimos enfoques metodológicos, doctrina autorizada en la materia ha concluido que, en la actualidad, tanto la estructura de este tipo de operaciones fiduciarias como sus funciones son perfectamente equiparables a la estructura y las funciones de los «*real estate management/investment trusts*». Para una mayor profundización sobre estos estudios de Derecho comparado, *vid.* V. Bolgár, “Why no Trusts in the Civil Law?”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 2, nº 2, 1953, pp. 204–219; M. Graziadei, U. Mattei y L. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 3–102; G. Gretton, “Trusts without Equity”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 49, 2000, pp. 599–620; H. Hansmann y U. Mattei, “The functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 434–479; P. Lepaulle, “Reflections on the Expansion of Trusts”, *The Am. Univ. L. Rev.*, vol. 6, 1957, pp. 40–42; M. Lupoi, “The civil Law Trust”, *Vanderbilt J. Trans’l Law*, vol. 32, 1999, p. 969; H. Motulsky, “De L’impossibilité juridique de constituer un trust anglo-saxon sous l’empire de la loi française”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 37, 1948 (republicado en *Écrits. III. Études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978), pp. 5–21. En España, la atención por parte de los académicos no emergió hasta los años 90. Destacan, entre estos últimos, E. Arroyo I Amayuelas, *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007; *id.* “Los patrimonios fiduciarios y el “trust”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 82, 2006, pp. 11–62; *id.* “¿Por qué el trust en Catalunya?”, en S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 525–594; S. Cámara Lapuente, “Elementos para una regulación internacional del trust”, en S. Areal Ludeña y A.-L. Calvo Caravaca (dirs.), *Cuestiones actuales sobre el Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 241–273; *id.* “El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización”, en *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003; *id.* “Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, pp. 1757 ss; *id.* “Trusts in Spanish Law”, en M. Cantin Cumyn (ed.), *Trust v Fiducie in a Business Context*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 191 ss; M. Checa Martínez, *El trust...*, *op. cit.*, pp. 1–34; C. González Beilfuss, *El trust: la institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997; S. Martín Santisteban, *El instituto del Trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de civil law*, Pamplona, Aranzadi, 2005.

23. Centrándonos en el alcance de la exclusión de los *trusts* del ámbito del Reglamento Roma I, cabe afirmar que existen diferentes posiciones doctrinales al respecto. Mientras unos autores consideran que la exclusión prevista en el art. 1.2º.h) del Reglamento Roma I se debe a que los *trusts* no tienen naturaleza contractual; otros han mantenido, en cambio, que los *trusts* sí tienen naturaleza contractual, si bien estas figuras pertenecen al elenco de cuestiones que han sido excluidas del Reglamento Roma I por disponer de regulación legal específica.

En primer lugar, para un sector doctrinal, los *trusts* fueron excluidos del RRI por carecer de naturaleza contractual⁴⁶. Si bien es cierto que el tenor literal del Informe Giuliano/Lagarde de 1980 (*“las instituciones semejantes de Derecho continental caen bajo el ámbito del convenio, pues normalmente son de origen contractual”*)⁴⁷, del Informe Dyer/Van Loon de 1982 (*“recent Conventions on the law applicable to contractual relationships have in one way or another excluded trusts, for the good reason that trusts are not contracts”*)⁴⁸, y del Informe Schlosser de 1978 (*“las relaciones jurídicas entre los trustees y las relaciones entre los trustees y los beneficiarios no tienen naturaleza contractual”*)⁴⁹ apuntaban en este sentido, debe entenderse que se referían al tradicional *“English-model trust”*. De modo que los restantes modelos que sí tenían naturaleza contractual no quedaban excluidos, al menos desde este punto de vista, del ámbito del entonces Convenio de Roma⁵⁰. Asimismo, se ha de recordar que los *trusts* han ido evolucionando en las últimas décadas. Una de sus notas más características es precisamente su versatilidad. Actualmente, muchos de ellos son

⁴⁶ Vid., entre otros, M. Checa Martínez, *El trust...*, op. cit., pp. 122–123.

⁴⁷ Vid. *supra*, nota 46.

⁴⁸ Report on trusts and analogous institutions, by Adair Dyer and Hans van Loon. – (Preliminary Document No 1 of May 1982), *Actes et Documents, Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Trust – loi applicable et reconnaissance*, p. 98, donde se remiten al Convenio de la Haya de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de agencia, y al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

⁴⁹ Informe del profesor P. Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (90/C 189/10).

⁵⁰ Esta es la postura de numerosos autores. Vid. P. Kaye, *The new private international law of contracts of the European Community. Implementation of the EEC'S Contractual Obligations Convention in England and Wales Under the Contracts (Applicable Law) Act 1990*, Aldershot, Dartmouth, 1993, pp. 131–132: incluso en el marco de las relaciones internas de los *trusts* se celebran entre las partes ciertos negocios jurídicos que tienen naturaleza contractual y que, por ende, quedan incluidos en el ámbito material del Reglamento Roma I (entonces Convenio de Roma). En la misma línea, vid. J.H. Langbein, *“The Contractarian Basis of the Law of Trusts”*, *The Yale Law School*, vol. 105, Nº 3, (Dec 1995), pp. 625–656; M. Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 301–344.

efectivamente de naturaleza contractual. Además, desde el punto de vista conflictual, y retomando el estudio jurisprudencial expuesto en el epígrafe anterior, existe “obligación contractual” en el sentido del Reglamento Roma I cuando se puede identificar una obligación libremente asumida por una parte frente a otra, aunque se trate de un acto jurídico unilateral y esa otra parte sea indeterminada o no haya intervenido en un acuerdo, pacto o contrato⁵¹. Otro debate sería si, aun teniendo naturaleza contractual, los *trusts* quedan excluidos del ámbito del Reglamento por alguna otra razón.

Es aquí donde entra en juego la tesis de la regulación legal específica, que parte de la base de que el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación diversas cuestiones que, aunque presentan carácter contractual y patrimonial, ya están reguladas por otros instrumentos legales. Quienes se decantan por esta teoría afirman que este fue el caso de los *trusts*: aunque generan obligaciones contractuales –en el sentido expuesto anteriormente–, el legislador europeo buscaba que los Estados miembros ratificasen el Convenio de La Haya de 1985 sobre el *trust*⁵². No obstante, ha de recordarse que, en esta materia particularmente, la exclusión de los *trusts* se produjo antes de que la Oficina Permanente la Conferencia de la Haya sugiriese, en una nota de diciembre de 1979, los *trusts* como tema de debate para la siguiente Sesión, que se celebraría en 1980⁵³. De ahí que nos surjan ciertas dudas acerca del conocimiento que el Legislador europeo pudiera tener, años atrás, sobre las reuniones que se iban a celebrar posteriormente en la Conferencia de la Haya.

24. En definitiva, cabe afirmar que los *trusts* fueron excluidos del entonces anteproyecto de Convenio de Roma porque, en ese momento, únicamente

⁵¹ A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 2874–2875 y 3485: “La mayor parte de obligaciones que genera un *trust* recaen sobre el *trustee* y son, desde el punto de vista del DIPr. europeo, «obligaciones contractuales»”. En efecto, el *trust* supone un compromiso libremente asumido por una parte, el *trustee*, frente a otra. *Vid.* jurisprudencia citada en nota 43. *Cf.* M. Checa Martínez, *El trust...*, *op. cit.*, pp. 122–123: “aunque la creación del *trust* se produce a partir de la entrega de la propiedad por el constituyente al fiduciario, no se trata de una relación contractual, puesto que el constituyente efectúa un acto jurídico unilateral para la creación del *trust* y no una oferta de carácter contractual; si la aceptación del *trustee* concurre en el documento constitutivo del *trust*, tiene igualmente naturaleza de acto jurídico unilateral. Ello explica que el *trustee* no adquiera ninguna obligación frente al constituyente, sino solo frente al beneficiario”.

⁵² A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 2876–2877.

⁵³ Como se ha expuesto *supra*, la exclusión de los *trusts* se produjo tras la entrada de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en la Comunidad Económica Europea en 1973, momento en el que comenzaron las tareas de revisión del anteproyecto del Convenio de Roma con el objetivo de que éste tuviera en cuenta también el *Common law* y el sistema legal danés. De otra parte, para profundizar sobre el procedimiento de propuesta y elaboración del Convenio de la Haya de 1985 en materia de *trusts*, *vid.* Informe Dyer/Van Loon, citado *supra*, p. 10.

se tomó como referencia el tradicional “*English-model trust*” (que no generaba obligaciones contractuales entre las partes en sus relaciones internas). Lo que no significa que actualmente, aplicando la técnica de interpretación teleológica, deban excluirse del Reglamento Roma I todas las obligaciones contractuales que deriven de los *trusts*. Cuestión distinta es cómo se coordinen el citado Reglamento y el Convenio de la Haya de 1985 en los Estados que forman parte de ambos textos⁵⁴. Por todo ello concluimos que las relaciones contractuales que derivan de la fiducia inmobiliaria de administración quedan cubiertas por el Reglamento Roma I. Se subsumen en el concepto europeo de “obligaciones contractuales” (art. 1.1º), y no se excluyen del ámbito del Reglamento en virtud del art. 1.2º.h).

4. Repercusiones prácticas: breve aproximación a la ley aplicable a la transmisión de la propiedad inmobiliaria con fines de administración

25. Una vez constatado que la ley aplicable a las obligaciones contractuales que tienen su origen en la fiducia inmobiliaria de administración será determinada conforme a las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento Roma I, se debe dar un paso más allá, tratando de determinar cuál será, efectivamente, la ley aplicable a las mismas. En estas líneas no se pretende más que realizar una breve aproximación al tema, tratando de identificar cuáles son las normas de conflicto en cuyos supuestos de hecho se subsumirían, en principio, dichas relaciones jurídicas en defecto de elección de ley aplicable⁵⁵. Como se ha explicado *supra*, se debe proceder al fraccionamiento jurídico de esta operación en sede conflictual⁵⁶, de modo que se ha de calificar por separado cada una de las relaciones jurídicas que integran el esquema comercial, y descartar una determinación global de la ley aplicable al conjunto de la operación.

26. De una parte, los contratos secundarios no plantean mayores dificultades, pues se aplicará a cada uno de ellos la norma de conflicto que corresponda, en función de la naturaleza jurídica de los mismos⁵⁷.

⁵⁴ Art. 25.1º del Reglamento Roma I: “El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

⁵⁵ Parte de este estudio ha sido abordado en E. Jiménez Palma, “Fondos de inversión...”, *loc. cit.*, pp. 789–805. Asimismo, serán objeto de una publicación más específica algunas de las normas de conflicto brevemente mencionadas en este epígrafe.

⁵⁶ *Vid. supra*, párrafos 13 a 15.

⁵⁷ *Vid. supra*, párrafo 7.

27. En cambio, sí resulta más complejo subsumir el contrato marco de este esquema fiduciario en las normas de conflicto del citado Reglamento. Como se ha expuesto *supra*, se trata de un único negocio jurídico complejo, por el que se transmite la propiedad de ciertos bienes con el fin de que la sociedad fiduciaria realice determinadas funciones de administración. De ahí que, en principio, quede contemplado en el ámbito material del art. 4.1º.b), relativo a los contratos de prestación de servicios. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto “prestación de servicios” debe interpretarse en un sentido muy amplio. Implica, en términos generales, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad a cambio de una remuneración⁵⁸.

Asimismo, este negocio fiduciario también podría quedar inserto en el ámbito material del art. 4.1º.c), relativo a los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario, en tanto que el o los fiduciantes transmiten la propiedad de los bienes inmuebles a la sociedad fiduciaria. En este sentido, debemos prestar especial atención al apartado segundo de dicho precepto, en el que se dispone que *“cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del ap. 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”*. Atendiendo a esta regla, el régimen rector de la transmisión de bienes inmuebles con fines de administración sería el del Estado en que se encuentre la sede de la sociedad fiduciaria, y no la ley del país donde se halle sito el bien inmueble.

A ello debe sumarse la posibilidad de que el contrato marco tenga la consideración de contrato de consumo a los efectos del art.6. Esto ocurrirá cuando los fiduciantes tengan la condición de consumidores pasivos, esto es, cuando intervengan en el entramado fiduciario “para un fin que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional”, y la sociedad fiduciaria “ ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país”. En estos casos, se aplicará el régimen protector previsto en dicho precepto, con la única excepción de que la sociedad fiduciaria preste sus servicios al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual (exclusión prevista en el art. 6.4.a) del texto

⁵⁸ En el as. 272/18, citado *supra*, el TJUE afirmaba que los contratos fiduciarios controvertidos tenían por objeto una prestación de servicios en el sentido del mencionado precepto, en tanto la sociedad fiduciaria ofrecía servicios de gestión fiduciaria consistentes en la administración de las participaciones de los inversores que participaban en los fondos de inversión inmobiliaria en calidad de fiduciantes. Para una mayor profundización sobre este punto, *vid.* E. Jiménez Palma, “Fondos de inversión...”, *loc. cit.*, esp. pp. 801–802.

institucional); en cuyo caso se aplicaría las normas de conflicto generales o neutras anteriormente citadas⁵⁹.

IV. CONCLUSIONES

28. Aunque resulta complejo ofrecer un concepto universal de “fiducia inmobiliaria de administración”, se podría afirmar que se trata de una operación en virtud de la cual el o los fiduciantes transmiten la propiedad de uno o más bienes inmuebles a una sociedad fiduciaria con el fin de que esta última administre y gestione el completo desarrollo del proyecto inmobiliario en los términos y plazos convenidos. Como se ha expuesto *supra*, este entramado fiduciario se caracteriza por involucrar un claro fenómeno de conexidad o agrupamiento contractual, resultante de la combinación de un “contrato marco” (el “negocio fiduciario” en sentido estricto) y varios “contratos secundarios”.

29. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, la “fiducia inmobiliaria de administración” plantea diversos problemas, entre ellos el relativo a la identificación del texto en virtud del cual se determinará la ley aplicable a la operación. Al tratarse de una operación contractual compleja, se ha optado por calificar por separado cada una de las relaciones jurídicas que la integran, descartando una calificación global de la misma. Atendiendo, particularmente, al contrato marco, se ha examinado si este negocio fiduciario (en sentido estricto) se subsume, primero, en el concepto de “obligaciones contractuales” contemplado en el art. 1.1º del Reglamento Roma I; y, segundo, en la exclusión prevista en el art. 1.2º.h) del mismo texto, relativa a los “trusts”.

30. Tomando como referencia la construcción del concepto europeo de “materia contractual”, definido por el TJUE en términos autónomos, propios del Reglamento Bruselas I-bis y del Reglamento Roma I, se ha concluido que la validez de la fiducia inmobiliaria y todos los aspectos relativos al contenido obligacional del negocio quedan comprendidos en el ámbito de la *lex contractus* y, en principio, del art. 1.1º del Reglamento Roma I.

31. Tras examinar el significado y el alcance de la exclusión de los *trusts* (art. 1.2º.h. RRI), se ha concluido que ésta no afecta a la fiducia inmobiliaria de administración, que queda incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. Por último, se han apuntado brevemente algunas de las dificultades que surgirían al tratar de subsumir

⁵⁹ *Ibid.* E. Jiménez Palma, “Fondos de inversión...”, *loc. cit.*, esp. pp. 802–804.

el negocio fiduciario en sentido estricto (contrato marco de la operación) en las normas de conflicto del citado instrumento normativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, M.: "El negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente", *Actualidad Civil*, 1993/4, pp. 663–675.
- Arroyo I Amayuelas, E.: *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007;
- Arroyo I Amayuelas, E.: "Los patrimonios fiduciarios y el "trust"", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, Nº 82, pp. 11–62.
- Arroyo I Amayuelas, E.: "¿Por qué el trust en Catalunya?", en S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 525–594.
- Baena Cárdenas, L.G.: *Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Bello Knoll, S.I.: *Fideicomiso público*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013.
- Bolgár, V.: "Why no Trusts in the Civil Law?", *Am. J. Comp. L.*, vol. 2, nº 2, 1953, pp. 204–219.
- Bosch Carrera, A.: "La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust, y los fideicomisos)", en M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. III, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 565–600.
- Braun, A.: "The framing of a European law of trusts", en L.D. Smith (ed.), *The worlds of the trust*, Cambridge University Press, 2013, pp. 278–303.
- Braun, A.: "The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts", en M. Graziadei y L. Smith (eds), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1–30.
- Braun, A.: "Trusts in the draft common frame of reference: the "best solution" for Europe?", *Cambridge L. J.*, vol. 70, nº 2, 2011, pp. 327–352.
- Bureau, D.: "L'application du règlement Rome I à un contrat de fiducie ayant pour objet la gestion d'une participation dans une société en commandite et contenant une clause d'*electio juris* abusive", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2020, pp. 356–359.
- Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J.: *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 2806–2818, 2995–2996 y 3168–3171.
- Calvo Caravaca, A.-L., Carrascosa González, J. y Caamiña Domínguez, C.M.: *Litigación internacional en la Unión Europea II: La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 74–76 y 98–100.
- Cámara Lapuente, S.: "Elementos para una regulación internacional del trust", en S. Areal Ludeña y A.-L. Calvo Caravaca (dirs.), *Cuestiones actuales sobre el Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 241–273.
- Cámara Lapuente, S.: "El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización", en *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 1099–1172.

- Caro Gándara, R.: "La transmisión de propiedad en garantía o *fiducia cum creditore* en el comercio internacional: su validez y eficacia en España", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 249–302.
- Carrascosa González, J.: *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 92–93 y 222.
- Carrascosa González, J.: *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 148–155.
- Carrizo Aguado, D.: "Examen detallado de la exclusión del Derecho societario en el Reglamento Roma I al hilo del Asunto *verein für konsumenteninformation*: Fortaleza legal hacia el consumidor inversor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 959–965.
- Casas Sanz De Santamaría, E.: *Del "Trust" anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2004, pp. 34–38.
- Cebrián Salvat, M.A.: "Las operaciones contractuales complejas en Derecho internacional privado europeo", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 333–378.
- Checa Martínez, M.: *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw–Hill, 1998.
- Collins, L.: "Practical implications in England of the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations", en P.M. North (dir.), *Contract conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam, North–Holland, 1982, pp. 205–220.
- Crocq, P.: "Propriété fiduciaire, propriété unitaire", en AAVV, *La fiducie dans tous ses états*, París, Dalloz, 2011, pp. 9–13.
- De Arespacochaga, J.: *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967 (reed. facsímil, Madrid, Civitas, 1985).
- De Castro y Bravo, F.: "El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto", *RDN*, jul–dic, 1996, pp. 7 y ss; (también publicado en *AAMN*, 1972, pp. 5 ss).
- De los Mozos, J.L.: "El negocio fiduciario", *La Ley*, 1986, t. 4, p. 1033.
- De Miguel Asensio, P.A.: "Ámbito de la exclusión del Derecho de sociedades del ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento Roma I: comercialización de fondos de inversión y prestación de servicios en línea (STJ 1ª 3 octubre 2019. Asunto C–272/18: Verein für Konsumenteninformation)", *AEDIPr*, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 524–527.
- Díaz Bautista, A. y Díaz–Bautista Cremades, A.A.: *El derecho romano como introducción al Derecho*, Murcia, Librero–Editor, 2010.
- Díez–Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1975, p. 520.
- Downes, N.: *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, Eurolex, 1998, pp. 164–166.
- Drobnig, U.: "Unification of national law and the uniformisation of the rules of private international law", en P. Bourel, *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, pp. 1–12.
- Esteban de la Rosa, F.: *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999.
- Estrada Alonso, E.: *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.
- Etchegaray, N.P.: *Fideicomiso*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 11.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020.
- Fernández Rozas, J.C., Arenas García, R. y de Miguel Asensio, P.A.: *Derecho de los negocios internacionales*, 6.ª ed., Madrid, Iustel, 2020, pp. 295–308.
- Fletcher, I.: *Conflict of laws and European Community Law: with special reference to the Community Conventions on private international law*, Amsterdam, North-Holland, pp. 149–154.
- Fuenteseca, C.: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997.
- Fuenteseca, M.: *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Fugardo Estivill, J.M.: *El reglamento (CE) número 593-2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2010, pp. 12–13.
- Galicia Aizpurua, G.: *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Madrid, Scientialuridica, 2014.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Internacional Privado*, 5.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J.: *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Cizur Menor, Civitas, 2016 (reimpresión de la obra original publicada en 1955).
- Jiménez-Candela, T.: *Derecho privado romano*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2020.
- Gómez Buendía, M.C.: “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución”, en S. Nasarre y M. Garrido Melero, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 157–171.
- González Beilfuss, C.: *El trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997.
- Guiraldi, P.M.: *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- Graziadei, M., Mattei, U. y Smith, L.: *Commercial Trusts in European Private Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Gretton, G.: “Trusts without Equity”, *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 49, 2000, pp. 599–620.
- Hansmann, H. y Mattei, U.: “The functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York Univ. L. Rev.*, vol. 73, 1998, pp. 434–479.
- Hayton, D.J.: “English Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe”, *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 23–58.
- Hernández Rodríguez, A.: “Los contratos internacionales de construcción “llave en mano””, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), vol. 6, nº 1, pp. 195–199 y 231–232.
- Jiménez Palma, E.: “Fondos de inversión inmobiliaria y Derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE de 3 de octubre de 2019, Verein für konsumenteninformation, C-272/18”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 789–805.
- Jordano Barea, J.B.: *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959.
- Kaye, P.: *The new private international law of contracts of the European Community. Implementation of the EEC'S Contractual Obligations Convention in England and Wales Under the Contracts (Applicable Law) Act 1990*, Aldershot, Dartmouth, 1993.

- Langbein, J.H.: "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *The Yale Law School*, vol. 105, Nº 3, (Dec 1995), pp. 625–656.
- Lein, E.: "La nouvelle synergie Rome I / Rome II / Bruxelles I", en E.C. Bonomi, *Le Nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zürich, Schulthess, 2008, pp. 27–47.
- Lepaulle, P.: "Reflections on the Expansion of Trusts", *The American University Law Review*, 1957, vol. 6, pp. 40–42.
- Lupoi, M.: *Trust: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Lupoi, M.: "The civil Law Trust", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, 1999, pp. 969 ss.
- Martín León, A.: *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.
- Martín Santisteban, S.: *El instituto del Trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de civil law*, Pamplona, Aranzadi, 2005.
- Medina Vanegas, L.M. y Vásquez Torres, J.A.: "Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios", *Universidad Militar Nueva Granada*, Bogotá, 2014, pp. 10–18.
- Molina Sandoval, C.A.: *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, Euros Editores, 2009.
- Motulsky, H.: "De L'impossibilité juridique de constituer un trust anglo-saxon sous l'empire de la loi française", *Revue critique de droit international*, 1948 (republicado en *Écrits. III. Études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978), pp. 5–21.
- Navarro Martorell, M.: *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950.
- North, P.M.: *Contract conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam, North-Holland 1982.,
- Plender, R.: *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law Contracts*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991.
- Rodríguez Azuero, S.: *Negocios fiduciarios: su significación en América latina*, Colombia, Legis, 2017.
- Rodríguez-Rosado, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- Salvador Cordech, P.: "Fideicomiso inter vivos, fundación de interés particular y fiducia expresa: una propuesta de política jurídica", *Diario La Ley*, Nº 9892, Sección Tribuna, 15 de julio de 2021, Wolters Kluwer, recurso electrónico.
- Sánchez Lorenzo, S.: "El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo", *REDI*, vol. LXX, nº 2, 2018, pp. 17–47.
- Sauveplanne, J.G.: "Quelques remarques relatives à l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles", en K. Zweigert (dir.), *European private international law of obligations*, Tübingen, Mohr, 1975, pp. 186–194.
- Simón Moreno, H.: "El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus aplicaciones prácticas", en S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 173–192.
- Solís Villa, I.: "Negocio fiduciario y fideicomiso en España", *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Madrid, Banco de Bilbao, 1980, pp. 103–115.

- Tomás Martínez, G.: "Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia", *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 52, nº 1, 2004, pp. 289–314.
- Urrestarazu Capellán, R., Sánchez Ollero, J.L. y García Pozo, A.: "The influence of the real estate investment trust in the real estate sector on the Costa del Sol", *European Research on Management and Business Economics*, vol. 27, nº 1, 2021, recurso electrónico.
- Virgós Soriano, M.: *El trust y el Derecho español*, Cizur Menor, Civitas, 2006.