



XXV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso



La esencia del trust o fideicomiso

Alfredo Morles Hernández

Profesor emérito y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas. Individuo de número y ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, de Venezuela. Contacto: amorlesh@hotmail.com

La esencia del trust o fideicomiso

Introducción

I. Los antecedentes de la antigüedad romana

II. Los antecedentes medievales

II. 1 Los antecedentes germánicos

II. 2 Los antecedentes franceses (*l'Ancien Droit*)

II. 3 Los antecedentes ingleses

III. El modelo norteamericano (*express trust*)

IV. Las adaptaciones latinoamericanas del trust

V. Las adaptaciones europeas del trust

VI. Las adaptaciones del trust de los sistemas mixtos (common law y civil law)

1. El trust de la Provincia de Quebec, Canadá

2. El trust en el Estado de Louisiana, Estados Unidos de América

3. El trust en China

4. El trust en Israel y Palestina

5. El trust en África del Sur

VII. El trust en las jurisdicciones offshore

VIII. La esencia del trust

Conclusiones

Introducción

1. La esencia de que trata este trabajo es la esencia del trust.
2. Cómo se ha planteado la doctrina y la jurisprudencia del common law la cuestión de la esencia del trust.
3. Para minimizar las dificultades, relativizar la importancia de los elementos constitutivos del trust y prácticamente negar que exista algún elemento esencial del mismo, se han escrito libros llenos de *non est verum statements*.
4. El modelo de fideicomiso más destacado, difundido y que mayor influencia ha ejercido en el mundo contemporáneo es el modelo anglosajón, específicamente, el modelo norteamericano de *express trust* inspirado en los precedentes ingleses.
5. La influencia del fideicomiso norteamericano.

I. Los antecedentes de la antigüedad romana

1. Las variedades del pacto fiduciario: *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*
2. El fideicomiso testamentario: *fideicomissum*

II. Los antecedentes medievales

II. 1 Los antecedentes germánicos

1. Incertidumbre

2. Estructura romanista vs estructura germanista del trust

II. 2 Los antecedentes franceses (*l'Ancien Droit*)

1. Reparición de las modalidades del pacto fiduciario romano y del *fideicomissum* romano

2. El Código Civil de 1804

II. Los antecedentes medievales

II. 3 Los antecedentes ingleses

1. Los principales elementos que influyen en la aparición del trust: derecho romano, derecho germánico, prácticas locales.
2. La inmediatez del *use*.
3. La influencia del trust en el nacimiento y en la consolidación de la jurisdicción de equity.
4. La influencia del derecho romano (el *ius gentium* y el *pretor peregrinus*) a través del derecho canónico y de la justicia impartida por el Canciller, casi siempre un eclesiástico.
5. Jaime I: “Cuando el rigor de la ley en muchos casos desarregla un asunto, la Cancillería atempera la ley con la equidad y mezcla, de ese modo, la misericordia con la justicia”.

III. El modelo norteamericano (*express trust*)

1. A fiduciary relationship with respect to property, arising out of a manifestation of an intention to create it, and subjecting the person in whom the property is vested to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person.

(Traducción libre): El trust es una relación fiduciaria que surge de una manifestación de voluntad y por medio de la cual se transfiere la propiedad a otra persona a quien se sujeta a deberes de equidad para que maneje la propiedad en beneficio de un tercero).

2. La tradición jurídica norteamericana que caracteriza al trust como una parte del derecho de las transferencias gratuitas está en desacuerdo con la realidad de la práctica del trust. La mayor parte de la riqueza que es mantenida en trust en los Estados Unidos lo es a través de los *business trust* y no en conexión con transferencias gratuitas. Más del 90% del dinero mantenido en trust en los Estados Unidos está en trusts comerciales y no en trusts personales.

3. El predominio del business trust y la existencia de una ley antitrust en lugar de una ley para proteger la libre competencia.

IV. Las adaptaciones latinoamericanas del trust

1. La iniciativa de Alfaro
2. La experiencia de la ley mexicana
3. Otras experiencias

V. Las adaptaciones europeas del trust

- 1. La Convención de La Haya**
- 2. La experiencia italiana**
- 3. La experiencia francesa**
- 4. Otras experiencias: el intento de código uniforme y de directiva comunitaria**

VI. Las adaptaciones del trust de los sistemas mixtos (common law y civil law)

- 1. El trust de la Provincia de Quebec, Canadá.**
- 2. El trust en otras jurisdicciones.**

VII. El trust en las jurisdicciones offshore

VIII. La esencia del trust

- 1. El verdadero trust según los abogados del common law**
- 2. La posición de Gretton y el Paraíso de los Conceptos**

Conclusiones

1. La separación de los activos del trust (*el ring-fencing*), la “más importante contribución del derecho anglosajón a la construcción de la figura del trust” (Hansmann y Mattei)
2. El derecho fiduciario (el derecho que regula las obligaciones del fiduciario), elemento esencial del trust (Gallanis)
3. Elementos esenciales y no esenciales, elementos trasplantables y no trasplantables
4. El derecho contra un derecho
5. La discusión sobre el carácter contractual del trust

**XXV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso COLAFI 2016 - Asbanc
Lima, Perú 12-14 de octubre de 2016**

La esencia del trust o fideicomiso

Alfredo Morles Hernández*

SUMARIO

Introducción. I. Los antecedentes de la antigüedad romana. II. Los antecedentes medievales. II. 1 Los antecedentes germánicos. II. 2 Los antecedentes franceses (*l'Ancien Droit*). II. 3 Los antecedentes ingleses. III. El modelo norteamericano (*express trust*). IV. Las adaptaciones latinoamericanas del trust. V. Las adaptaciones europeas del trust. VI. Las adaptaciones del trust de los sistemas mixtos (common law y civil law). 1. El trust de la Provincia de Quebec, Canadá. 2. El trust en el Estado de Louisiana, Estados Unidos de América. 3. El trust en China. 4. El trust en Israel y Palestina. 5. El trust en África del Sur. VII. El trust en las jurisdicciones offshore. VIII. La esencia del trust. Conclusiones.

*** Profesor emérito y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas. Individuo de número y ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, de Venezuela.**

Introducción

De acuerdo con la enseñanza aristotélica, esencia es aquello sin lo cual la cosa deja de ser lo que es. Este concepto, trasladado al derecho, adquiere con frecuencia una dimensión pluridimensional, transformándose en esencias, en múltiples elementos indispensables, sin los cuales la noción jurídica queda sin perfil definido. No es de extrañar que se dediquen estudios dirigidos exclusivamente a desentrañar la esencia de una institución jurídica como es la del trust o fideicomiso¹, tanto en el seno del common law², como en el sistema de derecho codificado³, porque si figuras nítidamente delineadas desde sus orígenes más remotos, cuidadosamente reguladas legislativamente, interpretadas por una jurisprudencia constante y con el auxilio de una doctrina ilustrada aún generan interrogantes, con mayor razón una institución que no existe en todos los ordenamientos jurídicos; en otros es de historia zigzagueante, que aparece, desaparece y reaparece⁴; y en donde se desarrolla a plenitud -en el sistema del *common law*- adquiere peculiaridades inherentes a éste, es natural que surjan mayores cuestionamientos, cuando no incertidumbres, a la hora de precisarla, interpretarla y, especialmente, al momento de trasladarla, trasponerla o trasplantarla. Por ello, el título de este trabajo podría ser *la múltiple esencia del trust*. Aunque teóricamente fuera posible construir una figura ideal de fideicomiso con una mínima tipicidad social que

¹ La esencia de que trata este trabajo es la esencia del trust. Siguiendo una tendencia bastante arraigada, en este estudio se utiliza el sustantivo fideicomiso como equivalente de trust y especialmente de express trust, aunque ambos términos tengan en el common law y en el derecho codificado significados muy amplios y no siempre coincidentes.

² Para contrariar la corriente que estima esencial a muchos de los elementos del trust, como el concepto de propiedad fiduciaria, se han elaborado estudios cuyos títulos ponen énfasis en la idea opuesta, como el trabajo de T. HONORÉ intitulado “Trusts: The Inesentials”, in J. Getzler (ed), *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn* (London: LexisNexis UK, 2003). Cita de GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, en Lionel SMITH (editor) *The Worlds of The Trusts*, Cambridge University Press, 2013, p. 543 y nota 69. Amazon Kindle Edition. Los elementos no esenciales (“inesentials”), según Honoré, son: (i) la idea de que no puede haber trust en un sistema que no otorgue la propiedad legal al fiduciario (trustee) y la propiedad equitativa al beneficiario, esto es, que no reconozca la propiedad dual (legal y equitativa); (ii) que la obligación del trustee (obligación fiduciaria) y los derechos del beneficiario (intereses de equidad) deben estar vinculados al derecho de Equity que nació en Inglaterra y luego se separó del common law.

³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano (Acto constitutivo unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario)*; Tercera edición; Editorial Porrúa, México 2000, *passim*.

⁴ EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?” en SMITH, Lionel: *The Worlds of The Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 21. Amazon Kindle Edition: “La fiducia estuvo presente en el derecho romano, desapareció gradualmente en la mayoría de los sistemas de *civil law*, por lo menos como una institución nominada. Sin embargo, las recientes décadas [el autor habla en 2013] le han dado nueva vitalidad a este mecanismo en varios países de derecho codificado o de tradición jurídica mixta. En todo caso, este renacimiento de la fiducia civil frecuentemente se inspira menos en la fiducia romana que en el trust del *common law*, una situación que implica, necesariamente, un cierto grado de ajuste.”

trascendiera los principales sistemas jurídicos, posibilidad que ha sido negada rotundamente, lo que sí existe son diversos modelos definidos jurídicamente. Jurídicamente y no legislativamente, porque el modelo anglosajón no se puede decir que esté construido legislativamente, ya que en forma estricta es creación original de la jurisprudencia de *equity* del *common law*, no de un *Statute*, que es una de las formas de llamar a la ley escrita en tal sistema jurídico, lo que no impide que muchas *Acts* o leyes posteriores a su creación jurisprudencial se hayan ocupado de la institución y exista, precisamente, un *Statutory trust*.

¿Cuáles son los principales modelos de fideicomiso y cuál es su esencia?

Los estudios históricos sobre el fideicomiso son numerosos. Los tratados y obras generales y muchos estudios especializados se ocupan de los antecedentes romanos, germánicos e ingleses de la institución, advirtiendo de influencias griegas y egipcias en las fuentes romanas⁵ y haciendo énfasis en la relatividad de la codificación justiniana⁶. Como muy bien se ha observado, “hablar de derecho romano, como lo hacemos con simplismo, en virtud, quizás, de una licencia pedagógica, como si al hacerlo nos refiriéramos a conceptos unívocos y estáticos, es una clara impropiedad, pues, de hecho, su largo proceso evolutivo produjo, entre otras cosas, la aparición, florecimiento e, incluso, la desaparición de muchas figuras e instituciones, a lo largo del tiempo, incluyendo en ellas a la fiducia”⁷. No obstante estas reservas, los estudiosos han logrado delinear con bastante aproximación el perfil de los antecedentes romanos, germánicos e ingleses como para atribuirles un valor relevante.

Si se prescinde de los antecedentes de la antigüedad romana, el modelo más destacado, difundido y que mayor influencia ha ejercido en el mundo contemporáneo es el modelo anglosajón, específicamente, el modelo norteamericano de *express trust* inspirado en los precedentes ingleses⁸. En todo caso, tanto en los países de *common law* como en los países de derecho europeo continental o de derecho codificado, las figuras de fideicomiso que aparecen tienen todas una remota vinculación con los orígenes romanos, solo que la influencia romana en las instituciones de cada sistema tiene una manera peculiar de manifestarse, pero en el caso del trust, creación de la jurisdicción de equity del common law,

⁵ KIPER, Claudio M; LISOPRAWski, Silvio V.: *Tratado de Fideicomiso*; Lexis-Nexis, Depalma; Buenos Aires 2004, p. 1, nota 1.

⁶ “El propio Justiniano nos informa (Cons. Tanta, 10) que su comisión codificadora realizó numerosas modificaciones de importancia en el tenor de los textos de los manuscritos clásicos para acomodarlos a las necesidades de la época y a las finalidades de la codificación”. KUNKEL, Wolfgang: *Historia del Derecho Romano*, p. 179. Cita de RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; *op. cit infra*, p. 2, nota 3.

⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; Legis, Varias Ciudades 2005, pp. 2-3.

⁸ BOGERT, George G.; OAKS, Dallin H., HANSEN, H. Reese; NEELEMAN, Stanley D.: *Cases and Text on the Law of Trusts*; Foundation Press, New York 2008, p. 2: “When created by some manifestation of intent by the settlor they are called express trusts”.

la influencia romana es indudable⁹. La influencia del fideicomiso norteamericano tiene un especial relieve en los inicios del siglo XX en los países latinoamericanos, en donde se forma un tipo especial de fideicomiso¹⁰, o quizás sería más apropiado decir, donde aparecen algunas adaptaciones del trust norteamericano, alguna vez calificadas como una “simbiosis” del *common law* y del derecho continental europeo¹¹. Se manifiesta de modo particular en países de jurisdicción mixta (*common law* y *civil law*) como la Provincia de Quebec, en Canadá, o en el estado de Louisiana en los Estados Unidos de América¹². En esos dos lugares y en Africa del Sur el trust se había integrado al sistema jurídico antes del siglo XX como parte de la jurisdicción británica a la cual pertenecían¹³. Tiene también influencia, mucho más reciente, desde mediados del siglo XX y comienzos del siglo XXI, en los países europeos, los cuales tratan de conciliar las incompatibilidades dogmáticas que el *trust* del *common law* genera con principios de su sistema jurídico (*numerus clausus* de los derechos reales; ausencia de distinción entre propiedad legal y propiedad equitativa; colisión con principios de orden público sucesoral –la prohibición de las sustituciones fiduciarias- o de orden público económico –la prohibición del pacto comisorio en las garantías-, etc.) para adaptarse a las realidades que surgen de una economía globalizada que ha incluido la presencia masiva de algunas modalidades del *business trust* en las relaciones comerciales, societarias y financieras, llevado de la mano por la influencia económica norteamericana¹⁴. La resistencia de los ordenamientos jurídicos europeos a la aceptación amplia o indiscriminada del trust anglosajón se explica: por una parte, la figura del express trust o trust como acto de manifestación expresa de voluntad, si bien puede fácilmente conectarse con las figuras romanas de la fiducia *cum amico* y de la fiducia *cum creditore*, éstas ya habían sido abandonadas por el derecho romano clásico y tardío y sustituidas por la prenda y por la hipoteca¹⁵, razón por la cual no figuraban en las compilaciones de Justiniano, que fueron las

⁹ RE, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, en *29 Fordham L. Re.* 447 (1961), quien hace esta cita: “In equity there was, of course, more borrowing than elsewhere”, Smith, *Elements of L*, in *Studying Law* 171, 339 (Vanderbilt 2nd ed. 1955), p. 449.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, Roberto: *El fideicomiso en los países de América Latina*; Editorial Sucre, Caracas 1961, p. 5-6; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo : *El fideicomiso de garantía del derecho venezolano* http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120203041PM.pdf

¹¹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; *op. cit.*, p. 23.

¹² EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?” en SMITH, Lionel: *The Wolds of Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 21.

¹³ CANTIN CUMYN, Madeleine : « Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries” , en Lionel SMITH (editor): *Re-imagining the trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 181.

¹⁴ BUREAU, Antoine: *Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg* : « L'importante utilisation du trust et de la fiducie en Europe et dans le monde, place la France dans une position délicate par rapport à ses partenaires. Ainsi le risque que des banques ou des entreprises françaises constituent des trusts à l'étranger pour des opérations financières est réel comme le montre l'opération réalisée par le groupe PEUGEOT SA, en 1987 » http://www.juripole.fr/memoires/compare/Antoine_Bureau/partie1.html

¹⁵ KIPER, Claudio M; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *Tratado de Fideicomiso*; *op. cit.*, p. 2.

fuentes sobre las cuales trabajaron los juristas del siglo XII¹⁶; y, por otra parte, el fideicomiso hereditario, perfectamente vinculable con el *fideicomissum*, también había sido rechazado desde la codificación europea del siglo XIX por las perversiones que las sustituciones fiduciarias habían introducido en el régimen de la propiedad durante la edad media (la concentración de riquezas en pocas manos)¹⁷. Las sustituciones fiduciarias fueron prohibidas por una ley francesa de 14 de noviembre de 1792. Sólo sobrevivieron algunas sustituciones hereditarias¹⁸ y en algunos ordenamientos jurídicos –como el venezolano– fueron limitadas a las personas que existieran a la muerte del testador (artículo 963 del Código Civil venezolano) siguiendo la influencia del derecho francés.

Más recientemente, los intentos de encontrar la esencia del fideicomiso se han replanteado a nivel teórico y práctico con ocasión de la Convención de la Haya; con motivo de las iniciativas dirigidas a redactar un código europeo del trust o una directiva comunitaria sobre el mismo; con la incorporación del trust en el Código Civil de la Provincia de Quebec y en otras jurisdicciones, incluyendo las jurisdicciones offshore. Se ha hecho la pregunta de si hay un elemento esencial, común al common law trust y a las variantes del civil law que puedan permitir que se diga que ambos son un trust¹⁹. También se ha afirmado que algunas experiencias de trasposición o de unificación no han sido exitosas, a pesar de que los juristas anglosajones han contribuido al debate indicando cuales elementos no serían esenciales, siendo contradichos por quienes piensan que sin los caracteres estimados no esenciales el trust deja de ser trust²⁰. Tomando en cuenta estas realidades, el modesto fin que se propone esta breve exposición es el de intentar mostrar cuáles han sido los elementos constantes que se encuentran presentes en el trust del common law (hay juristas anglosajones que dudan que exista una entidad singular llamada trust²¹) o, para ponerlo de otro modo, cuál es la principal estructura que ha sido utilizada por los ordenamientos jurídicos distintos al common law para trasplantar el trust, haciendo un recorrido que parte de las adaptaciones latinoamericanas, continúa con las europeas y revisa las de las jurisdicciones mixtas. Este análisis debería revelar cuáles elementos de la figura han podido ser trasladados y cuáles no, para definir si se está frente a lo que algunos expertos llaman un verdadero trust (*true trust*) o simplemente frente a una figura similar (*trust like arrangement*)²². Se debería partir del presupuesto de que los autores de cada adaptación estiman que la misma capta el núcleo esencial del trust (*the*

¹⁶ BÉRAUDO, Jean-Paul: *Le trust anglo-saxon et le droit français*; LGDJ, Paris 1992. Cita de RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; op. cit. p 6, nota 9.

¹⁷ KIPER, Claudio M; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *Tratado de Fideicomiso*; op. cit., p. 3.

¹⁸ BÉRAUDO, Jean-Paul: *Le trust anglo-saxon et le droit français*; LGDJ, Paris 1992. Cita de RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; op. cit. p 6, nota 9.

¹⁹ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and PROBERT, Rebeca: *MOFFAT'S Trust Law*, sexta edición; Cambridge University Press, 2015, pp. 1072-1076. Amazon Kindle Edition.

²⁰ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law*, op. cit., pp. 1072-1076.

²¹ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, en Lionel SMITH's *The Wolds of Trust*; Cambridge University Press 2013, p. 541. Amazon Kindle Edition.

²² ALEXANDER, Gregory S.: “The dilution of the trust”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of The Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 305. Amazon Kindle Edition.

irreducible core of the trust institution). Si se juzga por los resultados, medidos en función de la penetración de la figura en el tejido social y en el mundo de los negocios, la esencia del trust parece que ha sido precisada con una razonable aproximación por las adaptaciones latinoamericanas, especialmente por la llevada a cabo en México, estimada como la más importante en la práctica²³, aunque algunos cambios recientes no cuenten con total aprobación, como lo resalta alguna doctrina mexicana con respecto a parte de las reformas legislativas ocurridas el año 2003 en su país²⁴. Este recorrido puede ayudar a los estudiosos a valorar cual es el grado de perfección de las asimilaciones, recordando que el Maestro Joaquín Garrigues, en 1955, refiriéndose a las adaptaciones latinoamericanas, decía que estaban muy lejos de ser perfectas. “La razón –decía Garrigues- es que no se puede transportar esquemáticamente de un país a otras instituciones que responden a una tradición histórica y a una mentalidad, las cuales son, por esencia, intransferibles”²⁵.

I. Los antecedentes de la antigüedad romana

En los antecedentes romanos hay que distinguir entre los que se refieren a las variedades del pacto fiduciario y los que guardan relación con el fideicomiso testamentario. Los de la primera clase, trasladables al trust propiamente dicho, son la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*. El de la segunda clase es el *fideicomisum*.

En la *fiducia cum amico*, la más antigua de las figuras, estimada como el precedente del contrato de depósito, se producía una verdadera transmisión de la propiedad al fiduciario y una obligación de éste (basada en la confianza) de devolver la propiedad al fiduciante si ocurrían ciertos supuestos, por ejemplo, el fiduciante sobrevivía a una guerra o quedaba vivo después de un viaje arriesgado; o de transferir la propiedad a un tercero después de transcurrido un tiempo o cuando se cumpliera una condición, como la de morir en la guerra o desaparecer en un naufragio²⁶. La *fiducia cum amico* era un acuerdo con un “amigo” para

²³ GOLDSCHMIDT, Roberto: *El fideicomiso en los países de América Latina*; op. cit., p. 4. Goldschmidt estimaba en 1960 al fideicomiso mexicano como el más importante en la práctica latinoamericana. La doctrina mexicana coincide en la amplia difusión del trust en el país.

²⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *El fideicomiso*; Décima primera edición actualizada; Editorial Porrúa, México 2006, pp. 349-385, quien critica las reformas producidas en el ámbito del fideicomiso de garantía.

²⁵ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín: *Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*; Madrid 1955, p. 72. Garrigues recuerda la frase famosa de Otto von Gierke dirigida a Maitland según la cual “yo no puedo comprender nada de vuestro trust inglés” y comenta: “Al cabo de los años parece que siguen sin entenderlo muchos de los que creyeron posible importar la institución a su propio país”. Op. cit., p.74.

²⁶ La transmisión fiduciaria masiva de los legionarios romanos es citada frecuentemente como uno de los primeros antecedentes históricos famosos de la institución. Le siguen otras transmisiones masivas: las de los cruzados y las transferencias de la época republicana española como consecuencia de la persecución de la Iglesia Católica. BELLO KNOLL, Susy Inés: *El fideicomiso público*; Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona-Sao Paulo 2013, p. 36. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; op. cit., p. 17. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín: *Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*; op. cit., pp.18-31.

la administración y custodia de bienes durante un cierto tiempo²⁷. Ante los terceros el fiduciario aparecía como verdadero propietario sin que se conociera el pacto existente entre fiduciante y fiduciario.

La *fiducia cum creditore* era una garantía, “el único derecho real de garantía clásico que otorgaba una acción *in rem* al acreedor”²⁸, “una de las primeras formas de garantía real, anterior inclusive a la prenda y a la hipoteca”²⁹. Consistía en la transferencia de un bien al acreedor para garantizar el pago de un préstamo o el cumplimiento de otra obligación. El fiduciario era reconocido como el acreedor del préstamo y la propiedad fiduciaria se constituía a su favor³⁰. No es difícil encontrar equivalentes modernos en la venta con pacto de retracto y en la venta a título de garantía (antiguo pacto marciano).

La diferencia clave entre la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore* es que la primera era un encargo de confianza en el cual la entrega en propiedad de la cosa al fiduciario se hacía en interés del fiduciante o de un tercero beneficiario, mientras que la segunda era una entrega en garantía en favor del fiduciario³¹.

Los problemas surgidos en los intercambios sociales en la época romana con el empleo de estas figuras dieron lugar a la creación de acciones en favor de los participantes en las relaciones fiduciarias (la *actio fiduciae* en favor del fiduciante, la *actio fiduciae contraria* en favor del fiduciario). Los riesgos que corrían los fiduciantes, especialmente el abuso por parte del fiduciario³², fueron agravados por los derechos desproporcionados que fueron conferidos a los fiduciarios. Tal desequilibrio, como anota la doctrina, llevó a la extinción de la *fiducia* y en materia de garantías a la creación de otras formas legales como la prenda y la hipoteca³³. La *fiducia* desapareció en la época de Justiniano, según lo recoge la doctrina, “a causa de la invención de los contratos de depósito, prenda y comodato”³⁴.

El fideicomiso testamentario (*fideicomissum*) era en la época romana una estipulación del testamento utilizada por el testador para beneficiar a una persona que no podía ser instituida heredero, es decir, que carecía de capacidad hereditaria, por lo que al testador “no le quedaba más recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario. El testador, en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos *rogo fideicommitto*. Al heredero graciado se lo denominaba “fiduciario”, y a aquel a quien debía transmitirle los bienes, “fideicomisario”³⁵. En Roma eran incapaces para suceder los solteros, los casados sin hijos, los esclavos, los no ciudadanos romanos, los extranjeros, los peregrinos, las municipalidades. Al comienzo el fideicomiso

²⁷ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; Oxford University Press, 2009, pp. 5- 6. Amazon Kindle Edition.

²⁸ SCHULZ, Fritz: *Derecho Romano Cásico*; Editorial Bosch, Barcelona 1960, p.387. Cita de RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; *op. cit.*, p. 8, nota 12.

²⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *El fideicomiso*; *op. cit.*, p.169, quien cita a ARANGIO RUIZ.

³⁰ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 6.

³¹ KIPER, Claudio M; LISOPRAWISKI, Silvio V.: *Tratado de Fideicomiso*; *op. cit.*, p. 2.

³² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; *op. cit.*, p. 11.

³³ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, pp. 6-7.

³⁴ GOLDSCHMIDT, Roberto: *El fideicomiso en los países de América Latina*; *op. cit.*, p. 11.

³⁵ KIPER, Claudio M; LISOPRAWISKI, Silvio V.: *Tratado de Fideicomiso*; *op. cit.*, p. 2.

carecía de coercibilidad y dependía absolutamente de la buena fe del fiduciario, pero luego se produjo una evolución que es resumida así:

a. *El emperador Augusto creó una acción legal contra el fiduciario. Instruyó a los cónsules romanos para que intervinieran en los casos más resaltantes para obligar al fiduciario a cumplir con el convenio fiduciario que había firmado.*

b. *Las acciones citadas eran tan frecuentes que el Emperador Claudio tuvo que designar dos pretores con el específico propósito de monitorear estas acciones (llamado praetor fideicommissarius).*

c. *El Emperador Justiniano dispuso que el beneficiario del fideicommissum tenía un derecho personal de reclamar los activos mantenidos por el fiduciario.*

d. *Bajo el Emperador Nerón y como consecuencia de la opinión del Senado Consulto Trebelio, el beneficiario fue considerado un heredero con los mismos derechos y obligaciones de éste³⁶.*

Durante la época romana el *fideicommissum* fue utilizado con el único propósito de eludir algunas prohibiciones hereditarias. A la caída del imperio romano, sólo se usó por los aristócratas dueños de las tierras para mantener ciertas propiedades inmobiliarias en el seno familiar a través de las sustituciones fiduciarias, institución muy propia del mundo medieval que equivalía al establecimiento de un orden hereditario perpetuo. Este sistema, un privilegio u orden hereditario especial, no fue adoptado por el Código Civil de Napoleón³⁷.

II. 1 Los antecedentes germánicos. La aproximación a los antecedentes germánicos puede ser difícil, por la complejidad de la materia, antigua y moderna³⁸. Sin embargo, hay un texto de la doctrina mexicana (inspirado por una fuente italiana) en el cual se explica esta materia con una admirable simplicidad y claridad³⁹. Después de afirmar que en el derecho germánico existen tres instituciones que son antecedentes del fideicomiso, la prenda inmobiliaria, el *manusfidelis* y el *salman* o *treuhand*; y de mencionar la similitud entre la prenda inmobiliaria y la *fiducia cum creditore*, Villagordoa Lozano explica:

³⁶ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 4.

³⁷ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 5.

³⁸ « *En Allemagne, il n'existe pas de réglementation générale concernant la Treuhand. Plusieurs formes de Treuhand peuvent exister et parmi les institutions basées sur des rapports fiduciaires seules quelques unes font l'objet d'une réglementation par le législateur. L'énumération exhaustive est fastidieuse, d'autant plus que le développement de la fiducie en Allemagne est ancien, et qu'il recouvre des concepts plus ou moins larges de la fiducie. La notion de "Treuhand" est de fait, beaucoup plus vague et imprécise que celle de fiducie, telle qu'elle est connue notamment au Luxembourg et en France. Monsieur Dieter LIEBICH relève l'existence d'une centaine de textes législatifs ou réglementaires qui mentionnent le Treuhänder sans en donner une définition* ». BUREAU, Antoine: *Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg* ; *op. cit.*

³⁹ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: *Doctrina general del fideicomiso*; Cuarta edición; Editorial Porrúa, México 2003, pp. 5-6, con citas de MESSINA, Giuseppe: *Negozi Fiduciari*; Scritti Giuridice, Milano 1948. La explicación contenida en el texto de VILLAGORDOA LOZANO es seguida por KIPER, Claudio M; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *Tratado de Fideicomiso*; *op. cit.*, p. 3.

La figura jurídica del manufidelis tiene particular importancia en el desarrollo del Derecho germánico de las sucesiones, porque se empleaba para contravenir las prohibiciones o limitaciones establecidas en las disposiciones legales para determinar la calidad de los herederos legítimos.

Quien quería realizar una donación inter vivos o post obitum, transmitía la cosa materia de la donación a un fiduciario, llamado manusfidelis, mediante una carta venditionis. El manusfidelis inmediatamente después de dicha transmisión –de ordinario el mismo día-, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida, reservando al donante un derecho más o menos amplio de goce sobre la cosa donada, para que durante su vida lo disfrutara.

La persona que desempeñaba el cargo de manusfidelis siempre era escogida entre aquellas personas que formaban parte del Clero, pues se requería una garantía de esta naturaleza porque la carta venditionis se redactaba en términos tan amplios e ilimitados que el manufidelis podía disponer de los bienes transmitidos, aun en su propio provecho.

Encontramos otra institución en el Derecho germánico, que también constituye un indiscutible antecedente de nuestro fideicomiso: el salman o treuhand, o sea las personas que desempeñaban el cargo de fiduciario. El Derecho germánico ha definido genéricamente al salman como la persona intermediaria que realiza la transmisión de un bien inmueble, del propietario original al adquirente definitivo. Estas funciones en parte coinciden y en parte se diferencian de aquellas que son propias del manusfidelis.

El salman del antiguo derecho se distingue esencialmente del salman del nuevo Derecho germánico. En el derecho antiguo, el salman es el fiduciario que recibe sus facultades del enajenante y a su vez se obliga frente a él, en forma solemne, para transmitir los bienes al tercero destinatario de los mismos. En el derecho moderno, es típico que el salman sea fiduciario del adquirente y no del enajenante, por lo que de aquél recibe sus poderes jurídicos. Los demás elementos de la relación no sufrieron alteración alguna y su principal función está orientada para reforzar el derecho del adquirente definitivo⁴⁰.

Se ha indicado que el fiduciario (*salman*) tenía título sobre la propiedad limitada a los propósitos del fideicomiso; que la propiedad beneficiaria le correspondía al tercero; y que si el fiduciario incumplía su obligación o quebrantaba el acuerdo, el fiduciante y sus sucesores tenían una acción legal para reclamar la propiedad fiduciaria aun cuando el fiduciario hubiera dispuesto de ella⁴¹. También se ha señalado que si el *treuhänder* (fiduciario) transfería la propiedad, el beneficiario no tenía acción contra quien la había adquirido, a menos que

⁴⁰ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: *Doctrina general del fideicomiso; op cit.*, pp. 5-6, con citas de MESSINA, Giuseppe: *Negozi Fiduciario*; Scritti Giuridice, Milano 1948.

⁴¹ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America; op. cit.*, p. 7, con cita de TURUHPIAL CARIELLO, Héctor: *El fideicomiso*, 2000, (no hay más datos).

probara la complicidad de éste; y que los activos estaban sujetos a la acción de los acreedores del *treuhänder* en el caso de quiebra de éste y podían ser rematados⁴².

Lo más frecuente con respecto al *treuhand* es la incertidumbre. A pesar de que algunos estudiosos le atribuyen al *treuhand* tener un origen puramente germánico (el vocablo *treu* significaría verdad e implicaría lealtad), la palabra *treuhand* no es un término claro en el idioma alemán. Se le puede equiparar a la expresión “trust alemán” en Alemania y a “trust suizo” en Suiza. A ambos, a su vez, se les podría hacer equivalentes del trust inglés⁴³. Algunos juristas e historiadores ingleses han apuntado al hecho de que el *fideicomissum* estaba en el origen del *use*, antecedente del trust. En algún momento esa visión fue sustituida por la teoría de Oliver Wendell Holmes de que tanto el trust como el moderno *treuhand* alemán se derivaban del *salman* del antiguo derecho germánico. Maitland favoreció la idea de la probabilidad de las raíces germánicas del trust, indicando, sin embargo, que la institución sólo había florecido en Inglaterra para convertirse en la hazaña de la jurisprudencia anglosajona. Los estudios más recientes adoptan una posición más equilibrada y señalan la influencia del derecho canónico en las instituciones similares al trust, así como la importancia de la costumbre y de la práctica legal. Autores tales como Helmholz y Zimmermann dicen que son evidentes los paralelismos sociales que existen en la historia de la fiducia, así como también en los rasgos de las instituciones y en las fuentes de las mismas a ambos lados del Canal de La Mancha, aunque es evidente que no existe en el Continente un equivalente exacto del trust inglés. Hay trust y hay *Treuhand*, pero las diferencias son de detalles y no obstáculos insuperables⁴⁴.

Garrigues se refiere a la estructura romanista del negocio fiduciario como opuesta a la estructura germanista:

“Según la primera, el poder jurídico que recibe el fiduciario es ilimitado desde el punto de vista real, aunque por el *pactum fiduciae* se le obligue a hacer uso de ese poder solo en interés del fiduciante. En cambio, según la construcción germanista, el derecho que adquiere el fiduciario está sometido a una condición resolutoria, de suerte que el abuso de este derecho provoca el retorno de los bienes al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio de terceros adquirentes. La concepción moderna del negocio fiduciario se inspira en la fiducia de tipo romano con su desdoblamiento tradicional en dos negocios: el negocio real positivo de transferencia y el negocio obligacional negativo o *pactum fiduciae*. Al espíritu del derecho continental no se adapta...la estructura de la

⁴² Opinión de TURUHPAL CARIELLO, Héctor: *El fideicomiso, op. cit.*, según cita de MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America; op. cit.*, p. 7.

⁴³ GVELESIANI, Irina : « « Treuhand » and « Fiducie » (Terminological Problematics); p. 173.
https://www.researchgate.net/publication/303720462_TREUHAND_AND_FIDUCIE_TERMINOLOGICAL_PROBLEMATICS?enrichId=rgreq-8b2dec6af0d06ca0e8820e5a5e704896-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMwMzcyMDQ2MjtBUzozNjgyNjQ1NTIxNzM1NjIAMSQ2NDgxMjUxOTQ4OA%3D%3D&el=1_x_2

⁴⁴ DOUGLAS, James:” Trusts and their equivalents in civil law systems: why did the French introduce the fiducia into the civil code in 2007? What might its effects be?” Disponible en Internet :
QUT Law Review Volume 13, Number 1, 2013
<file:///C:/Users/Alfredo/Downloads/531-1102-2-PB.pdf>

fiducia de tipo germánico, que conduce a una legitimación formal del fiduciario con simultáneo reconocimiento de un derecho real del fiduciante; a una división de derechos que convierte al fiduciante en propietario o acreedor formal o legal, mientras que la propiedad o el derecho de crédito material corresponden al fiduciante; a un funcionamiento, en suma, del derecho de propiedad en *dominium legitimum* y *dominium naturale*, división ésta que es propia del derecho feudal y que no ha pasado a los ordenamientos jurídicos contemporáneos, a excepción del derecho inglés con la institución del trust. Los negocios fiduciarios subsisten en la vida moderna con la misma estructura compleja que recibieron en el derecho romano, esto es, como combinación de una transmisión real y de un pacto que impone ciertas obligaciones al *accipiens*⁴⁵.

II. 2 Los antecedentes franceses (*l'Ancien Droit*). En el antiguo derecho francés aparecen las modalidades de fiducia y de fideicomiso hereditario de orígenes romanos. Así como los ciudadanos romanos utilizaban la fiducia *cum amico* antes de enrolarse en las legiones que iban a emprender expediciones, así mismo los caballeros medievales, antes de iniciar las cruzadas, hacían lo mismo para proteger a su esposa y a sus hijos. El *fideicomissum* reaparece en el *Ancien Droit*, donde se manifiesta en la forma de sustituciones hereditarias, las cuales obligaban al heredero o al legatario a conservar los bienes transmitidos a un tercero previamente designado. Es la congelación de los bienes en cabeza de los primogénitos a través de los mayorazgos. La fiducia fue voluntariamente olvidada por los redactores del Código Civil por razones ideológicas y económicas, pues las sustituciones fiduciarias tenían como función mantener la integridad del patrimonio familiar haciendo inalienables los bienes en manos del fideicomisario. Las sustituciones se podían extender por varias generaciones sucesivas y conservar de esa manera el poder de las familias feudales, por lo cual fueron prohibidas por una ley de 14 de noviembre de 1792⁴⁶.

II. 3 Los antecedentes ingleses. Parece haber coincidencia con respecto a varias circunstancias relacionadas con el *trust* del derecho inglés: (i) el *trust* se forma como el producto de la confluencia de elementos provenientes del derecho romano, del más próximo derecho germánico y de prácticas locales; (ii) el *use* es su antecedente inmediato; (iii) el *trust* ejerce influencia determinante en el nacimiento y en la consolidación de la jurisdicción de *equity*⁴⁷. Cuando los juristas ingleses indagan acerca de los antecedentes del trust casi siempre se dividen: un grupo atribuye influencia preponderante al derecho romano, otro al derecho germánico, y otro más, mayoritario, a las peculiaridades del propio derecho inglés sobre el mandato y sobre los negocios inmobiliarios, de modo que se afirma que cuando al

⁴⁵ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín: *Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*; *op. cit.*, p. 16.

⁴⁶ BUREAU, Antoine: *Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg* ; *op. cit.*

⁴⁷ El enfoque realizado por Jorge A. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp.140-143 y por Rodolfo BATIZA, *op. cit.*, pp. 20-30 a este respecto, es seguido por Sergio RODRÍGUEZ AZUERO, *op. cit.*, pp. 14-22, Claudio M. KIPER y Silvio V. LISOPRAWSKI, *op. cit.*, pp. 3-6.

final la jurisdicción de *equity* lo reconoce parece que se limita a dar efectos a una relación antigua y conocida⁴⁸.

El trust aparece y se configura a lo largo de un extenso período que incluye la ocupación romana de Inglaterra de alrededor de quinientos años, desde el año 53 antes de Cristo hasta el 450 de la era cristiana. El año 53 Julio César llegó a Gran Bretaña, la conquista sistemática fue iniciada por Agrícola y este territorio se convirtió en una provincia de primer orden que llegó a contar en un momento dado con una guarnición de 30.000 soldados. El jurista e historiador Winfield ha escrito sobre el particular: “Ninguna persona razonable puede resistir la conclusión de que (el derecho romano) debe haber tenido algún efecto. Abogados como Papiniano, Ulpiano y Paulo debían haber influido en cualquiera que entrara en contacto con ellos y Papiniano fue en algún momento Prefecto de York y, posiblemente, debe haber tenido a Paulo y a Ulpiano como asesores allí. Tampoco es creíble que Roma, a diferencia de todos los imperios, hubiera gobernado cualquier territorio por tres siglos y medio sin familiarizar a sus súbditos con algunos de los principios jurídicos sostenidos por su gobierno”⁴⁹. Winfield cita la influencia romana en la transmisión de la tierra, en los testamentos y en el procedimiento teutónico aplicado a ciertas asambleas municipales, probablemente modificada por la presencia en ellas de los obispos⁵⁰. Es más, la influencia romana se encuentra hasta en el nombre del sistema jurídico: *common law* no es sino la traducción de *ius commune*, presente en el derecho romano y en el derecho canónico⁵¹. Cuando siglos más tarde la guarnición romana fue retirada el año 410, ello se debió a la necesidad de defender la península itálica de las invasiones del norte, no porque fuera expulsada. Por ello se cita a Mommsen diciendo: “No fue Gran Bretaña la que abandonó a Roma sino Roma la que abandonó a Gran Bretaña”⁵², pero algunos historiadores y juristas ingleses han dicho que cuando los romanos se fueron de Inglaterra el derecho romano se fue con ellos⁵³.

La ocupación romana tiene que haber dejado su huella en la cultura de los habitantes, pero esto es negado por historiadores como Haverfield⁵⁴. Además, esta influencia revivió a partir de la cristianización y de la llamada “reconversión” de Inglaterra iniciada en el año 596

⁴⁸ Por su curiosidad, no se puede dejar de mencionar el relato de que el *waqf* (institución islámica, una donación utilizada para el uso de unos beneficiarios designados y bajo la administración de un fiduciario) fue importado por los frailes franciscanos que regresaron de las cruzadas en el siglo XIII y que ellos adaptaron este mecanismo a las necesidades de su orden mendicante. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *op cit.*, p. 17 y nota 31 y p. 19. ¿No es extraño que unos frailes que conocían el latín y las instituciones del derecho romano que incluían la fiducia se hayan sorprendido con la institución islámica del *waqf*?

⁴⁹ WINFIELD: *The Chief Sources of English Legal History* 54 (1925). Cita de RE, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 457-458.

⁵⁰ WINFIELD: *The Chief Sources of English Legal History* 54 (1925). Cita de RE, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 457 y notas 44, 46 y 48.

⁵¹ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 470-471.

⁵² Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 456.

⁵³ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 457.

⁵⁴ HAVERFIELD, Roman Britain, en 1 *The Cambridge Medieval History*, 360,367 (1936). Cita de RE, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 456-457.

con la llegada de San Agustín con cuarenta misioneros a Canterbury, donde construyó un monasterio y estableció su sede episcopal. Este San Agustín (de Canterbury, no de Hipona) estableció contacto entre las tribus inglesas y la iglesia romana, convirtió al cristianismo a Ethelbert (Etelberto o Adalberto el Santo), rey de Kent, quien pronto dio muestras de la influencia romana recibida, porque alrededor del año 600, en el día de San Agustín, dio a conocer la compilación o codificación de las leyes de su reino al estilo romano o a la moda romana⁵⁵.

El clero católico de Inglaterra mantuvo vivo el derecho romano entre los siglos siete a once en la llamada era pre-normanda⁵⁶; por su parte, otros reyes anglosajones siguieron el ejemplo de Adalberto y realizaron compilaciones legislativas. Tal fue el caso del Rey Ina (años 688 a 726), del Rey Alfredo El Grande (años 871 a 901), quien promulgó *The Laws of King Alfred* y del Rey Canuto (años 1016 a 1035), calificado como “el más grande legislador del siglo once”⁵⁷. Luego Eduardo El Confesor, restaurador de la dinastía anglosajona, quien antes de ser coronado en 1042, había permanecido en exilio en Europa continental por 30 años, continuó la influencia romana en la era pre-normanda. A su época se la califica como “una suerte de conquista pacífica normanda”. Los reyes normandos, para congraciarse con el pueblo, juraban conservar las leyes de Eduardo El Confesor. Por ello, estas leyes son base importante del derecho inglés posterior. Anota Re que la codificación del período pre-normando o la reducción de las leyes a textos escritos es un resultado significativo del contacto con Roma y con su sistema legislativo y cita la opinión de Pollock y Maitland, para quienes “hacer las leyes por medio de preceptos es el resultado del deseo de seguir el ejemplo de los romanos”: “la ley escrita (*Statute*) aparece como la forma civilizada del derecho”⁵⁸.

Se ha observado que la preservación del derecho romano a través del derecho canónico por los obispos católicos fue un elemento formativo importante del derecho inglés, pero que el cristianismo aportó un elemento relacionado con la moral que estaría destinado a revolucionar todo el derecho inglés, pues el cristianismo había heredado del judaísmo un enfoque estrictamente individualista en cuestiones morales: la salvación del alma dependía de las acciones de cada individuo en particular. Este enfoque difería radicalmente de las costumbres de las tribus inglesas, que miraban al grupo familiar y no al individuo. A medida que la gente se adhirió al cristianismo, las nociones de responsabilidad moral individual sustituyeron las de responsabilidad grupal y tal como lo hacía la Iglesia, la ley muy pronto comenzó a juzgar los actos de acuerdo con la intención de la persona que los había llevado a cabo⁵⁹. Se ha puesto de relieve que este enfoque de la moralidad y de la legalidad de la conducta humana, es de una tremenda importancia, ya que va al corazón mismo del sistema inglés de Equity, el cual actúa “in personam”, haciendo un llamado a la conciencia del

⁵⁵ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 459. El precedente de la codificación fue seguido por otros monarcas, entre los años 700 a 1035, pp. 460-461.

⁵⁶ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 460, con cita de Sherman.

⁵⁷ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 460.

⁵⁸ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 461.

⁵⁹ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 461-462

demandado. Aunque el Tribunal del Canciller que administraba la justicia de “equity” no era un tribunal eclesiástico, por largo tiempo estuvo presidido por un eclesiástico. Era el Canciller del Rey, el Guardián de la Conciencia Real. Nadie discute seriamente que este personaje conocía perfectamente el derecho romano y el derecho canónico, por lo cual se puede suponer que a través suyo fue enteramente natural que las doctrinas y los métodos del *civil law* encontraran amplia acogida en esta rama del sistema jurídico inglés⁶⁰.

Después de casi 20 años de preparación en Normandía, Guillermo El Conquistador cruzó el Canal de la Mancha y venció a Harold en la Batalla de Hastings en 1066. Guillermo fue un talentoso administrador que tuvo a su lado a un distinguido intelectual de nombre Lanfranc (*Lanfranco di Pavía, Lanfranc du Bec y Lanfranc of Canterbury*), que en 1070 se convirtió en Arzobispo de Canterbury, fue primer ministro y principal consejero de Guillermo. Lanfranc no solo fue un gran prelado y teólogo, sino un jurista que aprendió y enseñó derecho en Pavía, en su nativa Italia, llegó a Normandía y abrió una escuela laica en Avranches. Estando en Normandía se convirtió en monje y enseñó en la Abadía de Bec. Es probable que haya enseñado derecho en ambos sitios, además de gramática y retórica y es recordado en Normandía como descubridor del derecho romano⁶¹. Afirma Re que “El rol de Lanfranc en el desarrollo del common law asume una nueva dimensión si se recuerda que por su sola presencia e influencia preparó el terreno para la recepción del renacimiento intelectual y jurídico que estaba comenzando en el norte de Italia. Y el renacimiento del derecho romano no se limitaba a las universidades”, sino que fue un movimiento que partiendo de ellas, especialmente de Bolonia, con Irnerio (Irnerius, a quien se atribuye la “fundación” de la Escuela de Leyes de esa universidad) se haría sentir en todas las antiguas provincias romanas. “Sería una conquista más duradera y profunda que ninguna otra por la espada”⁶².

Lanfranc fue sucedido como Arzobispo de Canterbury por San Anselmo (1033-1109), quien también había sido monje y enseñado en Bec. Anselmo, a su vez, fue sucedido por Teobaldo, quien llevó a Inglaterra a Vaccarius, un celebrado glosador de Mantua que enseñaba derecho romano en Bolonia, fundaría la escuela de derecho de Oxford y se convertiría en el primer profesor de leyes de Inglaterra. La influencia de Vaccarius en el desarrollo del derecho inglés fue notable. La pone de relieve Scrutton, quien afirma: “El período anterior a Vaccarius es uno de costumbre, no de ley escrita; de vaguedad en lugar de precisión; y no debe sorprender si en la oscuridad legal de los primeros siglos encontramos muy escasas bases para realizar afirmaciones dignas de confianza en materias de especial dificultad. En el segundo período encontramos mucha más luz. A partir de las enseñanzas de

⁶⁰ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 462.

⁶¹ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 463.

⁶² Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 464.

Vaccarius en 1149, pasamos de inmediato a prestigiosos libros de texto de maestros del derecho”⁶³.

Re atribuye a los historiadores ingleses Pollock y Maitland el fútil intento de devaluar la influencia del derecho romano en el derecho inglés resaltando el rol de los tribunales eclesiásticos y del derecho canónico, aunque reconocieran que en el siglo XII la relación entre el derecho romano y el derecho canónico era muy cercana y que el derecho canónico había tomado prestada su forma, su lenguaje, su espíritu y muchas de sus máximas del derecho civil, por lo cual Re agrega que poco importa que la ruta de la transmisión del derecho romano haya sido la del sistema canónico o la de los tribunales eclesiásticos, ya que varios medios en diferentes oportunidades jugaron un papel en aumentar la corriente. Concluye Re citando a Jenks, quien afirma que sería inútil suponer que ese conocimiento (del derecho romano) no era usado, especialmente en la solución de los problemas para los cuales las antiguas costumbres no disponían solución alguna, debiéndose recordar que la influencia del derecho romano se convirtió en Inglaterra en algo secreto y, es más, ilícito⁶⁴.

La jurisdicción de equidad parte de la noción de que el rey es la fuente de toda la justicia. Como el rey no podía resolver personalmente todas las controversias y todas las peticiones que se le dirigían, se establecieron tribunales para que aplicaran la ley, esto es, los tribunales del rey (*the King's Courts*). La oficina que asistía al rey en esta fase administrativa de la justicia se llamaba *oficina justitiae* o Cancillería. Distribuir los casos entre los tribunales era la primera ocupación del Canciller, pero la más importante nace y se desarrolla ante las peticiones dirigidas al monarca por quienes carecían de una acción judicial ordinaria o no habían recibido satisfacción adecuada en los tribunales de *common law*. La petición era una solicitud redactada en términos de gracia e invocando la equidad, que al ser respondida da nacimiento a la jurisdicción de equidad. El Canciller era una persona de especial confianza del rey, generalmente un eclesiástico, su confesor (hasta Santo Tomás Moro, prácticamente todos los cancilleres habían sido “hombres de iglesia” o eclesiásticos. Hasta el final del período del Cardenal Wolsey en 1530, la oficina había estado a cargo de 160 eclesiásticos). A este funcionario se le llamada el Guardián de la Conciencia del Rey (*The Keeper of the King's Conscience*). El Canciller era auxiliado en sus funciones por los maestros de la cancillería (*Masters of the Chancery*), expertos en derecho civil y derecho canónico, que aconsejaban sobre la equidad del derecho civil y sobre las materias de conciencia. La expansión de esta jurisdicción de equidad provocó la ira de los jueces de *common law*, creando un problema que fue resuelto en 1616 por el rey Jaime I personalmente en favor de la Cancillería⁶⁵. La descripción de la jurisdicción de equidad que hace Lord Campbell es estimada como simple y breve:

⁶³ SCRUTTON, *The Influence of the Roman Law on the Law of England* 1 (1885). Cita de Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, p. 465, nota 87.

⁶⁴ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 468-469

⁶⁵ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 477-478.

By "equitable jurisdiction" must be understood the extraordinary interference of the chancellor, without common-law process, or regard to the common-law rules of proceeding, upon the petition of a party grieved, who was without adequate remedy in a court of common-law; whereupon the opposite party was compelled to appear and to be examined, either personally or upon written interrogatories; and evidence being heard on both sides, without the interposition of a jury, an order was made secundum aequum et bonum, which was enforced by imprisonment

(Traducción libre: *Por jurisdicción de equidad se ha de entender la interferencia extraordinaria del canciller, sin recurso al proceso ordinario y sin tener en cuenta las reglas de procedimiento del proceso ordinario, en respuesta a la petición de la persona agraviada, que estuvo sometida a un tribunal ordinario sin acción adecuada; jurisdicción de equidad por medio de la cual la parte contraria es compelida a presentarse y ser examinada, bien personalmente o mediante interrogatorio formulado por escrito; escuchándose pruebas de ambas partes, sin interposición de un jurado; emitiéndose una orden de presentación secundum aequum et bonum que se cumple bajo amenaza de prisión*)⁶⁶.

Los testimonios que atribuyen el nacimiento de la jurisdicción de equity a la influencia de la *equitas* del derecho romano y al *ius gentium* del *pretor peregrinus* son múltiples. Se atribuye al propio rey Jaime I haber dicho: “Cuando el rigor de la ley en muchos casos desarregla un asunto, la Cancillería atempera la ley con la equidad y mezcla, de ese modo, la misericordia con la justicia”. También ha sido señalado que la equidad se originó y ha sido presentada como una contribución del derecho canónico para aliviar el rigor de la ley. La analogía con el pretor peregrino romano, quien, al hacer justicia, no se sentía obligado por las reglas formalísticas del *ius civile*, indica que el derecho inglés se acercaba a un grado superior de madurez, afirma Re⁶⁷. Los casos de incumplimiento de la palabra por los fiduciarios (*trustees*) estaban hechos a la medida para ser resueltos por esta vía jurisdiccional. Por ello, con toda razón algunos estudios han vinculado muchas doctrinas de equidad, como el sistema de *uses and trusts* a nociones canónicas y romanas⁶⁸.

Entre las situaciones que en épocas distintas exigieron la utilización de un instrumento jurídico de protección de los bienes se mencionan la necesidad de escapar a las confiscaciones derivadas de las persecuciones políticas y a las cargas sobre las tierras que imponían los soberanos; la expedición del estatuto de manos muertas (*statute of mortmain*) que prohibía a las comunidades religiosas ser titulares de bienes inmuebles; la conveniencia de proteger las propiedades de los caballeros que partían con las cruzadas; las transmisiones testamentarias⁶⁹. La fórmula que se encontró fue la de la transmisión directa del bien a una persona con la que no se corrieran los riesgos que se querían evitar, “pero en provecho de

⁶⁶ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 478.

⁶⁷ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 479-484.

⁶⁸ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 482.

⁶⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *op cit.*, p. 17. Con el use también se lograban propósitos “abiertamente fraudulentos”: hacer testamento mediante *use*, cosa que no autorizaba el régimen feudal; efectuar transmisiones en fraude de acreedores o para evadir acciones reivindicatorias. BATIZA, Rodolfo: *op. cit.*, pp. 20-21, nota 14.

aquel o aquellos a quienes en realidad se les quería beneficiar”⁷⁰. Se afirma que así nace el *use*, pero los mismo autores del common law inglés vinculan la aparición del *use* a las necesidades de atender las complejidades del sistema de tenencia de la tierra en el mundo medieval, un sistema basado en que nadie es el dueño absoluto de la tierra, sino que hay un conjunto de relaciones que parten del rey (*ultimate overlord*), continúan con el señor feudal y siguen hacia abajo, cadena en la cual hay derechos de posesión, obligaciones de homenaje, derecho a la protección del señor feudal, obligación de prestación de servicios personales e incidentes (“*incidents*”: beneficios materiales de distintas clases”). La cadena podía tener un solo eslabón, en cuyo caso el poseedor, (llamado *tenant-in-chief*) derivaba su derecho directamente del rey, o podía tener varios eslabones, hacia arriba y hacia abajo. El sistema feudal de tenencia de la tierra era una compleja amalgama de relaciones personales - manifestadas particularmente en la sujeción del poseedor al señor feudal a través del homenaje, de los servicios y de los “*incidents*”- y de derechos de propiedad. El surgimiento del *use*, se afirma, representa una respuesta al declive de los principales ingredientes del sistema feudal de tenencia de la tierra, sumado a la retención y al fortalecimiento de los llamados “*incidents*”, tales como el “*relief*” (una suma pagadera al señor feudal cuando un poseedor sucedía a otro a la muerte de éste) y la custodia (“*wardship*”) (el derecho del señor feudal de custodiar el cuerpo del heredero y las tierras mismas, incluyendo las ganancias provenientes de ellas, durante la minoridad del heredero de su poseedor muerto)”⁷¹. Según Maitland, el uso “es un término curioso que se podría pensar que proviene del latín *usus*, pero en realidad deriva de *opus*. Ya en los siglos VII y VIII se puede comprobar en documentos jurídicos lombardos y francos la utilización de la expresión *ad opus* como equivalente de “en su representación”. Con ello queda descartado que el *fideicomissum* romano sea el antecedente del uso, como sostienen Blackstone y Perry”⁷². No se debe olvidar, por último, que según un muy citado autor inglés, Sir Edward Coke, “hubo dos inventores del *use*, el miedo y el fraude; miedo de perder las heredades por una confiscación en tiempos de problemas y de guerras civiles; y fraude, para no pagar las deudas, escapar a acciones legales, tutelas, herencias yacentes, manos muertas, etc.”⁷³.

Se afirma que la opinión generalmente aceptada es que el *use* fue modelado siguiendo al *treuhand* o *salman* desarrollado bajo las leyes germánicas⁷⁴, pero la tesis que sostiene que los usos que preceden al trust tienen origen germánico ya no es mantenida hoy día y más bien

⁷⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *op cit*, p. 140.

⁷¹ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law*, *op. cit.*, pp. 34-36.

⁷² KIPER, Claudio M; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *Tratado de Fideicomiso*; *op. cit.*, pp. 4-5, con cita de BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*; p. 21.

⁷³ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law*, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁴ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 8, quien cita la opinion de HESS, Ami Morris et altre: *The Law of Trusts and Trustees* (3rd. ed. 2007)..

se habla de una coincidencia histórica⁷⁵. Se señala que los *uses* ya habían aparecido en Inglaterra antes de la conquista normanda⁷⁶. El *use* “consistía fundamentalmente en que una persona (*settlor*), propietaria de una tierra, traspasaba a otra (*feoffe to use*) el dominio de ella, con el entendido entre las partes de que aun cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (*cestui que use*) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario respecto de dicho bien. El cesionario (*feoffe*) recibía la plena propiedad de la cosa pero no para que la aprovechara en su propio beneficio sino con el encargo, confiando en su buena fe, de que poseyera para para uso exclusivo del *cestui que use*, que podía ser el mismo *settlor*”⁷⁷.

El *common law* solo reconocía como propietario al cesionario y no tomaba en cuenta el compromiso de conciencia adquirido por éste con el enajenante, de modo que las controversias entre el *feoffe* y el *cestui que use* se resolvían en favor de aquél. En esa etapa el *use* solo era un compromiso moral, un auténtico negocio fiduciario⁷⁸. Ello dio lugar a que los afectados acudieran a otra instancia, la del Canciller del Rey, “implorando, por el amor de Dios, la justicia que les había sido denegada por los tribunales comunes, sin más motivo que simplemente a éstos les competía aplicar simplemente Derecho común. Así es como por una parte tiene lugar la aparición de la *Equity* en el derecho anglosajón, como un ordenamiento jurídico que en un principio suplió al *Common Law* y que actualmente lo complementa, y por la otra, la incorporación del *use* en el seno de la *Equity*, para dejar de ser tal y transformarse en el *trust*, con los lineamientos que actualmente se le conocen”⁷⁹.

La evolución del trust ha sido historizada hasta el punto de que se habla de las cuatro etapas de su recorrido: 1) De la aparición de los uses hasta principios del siglo XV. Aunque en esta época no gozó la institución de protección legal, se dictaron algunas leyes para evitar las transmisiones fraudulentas (1376) y la transmisión llevada a cabo por el despojante (1377); 2) De principios del siglo XV a la promulgación de la Ley de Uses. Los uses dejaron de ser un compromiso de conciencia para convertirse en derecho indiscutible, recibiendo la protección de la cancillería como un derecho de equidad transmisible por cesión o por causa de muerte. Por su utilización frecuente para eludir el pago de las cargas de la corona, el *Statute of Uses* de 1535 los dejó sin efecto, sin dejar de reconocer al *cestui que trust* como verdadero propietario de acuerdo a la jurisprudencia de *equity*; 3) De la Ley de Uses (siglo XVI) a fines del siglo XVIII. Se hacen distinciones para sustraer algunos uses al ámbito de la ley y algunos de ellos reciben el nombre de trust. Se entendió que no todos los uses estaban proscritos y que era distinta la situación cuando el *feoffe* era un mero intermediario o testafarro, en actitud pasiva, que cuando tenía una labor que llevar a cabo, desempeñando un papel activo; 4) De fines del siglo XVIII a la época contemporánea. El trust se desarrolla

⁷⁵ BÈRAUDO, Jean-Paul: *Le trust anglo-saxon et le droit français* ; LGDJ, Paris 1992, pp. 2-3.

⁷⁶ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *op cit*, pp. 140-141.

⁷⁸ BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*; segunda edición; Porrúa, México 1985, p. 21 y nota 15.

⁷⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *op cit*, pp. 141-142.

rápidamente, sobre todo después de la adopción de la Ley sobre Organización Judicial de 1873, que estableció que en caso de conflicto entre las normas del *common law* y las de equity prevalecían éstas. En 1893 se dictó *The Trust Act*, compilación de la jurisprudencia sobre la materia que abarca un largo período⁸⁰.

En *Lewin on Trusts* aparece la que ha sido estimada una de las definiciones o descripciones más completas aparecidas en libros de texto comunes y corrientes sobre el trust inglés⁸¹:

*[The word trust] refers to de duty or aggregate accumulation of obligations that rest upon a person described as trustee. The responsibilities are in relation to property held by him, or under his control. That property he will be compelled by a court in its equitable jurisdiction to administer in the manner lawfully prescribed by the trust instrument, or there no be specific provision written or oral, or to the extent that such provision is invalid or lacking, in accordance with equitable principles. As a consequence the administration will be in such a manner that the consequential benefits and advantages accrue, not to the trustee, but to the persons called cestui que trust, or beneficiaries, if there is any; if not, for some purpose which the law will recognize and enforce. A trustee may be a beneficiary, in which case advantages will accrue in his favor to the extent of his beneficial interest*⁸².

(Traducción libre): La palabra trust se refiere al deber o al conjunto de obligaciones de una persona llamada trustee. Las responsabilidades se vinculan a bienes poseídos por él o que están bajo su control, bienes que está obligado a administrar, bien conforme a los términos legales del instrumento del trust –a lo cual podrá ser obligado por una corte de equidad- o bien conforme a los principios del trust cuando no existan disposiciones escritas u orales o tales disposiciones falten o sean inválidas. Por lo tanto, la administración se llevará a cabo de tal manera que los correspondientes beneficios y ventajas se acumularán, no en beneficio del trustee, sino de las personas llamadas cestui que trust o beneficiarios, si es que hay alguno; si no lo hay, en favor de algún propósito que la ley reconozca y haga cumplir. El trustee puede ser beneficiario, en cuyo caso las ventajas se acumularán a su favor en tanto representen un interés beneficiario.

Esta descripción le ha merecido estos comentarios a Garton:

(1) En la mayoría de los casos, un trust surge de un acto deliberado o de una declaración de voluntad de un individuo o de un grupo de personas. Para este individuo o grupo no hay un solo nombre aplicado uniformemente: uno se tropieza con “founder”,

⁸⁰ Relación hecha por RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *op cit.*, pp. 20-22, quien sigue a BATIZA, Rodolfo: *op. cit.*,

⁸¹ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law*, *op. cit.*, p. 3.

⁸² Cita de GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law*, *op. cit.*, pp.2-3.

“settlor”, “creator” or “donor” (o sus plurales, según el caso). Cuando el trust es creado por testamento, los términos “testator” o “testatrix” -que son las palabras para describir al que hace un testamento, contenga o no un trust- actúan como sustitutos. El “founder” de un trust puede ser un “trustee” y/o un “beneficiary” (sujeto al punto 3 de más abajo). Cuando el trust deriva de un acto deliberado o de una declaración de voluntad se le llama un “express trust” (como se verá más tarde, él o ella no necesitan utilizar la palabra trust);

(2) Cuando no existe acto deliberado o manifestación de voluntad de creación del trust, éste deberá su existencia a las reglas legales (estatutos legales o decisión judicial), las que en ciertas situaciones definidas imponen un trust a las personas (de modo que se convierten en “trustees”) en relación con una propiedad de la cual ellos son titulares o sobre la cual tienen control. En tales casos no hay “founder” del trust y se puede decir que es un trust imputado (“imputed”). “Imputed” no es un término legalmente reconocido en este contexto, pero se usa como un sinónimo de “non-express” trust. Como se verá más tarde, hay más específicas (aunque algo más confusas) sub clasificaciones: “statutory”, “implied”, “resulting” y “constructive”;

(3) Un trust puede tener varios “beneficiaries” o “founders”. Lo mismo se aplica a los “trustees”, sujeto a consideraciones prácticas y a reglas legales que establecen en algunos casos que el número de “trustees” no exceda de cuatro (Trustee Act 1925, s 34 (1), La misma persona (un particular o una corporación) puede ocupar dos o tres de estos roles, excepto que la ley aborrece el sinsentido de que una persona sea el único “trustee” de una propiedad para sí misma;

(4) La propiedad sujeta a trust puede ser cualquier tipo de activo o interés reconocido legalmente, desde un automóvil o una tierra hasta una propiedad intangible, tal como un derecho de autor;

(5) Aunque la definición de Lewin se refiere a la propiedad mantenida por el “trustee” o “bajo su control”, para propósitos prácticos un “trustee” generalmente tiene la titularidad legal del bien dado en trust. Cuando el bien dado en trust es un derecho de propiedad equitativo –puede de verdad ser un interés en otro trust- el título del “trustee” es solo un título de equidad;

(6) Los “beneficios y ventajas consecuenciales” que le pertenecen a los “beneficiaries” pueden adoptar la forma de beneficios en especie (por ejemplo, ocupación de una tierra mantenida en trust) o efectivo (ingresos por participaciones). No hay regla acerca de que los beneficios individuales sean fijados de antemano o de que todos reciban beneficios simultáneamente; más bien, el reparto de beneficios puede ser dejado al “trustee(s)” (bajo un llamado “trust discrecional”) o a algún tercero, quien puede tener incluso el poder de excluir enteramente a cualquier beneficiario incluido en una lista o descrito en el instrumento del trust. Aún más, se puede estipular que el interés surge únicamente si es satisfecha una condición, y un “trustee” puede tener el deber o la potestad de retener todo reparto de beneficios durante un periodo determinado, esto es, acumular los ingresos;

(7) Al referirse críticamente a “algún propósito que la ley reconozca y haga cumplir”, la definición de Lewin se está refiriendo principalmente a los trusts caritativos.

Generalmente, un trust debe tener una o varias personas como beneficiarios o potenciales beneficiarios, pero si por sus términos requiere que el “trustee” administre la propiedad dada en trust por algún o por algunos propósitos que caen dentro de la definición legal artificial de “propósitos caritativos”, el trust puede ser válido aunque esté expresado en términos de propósitos en lugar de “beneficiaries”. Hay algunas otras situaciones definidas estrechamente en las cuales la falta de definición de beneficiarios no es fatal para el trust⁸³.

Los autores ingleses hacen énfasis en la versatilidad del trust y recuerdan las palabras del jurista e historiador F. W. Maitland a comienzos del siglo XX, cuando calificó al trust como un instituto de gran elasticidad y generalidad, tan elástico y tan general como el contrato⁸⁴ y se preguntan cuáles son los aspectos que le dan al trust la versatilidad tan admirada por Maitland. Garton afirma que el secreto del éxito del trust debe encontrarse en tres cosas: primero, en que al establecer el trust, el constituyente puede manejar un conjunto de alternativas con tres aspectos particulares de la propiedad (la titularidad, la propiedad equitativa y el control), que le permiten jugar con estos elementos en una múltiple variedad de formas; segundo, en que los derechos y las obligaciones que han sido expresamente creados para el trust han sido fortalecidos por remedios equitativos efectivos y complementados, hasta donde es necesario, por un conjunto de reglas legales detalladas (tal como se indica en la definición de Lewin); tercero, en que en los ámbitos en donde es predominantemente utilizado, el trust cumple mejor su papel con respecto a los bienes y tiene mayor fuerza legal que otras instituciones que compiten con él⁸⁵. En esta misma corriente se inscriben otras afirmaciones famosas: Pierre Lepaulle decía que el trust sirve para casi todo; y Austin W. Scott, el compilador del *Restatement of Trusts (Second)* afirmaba que los fines para los cuales puede utilizarse el trust son tan ilimitados como pueda serlo la imaginación del abogado⁸⁶.

III. El modelo norteamericano (*express trust*). Las jurisdicciones del common law han sido descritas como espacios “donde los trusts acompañan el ritmo de la vida, desde la cuna hasta la tumba, donde todo el mundo sabe lo que es el trust porque lo ve funcionar en el hogar y en la oficina”⁸⁷. El trust es una fórmula jurídica anglosajona que en sus inicios se hace presente en la vida privada y familiar y en el entorno social y religioso; luego, a medida que las relaciones económicas se hacen más complejas, pasa a formar parte de ellas como un

83 GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law*, *op. cit.*, pp. 3-4.

84 GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law*, *op. cit.*, p. 1.

85 GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law*, *op. cit.*, p. 4.

86 BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; Décima edición; Editorial Porrúa, México 2011, p. IX.

87 LEPAULLE, Pierre. Cita de SMITH, Lionel: “Stateless trusts”, en *The Worlds of The Trust*, *op. cit.*; p. 89, Smith reseña la publicación de Lepaulle, “An Outsider’s view Point of the Nature of Trusts “ (1928) 14 Cornell L.Q. 52,53. Agrega Smith que quienes enseñan la materia podrían pensar que Lepaulle exageró un poquito.

instrumento de asociación, de ejecución de obligaciones, de garantía y exigencia de derechos y, sobre todo, de gestión y disfrute de un patrimonio. Más tarde, en el ámbito financiero su difusión lo convierte en instrumento de uso común y corriente en operaciones del mercado de valores, de la banca y de los seguros que se popularizan a nivel universal y le permiten su circulación por encima de los sistemas jurídicos. Existe una opinión generalizada de que es la figura más característica del derecho angloamericano, que los propios historiadores del derecho inglés comparan con el contrato por su elasticidad y por su generalidad⁸⁸ (“después del contrato es la figura jurídica general”)⁸⁹. La versatilidad del trust lo habilita para cumplir una ilimitada variedad de objetivos y, además, fines sustitutivos de otros negocios jurídicos -típicos o atípicos- a los cuales se dota de una mayor flexibilidad. Por ello “se ha hecho la observación, por parte de los autores angloamericanos, de que aun cuando existen en su sistema diversas figuras jurídicas idóneas para situaciones determinadas, tales como el depósito, el albaceazgo, la tutela y la hipoteca, el *trust* puede utilizarse para alcanzar cualquier finalidad, siempre que sea lícita, que no contravenga al orden público. El *trust* es una forma de disposición de bienes a través de la cual las obligaciones y facultades del *trustee* (fiduciario) podrán ser las que determine el *settlor* (fideicomitente), y los derechos del *cestui que trust* (fideicomisario) aquellos que desee concederle, subordinándolos, si así lo quiere, a la decisión discrecional del *trustee*”⁹⁰. Por esa multifacética función, el *trust*, al traspasar las fronteras del *common law* es de difícil ubicación, por lo cual se tiende a colocarlo entre categorías muy generales, tal como la de los negocios jurídicos⁹¹ o la de las relaciones fiduciarias, o entre las instituciones *sui generis*, o entre las combinaciones de contratos (mandato, enajenación fiduciaria, promesa de donación, estipulación a favor de tercero)⁹². Se traslada de Inglaterra a los Estados Unidos de América junto con su sistema de derecho, “no solamente en estatutos reales, sino también en la verdadera conciencia y costumbres de los propios colonizadores”⁹³. Su multiplicidad y sus manifestaciones son tantas que impiden dar una definición omnicompreensiva.

⁸⁸ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; Legis, Varias Ciudades 2005, pp. 23-24 y nota 2. El autor recoge una cita de René David, quien, a su vez, cita al historiador del derecho inglés Maitland diciendo del trust: “una institución tan elástica, tan general como el contrato... y la realización puede ser la más original de los juristas ingleses. Nos parece casi constituir un elemento esencial a la civilización”.

⁸⁹ BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*; op. cit., p. 25.

⁹⁰ BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, op. cit., p. 24.

⁹¹ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: *Doctrina general del fideicomiso*; op. cit., pp. 67-68; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *El fideicomiso*; op. cit. supra, pp. 36-37 y 188-191.

⁹² GUILLAUME, Florence: *Incompatibilité du trust avec le droit suisse ? Un mythe s'effrite*; op. cit. infra; pp. 6-7 y nota 12. El tribunal federal suizo, en el caso Harrison, sostuvo que el trust era una combinación de mandato, transferencia de propiedad a título fiduciario, promesa de donación y estipulación en favor de tercero. La autora llama a esta declaración “una transposición acrobática del trust en las categorías de derecho material suizo”.

⁹³ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: *Doctrina general del fideicomiso*; op. cit., p.7. Marcel FARIBAULT, “refiriéndose a la *fiducie* de la Provincia de Quebec, afirmaba que no hay abogado que niegue que la clientela franco-canadiense la desconoce por completo, y que si el notario o abogado expone sus ventajas al testador, éste preferirá no obstante la sustitución o el usufructo, que le son familiares en el mismo grado que la hipoteca. Por el contrario, el cliente de extracción o formación anglosajona, por ignorante que sea de la ley,

Según una clasificación de la jurisprudencia inglesa, puede haber *statutory trust* (trust creado por la ley), *express trust* (trust creado por el constituyente por escrito u oralmente), e *implied trust* (trust creado por una decisión judicial). En el derecho norteamericano se habla de *express trust* (trust creado mediante manifestación de voluntad del constituyente), *resulting trust* (trust derivado de la voluntad presunta o supuesta de su creador) y *constructive trust* (trust declarado por decisión judicial con independencia de la voluntad de las partes)⁹⁴. Los jueces norteamericanos han dicho: “Un trust resulta de la manifestación de voluntad de crearlo. Esa intención y propósito pueden ser manifestados mediante declaraciones explícitas o por medio de otros actos y palabras”⁹⁵.

El trust es un instrumento jurídico de tal versatilidad en el derecho anglosajón que equivale a *una manera de hacer las cosas*, es un modo de realizar con el patrimonio en general y con los bienes, derechos y obligaciones que lo componen, en particular, lo que sea lícito y conveniente. No existe una institución equivalente en el derecho europeo continental o *civil law system*:

El trust cumple una multitud de funciones que los ordenamientos jurídicos de tradición romanista han confiado a instituciones jurídicas diversas. Una mirada rápida sobre algunas formas de trust permite hacerse una idea aproximada de la flexibilidad considerable de este instrumento jurídico. Si bien es corriente encontrar trust familiares que arreglan la sucesión de una persona, los trust caritativos a favor de una categoría de desheredados son igualmente frecuentes, así como los trust de la edad de retiro que aseguran un fondo de pensión; los trust de inversiones que son comparables a los fondos de colocaciones; los trust de voto que juegan el papel de un pacto de accionistas de una sociedad; los trust de garantía que aseguran una operación de préstamo. El trust puede ser percibido como “la bonne a tout faire” [“la empleada para todo”] del derecho inglés. Esta constatación tiene como consecuencia que sea imposible encontrar una definición global del trust.

*El polimorfismo del trust siempre ha desorientado a los juristas continentales que han intentado calificarlo en función de sus criterios jurídicos. Por ello, todo esfuerzo de calificación unívoca del trust está destinado al fracaso, pues es imposible dar una definición unívoca del trust, delimitar sus elementos característicos de manera única. Toda tentativa de asimilación del trust a una institución jurídica del civil law no puede sino desembocar en una mescolanza jurídica poco satisfactoria. En consecuencia, es forzoso admitir que el trust -o los trusts- es una institución sui generis con particularidades movibles, que no puede ser aprehendida sino caso por caso y en función de las especificidades del trust considerado.*⁹⁶

se sentirá llevado con toda naturalidad a explicar sus intenciones en términos de *fiduciae* y, seguramente, satisfecho de verlas plasmar en forma de *trust*“. Cita de BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, op. cit., pp. 27-28.

⁹⁴ BOGERT, George G.; OAKS, Dallin H., HANSEN, H. Reese; NEELEMAN, Stanley D.: *Cases and Text on the Law of Trusts*; op. cit., p.2.

⁹⁵ BOGERT, George G.; OAKS, Dallin H., HANSEN, H. Reese; NEELEMAN, Stanley D.: *Cases and Text on the Law of Trusts*; op. cit., pp. 8-9.

⁹⁶ GUILLAUME, Florence: *Incompatibilité du trust avec le droit suisse ? Un mythe s’effrite*; pp. 2-4 Internet: https://www2.unine.ch/files/content/sites/florence.guillaume/files/shared/bibliographie/Incompatibilite_trust.pdf

El modelo de trust que ya se había conformado en Inglaterra es el que comienzan a usar pacíficamente los colonizadores americanos⁹⁷. Después de su separación de la Madre Patria y de la adopción de un sistema federal, en que cada estado dispone de leyes propias y de un sistema judicial propio con jurisdicciones de *common law* y *equity* ya reunidas, se sintió la necesidad de unificar los conceptos alrededor del trust.

El *American Law Institute*⁹⁸ recopiló las reglas relativas al trust que provenían de las decisiones judiciales y de las leyes escritas de cada estado en el *First Restatement of the Law, Trusts*, publicado en 1935; en 1948 se publicó un suplemento con actualizaciones; pero el crecimiento del trust y la legislación resultante hizo absolutamente necesaria una nueva versión del *Restatement*; un *Restatement of the Law of Trusts* fue preparado por el Profesor A.W. Scott, con la ayuda de un grupo de consejeros. Este *Restatement* no trata de los *business trusts* ni de los usados para fines de garantía; tampoco se refiere a los *constructive trusts*, a menos que se esté ante el intento de crear un express trust o como resultado del express trust mismo; ni a los conflictos de leyes. El trabajo de recopilación fue aumentado y modificado en varios puntos en el *Restatement of the Law Second, Trusts*, adoptado y promulgado en 1957 y publicado en 1959. Finalmente, un *Restatement of the Law Third, Trusts*, actualizado, corregido y con nuevas secciones fue publicado por el *American Law Institute* en volúmenes separados: (a) en 1992 se publicó un volumen preliminar (*Prudent Investor Rule*); (b) en 2003 se publicaron y promulgaron los volúmenes 1 y 2; (c) en 2007 se publicó y promulgó el volumen 3⁹⁹.

Por su parte, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law*¹⁰⁰ ha preparado varios modelos de leyes sobre trusts para su adopción por los estados, “con

⁹⁷ A comienzos del siglo XIX todavía los litigios eran muy escasos. MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 11.

⁹⁸ El *American Law Institute*, según su sitio web, fue creado en 1923 a raíz de un estudio dirigido por un grupo de prominentes jueces, abogados y profesores de derecho, conocido como “Comité para el Establecimiento de una Organización Permanente para el Mejoramiento del Derecho”. El Comité informó que los dos defectos principales del derecho norteamericano eran su incertidumbre y su complejidad, lo cual producía una “insatisfacción general con la administración de justicia”. Según el Comité, la incertidumbre provenía, en parte, de una falta de acuerdo sobre los principios fundamentales del *common law*, mientras que la complejidad fue atribuida a las numerosas variaciones al interior de las diferentes jurisdicciones de los Estados Unidos. Se recomendó la formación de una organización de abogados para mejorar la ley y su administración. Se creó el ALI. Según su acta constitutiva, la misión del ALI es la de “promover la clarificación y simplificación de la ley y su mejor adaptación a las necesidades sociales, asegurar la mejor administración de justicia, y estimular y llevar a cabo estudios legales científicos y académicos”

<https://www.ali.org/about-ali/creation/>

Es una organización integrada por los miembros de la Corte Suprema de Justicia, los miembros de mayor jerarquía de las cortes de apelaciones, los presidentes de las más altas cortes de varios estados y del Distrito de Columbia, el presidente y los miembros del Comité Ejecutivo de la American Bar Association, el Presidente de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, el Presidente de la American Society of International Law y los decanos de las escuelas de derecho que son miembros de la Association of American Law Schools. MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 12.

⁹⁹ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, pp. 11-13.

¹⁰⁰ Es una asociación sin fines de lucro cuya finalidad es procurar la uniformidad de las leyes estatales. Está compuesta por más de 300 comisionados escogidos por cada estado de acuerdo al método que cada uno elige.

diferente grado de éxito”: the *Uniform Fiduciaries Act*, the *Uniform and Principal Act*, the *Uniform Trustees Accounting Act*, the *Model Prudent Man Investment Act*, the *Uniform Trustee’s Powers Act*, the *Uniform Probate Code* and the *Uniform Commercial Code*¹⁰¹. “Sin embargo, el más importante desarrollo en la regulación del trust en los Estados Unidos ha sido la adopción del *Uniform Trust Code* del año 2000 por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*”¹⁰², reformado en 2001, 2003, 2004 y 2005. El Code ha sido adoptado por varios estados con reformas sustanciales. También se han dictado otras leyes uniformes que afectan al trust¹⁰³.

Ahora bien, de conformidad con el *Restatement of the Law of Trusts*, parágrafo 2, el trust es definido así:

A fiduciary relationship with respect to property, arising out of a manifestation of an intention to create it, and subjecting the person in whom the property is vested to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person.

(Traducción libre): *El trust es una relación fiduciaria que surge de una manifestación de voluntad y por medio de la cual se transfiere la propiedad a otra persona a quien se sujeta a deberes de equidad para que maneje la propiedad en beneficio de un tercero).*

Los trusts son clasificados tomando en cuenta varios criterios: (i) atendiendo a la manifestación de voluntad, se habla de *express trust* (trust creado mediante manifestación expresa de voluntad del constituyente), *resulting trust* (trust derivado de la voluntad presunta o supuesta de su creador) y *constructive trust* (trust declarado por decisión judicial con independencia de la voluntad de las partes); (ii) haciendo referencia al hecho de si se trata de una disposición de última voluntad o no, se habla de *intervivos trusts* (trusts establecidos mediante una declaración –*declaration of trust*- o mediante un instrumento de trust –*deed of trust*-) creados en vida del constituyente, frecuentemente como sustitutos del testamento, para evitar el proceso de liquidación de herencia (*will substitute to avoid probate*); y de *testamentary trusts* (trust que deriva de un testamento –*will*-, surge en el momento de la liquidación de la herencia y está sometido al *probate system*-); (iii) atendiendo a su revocabilidad, los trusts pueden ser revocables o irrevocables: los trusts testamentarios, una vez establecidos, son necesariamente irrevocables; los *inter vivos trusts* pueden ser revocables o irrevocables, dependiendo de la voluntad del constituyente. El trust revocable se ha convertido en el sucesor del testamento, como pieza central de la planificación

La única exigencia es que los comisionados sean miembros del “Bar” (colegio de abogados). La mayoría son abogados en ejercicio, jueces o profesores de derecho, MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 13, nota 41.

¹⁰¹ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 13.

¹⁰² MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 13. El trust ha sido un instrumento bien conocido a lo largo de dos siglos en los Estados Unidos, dice el autor.

¹⁰³ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; *op. cit.*, p. 13.

sucesoral¹⁰⁴; (iv) por su finalidad benéfica o no benéfica, los trusts intervivos se sub dividen en *charitable trusts* y *non charitable trusts*. Los trust caritativos pueden ser perpetuos y su validez está sometida a criterios de “public benefit”, por las ventajas de orden fiscal y los beneficios de otro orden de que disfrutan¹⁰⁵. El private trust puede ser creado por medio de una manifestación unilateral de voluntad o por medio de un traspaso (*conveyance*), o simplemente, mediante actos o palabras que tengan el significado de una intención de crear un trust (*resulting trust*), aunque la palabra trust no haya sido usada.

Langbein, citado por Malumian, explica (i) que el estudio del trust se realiza en el *common law* como parte de las transferencias gratuitas y generalmente comienza con una referencia a sus orígenes al final de la Edad Media como un medio de efectuar transferencias de riqueza en el seno de la familia cuando quien transfiere tiene activos sustanciales o complejas situaciones familiares; (ii) que *The Restatement (Second) of Trusts*, la más autorizada exposición del trust norteamericano, ejemplifica la tradición de pensar acerca del trust exclusivamente como una rama de las transferencias gratuitas y que por ello Austin W. Scott, coordinador (*reporter*) of *The Restatement (Second) of Trusts*, excluyó los trusts comerciales (los *business trusts*) del *Restatement* sobre la base de que “muchas de las reglas” del derecho del trust eran inaplicables en un contexto comercial, sin ofrecer fundamentos para tal posición, que es errónea; (iii) que las reglas comunes (estándares) del derecho del trust protegen por igual a todos los beneficiarios, cualquiera sea su clase, sin importar si el trust responde a un regalo o pone en práctica un acuerdo comercial, a menos, por supuesto, que se indique otra cosa; (iv) que, precisamente, uno de los grandes atractivos del trust para el planificador de transacciones que está diseñando un negocio (a menos que esté contraindicado) es la posibilidad de aprovechar estos estándares como reglas básicas del negocio simplemente invocando el nombre del trust; (v) que la tradición jurídica norteamericana que caracteriza al trust como una parte del derecho de las transferencias gratuitas está en desacuerdo con la realidad de la práctica del trust. La verdad es que la mayor parte de la riqueza que es mantenida en trust en los Estados Unidos lo es a través de los *business trust* y no en conexión con transferencias gratuitas. Más del 90% del dinero mantenido en trust en los Estados Unidos está en trusts comerciales y no en trusts personales¹⁰⁶.

Una modalidad de trust del derecho norteamericano que ha tenido una extensa propagación a nivel mundial es la del *business trust*, utilizado en múltiples operaciones comerciales. La doctrina norteamericana observa, en relación con el papel extraordinario que

¹⁰⁴ DUKEMINIER, Jesse; SITKOFF, Robert H.: *Wills, Trusts and Estates*, Ninth Edition; Wolters Kluwer Law & Business, 2013, pp. 385 y 435

¹⁰⁵ BOGERT, George G.; OAKS, Dallin H., HANSEN, H. Reese; NEELEMAN, Stanley D.: *Cases and Text on the Law of Trusts*; op cit., pp. 155 y siguientes.

¹⁰⁶ LANGBEIN, John H.: “The Secret Life of Trust: The Trust as an Instrument of Commerce”, 107 Yale L.J. 166 (1997-1998). Cita de MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; op. cit., pp. 24-25, nota 21. El artículo de LANGBEIN citado por MALUMIAN puede ser consultado en Internet:

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/503/

ha jugado el trust en materia comercial, que a fines del siglo XIX y a comienzos del siglo XX, antes de que se hubiera consolidado en los Estados Unidos de América la sociedad anónima (*corporation*) como modelo de organización, las empresas de negocios de gran escala se organizaban regularmente en forma de trust: *common law business trust*; y citan como ejemplo que la Standard Oil Company de John D. Rockefeller estaba organizada en forma de trust, no como una sociedad anónima. El predominio del business trust, afirman unos autores, “explica por qué tenemos una ley antitrust, no una ley de libre competencia o una ley antimonopolio, como se las conoce en el extranjero”¹⁰⁷. Antes de la popularización de la sociedad anónima, los empresarios norteamericanos utilizaban el *business trust* para escapar a las pesadas regulaciones de la forma societaria; el *business trust* era tan común en Massachusetts, donde estaba prohibido que las sociedades poseyeran inmuebles, que la expresión *Massachusetts trust* era sinónimo de *business trust*; luego, en el siglo XX la sociedad anónima se convirtió en los Estados Unidos de América en la forma preferida de organización de las grandes empresas, pero el trust sigue siendo una pieza vital de la economía moderna norteamericana. El trust sigue siendo la forma preferida de los fondos mutuales, que eran conocidos en los años 20 y 30 como “investment funds”, y el trust es comúnmente empleado en la securitización de activos y en el caso de los fondos de pensión¹⁰⁸. Con las adaptaciones pertinentes, los fondos mutuales, la securitización de activos y los fondos de pensión se han trasladado a otros países.

El Diccionario USLegal (*uslegal.com*) define así el business trust:

Business trust is a form of business organization which is similar to a corporation, in which investors receive transferable certificates of beneficial interest. The trustees administer it for the advantage of its beneficiaries who hold equitable title to it. They administer the trust based on the terms set forth in the declaration of trust. The beneficiaries receive certificates of beneficial interest as evidence of their interest in the trust, which is freely transferable. Profits and losses resulting from the use and investment of the trust property are shared proportionally by the beneficiaries according to their interests in the trusts. In some states, a business trust is subject to the laws of trusts whereas in other states the laws of corporations or partnerships govern its existence. For purposes of federal Income Tax laws and state income tax laws a business trust is considered as a corporation. Business trusts are also known as Massachusetts trusts or common-law trusts.

(Traducción libre: *El Business trust es una organización comercial semejante a una sociedad anónima en la cual los inversionistas reciben certificados negociables de un interés beneficiario. Los fiduciarios administran el business trust en favor de los beneficiarios que tienen título fiduciario al mismo. Administran el trust de acuerdo con los términos establecidos en la declaración de trust. Los beneficiarios reciben certificados de interés beneficiario como evidencia de su interés en el trust, el cual es libremente transferible. Las ganancias y las pérdidas provenientes del uso y de la inversión de la propiedad fiduciaria son compartidas proporcionalmente por los beneficiarios de acuerdo a su interés en el trust.*

¹⁰⁷ DUKEMINIER, Jesse; SITKOFF, Robert H.: *Wills, Trusts and Estates*, Ninth Edition; *op. cit.*, p. 398.

¹⁰⁸ DUKEMINIER, Jesse; SITKOFF, Robert H.: *Wills, Trusts and Estates*, Ninth Edition; *op. cit.*, pp. 398-399.

En algunos estados un business trust está sujeto a las leyes de trust, mientras que en otros estados las leyes sobre sociedades anónimas o sobre sociedades gobiernan su existencia. A los efectos de las leyes sobre el impuesto federal sobre la renta y de las leyes estatales sobre la renta, el business trust se considera una sociedad anónima. Los business trusts se conocen también con el nombre de Massachusetts trust o common law trusts).

El Business Dictionary. Com, por su parte, ofrece esta definición:

Commercial organization managed by appointed trustees (who hold the title to the business' property) for the benefit of one or more beneficiaries. A business trust is treated as a legal entity by the tax authorities and must have (1) a business purpose, and (2) must function as a business.

(Traducción libre: *Una organización commercial manejada por fiduciarios designados (quienes ostentan la titularidad de la propiedad del negocio) en favor de uno o más beneficiarios. Un business trust es tratado como una entidad con personalidad jurídica y debe tener (1) un propósito comercial, así como (2) debe funcionar como un negocio.*)

El Black's Law Dictionary lo define de este modo:

A legal trust set up for the purposes of business, but not necessarily one that is operated in The Commonwealth of Massachusetts. They may also be referred to as an unincorporated business organization or UBO.

(Traducción libre: *Un trust legal para propósitos de negocios, pero que no es necesariamente operado en la Comunidad de Massachusetts. También puede hacerse referencia a él como organización de negocios no legalmente registrada o inscrita.*)

Langbein ha puesto de relieve que el trust es una institución que en el seno del propio common law ha sufrido una transformación histórica de sus elementos, cambios que han afectado: (1) la naturaleza de la riqueza, ya que los activos financieros han desplazado a la tierra como propiedad fiduciaria; (2) las responsabilidades del fiduciario como gestor, que dejó de ser un mero titular de una propiedad inmobiliaria para convertirse en un gestor activo de portafolios; (3) la personalidad del fiduciario, que dejó de ser un caballero interesado para convertirse en un fiduciario institucional; (4) la fuente de las normas de protección de los beneficiarios dentro del derecho del trust, ya que el derecho fiduciario sustituyó a las restricciones de los poderes del fiduciario¹⁰⁹.

¹⁰⁹ LANGBEIN, John H.: p. 629 "The contractarian basis of the law of trusts", (1995). Faculty Scholarship Series. Paper 502. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/502

IV. Las adaptaciones latinoamericanas del trust

Originalmente y por regla general, el fideicomiso no es contemplado por los códigos civiles latinoamericanos del siglo XIX, influenciados por la codificación napoleónica, porque tanto las manifestaciones de la fiducia (*fiducia cum amico, fiducia cum creditore*) como las del fideicomiso hereditario (*fideicomissum*) no habían sido reguladas por el Código Civil francés de 1804. Una excepción era la legislación argentina, en cuyo Código civil, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, el artículo 2662 contemplaba el “dominio fiduciario”, descrito como “el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

Las experiencias de adaptación del trust anglosajón a la legislación de los países latinoamericanos se inician a comienzos del siglo XX y se basan en razones prácticas relacionadas con dos países, Panamá y México: por una parte, la intención de los juristas panameños de crear instrumentos jurídicos que pudieran ser utilizados por inversionistas extranjeros en sus operaciones internacionales (*offshore trust*), haciendo de Panamá un *forum* de conveniencia, como efectivamente ocurriría en forma progresiva a todo lo largo del siglo XX, llevó al ilustrado jurista panameño Ricardo J. Alfaro a redactar la primera ley latinoamericana sobre el fideicomiso (Ley N° 9 de 1925 de Panamá)¹¹⁰; y, por otra parte, el incremento de las relaciones comerciales entre los Estados Unidos y México, impulsó al Secretario de Hacienda Ives Limantour a enviar a la Cámara de Diputados en 1905 una iniciativa redactada por el Lic. Jorge Vera Estañol para que expidiera una ley a fin de que fueran creados bancos comerciales encargados de desempeñar las funciones que en los países anglosajones se atribuían a las compañías de trust (*trust companies*). Es el primer intento legislativo para adaptar el *trust* y las empresas de trust (*trust companies*) a un sistema de tradición romanista¹¹¹. Este proyecto nunca fue considerado por el parlamento mexicano, pero el trust anglosajón continuó empleándose en la práctica comercial mexicana, siendo su ejemplo más notable el utilizado como instrumento de garantía de emisiones de bonos destinadas a financiar la construcción de ferrocarriles a comienzos del siglo XX¹¹². Basándose en el Código Civil de 1884 y en la Ley sobre Ferrocarriles de 1899, se le dieron efectos jurídicos en México a un *trust deed* otorgado en los Estados Unidos, estimándose que esa variedad del trust, descompuesta en sus varios elementos, correspondía a los contratos de

¹¹⁰ Alfaro mencionó únicamente las necesidades de su clientela extranjera y la conveniencia de la figura para todos los países latinos del continente, pero su iniciativa se inscribe en el movimiento que llevaría a Panamá a alcanzar luego el discutible rango de paraíso fiscal (*tax haven*) con el registro de buques, de sociedades anónimas con acciones al portador, de trusts, de fundaciones, de instituciones financieras sin supervisión en sus operaciones fuera del país, de exoneración de impuestos sobre las operaciones no realizadas en el país y de otras facilidades. Hoy existen muchos *offshore financial centres*, además de Panamá.

¹¹¹ BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; *op. cit.* p. 85.

¹¹² BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; *op. cit.* p. 83 y nota 2. Se trató de la constitución de los Ferrocarriles Nacionales de México y del subsecuente convenio para financiar mediante la deuda contraída por los propios ferrocarriles, con garantía de hipoteca otorgada en forma de fideicomiso sobre todos sus bienes y derechos aun ubicados dentro del país.

préstamo, mandato e hipoteca¹¹³. En 1924 fue hecho público otro anteproyecto por el Sr. Enrique Creel en la Convención Bancaria celebrada ese año. No llegó a adoptar forma de ley, pero influiría en la legislación posterior¹¹⁴. Por ello no es de extrañar que la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 enuncie claramente en la exposición de motivos su adhesión a las prácticas anglosajonas, en esta forma:

*El nombre de fideicomiso, aceptado por la nueva ley, como el que tradicionalmente se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido en el derecho antiguo, pues el nuevo fideicomiso es en realidad una institución distinta a todas las anteriores y muy particularmente del fideicomiso del derecho romano. La reglamentación sancionada por la ley constituye, en el fondo, una adopción de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación en las demás disposiciones de nuestro derecho y particularmente de la legislación bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discrepancias entre unas y otras instituciones jurídicas...*¹¹⁵

Si bien el jurista panameño Alfaro y los juristas mexicanos coincidían en llevar a cabo una adaptación del trust anglosajón para insertarla en la legislación de sus respectivos países, discrepaban en la fórmula para materializar la adaptación: la ley panameña redactada por Alfaro asimilaba el fideicomiso a un mandato irrevocable. En México, la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 también adoptó el modelo Alfaro de mandato irrevocable, pero muy poco después, en 1932, el jurista mexicano Pablo Macedo elaboró las normas sobre fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dieron nacimiento al trust latinoamericano y que abandonaron la tesis del mandato¹¹⁶.

Tanto Alfaro como Macedo hicieron referencia expresa a su intención de redactar normas que emparentaran el fideicomiso con el trust anglosajón y no con las antiguas figuras romanas de fiducia y fideicomiso. Alfaro dijo textualmente: “Como el nombre puede dar origen a confusión de ideas [se refiere al término “fideicomiso”] pues pudiera creerse por personas a cuyas manos no llegara esta exposición, que trato del fideicomiso romano o algo parecido, el proyecto de la ley respectivo debe tener como su primer artículo la definición que he dejado expuesta. [El artículo 1º de la Ley Alfaro decía: El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado

¹¹³ BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, op. cit., p. 17 y nota 5.

¹¹⁴ BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; op. cit. p. 87.

¹¹⁵ ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit: *El fideicomiso mexicano*; Editorial Porrúa, México 2006, pp. 1-2.

¹¹⁶ BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; op. cit. p. 98 y nota 16, reproducen el relato de Macedo: “Mi estudio consistió –indica el Lic. MACEDO- en proponer el articulado de la Ley de Títulos que habría de convertirse en el Título II, Capítulo V. “Del Fideicomiso”, que la Comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar en sus términos, pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en cuanto a defectos puedan advertirsele”. Vid MACEDO, Pablo: “El fideicomiso mexicano”, en *Tratado teórico y práctico de los trusts* de Pierre Lepaulle, Editorial Porrúa S. A., México, 1975, p. XXV”.

fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario] Conservo el nombre de fideicomiso, a pesar de la diferencia substancial que existe en cuanto al alcance y fines de la institución antigua y la que propongo ahora, porque ese nombre resulta en ambas tan expresivo y adecuado que es irremplazable. Siempre es la *fe* que se tiene en el fiduciario lo que impele al fideicomitente a *encomendarle* el encargo”¹¹⁷. Agregaba Alfaro: “Para que el fideicomiso pueda servir rectamente a los fines prácticos que he dejado ya esbozados, es necesario concebirlo bajo un aspecto que lo acerque más al trust anglosajón que al antiguo modelo romano”¹¹⁸. Macedo, por su parte, manifestó en variados tonos que su fuente de inspiración había sido el trabajo de Pierre Lepaulle sobre el trust anglosajón¹¹⁹ y propuso definir el fideicomiso (artículo 346 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito) de la siguiente manera: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”. Observa Roberto Goldschmidt: “En esta definición que refleja la influencia del jurista francés Lepaulle, se manifiesta otra concepción para interpretar la figura del *trust*, la de la afectación de bienes a un fin determinado”¹²⁰.

Macedo se apartó de la tesis del mandato irrevocable de Alfaro y adoptó la idea de la propiedad con un propósito determinado (un patrimonio de afectación, una propiedad limitada por los objetivos del trust). La tesis de la afectación era rechazada por Alfaro por estar cerca o ser equivalente a la idea de gravamen: el fideicomiso no es un gravamen, sino una transmisión, decía Alfaro¹²¹. Sin embargo, según la opinión de un sector de la doctrina mexicana, la tesis de Lepaulle del patrimonio de afectación fue privada por Macedo de un elemento esencial (la transmisión de bienes del fiduciante al fiduciario). En efecto, esta doctrina observó que el empleo del verbo *destinar* en la ley “plantea de inmediato el problema de si hay o no una transmisión de bienes en el fideicomiso”; que Alfaro había explicado que el encargo conferido al fiduciario produce otro efecto sin el cual no podría ser ejecutado, o sea, el de *transmitirle* los bienes objeto del fideicomiso; que los romanos lograban esto mediante la institución del heredero y los sajones lo conseguían haciendo al *trustee* propietario *titulado*, mientras consideran al fideicomisario como “propietario real”; que en cuanto a la transmisión de bienes, “*si éstos no pasan de una persona a otra* y permanecen en poder de su dueño, no hay acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario, *ni*

¹¹⁷ Citas de BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; *op. cit.* p. 109 y nota 31, quienes repiten, a su vez, citas de ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio: “Carácter Legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso”, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México 1930, t. primero.

¹¹⁸ Cita de BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; *op. cit.* p. 109 y nota 31.

¹¹⁹ BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; *op. cit.* p. 110 y nota 33: cita de LEPAULLE, Pierre: “La naturaleza del trust”, traducido por el Sr. Lic. Pablo MACEDO. *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*. México, 1932, Tomo Tercero. El original francés intitulado “De la Nature du Trust” se publicó en *Journal de Droit International*, Año 54, julio-octubre 1927.

¹²⁰ GOLDSCHMIDT, Roberto: *El fideicomiso en los países de América Latina*; *op. cit.* p. 9.

¹²¹ DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A.: *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*; Editorial Porrúa, México 1982, p. 147.

puede cumplirse el propósito del fideicomiso...”; que pese a que la idea de afectación incorporada en los artículos 346 y 351 de la ley proviene de Lepaulle, no se reconoce en esos preceptos lo que este autor admitía en forma explícita, esto es, que el sujeto de derecho encargado de realizar la “afectación” es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación; que al observar el funcionamiento del trust y al describirlo exteriormente, Lepaulle explicaba que un propietario, el settlor, transmite determinados bienes, total o parcialmente, a un tercero llamado trustee, único designado como “propietario” de los bienes y quien se inscribe como tal cuando se requiere registro¹²².

La doctrina mexicana concluía que era evidente, “a la luz de los párrafos anteriores, que la deficiencia técnica fundamental en el concepto de fideicomiso contenido en la ley, es resultado de la mutilación que se hizo del mecanismo esencial a la institución, al privársele de su efecto traslativo de dominio”¹²³, por lo cual no era de sorprender que la ambigüedad del concepto legal hubiera creado desorientación no solo en la doctrina sino en la propia jurisprudencia, hasta que a partir de 1948 la Suprema Corte admitió definitivamente el efecto traslativo de dominio del fideicomiso, “restituyendo así al concepto legal el elemento esencial del que fue privado”¹²⁴. La reforma legislativa de 2003 resolvió definitivamente las dudas y expresamente estatuyó en el artículo 381 que el trust produce la transmisión de la propiedad del fideicomitente al fiduciario¹²⁵. El texto de este artículo reza: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transfiere a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”. Roberto Goldschmidt anotó, con acierto, que es verdad que las principales leyes latinoamericanas se inspiran en el trust norteamericano, pero que la institución que estos países han creado es, desde el punto de vista de la técnica jurídica, muy distinta de su modelo¹²⁶.

Para incluir el trust en el derecho latinoamericano, heredero del derecho codificado europeo, ese sector de la doctrina coincide en señalar, como lo observa Batiza, que “no solo se reglamentó una institución jurídica nueva, sino que se importó junto con ella, pese a la renuencia mostrada por el legislador, un desmembramiento del derecho de propiedad desconocido hasta entonces, un nuevo derecho real (y de crédito) con caracteres propios, según se trate del fiduciario o del fideicomisario. Estos derechos corresponden imperfectamente a la doble propiedad en el trust (*legal y de equidad*), en que se inspiraron Alfaro y Lepaulle, los dos autores a quienes se recurrió para estructurar legalmente el fideicomiso en México... Una vez establecida [en el Código Civil] “la propiedad fiduciaria” concepto admitido, al lado de los derechos reales ya reconocidos, no habrá necesidad para caracterizar el mecanismo especial del fideicomiso y al derecho de naturaleza especial que

¹²² BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, op. cit., pp. 33-35.

¹²³ BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, op. cit., p. 35.

¹²⁴ BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, op. cit., pp. 36-37

¹²⁵ BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; op. cit. p. 113-114

¹²⁶ GOLDSCHMIDT, Roberto: *El fideicomiso en los países de América Latina*; op. cit. pp. 6-7.

transfiere, de emplear vocablos sin contenido definido, tales como el de “titularidad”¹²⁷; o como lo confirma Malumian: “Para incluir el trust en el derecho continental se creó un concepto completamente nuevo. En este sentido, un rasgo único de los trusts en América Latina es el de que implicaron la creación de un patrimonio afectado por un propósito, con la propiedad fiduciaria separada de la propiedad del propio fiduciario. El trust significó no solo dividir la propiedad en legal o formal en cabeza del fiduciario y sustancial o económica en cabeza del beneficiario, sino también en la creación de un patrimonio separado o patrimonio con un propósito especial”¹²⁸.

La doctrina mexicana sostiene la tesis de que el fideicomiso es un negocio traslativo de propiedad del fideicomitente al fiduciario, una especie del género de negocios fiduciarios, como lo fueron el treuhand y el salman en el derecho germánico o lo es el trust en el derecho anglosajón. Barrera Graf, comentando una decisión judicial favorable a esa tesis, afirma que es esta una doctrina antigua que intuita por Emilio Velasco, fue planteada por Rodríguez y Rodríguez, y acogida más tarde por Arrechea Álvarez, Lizardi Albarrán, Pérez y Pérez, Serrano Traviña, Pintado Rivero, Villagordoa Lozano y por él y que podía considerarse como doctrina dominante en el derecho mexicano. Según esa doctrina, el fideicomiso es un negocio en el cual se configura una doble relación: transmisión de bienes o derechos al fiduciario (relación real) y obligación asumida por el fiduciario de afectar dichos bienes o derechos a una determinada finalidad (relación obligatoria o personal). De no aceptarse la explicación del negocio fiduciario, agrega Barrera Graf, se tendría que admitir “que él plantea un tipo especial de relación, no admitida en nuestro sistema y sí en el anglosajón, en cuya virtud se opera un desdoblamiento de la propiedad, o sea, un tipo de propiedad especial que correspondería tanto al fiduciario, como al fideicomitente o al fideicomisario...concepto...totalmente contrario a nuestros precedentes y...reñido con el carácter absoluto –en cuanto unitario- del concepto romano de propiedad”¹²⁹.

La doctrina mexicana contraria a la tesis de la transmisión de la propiedad del fideicomitente al fiduciario, argumentaba que por virtud de la constitución del fideicomiso los bienes quedaban sujetos a una afectación, a un régimen patrimonial especial, excluyéndolos de cualquier posibilidad de desviación, ya fuere éste de un acto del propio fideicomitente, de la fiduciaria, del fideicomisario o de un tercero; que los bienes fideicometidos se consideraban afectos al fin al que se destinaban, por lo que su consecuencia era que solamente se podían realizar con ellos los actos dirigidos a cumplir su fin; pero que de ninguno de los preceptos reguladores del fideicomiso se desprendía idea alguna que hiciera pensar en una transmisión de propiedad; que, más bien, de algunos preceptos se desprendía la idea de que el fideicomitente preservaba la propiedad de los bienes

¹²⁷ BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, op. cit., pp. 38-39.

¹²⁸ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; op. cit., p. 19.

¹²⁹ BARRERA GRAF, Jorge: “Naturaleza jurídica del fideicomiso. Quiebra del fideicomisario”, pp. 210-212. Internet:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/28/sc/sc8.pdf>

fideicometidos¹³⁰. En conclusión, todos los autores coincidían en que los bienes del trust formaban un patrimonio de afectación y solo discrepaban en torno a la división del derecho de propiedad sobre el patrimonio fiduciario. Para Domínguez Martínez, el fideicomiso comporta el desmembramiento de la propiedad del bien; al fiduciario se le transmite la titularidad, la facultad de disponer del bien; y el fideicomitente preserva la propiedad. Como se verá más adelante, en África del Sur existe el *bewind* trust, en el cual la propiedad permanece en el constituyente (*settlor*); así como en China el trust puede funcionar como el *bewind*¹³¹.

La experiencia mexicana con el fideicomiso ha sido ampliamente favorable si se juzga por la utilización de la figura¹³². Las regulaciones panameñas y mexicanas del fideicomiso han ejercido gran influencia en el desarrollo legislativo del trust de inspiración anglosajona en el resto de los países de América Latina, bien para adoptar el esquema básico diseñado por Ricardo J. Alfaro y por Pablo Macedo, inspirado en la obra de Pierre Lepaulle, o bien para introducir peculiaridades propias que permiten la compatibilidad de la figura con el resto del ordenamiento propio. Un examen de los regímenes particulares de cada país se puede realizar en la obra clásica comparada de Sergio Rodríguez Azuero¹³³ o en la obra de Nicolás Malumian (disponible en Amazon en versión digital)¹³⁴. Rodríguez Azuero afirma que en una primera etapa las legislaciones latino americanas se podían dividir entre aquellas que habían definido y desarrollado el concepto de fideicomiso y aquellas que habían pretendido introducir la figura a través de la autorización que tenían los bancos para ejercer encargos de confianza¹³⁵; y que después de los años setenta “se ha producido una verdadera explosión de legislaciones que han venido consagrando la figura del fideicomiso o la fiducia mercantil, como versión propia de la institución angloamericana del trust” y dedica su libro “Negocios Fiduciarios” al estudio de ese tema. Precisa el autor que el objeto de su estudio es “el contrato que, -tomando de una parte los antecedentes conceptuales que podían resultar de la evolución histórica en el derecho romano, reconociendo el valor lógico de los negocios fiduciarios, pero, sobre todo, asimilando la rica dinámica del trust-, ha venido a plasmarse en un nuevo contrato mercantil, identificado con notas características que lo distinguen de cualquiera de sus antecedentes y con innovaciones muy interesantes desde el punto de vista de los efectos

¹³⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *El fideicomiso*; *op. cit.*, pp. 352-356. Este autor ha dedicado un libro al tema de la propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario, tal como se desprende de la nota 2 de este artículo.

¹³¹ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op. cit.*, p. 541.

¹³² “Las instituciones fiduciarias celebran anualmente miles de operaciones de esta naturaleza y sus patrimonios se calculan en billones de pesos”: ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit: *El fideicomiso mexicano*; *op. cit.*, contraportada.

¹³³ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; Legis, Varias Ciudades 2005.

¹³⁴ MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; Oxford University Press, 2009, pp. 5- 6. Amazon Kindle Edition.

¹³⁵ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; *op. cit.*, p. 74.

patrimoniales de su celebración y de las diversas obligaciones de las partes en torno a él”¹³⁶. El *fideicomiso* o la *fiducia mercantil* es, para Rodríguez Azuero, “aquella forma de negocio fiduciario regulado que pretende traducir el trust dentro de esquemas inspirados en el derecho continental europeo”, limitándose “a la transmisión de la propiedad para una finalidad específica”¹³⁷. El *fideicomiso* o *fiducia mercantil* es una figura genérica ideal a la cual su creador le atribuye “orígenes que se remontan al primitivo derecho romano” y rasgos que contrasta a lo largo de su obra, tanto con un modelo anglosajón de trust (“la figura anglosajona [que] mantiene su vigor en todos los países del common law”), como con distintos modelos legislativos latino americanos¹³⁸.

V. Las adaptaciones europeas del trust

La Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Trusts y su Reconocimiento de 1 de julio de 1985, que entró en vigor desde el 1 de julio de 1992, tuvo un doble propósito: establecer los principios comunes para dirimir los conflictos de leyes en materia de trusts y facilitar el reconocimiento del trust en los estados que no tuvieran estos instrumentos. La Convención no se propuso introducir el trust en las jurisdicciones que carecían de éste ni tampoco suministrar una ley sustantiva uniforme sobre la figura, sino tender un puente entre los sistemas de common law y de derecho codificado mediante la creación de un conjunto uniforme de reglas sobre conflictos de leyes¹³⁹.

Pocos países europeos han ratificado la Convención y las razones parecen ser variadas: algunos países no ven que se pueda derivar ventaja alguna de la ratificación; otros se preocupan por los efectos que ésta pueda tener en su sistema jurídico; y otros, en fin, creen, más bien, que la ratificación los puede perjudicar, ya que los inversionistas nacionales de los países donde no exista un instrumento similar competitivo se pudieran ver tentados a sacar su dinero y colocarlo en un trust en el extranjero, teniendo la seguridad de que el mismo será reconocido en su país de origen por virtud de la Convención de la Haya. Se ha señalado que este fue un peligro del cual estaban advertidas las legislaturas de Francia y de Luxemburgo; explica por qué estos dos países, junto con otros países europeos, comenzaron a reformar sus leyes respectivas; e incluso llevó al establecimiento de nuevos instrumentos domésticos funcionalmente equivalentes al trust o que comparten algunas de sus características básicas¹⁴⁰. En el año 2007 Suiza ratificó la Convención de La Haya sin controversia alguna y con tal motivo se ha observado que si bien en los años 1950 dos informes habían dejado establecido que el trust era incompatible con el sistema jurídico suizo, no cabía duda que por

¹³⁶ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; *op. cit.*, p. 62-63.

¹³⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; *op. cit.*, p. 181.

¹³⁸ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; *op. cit.*, p. 125.

¹³⁹ BRAUN, Alexandra: “The framing of a European law of trusts”, en SMITH, Lionel (editor): *The Worlds of Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 277. Amazon Kindle Edition.

¹⁴⁰ BRAUN, Alexandra: “The framing of a European law of trusts”, *op. cit.*, p. 279.

virtud de la ratificación de la Convención ya no se podía seguir diciendo que el trust es incompatible con el derecho suizo. Por la ratificación, Suiza reconoce un *foreign trust*, aunque el derecho sustantivo suizo no regula el trust y la *fiducie* suiza no es un equivalente del trust del common law. Suiza incorporó normas sobre el trust en la Ley sobre Derecho Internacional Privado y en la Ley sobre quiebras de 1889, lo cual “hace de Suiza un caso especial, si no único, entre los países de civil law”¹⁴¹. En Holanda está en vigor la Convención de La Haya,¹⁴² aunque el artículo 3:84(3) del Código Civil prohíbe la propiedad fiduciaria, de modo que no hay trust en los Países Bajos¹⁴³. De cierta manera, los holandeses han deslegalizado su territorio en cuanto concierne al trust¹⁴⁴.

Coincidiendo con la adopción de la Convención de La Haya, pero no necesariamente vinculada con ella, en varios países europeos se ha adoptado legislación relacionada con el trust: Austria aprobó en 1993 la fundación privada (*Privatstiftung*), que se asemeja al trust del common law; Luxemburgo había introducido en 1983 el *contrat fiduciare*, que permitía a los bancos participar en transferencias fiduciarias de propiedad. La figura fue reformada en 2003 por la *Loi sur la Fiducie*, que no solo ratificó la Convención de La Haya sino que mejoró el status y la flexibilidad del instrumento para colocarlo más de acuerdo con el trust del common law, así como también se expresó el deseo de que los bancos y los inversionistas internacionales optaran por la *fiducie* y el instrumento se utilizara más ampliamente dentro de Europa; en Francia se aprobó en 2007 una ley que introdujo la *fiducie*, un contrato especial que puede ser empleado con propósitos comerciales de gestión o de garantía. Se ha indicado que la razón por la cual Francia ha hecho depender la aprobación de la Convención de La Haya de la introducción de un instrumento que pudiera competir con el trust del common law es el temor de que los negocios se escapen del país y de que los asuntos legales vayan a jurisdicciones extranjeras. La ley ha sido reformada varias veces y se duda de su éxito; San Marino ha adoptado dos conjuntos de normas legales, uno en 2005 referido al trust, que ha tenido éxito en la práctica legal, y otro en 2010 sobre el *affidamento fiduciario*, “que parece representar una respuesta civil al trust”; en Rumania, en 2011 se reformó el Código Civil para introducir la “*fiducia*”, que puede ser establecida por ley o por contrato, algunas de cuyas disposiciones se asemejan a la *fiducie* francesa al prohibir su establecimiento para propósitos gratuitos; en 2014 entró en vigor el nuevo Código Civil de la República Checa, con un conjunto de disposiciones sobre el trust¹⁴⁵. El movimiento dirigido a la adopción del trust no se limitó a los países europeos. En Taiwán se adoptó una ley sobre trusts en 1996;

¹⁴¹ PEYROT, Aude: “How to square the circle? The challenge met by Swiss insolvency law in dealing with common law trusts”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 41.

¹⁴² SMITH, Lionel: “Stateless trusts”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 92.

¹⁴³ WIBIER, Reinout: “Can a modern legal system do without trust?” en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, pp. 67-68.

¹⁴⁴ SMITH, Lionel: “Stateless trusts”, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁵ BRAUN, Alexandra: “The framing of a European law of trusts”, *op. cit.*, pp. 279-281.

en China se dictó una ley sobre trust en 2001 y en Japón se adoptó un código sobre el trust en el año 2006.

La Convención de la Haya dio origen a un movimiento dirigido al establecimiento de instrumentos domésticos para competir con el trust, a fin de no perder el lucrativo negocio usado en las finanzas internacionales y produjo como consecuencia una variedad de figuras, unas más parecidas que otras al trust del common law. Por ello se ha dicho: “Mientras Austria ha introducido una fundación privada dotada con personalidad jurídica, San Marino no solo ha establecido una completa ley de trust que se asemeja al modelo inglés e internacional, sino también el *affidamento fiduciario*, que es de derecho continental europeo. Los distintos instrumentos están inspirados por diferentes estructuras conceptuales”¹⁴⁶.

En las jurisdicciones europeas que no disponen del trust, los propósitos que se persiguen con esta figura se logran a través del contrato. En el Informe Oficial de la Convención de La Haya se explica que “las leyes de muchos países simplemente no tienen una categoría denominada trust”; que, en su lugar, las partes en un contrato del derecho continental europeo “pueden crear obligaciones contractuales que tienen una cierta semejanza con las operaciones de trust. Por una combinación de contratos derivados del derecho romano, llamados depósito y mandato, se pueden lograr algunos de los propósitos para los cuales se emplea el trust; y que la semejanza es mayor cuando se incluye un contrato o estipulación en favor de terceros”.

El caso de Italia es interesante, pues si bien fue uno de los primeros países en ratificar la Convención de La Haya, al mismo tiempo creó la figura del *trust interni* (trusts establecidos en Italia, pero regidos totalmente por la ley extranjera escogida para el caso concreto)¹⁴⁷. Esta figura ha tenido éxito en la práctica, pero el interés se ha desplazado hacia la *fiducia*, un contrato con finalidades de gestión y de garantía, como la *fiducie* francesa, pero más flexible, redactado en términos más cercanos a la cultura jurídica italiana que las normas del trust. Regulado en el año 2011 mediante una reforma del Código civil, acude a la fórmula de la transmisión de bienes o derechos a un fiduciario, asegurándose la gestión fiduciaria en favor de uno o más beneficiarios; fija una duración máxima de 90 años; establece un patrimonio fiduciario separado del resto de los bienes del fiduciario (un patrimonio con un destino: *patrimonio di scopo*); excluye ese patrimonio de la ejecución de créditos distintos a los relacionados con el patrimonio fiduciario; y permite a los acreedores del beneficiario, en casos excepcionales, ejecutar los derechos de éste en el contrato de *fiducia*¹⁴⁸.

La situación francesa ha llamado mucho la atención, por varios motivos: en primer lugar, porque el trust, una institución típica del common law, no existía en el ordenamiento jurídico francés; en segundo lugar, porque los hombres de negocios franceses y los

¹⁴⁶ BRAUN, Alexandra: “The framing of a European law of trusts”, *op. cit.*, p. 284

¹⁴⁷ GRAZIADEI, Michele: “Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience”, en Lionel SMITH (editor): *Re-imagining the trust*; Cambridge University Press 2012, pos.575.

¹⁴⁸ FUSARO, Andrea: *Patrimoni di scopo, trust e fiducia nell'esperienza giuridica italiana*. Internet: <http://www.masterdirittoprivatoeuropeo.it/wp-content/uploads/2012/05/Master.pdf>

inversionistas internacionales radicados en el país se sentían en condiciones desfavorables frente a sus competidores extranjeros, quienes utilizaban el trust cotidianamente en instrumentos no sometidos a la jurisdicción francesa; en tercer lugar, porque era fácil percibir una oposición a la introducción de una figura extraña a la tradición jurídica francesa; en cuarto lugar, porque fue desde las propias filas parlamentarias que se presentaron las propuestas de incorporación del trust en la legislación francesa. Si bien hubo intentos de regulación desde la primera mitad de los años 1990; y en la práctica de los negocios se utilizaban contratos innominados para sustituir la ausencia del trust, no fue sino hasta el año 2007 que se pudo adoptar una ley sobre la materia, en una forma desordenada que ha sido calificada como “el despertar caótico de una belleza durmiente”¹⁴⁹. El artículo 2011 del Código Civil francés dispone:

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

[Traducción libre: *La fiducia es la operación por medio de la cual uno o varios constituyentes transfieren un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, a uno o a varios fiduciarios, quienes manteniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan con un propósito determinado en favor de uno o de varios beneficiarios*].

La doctrina canadiense ha observado que el concepto de patrimonio separado (*patrimony by appropriation=patrimoine d'affectation*) recibe una referencia oblicua en el Código Civil por medio del patrimonio fiduciario y extiende sus consideraciones del modo que se resume a continuación:¹⁵⁰ (i) realmente, la fiducia francesa no envuelve un patrimonio genuinamente autónomo, puesto que el patrimonio fiduciario no está completamente separado ni del patrimonio personal del fiduciario ni del patrimonio personal del fiduciante. En concordancia con lo dicho, el segundo párrafo del artículo 2025 del Código Civil francés dispone que cuando el patrimonio fiduciario sea insuficiente, los acreedores de la fiducia pueden proponer ejecución sobre el patrimonio del fiduciante. Es más, las partes pueden estipular que la prenda común de los acreedores de la fiducia estará limitada al patrimonio del trustee. En ese caso, se estaría en presencia en una forma de división con respecto al patrimonio, con la creación de un sub patrimonio dentro del patrimonio personal del trustee; (ii) se han planteado preguntas con respecto al carácter legal de la transferencia de propiedad a la fiducia. En particular, una de las cuestiones es si el fiduciante simplemente coloca o no la propiedad al cuidado del trustee. Sin embargo, la solución más plausible, en línea con el clásico análisis de una transferencia de propiedad, es que la transferencia a una

¹⁴⁹ BARRIÈRE, Francois: “The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty”, en Lionel SMITH (editor): *Re-imagining the trust*; Cambridge University Press 2012, pos.4164.

¹⁵⁰ EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?” en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, pp. 26-29.

fiducie tiene como efecto la transferencia de la propiedad, lo que en los dos casos hace del trustee un tipo de dueño. Es más, esta es la posición del senador Marini, el autor de la iniciativa legal respecto a la fiducie; (iii) algunos autores han visto en esto una perversión del concepto de propiedad, particularmente debido al hecho de que una propiedad de este tipo no está establecida en interés del fiduciario. Sin embargo, es posible ver en ella una propiedad cuyos trazos han sido rediseñados, pues los derechos del trustee se ejercen de “modo fiduciario”, es decir, en interés de otro. Una considerable porción de la doctrina civil ya no tiene reservas en reconocer la existencia de una propiedad fiduciaria en el derecho civil francés; en particular la idea de una propiedad “con una carga” ha sido aceptada; (iv) en relación con la fiducia francesa, puede ser útil referirse a la noción de las modalidades de propiedad. Como enfatiza el Decano Jean Carbonnier, las modalidades del derecho de propiedad son vestiduras de la propiedad: sus resultados, al final del análisis, son siempre límites a los poderes del dueño, sin que el derecho se llegue a desmembrar. Este ilustrado autor da ejemplos de estas modalidades de propiedad, copropiedad e indivisión, propiedad inalienable y propiedad sujeta a afectación –modelada por una afectación-. La propiedad fiduciaria establecida por la legislación francesa parece encajar perfectamente en el molde del concepto de modalidad, pues es un tipo de propiedad que cabe dentro de una afectación y está dirigida a un propósito. Es ciertamente posible encontrar los atributos de la propiedad en la propiedad fiduciaria de la legislación francesa, puesto que el fiduciario recibe el derecho de hacer uso de la propiedad que está dentro de la fiducia, recoger los frutos de esta propiedad y enajenarla. Sin embargo, una parte de la doctrina continúa teniendo reservas respecto a al empleo de la propiedad como característica de la *fiducie*. En ese sentido, se ha mencionado la idea de que el fiduciario tiene poderes limitados y es menos un propietario absoluto (único dueño y señor de su cosa que tiene disposición de ella) que un “administrador” en el caso de la fiducie de gestión (*management*), o un “custodian” en el caso de la *security fiducie*. Se ha suscitado la cuestión de si la exclusividad está presente en la propiedad fiduciaria, ya que el fiduciario puede ser separado de su relación con la propiedad como resultado de una decisión del constituyente o de un beneficiario que no es ni trustee ni constituyente.

En un enfoque panorámico sobre el trust hecho por un jurista francés, éste manifiesta que el mismo le revelaba: (i) que el trust no es un contrato, sino que nace de un compromiso unilateral del constituyente (el *settlor*), quien transfiere bienes a un *trustee*, el que los utilizará en beneficio de un tercero o con un propósito. El trust no nace de un acuerdo de voluntades entre el constituyente y el trustee o entre el constituyente y el beneficiario. Si hay un acuerdo entre el constituyente y el beneficiario, por ejemplo, con ocasión de un préstamo o con motivo de un matrimonio, la convención se limita a la creación futura de un trust, no es ella la que crea el trust. El trust no se deriva del derecho de las obligaciones; (ii) que el trust no es una persona jurídica. A diferencia de una sociedad o de una fundación, el trust no puede ser propietario de bienes, emplear personal o celebrar contratos. Solo el trustee, persona natural o jurídica, es la persona propietaria de los bienes necesarios para la vida del trust. El trustee solo puede contratar para cumplir la misión confiada por el acto constitutivo del trust. Sin embargo, “los bienes del trust constituyen una masa distinta y no forman parte del patrimonio

del trustee” (artículo 2 de la Convención de La Haya). Los términos de “masa distinta” han sido utilizados a propósito por los negociadores de la Convención de La Haya para evitar el debate sobre los lazos entre la persona y el patrimonio o entre éste y el patrimonio de afectación. Toda conclusión en un sentido u otro será aproximada; (iii) que el trust no es una *fiducie*. La *fiducie* nace de una convención entre el fiduciante y el fiduciario que tiene por objeto la transmisión de la propiedad absoluta al fiduciario para que éste la retransmita a un tercero o al fiduciante. En el trust el fiduciario no es propietario absoluto. La misión del trustee es más activa que la de una simple interposición en una transferencia de bienes. Por otra parte, el constituyente desaparece después de la creación del trust, pues sería antinómico introducir en la operación una relación de naturaleza contractual con respecto a la que rige entre el fiduciante y el fiduciario; (iv) que el trust no es un fideicomiso, que en la práctica se reduce, sea a la sustitución de una persona o sea a un legado con la carga de transmitir el bien recibido a un tercero. El trustee testamentario no es un simple intermediario. Tampoco es un mandatario del difunto, como podría serlo un ejecutor del testamento¹⁵¹.

El mismo jurista francés explica cuáles son los rasgos que caracterizan al trust: (i) el trust es una institución que proviene del derecho de bienes. Por razones históricas, el derecho de propiedad del trustee está disminuido por un derecho concurrente del beneficiario. En el trust el derecho de propiedad está fragmentado, conforme a una división desconocida por los sistemas de derecho continental europeo: la propiedad legal, ligada generalmente al título de la propiedad, corresponde al trustee; la propiedad equitativa, reconocida y protegida por las jurisdicciones que aplican el derecho de la Equity, corresponde al beneficiario. Porque es titular de un derecho de propiedad, el beneficiario puede obligar al trustee, quien no se ha obligado frente a él, a cumplir las obligaciones puestas a su cargo por el acto de trust o por la ley. Por el mismo motivo, puede ejercer un derecho de persecución sobre los bienes del trust contra toda persona que los detente en condiciones que la ley no proteja. En caso de conflicto entre propiedad legal y propiedad equitativa, prevalece ésta sobre la primera (Caso Earl of Oxford, 1615; (ii) el trust es más que una división del derecho de propiedad. Las obligaciones del trustee con respecto al beneficiario, a quien debe rendir cuenta; las obligaciones de hacer que pesan sobre él; y las prerrogativas que le son conferidas, lo aproximan a la categoría de un tutor. Se está aquí lejos de la distinción civilista entre nuda propiedad y usufructo, a la cual cada titular del derecho respectivo puede poner fin. El trust está alejado, también, de la distinción medieval entre dominio eminente y dominio útil que expresaba mejor el apaciguamiento de reivindicaciones mutuas de propietario bonitario y propietario quirritario que la organización de una vida común. Además, el titular del dominio útil podía usucapir los derechos del propietario quirritario, mientras que el titular de un trust no puede usucapir la propiedad legal del trustee; (iii) otra característica del trust es la naturaleza fiduciaria de la relación que vincula a los diferentes protagonistas de la operación. Ella pesa principalmente sobre el trustee vis-a-vis del constituyente y del beneficiario. El adjetivo “fiduciario” dice poco a los juristas del derecho continental europeo. Por ello no han

¹⁵¹ BÉRAUDO, Jean-Paul: *Le trust anglo-saxon et le droit français* ; LGDJ, Paris 1992, pp 7-8.

querido que se incorporara a la definición de trust que figura al inicio de la Convención de La Haya. Su presencia hubiera conducido a malentendidos. Para algunos lectores la referencia a una relación fiduciaria simplemente habría significado una relación de confianza sin ningún otro contenido, mientras que, en cambio, en los sistemas jurídicos de common law está llena de sentido. Ella tiene una significación jurídica precisa que da lugar a largas exposiciones; (iv) el carácter fiduciario de una relación no se limita al trust. Este tipo de relación nace cada vez que una persona es colocada en una relación de superioridad con respecto a otra: por su competencia profesional, el abogado frente al cliente; porque recibe directamente fondos o bienes, el mandatario frente al mandante o el ejecutor testamentario con respecto al legatario; en razón de las informaciones de las cuales dispone, el gestor bursátil en cuanto al valor de los títulos de la empresa para la cual trabaja. Deliberadamente, la noción no está encerrada en una definición que impediría su aplicación a situaciones nuevas o no previstas; (v) el término “fiduciario” produce en el espíritu de los juristas anglosajones una especie de señal. Su presencia en un texto comporta la aplicación de la Equity Law al lado del Common Law, es decir, de un cuerpo de leyes elaboradas en otro tiempo para la jurisdicción del Canciller y hoy para la Chancery Division. El derecho norteamericano también acogió estas ideas de *fiduciary* o de *confidential relationship*, que, según el caso, implican imparcialidad, justicia, devoción, fidelidad, franqueza, sinceridad, lealtad, buena fe. Se ha puesto de relieve que los efectos prácticos de la relación fiduciaria o del término fiduciario han sido destacados por un gran juez norteamericano, Benjamín Cardozo, en esta forma:

*Muchos de los comportamientos admisibles en la vida ordinaria de los que actúan en las relaciones de negocios normales están prohibidos a quienes están vinculados por relaciones de naturaleza fiduciaria. Un trustee está sujeto a principios más estrictos que los de la moralidad reinante en un mercado. No solamente la honestidad, sino el punto de honor más sensible debe ser su regla de conducta*¹⁵².

El fiduciario no puede guardar para sí los bienes del trust que le han sido atribuidos y sobre los cuales tiene título. Para evitarlo, el derecho de equity deroga el common law y permite, por todos los medios de prueba, aunque el bien sea un inmueble y esté sujeto a registro, demostrar lo contrario. El formalismo cede el paso a la convicción del juez; (vi) en la gestión del trust el trustee debe evitar todo conflicto de intereses: no puede adquirir los bienes del trust. La idea es la de protegerlos contra la incertidumbre, contra los riesgos de abuso y al margen de toda tentación. En cuanto a las relaciones con el beneficiario debe igualmente tener una extrema delicadeza y revelar toda la información pertinente¹⁵³. Por separado, otro autor, en un artículo titulado con palabras vinculadas a la mecánica (*The trustee: mainspring*,

¹⁵² CARDOZO, (Chief Justice), en *Heinbrard v. Salmon*, 1928, 249, N.Y. 458, 464, 164 N.E. 545, 546. Cita de BÉRAUDO, Jean-Paul: *Le trust anglo-saxon et le droit français; op. cit.*, p. 10.

¹⁵³ BÉRAUDO, Jean-Paul: *Le trust anglo-saxon et le droit français; op. cit.*, p. 8-10.

or only a cog, in the French fiducie?: “El fiduciario, resorte principal o solamente un eslabón de la cadena en la *fiducie* francesa?”), partiendo del presupuesto de que el fiduciario es una figura central e indispensable para el funcionamiento del trust y tomando en consideración que el carácter contractual de la *fiducie* francesa puede vaciar de contenido la función fiduciaria, bien desde el punto de vista de la administración de los bienes o desde el punto de vista de la propiedad misma, llega a la conclusión de que el fiduciario es, en la *fiducie* francesa, un simple eslabón multifuncional. Se indica, finalmente, que las características legales de la *fiducie* francesa no son claras y son demasiado elásticas: “esto, junto con los vacíos en el régimen de la *fiducie*, conduce a infortunadas dificultades que tendrá que remediar la judicatura”¹⁵⁴.

La adopción por los países europeos continentales del trust inspirado en el derecho inglés o de una categoría comparable ha sido estimada como una circunstancia favorable para la aplicación de la Convención de La Haya. Al mismo tiempo, el derecho europeo del trust se ha hecho más complejo, ampliando las dificultades de la armonización legislativa para el mejor funcionamiento del mercado interno, para el movimiento de los servicios, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. Esto ha llevado a proponer la uniformidad de la regulación del trust a nivel europeo:

(i) un primer intento ocurrió a nivel de *Unidroit* en los años 50, sin consecuencia alguna;

(ii) en 1999 un grupo de expertos internacionales 141- publicó un conjunto uniforme de *Principles of European Trust Law* (ocho artículos que delinear un modelo basado en el *common law*). Su función declarada no es armonizar el derecho sustantivo ni promover la adopción de un concepto de trust, sino servir, en caso de falta de normas al respecto, de guía para la interpretación del trust;

(iii) en 2005 otro grupo de expertos produjo un volumen sobre *Commercial Trusts in European Private Law*. Hace un mapa del derecho existente con el propósito de ampliar la comprensión de la regulación de los instrumentos que encargan la gestión de la riqueza a otros.

El año 2009 fueron publicados dos libros en los cuales se sugiere la adopción de dos conjuntos de reglas sobre el derecho de los trusts a los efectos de su uniformidad, el Plan de Acción para la elaboración de un Marco Común de Referencia, cuyo propósito declarado es “asegurar la mayor coherencia del acervo (*acquis*) existente y del futuro en el área del contrato”; y el borrador de un Grupo Internacional de Trabajo en el Derecho Europeo del Trust. Dos grupos de investigadores, “El Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo” y el Grupo *Acquis*, que trabajan dentro de una red parcialmente financiada por la Comisión Europea, han producido un borrador del futuro *Common Frame of Reference*. El borrador incluye un libro, el Libro X, acerca de los “Trusts”. El trust propuesto en el Libro X se basa en los principios del *common law* y, particularmente, en el modelo inglés, salvo algunas

¹⁵⁴ MALLETT-BRICOUT, Blandine: “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, pp. 141-167.

desviaciones. El Grupo Internacional de Trabajo en el Derecho Europeo del Trust y el *Law Research Centre of the University of Nijmegen* también publicaron en 2009 un borrador no oficial de veinte artículos de una Directiva sobre “fondos protegidos”¹⁵⁵.

Los trabajos de uniformidad y armonización en el seno de la Unión Europea, sobre todo en el derecho de los contratos, son complejos y han sido puestos de relieve en estudios de expertos muy calificados. Una opción que ha sido adelantada es la elaboración de contratos tipos propiamente comunitarios. Sobre el particular se ha dicho que “Existe la conciencia de que el empleo de estos instrumentos facilita las transacciones económicas, ahorra que las partes tengan que renegociar los términos contractuales en cada nueva transacción y, además, proporcionan cierto nivel de certeza a las partes”¹⁵⁶. El problema en materia de trust es aún más complejo, por la diversidad de enfoques que impiden que haya consenso en cuanto a la limitación del trust al ámbito contractual.

VI. Las adaptaciones del trust de los sistemas mixtos (common law y civil law)

1. El trust de la Provincia de Quebec, Canadá. Las adaptaciones europeas del trust ocurren por la necesidad práctica de crear una figura que compita con el modelo original anglosajón del trust, para lo cual se hace necesario hacer frente a dos clases de incompatibilidades: las generales que resultan del contraste entre dos ordenamientos jurídicos distintos; y las particulares que se generan con el choque entre la institución original específica y las adaptaciones que se construyen. La adaptación que lleva a cabo la Provincia de Quebec tiene como presupuesto la necesidad de dotar a la Provincia de un instrumento del cual disponen las otras provincias con ordenamientos jurídicos de common law, pero se enfrenta a los mismos problemas, con la diferencia de que el traslado ocurre entre dos partes de su propio sistema jurídico nacional, sin que los espectadores puedan afirmar si esta circunstancia facilita o agrava la situación.

Los legisladores de Quebec reformaron el Código Civil de la Provincia en 1991, para entrar en vigor en 1994, para introducir el trust del common law. Una de sus disposiciones centrales, el artículo 1261, dispone: [Original francés: *Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel*] [Traducción libre: *El patrimonio fiduciario, compuesto por los bienes transferidos a título fiduciario, constituye un patrimonio separado, autónomo y distinto del que es propio del constituyente, del fiduciario y del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene derecho real.*]

¹⁵⁵ BRAUN, Alexandra: “The framing of a European law of trusts”, *op. cit.*, pp. 285-289.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos: “El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del derecho privado de la unión europea”, en *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*; Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2005, p. 24. Internet: file:///E:/SanDiskSecureAccess/Respaldo/DERECHO_DE_LOS_CONTRATOS_EN_EL_MARCO_DE_LA_UNIFICACION_JURIDICA.pdf

En el common law, como en el sistema de derecho codificado, el concepto de patrimonio está vinculado al derecho de personas. El patrimonio es el conjunto de activos y de pasivos o de derechos y obligaciones de una persona. Tanto en Quebec como en Escocia se considera al trust como un patrimonio. Se ha observado que este es un enfoque reciente, en Quebec a partir de la reforma del Código Civil en 1991, en Escocia sin legislación alrededor de la misma fecha, “poniendo la vieja ley en nuevas palabras” y en ambas jurisdicciones bajo la inspiración de Lepaulle¹⁵⁷. Los dos enfoques son vistos como algo similar, aunque no son lo mismo, estimándose que el patrimonio de Escocia es un patrimonio especial mientras que el patrimonio de Quebec es un patrimonio separado autónomo (*un patrimoine d'affectation autonome*)¹⁵⁸. En Escocia el trust es un patrimonio que le pertenece al fiduciario, en la misma forma que le pertenece su patrimonio personal, pero está separado de éste. Esta es una idea de división, no de afectación. Evita la idea de personificar el trust¹⁵⁹. En el derecho de Escocia si alguien es un fiduciario (trustee) tiene dos patrimonios, su propio patrimonio y el patrimonio del trust. El principio de que el título sobre la cosa objeto del trust recae en el trustee es muy antiguo y se afirma que Lord Stair, una figura dominante de la historia jurídica escocesa, dejó establecido que “la propiedad de la cosa dada en trust (*intrusted*), bien sea inmueble o mueble, recae en la persona del fiduciario (*entrusted*), de otro modo no se está frente a un propio trust”, así como también se destaca que a pesar de algunos titubeos siempre se ha regresado a esta posición¹⁶⁰. Es de advertir a este respecto la opinión de Lionel Smith:

“Es importante anotar que la solución escocesa no presupone una propiedad *sui generis*. El trustee es el propietario absoluto (*full, civil law owner with usus, fructus and abusus*). El beneficiario solo tiene derechos personales contra el trustee, más precisamente, contra el trustee en su calidad de trustee, por cuanto estos derechos solo son exigibles contra el patrimonio del trust. No hay nada en esto que sea contrario al pensamiento civil sobre la propiedad”¹⁶¹.

Frente a la solución de patrimonio de afectación autónomo de la legislación de Quebec y de una manera que demuestra el profundo arraigo de los principios y conceptos del derecho continental europeo en la mentalidad de los juristas canadienses de Quebec, el Profesor Yaëll Emerich, de la Universidad McGill, ha formulado este conjunto de preguntas:

¹⁵⁷ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op. cit.*, pp. 530-531.

¹⁵⁸ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op. cit.*, p. 531.

¹⁵⁹ SMITH, Lionel: “The re-imagined trust”, en Lionel SMITH (editor): *Re-imagining the trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 4836.

¹⁶⁰ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op. cit.*, p. 531.

¹⁶¹ SMITH, Lionel: “Trust and Patrimony”, note 4, 379. Cita de GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op. cit.*, pp. 531-532.

¿Cómo un trust sacado del common law puede adoptar su forma en el contexto del sistema de civil law? La propiedad fiduciaria no es inimaginable en un contexto de civil law. Esta puede ser considerada como una propiedad con destino (purposive ownership) o, para ser más preciso, como una modalidad de propiedad. El legislador de Quebec, imaginando la fiducie como un patrimonio separado (patrimony by appropriation), le ha impreso esa marca de destino (purposive character) al concepto de patrimonio, el cual emerge como un concepto renovado. Sin embargo, una de las cuestiones que surge es la de saber hasta qué punto la fiducie de Quebec ha cortado todos sus lazos con la propiedad y cuáles son los límites teóricos y los retos que presenta una concepción de tal clase. ¿Quién es el “otro” cuya propiedad es administrada por el fiduciario? ¿De quién se adquiere la propiedad cuando ésta ha sido mantenida en fiducie? ¿La fiducie de Quebec debe ser analizada como una modalidad de propiedad o como un paréntesis (interlude) en la propiedad?¹⁶².

Inmediatamente después, en el estudio citado, el Profesor Emerich indica que el trust se basa en la división de la propiedad entre el fiduciario y el beneficiario, teniendo el primero la propiedad legal y el segundo la propiedad equitativa; que el temor de esta división de la propiedad tiene el resultado de bloquear el uso de la fiducia y, más específicamente, el empleo del concepto de propiedad fiduciaria en el seno del civil law; que la noción de propiedad asociada a la fiducia ha sido frecuentemente rechazada en el sistema jurídico codificado; y algunos encuentran que es una forma de propiedad sin base alguna, ya que la propiedad fiduciaria está limitada en su duración y en su extensión¹⁶³. Sin embargo, observa el Profesor Emerich, la realidad legislativa de la Provincia de Quebec y de Francia permite argumentar que la propiedad fiduciaria es una posibilidad teórica y práctica. La *fiducie* francesa, aparecida en el *Code Napoleon* como una institución nominada (Ley de 19 de febrero de 2007), parece ser un ejemplo de este reconocimiento: esta propiedad fiduciaria, en la cual algunos han visto una propiedad con una carga, puede ser considerada más bien como una modalidad de propiedad, como un modo particular de existencia de la propiedad¹⁶⁴. Por su parte, el Código Civil de Quebec ha hecho de la fiducie un patrimonio separado desligado de la noción de derechos reales, es decir, una alternativa a la noción de propiedad fiduciaria¹⁶⁵.

En el estudio citado se sostiene que la propiedad fiduciaria, además de los ejemplos prácticos de Francia y de Quebec, es una posibilidad teórica que se desenvuelve alrededor de los siguientes puntos: (i) la propiedad fiduciaria puede ser analizada como una instancia en la cual los rasgos de la propiedad han sido rediseñados. La propiedad fiduciaria es una propiedad que ha recibido una específica alineación dirigida a un propósito. Zenati-Castaing y Revet escriben: “la propiedad es fiduciaria cuando una persona se convierte en propietario con la finalidad de cumplir una tarea, al final de la cual la cosa es retransferida a la persona que hizo la enajenación inicial o a un tercero designado por éste”. Claro, como ha sido correctamente subrayado, “la explicación de las características particulares del derecho de propiedad se refieren a la función que cumple el derecho, sin poner en tela de juicio su esencia”. Se objeta que el fiduciario no es libre de actuar sin restricción

¹⁶² EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?” en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 21.

¹⁶³ EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?”, *op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁴ EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?”, *op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁵ EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?”, *op. cit.*, pp. 29 y siguientes.

alguna, pues debe llevar a cabo actos en correspondencia con el objeto del trust. Sin embargo, la propiedad está lejos de ser el derecho absoluto frecuentemente descrito por los juristas del civil law, ya que la ley puede, conforme a la definición de propiedad, colocar “límites” a este derecho y establecer “condiciones con respecto a su ejercicio; (ii) la propiedad fiduciaria no puede enriquecer al fiduciario, ya que éste debe actuar en interés de un tercero, el beneficiario, no en su propio interés. Según varios autores, esto se debe a que la *fiducie* solo permite ver en ella la presencia de poderes (*legal powers*) y no derechos subjetivos de propiedad (un derecho patrimonial o extra patrimonial). Los derechos subjetivos se contrastan con los derechos objetivos (las reglas de derecho que deben ser obedecidas). La definición de derecho subjetivo es lo suficientemente amplia de modo que la noción de poder puede ser comprendida en él; es más la noción de poder es comúnmente asociada con la de derecho subjetivo: prerrogativa individual reconocida y protegida por la ley, esta prerrogativa permite a su titular hacer, requerir o prohibir algo en su propio interés o, algunas veces, en interés de otro; (iii) la propiedad fiduciaria es temporal, sin duda. Sin embargo, la doctrina civil ha aceptado ya que la perpetuidad no es elemento esencial de la propiedad. La ley no requiere que la propiedad sea perpetua; tipos de propiedad temporal se encuentran, por ejemplo, en el ámbito de la propiedad intelectual. Aún más, se ha dicho que se está ante una modalidad de propiedad o ante una manera particular de existencia de la propiedad, la propiedad fiduciaria, que llega a su fin cuando se extinga la propiedad fiduciaria, y no .la propiedad misma; (iv) la propiedad del civil law es, de verdad, una institución flexible y es perfectamente capaz de adaptarse a los cambios que provienen de la propiedad fiduciaria. Como un tipo de propiedad, la propiedad fiduciaria es distinta, ya que el *trustee-owner* (el fiduciario-propietario) se encuentra frente a ciertos límites con respecto a sus poderes sobre la cosa. En todo caso, los atributos tradicionales de la propiedad, *usus*, *fructus* y *abusus*, pueden ser encontrados en la propiedad fiduciaria, puesto que el fiduciario tiene, en principio, todos los poderes sobre la propiedad mantenida en *fiducie*.; (v) el simple hecho de que los derechos de goce, disposición y uso de la propiedad estarían limitados por el propósito de la *fiducie* no niega la posibilidad de la presencia de estos atributos tradicionales. Es más, estos límites son enteramente compatibles con la definición misma de propiedad, que permite restricciones a los derechos del propietario. La verdad es que la propiedad es menos el real ejercicio de todas las prerrogativas conferidas por ella que el status que le permite al propietario ejercerlos. Finalmente, la marca de la propiedad, la exclusividad, también puede apreciarse que está presente en la propiedad fiduciaria, ya que el fiduciario puede ejercitar sus poderes sobre la propiedad en trust sin la asistencia o el consentimiento de ninguna otra persona¹⁶⁶.

Los artículos 1260, 1261 y 1262 del Código Civil de Quebec disponen:

1260.- La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

1261.- Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel.

¹⁶⁶ EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?”, *op. cit.*, pp. 23-25.

1262.- *La fiducie est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement.*

Ahora bien, de los términos del artículo 1261 del Código Civil de Quebec [*El patrimonio del trust, que es la propiedad transferida a título de trust, constituye un patrimonio separado, autónomo y distinto del que es propio del constituyente, del fiduciario y del beneficiario*] se deduce que éste ha hecho de la *fiducie* un patrimonio separado (*patrimony by appropriation*= *patrimoine d'affectation*) desvinculado de la noción de derechos reales, razón por la cual la doctrina se ha preguntado si la *fiducie* puede cortar todos sus lazos con la propiedad.

El patrimonio separado de la Provincia de Quebec tendría las siguientes características, según Emerich: (i) al contrario de su contraparte francesa, la *fiducie* de Quebec reconoce la existencia de un verdadero patrimonio separado. Sin embargo, es ampliamente aceptado que el concepto de patrimonio separado se presenta como una alternativa a la propiedad fiduciaria y como una muralla de protección contra ésta, ya que la propiedad fiduciaria es un concepto excesivamente imbuido por la naturaleza del common law. Sobre todo, la *fiducie* del Código Civil de Quebec está totalmente desvinculada de la noción de derechos reales, ya que de acuerdo a los términos mismos del artículo 1261 el patrimonio de la *fiducie* es “autónomo y distinto del respectivo patrimonio del constituyente, del fiduciario o del beneficiario y en el cual ninguno de ellos tiene ningún derecho real”. Esto llevó al Decano John Brierly a subrayar que la noción de derechos reales, con respecto a la noción de *fiducie* del Código Civil de Quebec es simplemente obsoleta. Por último, la *fiducie* del Código Civil de Quebec se refiere a las reglas de administración de la propiedad ajena, lo que puede resultar en hacer del trustee simplemente un administrador de bienes (*property*); (ii) el patrimonio separado es un patrimonio impersonal, desvinculado de la personalidad jurídica. Su cohesión la debe a la finalidad que le ha sido impresa. Esta concepción moderna u objetivista del patrimonio, introducida por los autores alemanes Brinz y Becker, es un reto directo a la concepción clásica decimonónica o subjetivista sostenida por Aubry y Rau. En la concepción clásica, el patrimonio es el conjunto total de la propiedad de una persona y forma una universalidad. Esta concepción ve al patrimonio inseparablemente unido a la personalidad como en el caso de la personalidad jurídica y llegó a la conclusión de que la persona tiene un solo patrimonio, indivisible e inalienable. En contraste, el patrimonio separado está compuesto por dos conjuntos de propiedades: un conjunto de activos marcados por una finalidad y un conjunto de pasivos que surgen en el curso de la persecución del propósito. En este tipo de patrimonio, el vínculo entre los bienes y las obligaciones no se forja en relación con una persona, sino con su propósito común; (iii) el patrimonio puesto en práctica por la *fiducie* de Quebec es un genuino patrimonio separado de acuerdo a los propios términos del Código Civil. Como enfatiza el Decano Sylvio Normand, “De ahora en adelante, de acuerdo con la ley de Quebec, se puede crear un patrimonio autónomo sin que nadie alegue que está al frente. Esto choca con la concepción subjetiva, la cual proclamaba desde las alturas que la existencia de un derecho de propiedad sobre los bienes era absolutamente necesario”. De acuerdo con los Comentarios del Ministro sobre el Código Civil (*Minister's Commentaries on the Civil Code*)

la fiducie de Quebec equivale al reconocimiento de un patrimonio sin una persona a la cabeza, ya que los derechos y los bienes pueden, de ahora en adelante, ser reconocidos en ausencia de una persona que será su *legal anchor*. Por todas estas razones, los elementos individuales que conforman un *trust patrimony* no son cosas sin dueño, ya que el trustee tiene el control sobre la propiedad y la tenencia de ella; (iv) es más, el concepto de patrimonio separado adoptado por el Código Civil de Quebec ha sido considerado por la doctrina como diferente del concepto europeo de patrimonio separado, visto como una universalidad de facto (en otras palabras, una masa de activos sin una masa asociada de pasivos). De acuerdo con la Profesora Madeleine Cantin Cumyn, “esta manera de concebir el patrimonio separado es el resultado de la preferencia europea por una *fiducie* construida sobre la propiedad fiduciaria”. Esta observación nos lleva, dice Emerich, a calibrar el vínculo entre la *fiducie* de Quebec y la propiedad. Cuando estaba todavía en vigencia el Código Civil de Baja Canadá, la Corte Suprema, en el caso *Royal Trust v. Tucker*, reconoció explícitamente la existencia de un tipo de propiedad fiduciaria que caracterizó como un “derecho de propiedad *sui generis*”. Al mismo tiempo, algunos autores criticaron esta posición. A sus ojos, la propiedad fiduciaria no es equivalente a lo que un propietario es en el sentido del civil law. Es más, estimaron que esta posición (de la Corte) era lo opuesto a la propiedad, hasta tal punto que la noción de propiedad fiduciaria conduciría a una distorsión de las reglas del Código Civil. Desde un punto de vista teórico, esta reacción parece muy fuerte porque no toma en cuenta la posibilidad de adaptar la propiedad del civil law, particularmente por la vía de una modalidad de la propiedad. Sin embargo, el hecho es que el concepto de *fiducie* fue notablemente renovado en el Código Civil de Quebec¹⁶⁷.

En el estudio que se ha venido siguiendo se afirma, de manera rotunda, que la mayoría de los comentaristas coincide en que la *fiducie* del derecho actual de Quebec ha cortado todos sus lazos con la propiedad. Esta es una traducción resumida del inglés de tal posición: “La cruda verdad es que de acuerdo con los términos del artículo 1261 del Código Civil de Quebec ninguno de los actores asociados con la figura tiene un derecho real, siendo este punto -sin duda- la más significativa diferencia con la *fiducie* francesa. Aunque varias interpretaciones son posibles y no todas remueven el vínculo con la propiedad, la mayoría de las opiniones, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, parecen inclinarse hacia una *fiducie* de Quebec separada de los vínculos con la propiedad y con los derechos reales por medio del concepto de patrimonio separado. En consecuencia, la concepción prevaleciente sigue la teoría que es expuesta particularmente por la Profesora Madeleine Cantin Cumyn: ya no es apropiado razonar en términos de derechos subjetivos (*droits subjetifs*) en interés propio (términos que comportan la división de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos personales); el razonamiento debe hacerse más bien en términos de facultades de administración ejercidas en interés de los beneficiarios. Recientemente, la Corte de Apelaciones de Quebec parece haber adoptado este punto de vista, en una decisión rendida

¹⁶⁷ EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?”, *op. cit.*, pp. 29-33.

el 18 de diciembre de 2009, con respecto a una *fiducie* de garantía que la corte ordenó constituir bajo el artículo 591 del Código Civil de Quebec, en el contexto de un asunto de garantía para una obligación.

Aún más, el artículo 1278 CCQ dispone que el trustee “actúa como administrador de la propiedad ajena, encargado de la administración con poderes totales”, lo cual es interpretado como una referencia al Título 7 del Libro 4 del Código que trata de la “Administración de la Propiedad Ajena”. De acuerdo con los *Comentarios* del Ministro de Justicia:

Un fiduciario (trustee) tiene la administración exclusiva del patrimonio del trust, y la titularidad de los bienes de los cuales éste se compone se hace a su nombre; actúa en todas las materias de acuerdo con la ley conforme a la cual se constituyó la fiducie y procede como un administrador de la propiedad ajena con poderes totales de administración.

La referencia a las reglas de la administración de la propiedad ajena tiene el efecto, por una parte, de conferir al fiduciario la facultad de realizar todos los actos sobre la propiedad que tiene bajo su administración, en tanto lo juzgue conveniente o útil en interés de la *fiducie* o de los beneficiarios; y, por otra parte, tiene el efecto de sujetar al fiduciario a un conjunto de reglas que tienen la intención de asegurar su honestidad y la calidad de su administración.

Aunque se dé por supuesto que el Código Civil de Quebec ha roto los lazos entre la *fiducie* y la propiedad por medio del patrimonio separado y la referencia que excluye la noción de derechos reales, algunas cuestiones permanecen abiertas. Esto se debe especialmente al vínculo tradicional, esencial, entre los conceptos de patrimonio y propiedad. De acuerdo con el criterio tradicional el propietario tiene un patrimonio, en el cual pueden ser encontrados los elementos de la propiedad de los cuales es dueño. Estos elementos se definen como cosas sometidas a apropiación. Sin embargo, la *fiducie* se presenta a sí misma con un patrimonio desvinculado de la persona, como un patrimonio compuesto de propiedades sobre las cuales nadie tiene derecho de propiedad. Sin embargo, esta propiedad tenía un propietario y volverá a tener uno de nuevo cuando la *fiducie* llegue a su fin. La pregunta que se puede hacer es si la *fiducie* crea una suerte de interludio en la propiedad o, en otros términos, una propiedad entre paréntesis, suministrando un intervalo en el cual tanto los conceptos de propiedad como los de derechos reales escapan al razonamiento”¹⁶⁸.

A continuación Emerich examina los retos teóricos considerables que para un jurista del civil law plantea la hipótesis de un patrimonio separado desvinculado de los derechos reales y de los derechos subjetivos: (i) primero que nada, está la cuestión que plantea la identidad del “otro” cuya propiedad es administrada por el fiduciario. Por definición, la propiedad está sujeta a apropiación. Ahora bien, si el fiduciario “actúa como el administrador

¹⁶⁸ EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?”, *op. cit.*, pp. 33-36.

de la propiedad ajena”, como dice el artículo 1278 CCQ, ¿significa esto que hay un “otro” que es el dueño de la propiedad que está en el trust? Un jurista enfatizó en una ocasión que “no luce satisfactorio, ni siquiera coherente, afirmar que el fiduciario es un administrador en cuyas manos se colocan poderes, en el sentido estricto del término, en otras palabras, que éste estaría ejerciendo una prerrogativa basada en un derecho de otro, y sostener al mismo tiempo que la propiedad no le pertenece a nadie. Resulta legítimo indagar acerca de la identidad de este “otro”, el dueño, si no es el fiduciario. Si tomamos literalmente la declaración del legislador de que el fiduciario realmente administra una propiedad que no es suya, entonces la sombra de la propiedad (propiedad mantenida por el beneficiario, o mantenida por la *fiducie* misma) cae de nuevo sobre la *fiducie*; (ii) otra cuestión teórica desafiante es la que se deriva de la siguiente pregunta ¿de quién se adquiere cuando se adquiere de la *fiducie*? ¿Acaso quien adquiere del fiduciario adquiere de nadie? Por supuesto, la titularidad de la propiedad está a nombre del fiduciario (artículo 1278 CCQ). Es esto suficiente para concluir que el adquirente adquiere el título sobre el cual se basa su derecho de propiedad de alguien que no es el propietario, puesto que esto entra en conflicto con el principio tradicional del civil law de acuerdo con el cual nadie puede transferir más derechos de los que tiene?; (iii) la doctrina jurídica ha adelantado la proposición de que la *fiducie* debería ser reconocida como un nuevo sujeto de derecho. Para ser más específico, “considerar que la *fiducie* es un sujeto de derecho con respecto a los derechos y obligaciones que están abarcados por el patrimonio de la *fiducie*, aunque la *fiducie* no tenga la cualidad de persona jurídica” (Nota: Cantin Cumyn). Por lo tanto, será apropiado “reconocer a esta no-persona como sujeto de derecho respecto a los derechos y obligaciones abarcados por el patrimonio fiduciario. En consecuencia, la *fiducie* debería ser aceptada como un tercer tipo de sujeto de derecho junto con los seres humanos y las personas jurídicas” (Nota: Cantin Cumyn, teoría de la cuasi personificación. También Lepaulle).

En el estudio comentado se afirma que este enfoque teórico muestra cuán difícil es romper completamente con la propiedad y con el lazo de pertenencia, incluso si se emplea el concepto de patrimonio separado que desvincula este patrimonio de la propiedad; y se agrega que en realidad, este problema es de mayor amplitud: cada vez que haya elementos de propiedad en el paisaje legal, un jurista del civil law buscará en forma natural a su propietario o, por lo menos, a la persona o sujeto de derecho a quien se puede vincular con la propiedad. Si el artículo 1261 del CCQ es interpretado en forma tal que ninguno de los participantes en la figura de la *fiducie* es visto como un propietario, será que la *fiducie* misma tiene el status de propietario? Esta idea tiene el mérito de renovar, por lo menos indirectamente, los lazos entre la *fiducie* y la propiedad, así como también y de manera más explícita, de reparar los vínculos entre sujeto de derecho y las cosas que los derechos tienen sobre ellos. Sin embargo, queda entendido que esta solución envuelve una revisión fundamental del concepto de sujeto de derecho, que está tradicionalmente vinculado a la personalidad. Este paso se adopta para evitar la noción de persona jurídica y las formalidades que se aplican a este tipo de entes, que fue precisamente lo que el legislador se propuso evitar.

En el estudio referido se informa que hasta la fecha esta proposición no ha sido aceptada; que, en consecuencia, el asunto regresa al punto de quien sería este “otro”, este propietario, si el dueño no es el fiduciario o la fiducie misma. A quien se hace referencia como el “otro”, si no lo son ni el fiduciario ni el constituyente, ya que el fiduciario administra la propiedad de “otro” y el constituyente –por definición- ha dejado de ser el dueño de la propiedad que ha transferido a la fiducie? Será este “otro” el beneficiario, por lo menos de modo latente, cuyo status tiene similitudes con el sustituto en el contexto de la institución de la sustitución del civil law? Sería posible pensar que si bien el beneficiario no tiene un derecho de propiedad a lo largo de la fiducie (tal como se deriva de la letra del artículo 1261 del CCQ tiene al menos una perspectiva de ser propietario, establecida con certeza por el artículo 1265 CCQ? Es esta sombra de la futura propiedad del beneficiario el factor que puede explicar la escogencia de las palabras del legislador cuando dice que el fiduciario administra la propiedad de otro?

Emerich termina sosteniendo que parece que la intención del legislador de Quebec fue la de separar la propiedad (al menos la propiedad en su significado tradicional) mientras la fiducie esté en vigor por medio del patrimonio separado y con un propósito. Sin embargo, esta separación es solo parcial y temporal, ya que la propiedad se reconstituirá un vez que la fiducie se extinga, tan pronto como el fiduciario le entregue la propiedad al beneficiario. De modo que la fiducie de Quebec puede ser analizada menos como una negación de la propiedad y más como un paréntesis en la propiedad o, incluso, como un nuevo modo de adquirir la propiedad.

El Profesor Emerich concluye así su excelente estudio sobre la incorporación del trust del common law en el ordenamiento jurídico de derecho codificado de la Provincia de Quebec:

La cuestión inicial, que buscaba precisar si la fiducie del derecho civil puede ser entendida como una modalidad de propiedad o como un interludio en la propiedad, no tiene una respuesta unívoca. La discusión precedente muestra que la propiedad, como una institución, es suficientemente maleable para adaptarse a la propiedad fiduciaria. La ley vigente en Francia ahora es un ejemplo de esto. Del mismo modo, la fiducie puede ser vista como un interludio en la propiedad, rompiendo, por lo menos en parte, los lazos de la fiducie con el molde de la propiedad. Esta podría ser la solución escogida por el Código Civil de Quebec.

En todo caso, cualquier sea la senda que se escoja, colocará al jurista del civil law en un problema si pretende separar totalmente la fiducie del derecho de propiedad. Esto está claro en el modelo francés de fiducie civil, debido al reconocimiento de la propiedad fiduciaria. Y también esto se deduce de la solución seguida por el legislador de Quebec, que hizo de la fiducie un patrimonio separado mientras dejaba caer sobre ella la sombra del derecho de propiedad.

Hasta el presente las concepciones civiles de la fiducie parecen estar tan firmemente ancladas en el derecho de propiedad –que es la concepción fundamental entre personas y bienes- hasta el punto de que es la institución por medio de la cual se transfiere la propiedad de patrimonio a patrimonio, que si la fiducie es construida en términos separados del derecho de propiedad, esto significaría al menos dos cosas. Por una parte, esta ruptura no sería simple, ella comportaría una serie de cambios al nivel del análisis jurídico. El cambio principal consistiría en la redefinición del concepto de patrimonio, que emergería completamente renovado. Sin embargo, los cambios se podrían extender a otros conceptos fundamentales, alcanzando al concepto de sujeto de derecho,

como ya han sugerido algunos autores. Por otra parte, esta ruptura no sería ni total ni permanente. Podría, cuando más, ser vista como un paréntesis en el derecho de propiedad o como un interludio en ella. Mientras la fiducie exista, la sombra del derecho de propiedad continuará cayendo sobre ella y el derecho de propiedad revivirá con toda fuerza cuando la fiducie se extinga¹⁶⁹.

2. El trust en el Estado de Louisiana, Estados Unidos de América. Louisiana es un estado de jurisdicción mixta, con un derecho privado de origen continental europeo y con un derecho público derivado de la tradición del common law. Louisiana es el único estado de la Unión Norteamericana cuyas leyes de propiedad y herencia tienen sus raíces en una tradición diferente al resto de los otros estados, la existente a la vuelta del siglo XIX en Francia y España. Por ello, tanto la legislatura del estado como el poder judicial por largo tiempo consideraron el trust como un elemento extraño y no bienvenido, sin presencia en el Código Civil e incompatible con los principios de éste. En el siglo XX, a medida que los beneficios del trust se apreciaban, la legislatura de Louisiana, no de buen grado, introdujo el trust en las leyes de propiedad y de herencia. El Código de Trusts fue adoptado en 1964 y ha sido reformado desde entonces. Sin embargo, este trust no es el mismo de los otros estados¹⁷⁰.

Según alguna doctrina, la arquitectura del derecho del trust de Louisiana ha sido recibida, selectiva e imperfectamente, de la tradición del common law, tal como esa tradición ha sido codificada (*restated*). La recepción selectiva significa que solo algunos aspectos del trust del common law han sido incorporados en el derecho privado del Estado. También significa que ciertas nociones de “título” y “propiedad” han sido recibidas., pero que otras, quizás las mejores, fueron dejadas de lado¹⁷¹.

La ley de Louisiana: (i) acepta la dicotomía de la propiedad del trust del common law, pero, extrañamente, se pone de relieve que no hay lugar para la fragmentación de la propiedad entre “legal title” and “equitable interest”, sino que el fiduciario tiene un derecho real de propiedad que le permite gestionar y disponer del patrimonio del trust, así como también el beneficiario tiene un derecho real sobre el patrimonio del trust sin que pueda administrarlo ni disponer de él. Extrañamente también, la doctrina afirma que este enfoque es congruente con los principios del civil law¹⁷². La crítica de esta teoría de derechos reales en manos del fiduciario y del beneficiario afirma que las prerrogativas que tiene el fiduciario (posesión, gestión, control y disposición) pueden ser ejercidas sin referencia a la doctrina de los derechos reales; que caracterizar al fiduciario como un titular de derechos reales es fragmentar o desmembrar el derecho de propiedad sobre una base distinta al goce subjetivo de los derechos; que otorgarle al fiduciario y al beneficiario derechos reales es equivalente a

¹⁶⁹ EMERICH, Yaëll: “The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?”, *op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁷⁰ MARTIN, Edward F.: “Louisiana’s Law of Trusts 25 Years After Adoption of the Trust Code”, en 50 La. L. Rev. (1990), p. 501. Disponible en <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol50/iss3/3>

¹⁷¹ MCAULEY, Michael: “Truth and reconciliation. Notions of property in Louisiana’s Civil and Trust Codes”, en Lionel SMITH (editor) *Re-imagining the Trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 2237-2277.

¹⁷² MCAULEY, Michael: “Truth and reconciliation. Notions of property in Louisiana’s Civil and Trust Codes”, *op. cit.*, pos. 2334.

una separación entre propiedad legal y propiedad equitativa, para decir que es algo diferente de algo que es lo mismo¹⁷³; (ii) el trust debe ser establecido intencionalmente, por escrito, por acto ante notario o por testamento. Los requisitos de forma para los trusts vitalicios son más estrictos bajo la ley de Louisiana que bajo la de otros estados¹⁷⁴; (iii) la ley regula los beneficiarios, que no necesariamente deben ser individuos, en forma distinta al trust de los otros estados¹⁷⁵; la duración máxima del trust era inicialmente la de la vida del beneficiario o diez años después de la muerte del constituyente, la que fuera mayor, fue extendida a quince años y luego a veinte años, a partir de la muerte del último constituyente o del último beneficiario sobreviviente¹⁷⁶. El derecho del trust en el estado de Louisiana, aunque puede mostrar algunos signos de confusión, se manifiesta inclinado a ampliar la recepción del trust anglosajón y a dar solución a las controversias en base a la riquísima tradición del common law sobre la materia.

3. El trust en China. China adoptó una ley sobre trust en 2001. El trust es una operación por medio de la cual el constituyente “confía [“entrusts” en inglés, “weituo” en chino] los derechos en su propiedad al fiduciario y éste la gestiona o dispone de ella en su propio nombre de acuerdo con los deseos del constituyente en favor del beneficiario o para un propósito específico” (artículo 2). La definición muestra que a diferencia del mandatario, quien está encargado de manejar los asuntos de su mandante, el trustee está encargado de los derechos del constituyente en su propiedad¹⁷⁷.

La doctrina sostiene que el derecho del beneficiario en el trust chino no es un derecho real (*wuquan*) sino el equivalente de una reclamación o derecho personal (*claim, zaiquan*); que, a diferencia de las reclamaciones típicas, esta reclamación es exigible contra un considerable número de terceros; que la amplitud de esta reclamación no se limita al objeto original de la operación de trust sino que se extiende a los activos que lo hayan sustituido legal o ilegalmente. Los derechos del beneficiario en el trust chino caen dentro de una categoría reconocida para derechos similares en el derecho chino¹⁷⁸. La amplitud del derecho del beneficiario llega hasta el extremo de que puede restringir el uso de la propiedad o los derechos de gestión de ésta por el trustee¹⁷⁹. Para la mejor comprensión del tipo de derecho que es atribuido al beneficiario, la doctrina explica que en el derecho chino los derechos se

¹⁷³ MCAULEY, Michael: “Truth and reconciliation. Notions of property in Louisiana’s Civil and Trust Codes”, *op. cit.*, pos. 2334.

¹⁷⁴ MARTIN, Edward F.: “Louisiana’s Law of Trusts 25 Years After Adoption of the Trust Code”, *op. cit.*, pp. 511-512.

¹⁷⁵ MARTIN, Edward F.: “Louisiana’s Law of Trusts 25 Years After Adoption of the Trust Code”, *op. cit.*, pp. 512-513.

¹⁷⁶ MARTIN, Edward F.: “Louisiana’s Law of Trusts 25 Years After Adoption of the Trust Code”, *op. cit.*, pp. 519.

¹⁷⁷ HO, Lusina: “Trust laws in China History, ambiguity and beneficiary’s rights”, en Lionel SMITH (editor) *Re-imagining the Trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 3558-3582

¹⁷⁸ HO, Lusina: “Trust laws in China History, ambiguity and beneficiary’s rights”, *op. cit.*, pos. 3447.

¹⁷⁹ HO, Lusina: “Trust laws in China History, ambiguity and beneficiary’s rights”, *op. cit.*, pos. 3866.

dividen en derechos de propiedad, derechos que no son de propiedad y derechos mixtos; que los derechos de propiedad se subdividen en derechos reales (derechos sobre las cosas) y reclamaciones (*claims*); que, en general, solo los derechos reales son exigibles ante terceros, mientras que las reclamaciones solo pueden ser exigidas contra el deudor/obligado; que, sin embargo, hay un grupo de reclamaciones que pueden ser exigidas a terceros, entre las cuales están las reclamaciones de los beneficiarios del trust¹⁸⁰. Por último, la ley deja abierta la posibilidad de que la propiedad de los activos del trust sea mantenida por el constituyente o sea transferida al trustee¹⁸¹. Frente a la figura del trust de la legislación china se ha dicho que “si bien hay una convergencia funcional entre un trust inglés y un trust chino, la ausencia de transferencia de la propiedad en el trust chino significa que se tiene que refinar el “núcleo irreductible” del trust¹⁸².

4. El trust en Israel y Palestina. La práctica de los trusts en Israel y Palestina ha sido adecuadamente descrita como una colcha de retazos normativa, un lugar donde la gente crea fideicomisos familiares o de negocios inspirándose en tradiciones o fuentes islámicas o regímenes offshore; un espacio en donde algunos israelitas musulmanes todavía crean y administran *waqfs* islámicos ante tribunales del estado de Israel que aplican la ley Sharia; otros se confían en la Trust Act de 1979 que recoge la tradición del common law, pero se rehúsa a identificar los derechos del trustee en la propiedad del trust o a confiar el trust al régimen extranjero que se escoja; o, también, raramente algunos escogen la ley judía o el derecho canónico. El trust tiene en Israel y Palestina, en consecuencia, una historia islámica, una historia sionista, una historia colonial y una historia clásica de la recepción del trust del common law en el sistema legal, parcialmente civil¹⁸³.

Hay varios países que antes fueron colonias británicas en los cuales se pueden encontrar trusts constituidos conforme al derecho colonial británico o, también, trusts religiosos como los *waqfs* islámicos. Uno de esos países es Singapur. La historia de lugares como este revela que las familias árabes preferían que sus disposiciones sobre la propiedad contenidas en los *waqfs* fueran absorbidas por el trust inglés¹⁸⁴.

5. El trust en África del Sur. El ordenamiento jurídico de África del Sur es de naturaleza híbrida, pues está compuesto por la confluencia del derecho romano-holandés introducido en el Cabo de Buena Esperanza por los colonizadores holandeses en el siglo XVII y por el common law llevado por la ocupación británica, la última de 1806. Aunque el sistema

¹⁸⁰ HO, Lusina: “Trust laws in China History, ambiguity and beneficiary’s rights”, *op. cit.*, pos. 3866.

¹⁸¹ HO, Lusina: “Trust laws in China History, ambiguity and beneficiary’s rights”, *op. cit.*, pos. 3866-3903.

¹⁸² LEE, Rebecca: “Convergence and divergence in the worlds of the trust: duties and liabilities of trustees under the Chinese trust”, en SMITH, Lionel: *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 406.

¹⁸³ HOFRI-WINOGRADOW, Adam: “Express trusts in Israel/Palestine. A pluralistic trusts regime and its history”, en Lionel SMITH (editor) *Re-imagining the Trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 1554-1580.

¹⁸⁴ YAHAYA, Nurfadzilah: “British colonial law and the establishment of family waqfs in the Straits Settlements, 1860-1941”, en SMITH, Lionel: *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 200.

romano-holandés es prevaleciente, la influencia del common law es relevante. El trust no está regulado por la legislación de origen civil, pero los colonizadores estaban familiarizados con el trust de origen inglés y lo utilizaban, de modo que los asuntos de trust llegaron a los tribunales, donde han sido mirados por los jueces, los cuales han rechazado la equiparación de los trusts con los fideicomisos de origen romano y los han acercado al trust inglés, calificándolos, de acuerdo con el derecho de África del Sur, como una institución *sui generis*¹⁸⁵. Se señala que el ordenamiento jurídico de África del Sur, a pesar de su fuerte tradición civilística, está sin codificar en gran parte, así como también que el derecho del trust en el país está en elaboración y que en el proceso intervienen los tribunales, la legislatura y los juristas¹⁸⁶.

VII. El trust en las jurisdicciones offshore

Se ha explicado que el éxito de numerosas jurisdicciones offshore en establecerse como centros financieros internacionales tiene mucho que ver con lo que ofrecen a las corporaciones transnacionales y mucho menos con que lo que pueda necesitar un particular necesitado de un trust. Lo que está generalmente en oferta es una combinación de régimen impositivo favorable a las ganancias de las corporaciones, un clima regulatorio amistoso, una oferta profesional especializada que incluye la materia legal, y la preservación de un grado significativo de confidencialidad sobre los asuntos financieros de los clientes, corporativos o privados. La confidencialidad o el secreto de la información respecto a la identidad de los clientes y sobre sus operaciones es un asunto clave¹⁸⁷. Por ello, el escándalo que provocan las filtraciones o las infidelidades que llegan a los medios de comunicación tiene un efecto devastador. El último escándalo para 2016, año en el cual se escriben estas notas, es el de los Panama Papers, pero antes ha habido otros. Garton hace alusión a los que ocurrieron en Gran Bretaña en 2014 con el caso Liberty, cuando en oportunidades distintas, tanto The Times como The Guardian, de Londres, con una diferencia de semanas, publicaron información confidencial sobre evasión agresiva de impuestos de personas de alto perfil (hombres de negocios, criminales, celebridades, abogados acreditados, estrellas de pop). El esquema consistía en declarar enormes pérdidas ficticias en jurisdicciones offshore para compensarlas con las ganancias obtenidas en el Reino Unido. De uno de los esquemas revelados por The Guardian se deducía que a través de una compleja amalgama de trusts y de empresas matrices

¹⁸⁵ TOIT, Francois du: “Jurisprudence milestones in the development of trust law in South Africa’s mixed legal system”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 257-276.

¹⁸⁶ TOIT, Francois du: “Jurisprudence milestones in the development of trust law in South Africa’s mixed legal system”, *op. cit.* p. 258.

¹⁸⁷ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and PROBERT, Rebeca: *MOFFAT’S Trust Law*, *op. cit.*, pp. 1055-1056.

y subsidiarias domiciliadas en diferentes jurisdicciones offshore se lograba el efecto de minimizar el pago de impuestos¹⁸⁸.

Los usos prácticos del trust no solo han sido puestos a prueba por las innovaciones de las figuras del civil law trusts sino por las de las jurisdicciones off shore. Se puede admitir que existan modificaciones sobre los aspectos no esenciales del trust en las jurisdicciones offshore, pero cuando los beneficiarios no tienen derecho de obligar al trustee a una cierta conducta, no hay trust. La degradación del significado de la relación beneficiario-trustee mediante la creación de un *non-beneficiary enforcer* es, simplemente, inaceptable. Por ello Garton afirma que algunas figuras de trust de jurisdicciones offshore parecen cajas vacías que comprenden un trust fund de pocas libras esterlinas que nunca revelará quien es el beneficiario real de las disposiciones del trust. Los tribunales podrán encontrar que muchas de las ofertas de este tipo de trusts son “pie in the sky” (meras ilusiones)¹⁸⁹. No todo es malo con la experiencia de los trusts de las jurisdicciones offshore. Una de las cosas positivas, aunque controversiales, que se pueden mencionar es la institución de los protectores (*protectors*), que han tenido tal éxito que algunas jurisdicciones de los Estados Unidos de América la han incorporado en su legislación.

VIII. La esencia del trust

Es un lugar común oír o leer que las jurisdicciones del common law son espacios “donde los trusts acompañan el ritmo de la vida, desde la cuna hasta la tumba, donde todo el mundo sabe lo que es el trust porque lo ve funcionar en el hogar y en la oficina”¹⁹⁰. A esta afirmación se agrega otra, para poner de relieve como el trust forma parte de la cultura anglosajona o como es uno de los elementos que forman parte de la vida de los ingleses. Se dice, entonces: el *tea*, el *trust* y el *trade* son las tres Tes que se expandieron a todo lo largo del Imperio Británico.

Los autores ingleses hacen énfasis en la versatilidad del trust y recuerdan las palabras del jurista e historiador F. W. Maitland a comienzos del siglo XX, cuando calificó al trust como un instituto de gran elasticidad y generalidad, tan elástico y tan general como el contrato¹⁹¹. En esta misma corriente se inscriben otras afirmaciones famosas: Pierre Lepaulle decía que el trust sirve para casi todo¹⁹²; y Austin W. Scott, el compilador del *Restatement of Trusts (Second)* afirmaba que los fines para los cuales puede utilizarse el trust son tan

¹⁸⁸ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and PROBERT, Rebeca: *MOFFAT'S Trust Law*, op. cit., p. 1056.

¹⁸⁹ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and PROBERT, Rebeca: *MOFFAT'S Trust Law*, op. cit., pp. 1075-1076.

¹⁹⁰ Afirmaciones atribuidas a Pierre LEPAULLE. Cita de SMITH, Lionel: “Stateless trusts”, en *The Worlds of the Trust*, op. cit.; p. 89.

¹⁹¹ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law*, op. cit., p. 1.

¹⁹² GARRIGUES califica la obra de LEPAULLE como “la más acabada apología hecha de esta institución por un jurista latino”. GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, op. cit., p. 75.

ilimitados como pueda serlo la imaginación del abogado¹⁹³. Garton se pregunta cuáles son los aspectos que le dan al trust la versatilidad tan admirada por Maitland y responde que el secreto del éxito del trust debe encontrarse en tres cosas: primero, en que al establecer el trust, el constituyente puede manejar un conjunto de alternativas con tres aspectos particulares de la propiedad (la titularidad, la propiedad equitativa y el control), que le permiten jugar con estos elementos en una múltiple variedad de formas; segundo, en que los derechos y las obligaciones que han sido expresamente creados para el trust han sido fortalecidos por remedios equitativos efectivos y complementados, hasta donde es necesario, por un conjunto de reglas legales detalladas (tal como se indica en la definición de Lewin); tercero, en que en los ámbitos en donde es predominantemente utilizado, el trust cumple mejor su papel con respecto a los bienes y tiene mayor fuerza legal que otras instituciones que compiten con él¹⁹⁴. Garton está identificando una figura única que solo puede existir dentro de un ordenamiento jurídico único y, además, se está refiriendo a la forma más común de trust, al trust familiar o personal. Se está refiriendo al trust definido en el Restatement (Third) of Trusts que dice que *el trust es una relación fiduciaria que surge de una manifestación de voluntad y por medio de la cual se transfiere la propiedad a otra persona a quien se sujeta a deberes de equidad para que maneje la propiedad con fines caritativos o en beneficio de un tercero*. Garton se está refiriendo al que Alexander y otros escritores llaman “verdaderos trusts”, “esto es, trusts tal como serían reconocidos por los abogados de common law”¹⁹⁵.

La gran mayoría de los autores anglosajones coincide en señalar el hecho de que a pesar de diferencias en cuanto a algunos detalles, existe consenso en identificar cuáles son los elementos esenciales del trust. Partiendo del hecho de que el trust comporta, en primer lugar, la distribución de derechos y deberes de las partes en el trust, tanto entre sí como con respecto a los bienes del trust, los elementos esenciales serían¹⁹⁶: (1) las relaciones del fiduciario con respecto a los activos del trust; (2) las relaciones del fiduciario y el beneficiario; (3) las relaciones de los terceros con respecto a los activos del trust; y (4) las relaciones del beneficiario con respecto a los activos del trust y con los terceros. Estos aspectos son ampliados de este modo: 1. En cuanto se refiere a las relaciones del fiduciario con los activos del trust, el fiduciario tiene potestades para gestionar los bienes y enajenarlos con prescindencia de los derechos del beneficiario; 2. En cuanto concierne a las relaciones de los terceros con los bienes del trust, estos activos y las propiedades que eventualmente los representan son inmunes a las reclamaciones de los herederos, del cónyuge y de los acreedores del fiduciario; 3. Con respecto a los derechos del beneficiario contra los activos

¹⁹³ BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; Décima edición; Editorial Porrúa, México 2011, p. IX.

¹⁹⁴ GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT:, Gerry BEAN and Rebeca PROBERT: *MOFFAT'S Trust Law, op. cit.*, p. 4.

¹⁹⁵ ALEXANDER, Gregory S.: “The dilution of the trust”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 305.

¹⁹⁶ HO, Lusina: “Trust: the essentials”, en Lionel SMITH's *The Wolds of Trust*; Cambridge University Press 2013, pp. 2-3.

del trust y contra los terceros, el beneficiario tiene el derecho de obtener los bienes del trust de acuerdo a los términos del trust y a reclamar contra los terceros que hayan recibido del fiduciario activos del trust por medio de una enajenación no autorizada; y 4. Entre el fiduciario y el beneficiario hay una relación de equilibrio (*check and balance mechanism*) para asegurar que el fiduciario utiliza sus poderes en el mejor interés del beneficiario y no para su propio beneficio¹⁹⁷. El deber de lealtad del fiduciario ha sido objeto de numerosos estudios de la doctrina y de decisiones de los tribunales. El Profesor John H. Langbein hace el siguiente relato en un artículo suyo¹⁹⁸: “El deber de lealtad requiere que el fiduciario administre el trust en el interés único del beneficiario (*in the sole interest of the beneficiary*). La regla del interés único (*sole interest*) ha sido ampliamente considerada como una regla esencial del derecho del trust (*the most fundamental rule of trust law*). La regla del interés único le prohíbe al fiduciario colocarse a sí mismo en una situación en la cual su interés personal entra en conflicto o puede entrar en conflicto con el interés del beneficiario. La regla se aplica no solo a los casos en que el fiduciario se apropia de los bienes del trust, sino a los casos en que tal cosa no haya sucedido, es decir, a aquellas situaciones en que no haya habido pérdida alguna para el beneficiario o en que más bien se haya producido una utilidad para el trust. La presunción de invalidez del acto de acuerdo con la regla del interés único tiene un nombre que la distingue: la regla “no se averigüe más” (*no further inquire rule*). Lo que la etiqueta de esa regla pone de relieve, tal como lo explica el comentario oficial del Uniform Trust Code 2000, es que “las transacciones hechas por su propia cuenta por el fiduciario y que envuelvan propiedades del trust son nulas sin más prueba”. Los tribunales invalidan las transacciones con conflicto de intereses sin examinar sus méritos “no porque haya fraude sino porque puede haber fraude”; “la equidad estima que es mejor hacer desaparecer todos los actos desleales que tratar de separar lo inocuo de lo dañino, permitiéndole al fiduciario justificar su representación de dos intereses contrapuestos”; los tribunales se han vanagloriado de su “intransigencia y de su inflexibilidad”; su “rigidez inflexible” en la aplicación de la regla del interés único. Los remedios aplicados son la rescisión, el desembolso y los daños consecuenciales”. Después de concluir su relato, el Profesor Langbein sostiene que una transacción prudentemente concebida y ejecutada (*prudently undertaken*) para procurar los mejores intereses del beneficiario sirve mejor el propósito del deber de lealtad, incluso si el fiduciario se beneficia o puede beneficiarse. Una transacción en la cual ha habido conflicto o solapamiento de intereses debería ser mantenida si el fiduciario puede probar que la transacción fue concebida y ejecutada en el mejor interés del beneficiario. En tal caso, una averiguación sobre el mérito es mejor que “no se averigüe más” (*no further inquire rule*)¹⁹⁹.

¹⁹⁷ HO, Lusina: “Trust: the essentials”, op. cit., p. 3.

¹⁹⁸ LANGBEIN, John H.: "Questioning the Trust-Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?" (2005). *Faculty Scholarship Series*. Paper 495. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/495

¹⁹⁹ LANGBEIN, John H.: "Questioning the Trust-Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?", op. cit.

El derecho de persecución que el common law le atribuye al beneficiario sobre los bienes del trust se asimila a la idea de subrogación. No se limita a la cosa original objeto del trust sino que se traslada al precio o a cualquier otra que la sustituya²⁰⁰. Se ha afirmado que todos los elementos esenciales del trust (*express trust*) pueden ser arreglados mediante la creación de derechos y obligaciones personales y que esto puede ayudar a desmitificar la idea de que la separación de los activos del trust (*ring-fencing*) solo se puede lograr en las jurisdicciones del civil law otorgándole al beneficiario derechos de propiedad en los activos del trust²⁰¹.

También se ha dicho que las características esenciales del trust que se derivan de su definición son las siguientes: (i) el trust comporta una relación fiduciaria. El concepto de relación fiduciaria no es exclusivo del trust; (ii) el trust es una relación basada en la propiedad. Es común decir que no existe trust sin una propiedad identificable y existente. Las obligaciones fiduciarias se deben referir a unos determinados activos o fondo separado; (iii) el núcleo del trust del common law es que el derecho de propiedad está dividido: el título legal le corresponde al fiduciario y la propiedad equitativa al beneficiario. Se debe advertir, sin embargo, que ha sido señalado que el mecanismo esencial del verdadero trust no es la separación de la propiedad en legal y equitativa sino la existencia de la actividad o de la conducta del fiduciario como una profesión (*trusteeship*)²⁰², esto es, como una función institucional. Alexander, autor de las anteriores observaciones, piensa que el verdadero trust se está diluyendo por algunas adaptaciones²⁰³.

El trust, sin embargo, no es una figura única, dice Gretton, quien se pregunta si el trust es una entidad singular o de verdad se sabe lo que es el trust: “Existen problemas para precisar el trust, incluso si el examen se circunscribe al mundo del common law, porque si se da un paso fuera, hay una plétora de instituciones que más o menos se parecen al trust”. Por ejemplo, ¿Dónde se coloca la línea divisoria entre el trust y las instituciones similares (*trust-like institutions*)? ¿En qué lado de la línea está la *fiducie* francesa, el *Treuhand* alemán o la *waqf* de la *Sharia*? ¿Podiera ser que los trusts de Quebec y de Escocia no fueran verdaderos trusts porque están conceptualizados como patrimonios? ¿No sería mejor dejar de trazar líneas y aceptar, en su lugar, un espacio de posibilidades sin fronteras?²⁰⁴. Sobre el trust escocés es bueno recordar lo que dice el Profesor Lawson: “Probablemente la más grande dificultad que tienen los juristas del sistema de derecho civil para aceptar el trust se

²⁰⁰ RACZINSKA, Magda: “Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund”, en Lionel SMITH’s *The Wolds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, pp. 454-480.

²⁰¹ HO, Lusina: “Trust: the essentials”, *op. cit.*, p. 19.

²⁰² ALEXANDER, Gregory S.: “The dilution of the trust”, *op. cit.*, p. 305-308.

²⁰³ ALEXANDER, Gregory S.: “The dilution of the trust”, *op. cit.*, p. 312. En castellano, dilución es “hacer que algo pierda importancia o intensidad hasta no poderse percibir”. En todo caso, Alexander está en lo cierto cuando concluye que es muy leve la amenaza de que las formas diluidas de trust del mundo del civil law vayan a diluir el trust en su verdadera forma en el mundo del common law.

²⁰⁴ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op. cit.* p. 541.

encuentre en la peculiaridad inglesa, es decir, en la distinción entre el patrimonio legal y el patrimonio equitativo. En el derecho de los escoceses, que si bien no inventaron el trust -el punto es dudoso- sino que lo tomaron de los ingleses sin reservas ni inhibiciones, esa distinción es desconocida. En tal sistema el fiduciario se convierte en el dueño y el beneficiario lo que adquiere es un derecho contractual contra él. De seguidas Gretton realiza estas observaciones:

a) ¿Se puede usar el trust con propósitos de donación? En el common law probablemente este sería considerado un aspecto esencial, pero en muchos países el trust (o como se le llame) no puede ser utilizado con tal fin. Francia es un ejemplo: “El contrato de *fiducie* es nulo si procede de una intención liberal en favor del beneficiario”;

b) ¿Los activos del trust deben pertenecer al fiduciario? No en Quebec;

c) ¿Debe haber una transferencia de parte del constituyente? En Africa del Sur existe el “*bewind trust*”, en el cual el título permanece en el fiduciante. El trust en China funciona o puede funcionar como el *bewind*. La Convención de La Haya no excluye el *bewind* de manera indubitable. En realidad, los sistemas legales que permiten al constituyente declarar que un activo o un grupo de activos constituyen un *trust fund*, están permitiendo la existencia de algo próximo al *bewind*;

d) Es común la afirmación de que los activos del trust pertenecen en equidad, al mismo tiempo, al beneficiario, de modo que la propiedad está dividida, pero esa posición no es sostenible ni en Escocia ni en muchos otros países donde la propiedad equitativa no es reconocida. Incluso bajo la ley inglesa, en el caso de los trusts caritativos, no hay propiedad equitativa mantenida por los beneficiarios;

e) ¿Los trusts no son personas jurídicas? Se ha argumentado que el trust de Quebec es un sujeto de derecho pero no una persona jurídica. La Profesora Madeleine Cantin Cumyn ofrece dos diferencias entre una y otra noción: una es que el trust no puede tener derechos extra patrimoniales y otra es que el trust, al contrario de lo que ocurre con las personas jurídicas, no puede ser un administrador, un fiduciario o un mandatario²⁰⁵;

f) ¿Debe el trust ser protegido en caso de insolvencia, en el sentido de los beneficiarios están, por lo menos en principio, protegidos contra los acreedores del fiduciario? Probablemente, pero el trust ya existía en Africa del Sur antes de que este asunto fuera resuelto en 1988, mientras que en Alemania la protección contra la insolvencia opera solo en relación con los activos originales del trust, no con respecto a los que los sustituyan. ¿Significa esto que el *Treuhand* alemán no es “realmente” un trust “en el sentido real del término” sino solo una institución parecida (*trust like*)?;

g) ¿Debe el trust ser capaz de referirse a bienes de cualquier naturaleza? Algunas leyes sobre trust excluyen las tierras; sin embargo, las tierras están vinculadas al corazón mismo del trust inglés;

²⁰⁵ CANTIN CUMYN, Madeleine: “La fiducie, un nouveau sujet de droit?”, note 39. Cita de GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op. cit.*, p. 537.

h) ¿El trust solo puede ser establecido por un acto entre vivos? Aquí también hay mucha variación. ¿Se puede decir que un sistema legal que no tiene el trust *mortis causa* no tiene trust?;

i) ¿Se configura un trust cada vez que una persona administra una propiedad en beneficio de otra? Entonces todas las sociedades comerciales son un trust. (Algunos dudarían antes de llegar a tal conclusión. Bastaría con preguntarse por qué en la tradición del common law los directores de las sociedades anónimas son llamados trustees)²⁰⁶.

Refiere Gretton que algunos autores se han propuesto hacer una lista de aspectos o requisitos que no son esenciales del concepto de trust, dirigiendo sus señalamientos a aspectos específicos del derecho inglés, tal como el concepto de propiedad equitativa, a cuyo efecto menciona que el Profesor Honoré escribió un estudio titulado “Trusts: The Inessentials”; y reseña un conjunto de afirmaciones inciertas (*non verum est statements*) citadas por el Profesor Lupoi, conjunto según el cual no es verdad: (i) que el trust involucra a tres personas; (ii) que el establecimiento de un trust es la consecuencia de una transferencia en favor del fiduciario; (iii) que los derechos del beneficiario de un trust caen dentro de la noción de propiedad; (iv) que cuando el trust establece beneficiarios éstos deben ser necesariamente “propietarios fiduciarios” (“*equitable owners*”); (v) que el fiduciario ha de tener un status legal reconocido por el common law; (vi) que el trust es un *fiduciary negotium*, tal como este concepto es reconocido en el civil law system; (vii) que la base del trust es un contrato entre el constituyente y el fiduciario; (viii) que el derecho del trust es un campo especializado y arcaico que se ha transformado en un sistema rígido; (ix) que la función suplementaria o complementaria de la jurisdicción de equidad (equity) es un legado histórico; (x) decir que el trust es un instrumento legal que se encuentra exclusivamente en los sistemas de common law²⁰⁷.

Todas estas observaciones se dirigen a precisar cuáles elementos no son esenciales para el trust, pero aún si se aceptan todas, la cuestión de cuál es la esencia del trust persiste, dice Gretton, quien agrega: ¿Cuál es la esencia del trust considerado como una institución autónoma? ¿Se puede diferenciar entre el verdadero trust por un lado y meros instrumentos semejantes por el otro? Una posibilidad sería la de declarar que el trust del common law es el verdadero trust y que todo lo demás es similar (*at best trust-like*). Sobre esa base, los trusts de los “sistemas mixtos”, tales como los de Quebec, Escocia o Africa del Sur no serían verdaderos trusts. Ese enfoque es bastante común. Por ejemplo, en un texto escrito para la Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado, el Profesor Fletcher abre el capítulo sobre el trust con estas palabras: “El trust es un instrumento legal desarrollado en Inglaterra por medio del cual la propiedad de los bienes está dividida...”²⁰⁸

²⁰⁶ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op. cit.* pp. 541-543.

²⁰⁷ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, en Lionel SMITH’s *The Wolds of Trust*; Cambridge University Press 2013, pp. 541, 543-544.

²⁰⁸ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, en Lionel SMITH’s *The Wolds of Trust*; Cambridge University Press 2013, *op. cit.*, p.544.

Gretton confiesa que no conoce la respuesta a la pregunta de lo que es la esencia del trust; pregunta si el trust no estará allá arriba en el Paraíso de los Conceptos [*Begriffshimmel*, calificativo de von Ihering para referirse al exceso de conceptualismo de los pandectistas]; y concluye su inteligente ensayo de este modo: “Si en esta vida nos comportamos como buenos abogados, como muy buenos abogados, ¿podremos esperar que cuando muramos seamos conducidos por una jurídica Beatriz alrededor del Paraíso de los Conceptos para ir a conocer el Espíritu Puro del Trust? ¿Podría ser así en sentido trans-sistémico? ¿Podría ello ser verdad también para el common law?”. No lo sé, finaliza el Profesor Gretton.

Conclusiones

1. Henry Hansmann y Ugo Mattei sostienen que la “más importante contribución” del derecho anglosajón a la construcción de la figura del trust, desde el punto de vista interno y del derecho comparado es el *ring-fencing* (la separación de los activos del trust de los activos del fiduciario, definiendo de este modo los derechos de los terceros acreedores). En contraste, el rol del derecho del trust en el gobierno fiduciario, la creación y la ejecución de los deberes fiduciarios del trustee son relativamente poco importantes. El argumento es digno de señalar porque la mayor parte del derecho angloamericano del trust es derecho fiduciario, es derecho que se refiere a la definición y a la regulación de los poderes y obligaciones del trustee con respecto a la administración del trust²⁰⁹. El significado de las reglas del derecho del trust no reside en las reglas que suministra para regular los derechos y obligaciones de las partes en el trust sino en las reglas que suministra para ordenar los derechos de los terceros. Estos terceros son los “acreedores personales” del constituyente, del fiduciario y de los beneficiarios, así como los acreedores con reclamaciones que surgen con ocasión del manejo de la propiedad misma. Gallanis dice que los autores (Hansmann y Mattei) sintetizan su pensamiento del siguiente modo:

En suma, resulta que la contribución importante del derecho del trust reside no en la regulación subsidiaria por la vía de reglas contractuales de las relaciones entre las tres principales partes de la relación similar al trust, sino en su regulación de las relaciones entre esas personas y los terceros con quienes ellos tratan. Es esta última relación la que, debido a sus altos costos de transacción, no puede ser arreglada fácilmente con anticipación por medios contractuales²¹⁰.

Gallanis está en total desacuerdo. Para él, “doctrinaria y funcionalmente, el derecho fiduciario del trust es un componente importante del derecho angloamericano del trust.

²⁰⁹ Cita de GALLANIS, Thomas: “The contribution of fiduciary law”, en Lionel SMITH’s *The Wolds of Trust*; Cambridge University Press 2013, *op. cit.*, p. 390. La cita se refiere a dos artículos aparecidos en *73 New York University Law Review* 434 y en *46 American Journal of Comparative Law* 133.

²¹⁰ Cita de GALLANIS, Thomas: “The contribution of fiduciary law”, *op. cit.*, p. 392.

Efectivamente, los principales tratados norteamericanos de derecho del trust sostienen la idea de que las más importantes -y quizás las más interesantes- cuestiones de derecho del trust son aquellas que se relacionan con la administración del trust²¹¹. El autor va más allá: estima que las reglas del derecho fiduciario, algunas imperativas y otras dispositivas, sirven una variedad de funciones porque cumplen la importante tarea de gobernar la administración del trust y agrega que así como esas reglas han hecho una importante contribución, funcional y doctrinalmente, dentro del derecho norteamericano del trust, así mismo esas reglas están haciendo o tienen el potencial de hacer importantes contribuciones en otros sistemas jurídicos que adopten el trust o instrumentos similares²¹².

2. Así como se habla de elementos esenciales y no esenciales del trust, se debe hablar de elementos trasplantables y no trasplantables. Uno de los elementos no trasplantables es el de la *relación fiduciaria*, un componente que impregna y define la posición de cada uno de los protagonistas en la operación, un elemento del *common law* que no podrá jamás ser sustituido por ningún equivalente de algún otro sistema jurídico. La buena fe en sentido amplio del derecho codificado, en su más dilatada dimensión, no alcanza para ser equiparada a la obligación fiduciaria. Además, la relación fiduciaria no es sólo una concepción jurídica sino un elemento vinculado a la cultura anglosajona. Por ello, lo que se podrá lograr es lo que se ha venido haciendo, una adaptación, es decir, la construcción de un instrumento similar, pero nunca de un instrumento que reproduzca la figura original, es decir, una réplica del modelo.

3. Otro elemento no trasplantable es la equidad, no ya en su sentido de sistema sustantivo y procesal de solución judicial, sino como principio general de derecho. El lugar que ocupa la equidad en los sistemas jurídicos codificados es muy relativo y no puede ser instalado en éstos con una dimensión igual a la que generalmente tiene en el common law solo para satisfacer la necesidad de aplicarlo a una operación o negocio específico. Tanto el common law como el derecho codificado bebieron en la fuente común romana de la equidad, pero cada sistema lo moldeó de una manera diferente. A propósito se ha subrayado que el Canciller inglés conocía bien el civil law y se nutría de éste sin mencionar sus fuentes, además de que no existe una incompatibilidad esencial entre el trust y las estructuras del derecho codificado. Aunque parezca paradójico a primera vista, la equidad del common law está más cerca de la equidad romana que la equidad del derecho codificado. Los testimonios que atribuyen el nacimiento de la jurisdicción de equity a la influencia de la *equitas* del derecho romano y al *ius gentium* del *pretor peregrinus* son múltiples. Se atribuye al propio rey Jaime I haber dicho: “Cuando el rigor de la ley en muchos casos desarregla un asunto, la Cancillería atempera la ley con la equidad y mezcla, de ese modo, la misericordia con la justicia”. También ha sido señalado que la equidad se originó y ha sido presentada como una contribución del derecho canónico para aliviar el rigor de la ley. La analogía con el pretor

²¹¹ GALLANIS, Thomas: “The contribution of fiduciary law”, *op. cit.*, p. 397.

²¹² GALLANIS, Thomas: “The contribution of fiduciary law”, *op. cit.*, p. 397.

peregrino romano, quien, al hacer justicia, no se sentía obligado por las reglas formalistas del *ius civile*, indica que el derecho inglés se acercaba a un grado superior de madurez, afirma Re²¹³. Los casos de incumplimiento de la palabra por los fiduciarios (trustees) estaban hechos a la medida para ser resueltos por esta vía jurisdiccional. Por ello, con toda razón algunos estudios han vinculado muchas doctrinas de equidad, como el sistema de *uses and trusts* a nociones canónicas y romanas²¹⁴.

4. Según una anécdota frecuentemente citada por los autores norteamericanos, el jurista alemán Otto von Gierke le escribió al jurista e historiador inglés Maitland diciéndole “Yo no puedo entender el trust de ustedes”. La anécdota es complementada afirmando que Maitland, en otro lugar, hacía referencia a un amigo imaginario del continente europeo que le preguntaba en qué lugar del derecho privado debía colocar el trust, si en el derecho de cosas o en el derecho de las obligaciones²¹⁵. Gretton, en el estudio ampliamente citado en este artículo, coloca al trust en el centro de un espacio gravitacional compuesto por el derecho de las obligaciones, el derecho de bienes y el derecho de las personas, cada uno con su *vis attractiva*²¹⁶. Algunos autores afirman que cien años después la situación continúa igual, con los juristas del common law sintiéndose cómodos con el trust y con los juristas de derecho continental sintiéndose incómodos con el trust y se agrega que la comodidad de los juristas del common law se puede deber, por una parte, a que ellos no le prestan mucha atención a la arquitectura jurídica y por ello no se preocupan mayormente por la naturaleza del trust; o pudiera ser que en el common law el trust es una institución jurídica fundamental, como algunos afirman, y esa explicación resulte suficientemente satisfactoria y cierre la discusión²¹⁷.

5. Ha surgido un intento de construir una teoría más centrada en el derecho de obligaciones, específicamente en una teoría de intereses del beneficiario, y ver los derechos del beneficiario desde otro ángulo. En lugar de ver los derechos del beneficiario como una combinación de derecho de propiedad de éste y, al mismo tiempo, obligaciones personales del fiduciario, es decir, poniendo de lado la tesis del derecho del beneficiario como una institución híbrida, se parte de la premisa de que el derecho del beneficiario no es, estrictamente hablando, un derecho de propiedad ni tampoco un simple derecho personal contra el fiduciario –eludiendo, por tanto, el debate entre derechos reales y derechos personales– se acude a postular que el derecho del beneficiario es “un derecho contra el derecho de propiedad del fiduciario que es mantenido “in trust” para el beneficiario”. Este derecho es presentado como un tercer tipo de

²¹³ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 479-484.

²¹⁴ Re, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, *op cit.*, pp. 482.

²¹⁵ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, en Lionel SMITH’s *The Wolds of Trust*; Cambridge University Press 2013, p. 524.

²¹⁶ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op cit.*, p. 525.

²¹⁷ GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, *op cit.*, p. 524.

derecho llamado “un derecho contra un derecho” o un “derecho prevaleciente” (*persistent right*) en el sentido de que puede “prevalecer” frente a ciertos cesionarios²¹⁸.

6. En los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, ordenamientos de derecho codificado, no existe duda sobre la naturaleza contractual del trust o fideicomiso. En esa categoría se le ubica doctrinalmente y se le regula legislativamente. Cuando el examen del trust se traslada a sus fuentes originales anglosajonas, el observador se encuentra con que el derecho del trust distingue la declaración unilateral de trust (*declaration of trust*) del trust que resulta de un acuerdo de voluntades (*trust deal*). El primero es una modalidad de creación del trust que permite a quien transfiere la propiedad declararse a sí mismo, simplemente, como fiduciario (*trustee*) del beneficiario de la transferencia: (“*A trust may be created by...a declaration by the owner of property that he holds it as trustee for another person...*”). Este trust, en el cual solo una parte aparece declarando y obligándose y otra aparece simplemente mencionada como beneficiaria, carece de un fiduciario separado. La declaración unilateral de transferencia gratuita de propiedad, desde el punto de vista del civil law es un contrato unilateral (donación), tal como es el caso del mutuo, del comodato, del mandato y de tantos otros contratos unilaterales, pero el common law le niega el carácter de contrato, pues “nadie puede contratar consigo mismo”. El contrato unilateral, para los juristas del common law, no existe. Desde otro punto de vista, la transferencia de propiedad que ocurre con el trust es identificada legislativamente (en los *Restatements*) como *conveyance* (cesión o traspaso) y ésta es opuesta al contrato²¹⁹.

El trust que tiene un fiduciario separado es un acuerdo de voluntades entre el constituyente y el fiduciario que se descompone en dos partes: una declaración realizada por el constituyente del trust (*settlor*), quien transfiere la propiedad del trust a un intermediario, el trustee, para que éste mantenga esa propiedad en favor del beneficiario; y un acuerdo entre el constituyente y el fiduciario que define las potestades y las responsabilidades de éste en el manejo de la propiedad.

El Profesor Langbein argumenta extensamente en favor de la naturaleza contractual del trust, para lo cual hace referencia a la historia, a la doctrina, a la función y al derecho comparado, así como también acude a citas célebres, como las de Maitland y Lawson. Maitland habría observado que ya al final del siglo catorce, cuando el Canciller inglés comenzó a aplicar el derecho del trust, el trust tenía su origen, generalmente, en algo que no podemos llamar sino un acuerdo. [El Canciller comienza a hacer cumplir un derecho personal...el cual es en verdad un derecho contractual, un derecho creado por una promesa]

²¹⁸ VALSAN, Remus: “Rights against rights and real obligations”, en Lionel SMITH’s *The Wolds of Trust*; Cambridge University Press 2013, pp. 487-490

²¹⁹ Dice a este respecto LANGBEIN: “Our black letter law has resisted the insight that trusts are contracts. The second *Restatement* of 1959, carrying forward the language of the first *Restatement* of 1935,” declares: “The creation of a trust is conceived of as a conveyance of the beneficial interest in the trust property rather than as a contract.”. LANGBEIN, John H.: “The contractarian Basis of the Law of Trusts”, (1995). *Faculty Scholarship Series*. Paper 502, p. 628.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/502

[El trust fue originalmente considerado como una obligación, de hecho un contrato, aunque usualmente no se le llamara así]. F. H. Lawson (quien escribe en 1953 en uno de los trabajos centrales del derecho comparado moderno, según el Profesor Langbein), indicó que “la relación triangular de *settlor, trustee y beneficiary* es fácilmente explicable en el derecho moderno en los términos de un contrato en beneficio de un tercero”²²⁰.

La teoría contractual animada por Langbein ha tenido mucho relieve, aunque algunos juristas han estado en desacuerdo con ella²²¹. Por ejemplo, se ha recordado que por oposición a Maitland, en 1917 Scott, si bien reconocía que en la creación del trust se podían encontrar todos los elementos de un contrato, es la asunción (*undertaking*) de una obligación fiduciaria y la responsabilidad fiduciaria lo que está en la base del trust; que Scott decía que provengan las potestades del fiduciario de un contrato o de un acto gratuito no tiene importancia, lo importante es la presencia del fiduciario y de sus responsabilidades. Un trust existe cuando un trustee está en su lugar y cumpliendo sus funciones, esto es, cuando el constituyente le ha transferido al trustee una cosa (*res*) para gestionarla con sujeción a los requisitos de la responsabilidad fiduciaria. Dada la autoridad de Scott, hasta fecha reciente, a todo lo largo del siglo XX en las jurisdicciones del common law el trust fue visto legalmente como una transferencia de propiedad sujeta a una obligación fiduciaria²²². También se ha puesto de relieve que la posición de Langbein no es una posición radical y que éste mismo dijo que “el trust es un híbrido de contrato y de propiedad (property)” y reconoció que “los elementos contractuales no requieren que se desestime los componentes de propiedad...”²²³. En opinión de Goodwin la posición a favor del carácter contractual del trust favorece la discrecionalidad del constituyente en la fijación de los términos del trust²²⁴.

7. La búsqueda de la esencia del trust, eso que los juristas anglosajones llaman “*the irreducible core of the trust institution*”, es algo que quizá concluya bien cuando llegemos al cielo y de la mano de la Beatriz jurídica de quien habla el Profesor Gretton nos sea abierto el Paraíso de los Conceptos (el *Begriffshimmel* de Ihering). Mientras tanto, aquí en la tierra nos seguiremos afanando para encontrar respuestas más o menos satisfactorias, pensando, por ejemplo, que el trust es una obra maestra y que como obra perfecta no puede ser replicada por las adaptaciones; o pensando lo contrario, que el trust es una obra imperfecta desde su origen y como tal no puede ser mejorada por las trasposiciones; o diciendo que el trust está compuesto de un conjunto de elementos accidentales, que no hay un elemento esencial, que todos son *inessentials*. Todo ello lo haremos, en el common law con el auxilio de los jueces

²²⁰ LANGBEIN, John H.: “The contractarian Basis of the Law of Trusts”, *op. cit.*, p. 628.

²²¹ ALEXANDER, Gregory S.: “The dilution of the trust”, *op. cit.*, p. 305.

²²² GOODWIN, Iris J.: “Why civil law countries might forego the individual trustee: provocative insights from the new-to-the-fold”, en Lionel SMITH’s *The Wolds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, p. 380.

²²³ SITKOFF, Robert H.: “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning”, en Lionel SMITH’s *The Wolds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, p. 453. La tesis del autor es que se debe aplicar el derecho de las organizaciones: “Those hybrids are properly regarded as organizations”.

²²⁴ GOODWIN, Iris J.: “Why civil law countries might forego the individual trustee: provocative insights from the new-to-the-fold”, *op. cit.*, pp. 381-382.

y de los profesores de derecho y en el sistema de derecho codificado con la colaboración predominante de estos últimos, si es que hemos de creer en lo que ha dicho el Profesor John Henry Merryman:

“El catedrático es el verdadero protagonista de la tradición del derecho codificado. El derecho codificado es un derecho de profesores. Por contraste, aunque la influencia de los profesores de derecho y de la enseñanza jurídica está aumentando en los Estados Unidos, los jueces todavía ejercen la influencia más importante en el diseño del crecimiento y del desarrollo del sistema legal norteamericano”.

[*“The teacher-scholar is the real protagonist of the civil law tradition. The civil law is a law of professors. By the way of contrast, although the influence of law professors and legal scholarship may be growing in the United States, judges still exercise the most important influence in shaping the growth and development of the American legal system”.*]²²⁵.

8. Si hemos de creer, como se ha dicho, que la “más importante contribución” del derecho anglosajón a la construcción de la figura del trust, desde el punto de vista interno y del derecho comparado es el *ring-fencing* (la separación de los activos del trust de los activos del fiduciario, definiendo de este modo los derechos de los terceros acreedores), la construcción latinoamericana del fideicomiso iniciada en México en 1932 y seguida en muchos otros países ha sido exitosa. Los juristas mexicanos, además, la reclaman como original²²⁶. De especial interés, por su calidad técnica y por su valor conceptual, resulta la construcción legislativa del Perú, país anfitrión de la reunión donde se presenta este documento. Merecen felicitaciones los juristas peruanos por tener una ley de fideicomiso razonablemente bien estructurada.

**XXV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso COLAFI 2016 - Asbanc
Lima, Perú 12-14 de octubre de 2016**

²²⁵ [John Henry MERRYMAN: “The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America 10 (2nd ed. 1985)] Cita de MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America; op. cit.*, p. 24, nota 16.

²²⁶ BATIZA afirma: “...el fideicomiso en México no tiene relación directa de filiación con el *trust* ni incorpora principios o doctrinas que sean característicos de éste...”. BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica; op. cit.*, pp. XXII y 108.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, Gregory S.: “The dilution of the trust”, en SMITH, Lionel (editor): *The Wolds of The Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 305. Amazon Kindle Edition.

BARRERA GRAF, Jorge: “Naturaleza jurídica del fideicomiso. Quiebra del fideicomisario”. Internet:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/28/sc/sc8.pdf>

BARRIÈRE, Francois: “The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty”, en SMITH, Lionel (editor): *Re-imagining the trust*; Cambridge University Press 2012, pos.4164. Amazon Kindle Edition.

BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*; segunda edición; Porrúa, México 1985.

BATIZA, Rodolfo; LUJÁN, Marcial: *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*; Décima edición; Editorial Porrúa, México 2011.

BELLO KNOLL, Susy Inés: *El fideicomiso público*; Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona-Sao Paulo 2013.

BÈRAUDO, Jean-Paul: *Le trust anglo-saxon et le droit francais*; LGDJ, Paris 1992.

BOGERT, George G.; OAKS, Dallin H., HANSEN, H. Reese; NEELEMAN, Stanley D.: *Cases and Text on the Law of Trusts*; Foundation Press, New York 2008.

BRAUN, Alexandra: “The framing of a European law of trusts”, en SMITH, Lionel (editor): *The Wolds of The Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 277. Amazon Kindle Edition.

BUREAU, Antoine: *Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg*. Disponible en :

http://www.juripole.fr/memoires/comparé/Antoine_Bureau/partie1.html

CANTIN CUMYN, Madeleine: « Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries”, en SMITH, Lionel (editor): *Re-imagining the trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 181. Amazon Kindle Edition.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano (Acto constitutivo unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario)*; Tercera edición; Editorial Porrúa, México 2000.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: *El fideicomiso*; Décima primera edición actualizada; Editorial Porrúa, México 2006.

DOUGLAS, James: "Trusts and their equivalents in civil law systems: why did the French introduce the fiducie into the civil code in 2007? What might its effects be?" Disponible en Internet :

QUT Law Review Volume 13, Number 1, 2013

<file:///C:/Users/Alfredo/Downloads/531-1102-2-PB.pdf>

DUKEMINIER, Jesse; SITKOFF, Robert H.: *Wills, Trusts and Estates*, Ninth Edition; Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

EMERICH, Yaëll: "The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?" en SMITH, Lionel: *The Wolds of The Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 21. Amazon Kindle Edition.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio: "Carácter Legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México 1930, t. primero.

FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos: "El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del derecho privado de la unión europea", en *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*; Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2005, p. 24. Internet: file:///E:/SanDiskSecureAccess/Respaldo/DERECHO_DE_LOS_CONTRATOS_EN_EL_MARCO_DE_LA_UNIFICACION_JURIDICA.pdf

FUSARO, Andrea: *Patrimoni di scopo, trust e fiducia nell'esperienza giuridica italiana*. Internet: <http://www.masterdirittoprivatoeuropeo.it/wp-content/uploads/2012/05/Master.pdf>

GALLANIS, Thomas: "The contribution of fiduciary law", en Lionel SMITH's *The Wolds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, *op. cit.*, p. 390. Amazon Kindle Edition.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín: *Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*; Madrid 1955.

GARTON, Jonathan, with Graham MOFFAT, Gerry BEAN and PROBERT, Rebeca: *MOFFAT'S Trust Law*, sexta edición; Cambridge University Press, 2015. Amazon Kindle Edition.

GOLDSCHMIDT, Roberto: *El fideicomiso en los países de América Latina*; Editorial Sucre, Caracas 1961.

GOODWIN, Iris J.: “Why civil law countries might forego the individual trustee: provocative insights from the new-to-the-fold”, en Lionel SMITH’s *The Worlds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, p. 380. Amazon Kindle Edition.

GRAZIADEI, Michele: “Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience”, en SMITH, Lionel (editor): *Re-imagining the trust*; Cambridge University Press 2012, pos.575. Amazon Kindle Edition.

GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, en Lionel SMITH’s *The Worlds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, p. 541. Amazon Kindle Edition.

GUILLAUME, Florence: *Incompatibilité du trust avec le droit suisse ? Un mythe s’effrite*; Internet:

https://www2.unine.ch/files/content/sites/florence.guillaume/files/shared/bibliographie/Incompatibilite_trust.pdf

GVELESIANI, Irina : « « Treuhand » and « Fiducie » (Terminological Problematics); p. 173. https://www.researchgate.net/publication/303720462_TREUHAND_AND_FIDUCIE_TERMINOLOGICAL_PROBLEMATICS?enrichId=rgreq-8b2dec6af0d06ca0e8820e5a5e704896-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMwMzcyMDQ2MjtBUzozNjgyNjQ1NTIxNzM1NjIAMSQ2NDgxMjUxOTQ4OA%3D%3D&el=1_x_2

HESS, Ami Morris et altre: *The Law of Trusts and Trustees* (3rd. ed. 2007).

HO, Lusina: “Trust laws in China History, ambiguity and beneficiary’s rights”, en Lionel SMITH (editor) *Re-imagining the Trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 3558-3582. Amazon Kindle Edition.

HO, Lusina: “Trust: the essentials”, en Lionel SMITH’s *The Worlds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, p. 1.

HOFRI-WINOGRADOW, Adam: “Express trusts in Israel/Palestine. A pluralistic trusts regime and its history”, en Lionel SMITH (editor) *Re-imagining the Trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 1554-1580. Amazon Kindle Edition.

HONORÉ, T.: “Trusts: The Inesentials”, en J. Getzler (ed), *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn* (London: LexisNexis UK, 2003). Cita de GRETTON, George: “Up there in the Begriffshimmel?”, en Lionel SMITH (editor) *The Worlds of The Trusts*, Cambridge University Press, 2013, p. 543 y nota 69. Amazon Kindle Edition.

KIPER, Claudio M; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *Tratado de Fideicomiso*; Lexis-Nexis, Depalma; Buenos Aires 2004.

LANGBEIN, John H.: “The Secret Life of Trust: The Trust as an Instrument of Commerce”, 107 Yale L.J. 166 (1997-1998).

LANGBEIN, John H.: “The contractarian basis of the law of trusts”, (1995). Faculty Scholarship Series. Paper 502.
http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/502

LANGBEIN, John H.: "Questioning the Trust-Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?" (2005). Faculty Scholarship Series. Paper 495.
http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/495

LEE, Rebecca: “Convergence and divergence in the worlds of the trust: duties and liabilities of trustees under the Chinese trust”, en SMITH, Lionel: *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press 2013.

LEPAULLE, Pierre: “La naturaleza del trust”, traducido por el Sr. Lic. Pablo MACEDO. *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*. México, 1932, Tomo Tercero. El original francés intitolado “De la Nature du Trust” se publicó en *Journal de Droit International*, Año 54, julio-octubre 1927.

LEPAULLE, Pierre: “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts “ (1928) 14 Cornell L.Q. 52,53.

MACEDO, Pablo: “El fideicomiso mexicano”, en *Tratado teórico y práctico de los trusts de Pierre Lepaulle*, Editorial Porrúa S. A., México, 1975, p. XXV.

MALLET-BRICOUT, Blandine: “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie”, en SMITH, Lionel: *The Worlds of the Trust*, Cambridge University Press 2013.

MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America*; Oxford University Press, 2009. Amazon Kindle Edition.

MARTIN, Edward F.: “Louisiana’s Law of Trusts. 25 Years After Adoption of the Trust Code”, en 50 La. L. Rev. (1990), p. 501. Disponible en <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol50/iss3/3>

McAULEY, Michael: “Truth and reconciliation. Notions of property in Louisiana’s Civil and Trust Codes”, en SMITH, Lionel (editor) *Re-imagining the Trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 2237-2277. Amazon Kindle Edition.

MERRYMAN, John Henry: [“The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America 10 (2nd ed. 1985)]. Cita de MALUMIAN, Nicolas: *Trusts in Latin America; op. cit.*, p. 24, nota 16.

MESSINA, Giuseppe: *Negozi Fiduciari*; Scritti Giuridice, Milano 1948.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *El fideicomiso de garantía del derecho venezolano*. Disponible en: http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120203041PM.pdf

ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit: *El fideicomiso mexicano*; Editorial Porrúa, México 2006.

PEYROT, Aude: “How to square the circle? The challenge met by Swiss insolvency law in dealing with common law trusts”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 41.

RACZINSKA, Magda: “Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund”, en Lionel SMITH’s *The Wolds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, pp. 454-480.

RE, Edward D.: “The Roman contribution to the common law”, en *29 Fordham L. Re. 447 (1961)*.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*; Legis, Varias Ciudades 2005.

SCHULZ, Fritz: *Derecho Romano Clásico*; Editorial Bosch, Barcelona 1960.

SITKOFF, Robert H.: “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning”, en Lionel SMITH’s: *The Wolds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, p. 453.

SMITH, Lionel: “The re-imagined trust”, en Lionel SMITH (editor): *Re-imagining the trust*; Cambridge University Press 2012, pos. 4836.

TOIT, Francois du: “Jurisprudence milestones in the development of trust law in South Africa’s mixed legal system”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 257-276.

VALSAN, Remus: “Rights against rights and real obligations”, en SMITH, Lionel (editor): *The Wolds of The Trust*; Cambridge University Press 2013, pp. 487-490. Amazon Kindle Edition.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: *Doctrina general del fideicomiso*; Cuarta edición; Editorial Porrúa, México 2003.

WIBIER, Reinout: “Can a modern legal system do without trust?”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013.

YAHAYA, Nurfadzilah: “British colonial law and the establishment of family waqfs in the Straits Settlements, 1860-1941”, en SMITH, Lionel: *The Wolds of the Trust*, Cambridge University Press 2013, p. 200.