

Zoraida Cruz Torres

El trust anglosajón y el derecho internacional privado: evolución y futuro

Departamento
Derecho Privado

Director/es
Diago Diago, Pilar

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

EL TRUST ANGLOSAJÓN Y EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO: EVOLUCIÓN Y
FUTURO

Autor

Zoraida Cruz Torres

Director/es

Diago Diago, Pilar

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Privado

2018



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

TESIS DOCTORAL

**EL *TRUST* ANGLOSAJON Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:
EVOLUCION Y FUTURO**

DIRECTORA: MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO

AUTORA: ZORAIDA CRUZ TORRES

2018

Índice

ABSTRACT	7
AGRADECIMIENTOS	9
PRINCIPALES ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13
PRIMERA PARTE: EL TRUST Y SU RECEPCIÓN	25
Capítulo 1. Historia del trust anglosajón	25
1.1.0. Desarrollo de las figuras comparables fuera de Inglaterra.....	25
1.1.1. En el Derecho romano.....	25
1.1.2. En el Derecho germánico.....	29
1.1.3. En el Derecho islámico.....	35
1.2. Orígenes del <i>trust</i> anglosajón.....	38
Capítulo 2. La naturaleza del trust	53
2.1. Clases de <i>trusts</i> , componentes y peculiaridades.....	53
2.2. Creación del <i>trust</i> moderno.....	63
2.3. Teoría contractual de la naturaleza del <i>trust</i> anglosajón.....	65
2.4. Naturaleza del interés del beneficiario en el patrimonio del <i>trust</i>	69
2.5. Usos más frecuentes del <i>trust</i> moderno.....	72
2.6. Figuras análogas y distinguibles del <i>trust</i>	83
Capítulo 3. Expansión del trust	111
3.1. La recepción del <i>trust</i> en América anglosajona.....	111
3.2. El <i>trust</i> internacional.....	113
3.3. Recepción y expansión del <i>trust</i> en América: el fideicomiso y la <i>fiducie</i>	123
3.4. Teorías sobre la naturaleza del fideicomiso hispanoamericano.....	132

SEGUNDA PARTE: EL TRUST EN LOS SISTEMAS DE DERECHO ANGLOSAJÓN Y EN LOS SISTEMAS DE DERECHO CIVIL: ESPECIAL ATENCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 141

Capítulo 4. El mundo anglosajón y el Derecho Internacional Privado. 141

I. Introducción a los trusts en el sistema de Derecho anglosajón internacional privatista. 141

4.1.0. Desarrollo histórico de las metodologías estadounidenses de Derecho Internacional Privado para determinar el Derecho aplicable. 142

4.1.1. Primera reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense (*First Restatement*). 145

4.1.2. Teoría de la ley local. 147

4.1.3. Principio de Preferencias. 148

4.1.4. Análisis de intereses gubernamentales. 151

4.1.5. Teoría de perjuicio comparado (*comparative impairment*). 155

4.1.6. Teoría del mejor derecho. 157

4.1.7. Análisis funcional. 158

4.1.8. Método de consideración de consecuencias. 160

4.1.9. Segunda reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense. 161

II. Notas sobre competencia judicial estadounidense. 165

III. Controversias principales el Derecho Internacional Privado anglosajón con relación a los trusts. 170

4.2.1. Capacidad. 170

4.2.2. Validez material y formal 181

4.2.3. Tratamiento de las leyes de carácter imperativo en el Derecho Internacional Privado frente al *trust*. 191

4.2.4. Interpretación de los términos del *trust*. 198

4.2.5. Derecho aplicable. 200

4.2.6. Asuntos administrativos del *trust*. 205

Capítulo 5. El trust en la normativa internacional privatista y los problemas que genera su desconocimiento 217

I. Normativa de la Unión Europea sobre competencia judicial internacional y los trusts. 217

5.1.0. Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I *bis*) y el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 21 de diciembre de 2007 (Lugano II)	217
5.1.1. Alcance del Reglamento.	218
5.1.2. Domicilio en materia de trusts.	227
5.2. Reglamento número 650 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 4 de julio de 2012 relativo la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones <i>mortis causa</i> y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento sucesorio).	238
II. Normativa de la Unión Europea sobre Derecho aplicable a los trusts. . .	241
5.3.1 Reglamento número 593 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)	242
5.3.2 Reglamento número 864 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 11 de julio de 2007 relativo la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)	252
5.3.3 Reglamento número 650 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 4 de julio de 2012 relativo la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones <i>mortis causa</i> y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento sucesorio)	261
III. El problema de las calificaciones por desconocimiento de la figura jurídica en la búsqueda del Derecho regulador.	264
5.4.0. Introducción.	264
5.4.1. Calificaciones con respecto a los trusts	271
5.4.1.0. Doctrina y jurisprudencia continental	277
5.4.1.1. Calificación contractual.	276
5.4.1.2. Calificación como mandato.	280
5.4.1.3. Calificación como negocio fiduciario a favor de tercero. . .	282
5.4.1.4. Calificación como donación <i>inter vivos</i>	283
5.4.1.5. Calificación como patrimonio organizado asociación o persona jurídica.	286
5.4.1.6. Calificación como institución sucesoria.	289

Capítulo 6. Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a los trusts y a su reconocimiento de 1 de julio de 1985.299

6.1. Introducción.299
6.2. Características y tipos de *trust* cubiertos 304
6.3. Alcance del Convenio.322
6.4. Ley aplicable al *trust*328
6.5. Asuntos cubiertos por el Derecho aplicable. 332
6.6. Reconocimiento y efectos.343

Capítulo 7. Una mirada al futuro del trust en el Derecho Internacional Privado y posibles soluciones de Derecho Internacional Privado361

7.1. Futuro del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los *trusts* y a su reconocimiento de 1 de julio de 1985.361
7.2. Vacío jurídico por ausencia de normas de Derecho Internacional Privado para la categoría del *trust*371
7.3. Calificación como figura desconocida 386
7.4. Reconocimiento de los efectos de un *trust*.393
7.5. Sobre la norma de aportación de prueba del Derecho extranjero y el artículo treinta y tres (33) de la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil.402

Conclusiones finales 419

Final Conclusions.455

Bibliografía.491

ABSTRACT

The main objective of this work has been to study the impact of the Anglo-American trust as an unknown and diverse legal institution in those jurisdictions that do not have the institution in their juridical order and thus lack choice of laws rules dealing with trust matters. The aim is to find solutions to the problems faced by legal operators in the jurisdictional stage of litigation, and at the time of determining what law to apply in resolving the controversies in matters having crossborder dimensions, with the purpose of bringing continuity and security to legal relationships operating across borders.

We began studying the historical perspective of the trust as a legal institution. This knowledge will advance a better understanding of the trust as it operates along the different areas of law and functions in our modern society.

A brief study of American Private International Law will illustrate the different methodologies and alternate solutions for issues concerning crossborder matters related to trusts. Likewise, a study of The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition will show that those solutions are consistent with the American approaches to trusts matters. Some of these solutions have been adopted by the European Union Regulations regarding contractual and non-contractual obligations.

We studied those European Union Regulations on Private International Law focusing on their treatment of trusts. Of particular importance is the study of the exclusion of trusts from the provisions of these regulations. Once the reason behind these trusts exclusions from some of the European Union Regulations are explained, we found that there is a very strong argument that these Regulations do apply to many trust matters and provide adequate solutions to most crossborder trust issues.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, tengo que agradecer todo el apoyo y dedicación que me ha brindado mi directora de tesis María del Pilar DIAGO DIAGO, Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, durante todos estos años de estudio y desarrollo de la tesis. Sin su entusiasmo y colaboración este trabajo no hubiese sido posible. Su pericia y destrezas en el Derecho Internacional Privado aportaron a mis conocimientos del campo y me llevaron a identificar la necesidad de abundar en el estudio de los *trusts* desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

Debo agradecer al profesor catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Puerto Rico, Luis Muñiz Argúelles, por sus comentarios a una versión anterior de esta tesis. Igualmente agradezco a los profesores catedráticos de la Universidad de Yale en New Haven, Connecticut, John LANGBEIN y Lea BIRLMAYER por brindarme la oportunidad de investigar en su institución y por su perspectiva sobre el tema de la tesis.

En el trasfondo de este empeño ha estado mi familia, principalmente mi esposo Javier, sin cuyo apoyo y estímulo tampoco hubiese podido llevar a cabo estos trabajos. A mis padres por su lección vital en la importancia de la perseverancia, la valoración del trabajo de excelencia y por todo el apoyo que me brindaron en todas las etapas de mi vida.

ABREVIATURAS PRINCIPALES

AAVV	Autores varios.
AP	Audiencia Provincial.
art.	artículo.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BORM	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
CB	Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas.
C de C	Código de Comercio.
CE	Constitución Española.
cl.	cláusula.
CR	Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DIPr	Derecho Internacional Privado.
E. de M.	Exposición de Motivos.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LH	Ley Hipotecaria.
LCJIMC	Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RCDIP	Revista Crítica de Derecho Internacional Privado.
RD	Real Decreto.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP o RDPr.	Revista de Derecho Privado.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional.
Rev. crit. dr. int. pr.	Revue Critique de Droit International Privé.
RGD	Revista General del Derecho.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RH	Reglamento Hipotecario.
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile.
RN	Reglamento Notarial.
RRM	Reglamento del Registro Mercantil.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJCEE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional.
TJCEE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

Introducción

La mundialización de años recientes que marca el fenómeno que ha acelerado la integración global de los mercados, favorece que instituciones desconocidas para el Derecho español vayan entrando al panorama jurídico desconcertando a los operadores jurídicos. Precisamente el *trust* lleva haciendo su entrada mayormente por parte de ciudadanos de la Unión Europea que vienen a vacacionar en suelo español y se retiran lejos de sus gélidos países del Norte. Es natural que reclamen los derechos que han adquirido en sus países de origen como resultado de transacciones comerciales internacionales o ajustes a la vida civil.

Este trabajo comprende el análisis de la figura del *trust*, sus orígenes y evolución, así como su penetración en el sistema jurídico europeo, para cuyos países se trataba de una figura desconocida. Esto es lo que ocurre precisamente con el *trust* que en principio no se adecua a ninguna institución civilista, de ahí que sea necesario ensayar una calificación que permita determinar las normas de conflicto que señalen cual será la ley a aplicar ante los supuestos de Derecho Internacional Privado que genera el tráfico internacional.

Esta institución típica del Derecho anglosajón, según el concepto del *trust* se fue desarrollando a través de los siglos, el gran historiador y jurista británico MAITLAND describió como la mayor aportación y logro de los ingleses a la ciencia del Derecho¹. El triunfo del *trust* se debe a su versatilidad y flexibilidad. En principio, el constituyente del *trust*, sea una persona natural en cuanto a los *trusts* expresos, puede manejar tres elementos del Derecho de propiedad: el título nominal, el beneficio económico y el control. A esto se añade que los derechos y obligaciones que emanan de la relación creada en el *trust* gozan de una protección y tutela judicial efectiva que no se puede comparar con la que puedan ofrecer instituciones análogas. Esta tutela judicial comprende desde la reclamación de daños por incumplimiento del deber fiduciario del *trustee*, hasta la restitución y persecución de los bienes en manos de un tercero que no se considere de buena fe y a título oneroso: el llamado *tracing*. Además de la tutela judicial efectiva, el *trust* también

¹MAITLAND, F. W., *Equity*, 2da ed., 1936, p. 23 y *Selected Historical Essays*, 1936, p. 129.

se beneficia del cúmulo del Derecho subsidiario que comprende el Derecho de *trusts* propiamente, el Derecho fiduciario y la legislación especial creada utilizando la estructura del *trust* para albergar relaciones o instituciones como serían las que regulan los planes de pensiones o los de inversiones, por ejemplo. Es por esta versatilidad que LUPOI enfatiza que no debemos referirnos al Derecho del *trust* en singular, puesto que no existe una institución singular de *trust*².

No menos importante es la característica esencial de la protección del patrimonio del *trust* frente a los acreedores de los componentes de la relación. Esta protección patrimonial, en Derecho comparado se ilustra como una titularidad separada tutelada por la *equity* inglesa, o como un patrimonio autónomo dedicado a una finalidad particular en los países que se han decantado por la fiducia moderna. Estas cualidades propias del *trust*, tanto del anglosajón como del modelo hispano y el francocanadiense, son las que necesariamente requieren del amparo del Derecho Internacional Privado a los fines de dar continuidad a estos derechos de las partes interesadas en un *trust* constituido válidamente en un país que conoce la institución. Se verá que los países que conocen la institución tienen medidas de protección para terceros y contra el fraude de acreedores ante la constitución de un *trust*.

Este estudio no deja de enfocar a la vez que el Derecho de *trusts* desde la perspectiva internacional privatista, también el de Derecho comparado con miras a estudiar figuras análogas desarrolladas en los países continentales, como lo ha sido, aunque con recorrido tortuoso, la llamada titularidad fiduciaria del negocio fiduciario conocido en la jurisprudencia española. Veremos las figuras análogas anglosajonas, para distinguir el alcance de éstas y cómo se diferencian del *trust* en su propio entorno. Ello nos llevará a reconocer que esta compleja institución es única y como consecuencia ha presentado dificultades a la hora de hacer incursión más allá de sus fronteras originarias, poniendo de manifiesto la necesidad de unas soluciones atípicas en el tratamiento de esta figura desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. El *trust* precisamente por su creciente popularidad

² LUPOI, M., *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2000.

es una institución que amerita el estudio tanto desde la perspectiva del Derecho comparado como de la internacional privatista.

Empezamos el trabajo de investigación con el método histórico para adentrarnos en el origen incierto de esta figura y sus antecedentes en la Roma antigua, su aparición en el Derecho islámico, el Derecho germano con la introducción de la base fundamental originaria del *trust* anglosajón a través de los normandos, todo esto se refleja en el primer capítulo. En este viaje histórico se destacan sus comienzos como una manera alterna de la tenencia de la tierra que se consideraba el activo más importante en la época medieval, a lo que comprende hoy día más allá de la mera tenencia y custodia de la propiedad: el manejo y gestión de todo tipo de patrimonios y activos, tanto para fines privados como propósitos de beneficencia. Por haberse desarrollado el *trust* en una época medieval de una sociedad feudal como la inglesa, donde el concepto de Derecho de propiedad es diferente al de los países continentales, tardó en hacer su entrada en países de origen civilista. Fue en Inglaterra donde surge la rama del Derecho paralela denominada como la *equity*, que permite el desarrollo del *trust* con la tutela judicial que le es propia a esta rama del Derecho: los llamados *equitable remedies*. Hacer valer los efectos que brinda la protección judicial de la *equity* es un verdadero reto para el Derecho Internacional Privado de los *trusts*.

Resulta un tanto irrealista ignorar la presencia de una institución oriunda de Inglaterra, que se ha expandido por el globo hacia las Américas, el Medio Oriente, África, llegando también a países asiáticos como la India, China, Taiwán y Japón. También del *trust* anglosajón se desarrolló la versión de la fiducia en Quebec, Francia, Luxemburgo, Suiza y la versión hispanoamericana del *trust* llamada fideicomiso.

En el segundo capítulo estudiamos los componentes de la figura del *trust* anglosajón moderno y la legislación y jurisprudencia norteamericana que la desarrolla, cómo se configura y los usos más frecuentes de la institución según fuera evolucionando. También se estudian las teorías que han surgido en cuanto a la naturaleza de la institución. Por tanto, es preciso abundar en la naturaleza de esta institución según se desarrolla en los países del *common law* a fin de que los

operadores jurídicos que se enfrentan a esta figura desconocida puedan entender las características esenciales del *trust* anglosajón. Con ese fin de mejor comprensión de la naturaleza de esta figura hemos de ofrecer un trasfondo histórico del contexto en que se desarrolla esta institución tan relevante hoy día. A esos efectos estudiamos las distintas figuras jurídicas del Derecho civil que han servido en los países del entorno europeo como vehículos para lograr las funciones del *trust* anglosajón. Caracterizado el *trust* por su gran flexibilidad y diversidad de funciones que ofrece, se ha intentado su calificación en la búsqueda del Derecho aplicable por medio de varias instituciones análogas que resultan insuficientes en brindar la protección patrimonial que ofrece el *trust*.

En el tercer capítulo recorreremos la expansión del *trust* fuera del Reino Unido hacia Norteamérica con la *fiducie* de Quebec y de ahí como fue entrando en el continente suramericano a través del fideicomiso. Se hace un recuento de las teorías esbozadas sobre la naturaleza del fideicomiso latino. Paralelamente surge el llamado *offshore trust* que da nacimiento al *trust* internacional que se dispara en las antiguas colonias del Reino Unido. Abordamos el tema del *trust* internacional puesto que estos países han desarrollado normas de Derecho Internacional Privado-- que muchos consideran más avanzadas que las del Convenio de La Haya sobre Derecho aplicable al *trust* y su reconocimiento--, como asunto de Derecho comparado y también con fines de ilustrar la medida en que estos países han fomentado su popularidad a través de estas normas de Derecho conflictual.

Con un entendimiento de lo que es el *trust* anglosajón y los múltiples fines que persigue, en el cuarto capítulo nos adentramos en el campo del Derecho Internacional Privado. Así es como el trabajo se enfoca no sólo desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español, sino también desde la del Derecho Internacional Privado estadounidense, particularmente tomando en consideración que esta nación importa el *trust* anglosajón y se desarrolla ampliamente en este país, donde surgen muchas situaciones de Derecho Internacional Privado debido a la configuración de sus 50 Estados y territorios con sus propias normas de Derecho privado. Ha sido allí fértil el campo para el desarrollo de la figura del *trust* desde el enfoque internacional privatista, lo que ha favorecido el progreso de la jurisprudencia, la doctrina y legislación de Derecho Internacional Privado para

atender los conflictos de leyes que trae consigo el *trust*. En principio se estudia la evolución de la disciplina internacional privatista, allí conocida como *Conflict of Laws* y las distintas metodologías que surgieron a través del siglo pasado— culminando en la llamada revolución— para traer soluciones a estos asuntos donde hay varios Estados implicados con distinto Derecho material. Es por ello que las soluciones que brindan estos Estados a los asuntos transfronterizos pueden servir y han servido de fuente ilustrativa de las distintas alternativas que se han presentado en el transcurso del tiempo con mayor o menor éxito. Desde tales enfoques se analiza cómo la figura del *trust* ha sido tratada en los países anglosajones que la conocen. Se estudia la legislación y jurisprudencia norteamericana para analizar las soluciones existentes a los problemas comunes y plantear algunas nuevas, constituyendo objetivo prioritario, aquellas que traten de solucionar la difícil recepción de tal figura al Derecho de un Estado que no lo tiene incorporado a su ordenamiento jurídico ya sea en su Derecho material como en el conflictual.

En el quinto capítulo abordamos concretamente la normativa internacional privatista existente en la Unión Europea y el problema que ha causado el *trust* por su desconocimiento en la Europa continental. En primer lugar, se aborda el asunto de la competencia judicial de los tribunales de la Unión Europea para lidiar con los asuntos de *trusts*. Desde el punto de vista procesal internacional vemos la legislación que cubre los foros competentes para litigios sobre *trusts*. Ante la figura desconocida se plantea como carácter previo la problemática de la institución de las calificaciones, considerada para muchos la más difícil cuestión de todo el Derecho Internacional Privado. Un primer enfoque será en la calificación a la hora de determinar la competencia de los tribunales que conozcan del asunto que envuelve un *trust* transfronterizo. Una vez calificada la figura desconocida como un *trust*, el tribunal tendrá que determinar si es competente para atender el asunto. A estos efectos se estudia el Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I *bis*), concentrando en la cubierta que brinda al *trust* y las limitaciones de la misma. Al ser España parte de la Unión Europea, ya el *trust* ha entrado a su Derecho, a través del Derecho Internacional

Privado de la Unión: ya no es apropiado calificar al *trust* como figura totalmente desconocida en España.

Abordamos la confusión en la doctrina sobre competencia judicial en cuanto a si Bruselas I bis abarca disputas entre los componentes de la relación interna del *trust*, particularmente el testamentario. Esto ha resultado en la creencia de que dicho Reglamento Bruselas I bis, no aplica a un sinnúmero de situaciones que envuelve los *trusts* que no se relacionan con asuntos sucesorios o los asuntos expresamente excluidos del ámbito de aplicación. Los asuntos sucesorios caerán bajo la competencia que establece el Reglamento sucesorio de la Unión Europea. Para aclarar este asunto examinamos el historial legislativo de Bruselas I bis, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, donde se clarifican términos con significado autónomo en el Derecho conflictual de la Unión Europea. Resalta la importancia que el Tribunal de Justicia Europeo ha brindado a la calificación para delimitar el alcance y ámbito de aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea. Con la adecuada calificación se expanden los asuntos cubiertos por estos Reglamentos.

Al ser el domicilio el factor de conexión escogido para el régimen general de la competencia judicial en acciones contra los integrantes de la relación dentro de un *trust*, examinamos cómo la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea aborda el asunto de la determinación de cuál es el domicilio de un *trust*. En esta etapa se observará la influencia de las modernas teorías estadounidenses sobre Derecho Internacional Privado. Por otro lado, veremos que Bruselas I bis también establece una competencia especial a favor de otro Estado Miembro que haya sido escogido en el documento constitutivo del *trust*, primando entonces la autonomía de la voluntad del constituyente, pero solamente en cuanto a la relación interna del *trust*.

Estudiaremos también la competencia exclusiva que brinda Bruselas I bis al tribunal donde ubique un bien inmueble donde estén en controversia derechos *in rem*. Observaremos aquí también la trayectoria del Tribunal de Justicia Europeo en el ejercicio de calificar estos derechos para determinar la competencia de los tribunales implicados. Asuntos del *trust* que atañen a la relación externa, veremos que los abarca el régimen general de la competencia en el domicilio del

demandado, salvo que apliquen las situaciones de competencia especial, como la de los derechos *in rem*, y otras del artículo 7 de Bruselas I bis, como el lugar de la prestación de un contrato de servicios o el lugar donde se haya o se pueda producir un hecho dañoso. Examinaremos la competencia residual que pueden tener los tribunales de los Estados Miembros, concretamente el caso de los tribunales españoles, cuando no aplican los Reglamentos de la Unión Europea o convenios internacionales sobre competencia judicial.

Aparte, pero siguiendo el análisis de la competencia judicial, hacemos un paréntesis para un ejercicio de Derecho conflictual comparado estudiando las soluciones estadounidenses al tema de la competencia judicial. Examinamos brevemente el tema de la competencia judicial estadounidense en cuanto a los *trusts*.

En la segunda parte del capítulo número cinco estudiamos el tema de la búsqueda del Derecho regulador de los asuntos materiales sobre los *trusts*. El énfasis naturalmente es en el curso a seguir por un tribunal competente en un Estado que no conoce el *trust* en su Derecho material. En esta etapa tradicionalmente se busca la figura jurídica más análoga y la normativa conflictual correspondiente que sea aplicable conforme a las fuentes del Derecho: Reglamentos de la Unión Europea, convenios internacionales o las normas del ordenamiento jurídico del foro. Veremos que en el proceso de calificación para hallar el Derecho aplicable al *trust* se manifiesta la gran importancia de que los operadores jurídicos comprendan la naturaleza de la relación jurídica implicada en el caso concreto para intentar subsumirla en el supuesto de hecho de la norma conflictual correspondiente a fin de que esa norma conflictual les lleve a la localización acertada del Derecho aplicable al *trust* en el contexto del tipo de *trust* al que se enfrenten y sin dejar de vista la tutela judicial pretendida. Este problema de las calificaciones es más relevante aún en el caso del *trust* anglosajón.

En primer lugar, observamos que la doctrina española ha descartado la aplicación al *trust* del Reglamento número 593 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). El resultado de esta doctrina ha sido que como España no

ha ratificado el Convenio de La Haya sobre el Derecho aplicable al *trust* y su a su reconocimiento, la fuente de Derecho conflictual para determinar el Derecho aplicable al *trust* va a ser el artículo 10.5 del Código Civil que veremos que no es adecuado para determinar el Derecho regulador del *trust*. Examinando el historial legislativo de Roma I, vemos que la exclusión que hace del *trust* no aplica cuando las funciones del *trust* son contractuales. Por el contrario, las soluciones de Roma I son más adecuadas al *trust* que las del Código Civil. Veremos también que cuando se aborda cualquier asunto de *trusts*, esta calificación ha de ser delimitada caso por caso, controversia por controversia, procurando evitar el *dépeçage* en la medida en que sea contraproducente. Conociendo que la exclusión va dirigida a la forma tradicional inglesa de ver los *trusts*, como manera de traspasar la propiedad o planificar una sucesión, queda bastante claro que al calificar el asunto en su contexto adecuado muchos asuntos caerán fuera de la exclusión y dentro de funciones contractuales, dando margen para que el Tribunal pueda servirse del Reglamento Roma I para hallar el Derecho regulador. Las soluciones de Roma I son afines a las que ha brindado la jurisprudencia y doctrina anglosajona en cuanto a la búsqueda del Derecho regulador del *trust*, donde prima la autonomía de la voluntad del constituyente y, en ausencia de ello, dependiendo del asunto las conexiones que establece y en su caso, el Estado con los vínculos más estrechos con el *trust*.

Igualmente, el Reglamento número 864 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 11 de julio de 2007 relativo la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) es fuente principal de Derecho Internacional Privado para los Estados Miembros cuyos tribunales atiendan un asunto de responsabilidad extracontractual que implique un *trust*. Roma II excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones extracontractuales que se deriven de las relaciones entre fundadores, administradores y beneficiarios de un *trust* voluntario: los asuntos extracontractuales que impliquen la relación interna de un *trust* creado de manera voluntaria. *A contrario sensu*, veremos que estos asuntos que surjan de los *trusts* involuntarios en general deben de estar cubiertos por Roma II.

Analizamos la ratio de la exclusión de las obligaciones extracontractuales entre los componentes de la relación interna del *trust*. Igual que con las otras exclusiones

del *trust* de la normativa de la Unión Europea, el historial legislativo arroja luz en cuanto a la intención del legislador. Esta exclusión se formuló pensando en establecer una consistencia entre el Convenio de La Haya sobre *trusts* y el Reglamento Roma II en materia de enriquecimiento injusto. En la medida en que no aplique dicho Convenio, Roma II debe servir de fuente para hallar el Derecho regulador en cuanto a obligaciones extracontractuales que surjan de la relación interna—la relación preexistente, el primer punto que aborda el artículo 10 de Roma II.

Por otro lado, resulta también preciso delimitar la calificación del asunto en controversia puesto que, si el asunto admite una calificación bajo una causa de acción independiente del *trust*, como el quebrantamiento del deber fiduciario donde se produce un enriquecimiento injusto, la calificación sobre la causa de acción y las pretensiones concretas deben traer la controversia dentro del ámbito de Roma II. El daño que se produce—enriquecimiento injusto—y la causa de acción surgen como resultado de la conducta del demandado, no de la relación entre las partes. Los derechos del demandante surgen independientemente de la declaración o constitución del *trust*. En ese caso, no obstante, Roma II señala que esa conducta debe evaluarse a la luz del mismo Derecho regulador de la relación preexistente. La conducta culposa del demandado se regirá por el Derecho regulador de la relación preexistente, el *trust*.

En cuanto a la relación externa con terceros veremos que en unos supuestos de daños cabrá el régimen general de Roma II o el régimen que aborda el artículo 10 para enriquecimiento injusto, gestión de negocio ajeno o *culpa in contrahendo*. Sin embargo, se hace necesario indagar sobre el Derecho regulador de reclamaciones contra terceros que aleguen derechos propietarios sobre la cosa objeto del *trust*. Esto nos llevará al análisis del Derecho regulador de la restitución, que en el mundo anglosajón contempla el *tracing* o rastreo de la propiedad en manos de un tercero. En estos supuestos el Derecho Internacional Privado del foro indicará cuál debe ser el Derecho regulador del asunto cuando la controversia gire en torno a derechos de propiedad.

En la tercera parte del sexto capítulo, estudiamos las soluciones que el Derecho continental ha brindado ante la figura desconocida, donde se ha tratado de trascender el umbral de la teoría saviñana de la evicción del Derecho extranjero desconocido, por unas metodologías que persiguen lograr el reconocimiento. Es por ello que veremos los distintos enfoques que se han brindado a este problema y las posibles soluciones en cuanto a la figura desconocida del *trust*. En este proceso estudiamos la doctrina y la normativa europea inicialmente enfocando cómo han calificado la figura en ese entorno de figura desconocida y una vez hallado el Derecho regulador conforme a la normativa internacional privatista, cómo han traducido el *trust* los diversos países del entorno continental europeo para dar efectos a esa figura desconocida. Así también se estudia la recepción de ésta y el tratamiento que ha recibido para su reconocimiento desde la perspectiva internacional privatista.

Es igualmente objeto de especial atención, el estudio y desarrollo del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento de 1 de julio de 1985. Fueron precisamente los países continentales los que vieron la necesidad de desarrollar un convenio internacional sobre el acogimiento de la figura del *trust* anglosajón con la idea principal de orientar los países continentales que se enfrentan con la figura del *trust* que es a su vez desconocida en su ordenamiento. Concentramos el capítulo sexto en las distintas partes del Convenio enfatizando su alcance, los tipos de *trust* que están contemplados, y la metodología que adopta para hallar el Derecho aplicable al *trust*, cuya ambiciosa meta ha sido establecer reglas uniformes para sus Estados miembros. Abundamos en la parte sobre el reconocimiento del *trust* y los requisitos que se esperan para que pueda surtir efectos en el Estado receptor. Reconocemos que el Convenio no ha tenido la acogida esperada de estos países que lo reclamaban, sin embargo, es ampliamente citado por la doctrina y ha sido ratificado por Estados civilistas como Italia, Suiza, Luxemburgo y Liechtenstein, entre otros, con lo que entendemos que sigue vigente y relevante en nuestros tiempos.

Los operadores jurídicos de los Estados que se enfrentan al *trust* como figura desconocida que no han ratificado el Convenio, como es España, lo citan con regularidad, pero no llegan a profundizar en el tema descansando en la falta de

ratificación y acogida que ha tenido el Convenio. Entendemos, sin embargo, que el Convenio amerita de un estudio más profundo, cuyo ejercicio será fútil sin comprender como opera el *trust* y las diversas funciones que ejerce, con énfasis en la tutela judicial necesaria para su efectividad en el tráfico jurídico internacional, cuyo desconocimiento ha llevado consigo resultados desafortunados.

En el último capítulo nos detenemos analizando la jurisprudencia española que se ha enfrentado con el *trust* con posterioridad al Convenio del cual fue partícipe, aunque sin haberlo ratificado. Nos concentraremos en España, por ser considerado el país continental en el que se ha hecho más difícil la recepción y reconocimiento del *trust* a pesar de que su incursión en el tráfico jurídico español se ha hecho cada vez mayor. Observamos los obstáculos que todavía afronta este país civilista e intentamos presentar alternativas para atenuar la falta de legislación material o normativa conflictual que aborde el *trust* tanto el anglosajón como el convencional, con fines de que se produzca una tutela judicial efectiva para cumplir con el mandato constitucional y lograr que se dé continuidad a los derechos adquiridos tras las fronteras y brindar seguridad y confiabilidad al tráfico jurídico.

Abordaremos en el séptimo y último capítulo la problemática que surgió en España sobre la prueba del Derecho extranjero, que servía de escudo para aplicar el Derecho local en los asuntos sobre *trusts*. La Ley 29/2015 de 30 de junio de cooperación jurídica en materia civil y mercantil aborda este problema y debe reducir el riesgo de que los tribunales incumplan con la normativa imperativa de aplicar el Derecho extranjero y la obligación constitucional de brindar una tutela judicial efectiva a los litigantes.

En el último capítulo hacemos un ensayo de distintas soluciones a los distintos problemas que encontramos en la jurisprudencia, atendiendo precisamente el problema de las calificaciones y proponiendo alternativas que pudiesen asistir a los operadores jurídicos a la hora de enfrentarse con un *trust* que conduzcan a la aplicación del Derecho aplicable a la controversia que brinde mejor solución a tenor con los propósitos y funciones del *trust* en particular. Adicionalmente, es igual de importante que una vez hallado el Derecho aplicable extranjero, elaborar soluciones para lograr el reconocimiento de los efectos que deba tener en España la figura

conforme a las intenciones del constituyente de cara al Estado actual de la jurisprudencia. Con la exposición de la experiencia del Derecho comparado se valora la necesidad de un mejor acercamiento a la figura tanto por la vía legislativa como jurisprudencial.

Esperamos que los asuntos abordados en este trabajo sirvan para una mejor comprensión de las utilidades legítimas y ventajas que ofrece el *trust* de manera que los países que no tienen esa institución en su Derecho interno, por un lado, consideren adoptar un modelo compatible con sus raíces civilistas para fomentar el tráfico jurídico internacional que le abre mercados y brinda riqueza, ello sin afectar las normas imperativas del Estado receptor y particularmente las de naturaleza fiscal, así como las medidas en contra del terrorismo y el blanqueo de capitales.

Como primera opción a la creación de esa normativa conflictual paralela sobre el *trust*, se sugiere ratificar el Convenio de La Haya, el cual, aunque no es perfecto, es de gran utilidad y desde luego un gran avance en comparación con el Derecho actual en lo que a los *trusts* se refiere. De no optarse por esa vía, esperamos haber producido alternativas para el Derecho conflictual del Estado que no alberga la institución, a fin de que, en ausencia de ratificación del Convenio, se flexibilicen las normas existentes o introduzcan normas de Derecho Internacional Privado que aborden la figura del *trust* de manera que fluya como debe ser la operación de esta institución que inevitablemente mantendrá haciendo su incursión directa o indirectamente en el tráfico jurídico de Europa continental.

En este estudio hemos utilizado diversas bases de datos incluyendo las de las bibliotecas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Puerto Rico, La Universidad Interamericana de Puerto Rico, la biblioteca de la Universidad de Yale en New Haven, Connecticut, EEUU, y la Universidad de Toronto en Ontario Canadá.

PRIMERA PARTE: EL *TRUST* Y SU RECEPCIÓN

Capítulo 1. Historia del *trust* anglosajón

1.1.0. Desarrollo de figuras comparables fuera de Inglaterra

1.1.1. En el Derecho romano

Muchos autores postulan que el origen del *use* o *trust*³ inglés está en el Derecho romano, particularmente en el *usufructus* o el *fideicommissum*. PLUCKNETT, sin embargo, entiende que con cierta seguridad podemos descartar esa propuesta⁴. La palabra inglesa «*use*» no se deriva del *usus* latino, sino de *opus*:⁵ *A tenet ad opus B* (A posee para beneficio de B), frase que aparece en Francia para la época merovingia y surge en Inglaterra en el Siglo IX para expresar la intención de hacer una donación o establecer el propósito para el cual deba ser empleada⁶. No obstante, al examinar la historia de la fiducia romana, cuyo origen data de mucho antes, debemos reconocer que efectivamente la fiducia romana tiene un trasfondo y propósitos similares al *use* anglosajón. No debemos ignorar que el clero inglés,

³ Con cierta frecuencia se ha traducido en la doctrina en castellano el *use* anglosajón como «uso», pero hay que mantener claro que no tiene relación con el derecho de uso del artículo 254 del CC español --El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente. En el Derecho anglosajón los términos *use* y *trust* se han utilizado como sinónimos pero existen diferencias importantes que resultaron en la consolidación del Derecho de los *trusts*. BOGERT, G.G., BOGERT, G. T., *The Law of Trusts*, West Pub. Co., 5th ed., St Paul, 1973, p. 6 y 9. Ambas figuras surgieron en Inglaterra después de la conquista normanda. Sin embargo, los *uses* eran más populares hasta la promulgación del *Statute of Uses* (ver nota 137, *infra*.) durante el reinado de Enrique VIII, cuyo objetivo fue eliminar los *uses* que perjudicaban al erario público o eran contrarios al orden público, *infra*., ver las notas 102 a 117 y texto. Los *trusts* existían de dos tipos, activos especiales o pasivos generales. Se consideraba un *trust* activo o especial, por ejemplo, cuando A traspasaba el feudo a B por un término de años para que éste recaudara los réditos de la propiedad para beneficio de C. Si el traspaso se efectuaba únicamente para que B adviniese titular sin ninguna obligación que la de traspasar la titularidad en un futuro, se consideraba un *use* o *trust* pasivo. Este tipo de *trust* pasivo se conocía como «*use*» y prevaleció hasta que el *Statute of Uses* lo eliminó. *Id*.

⁴ PLUCKNETT, T.F.T., *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., Little, Brown & Co., Boston, 1956, pp. 176-198, 671-707; Ver también DIGBY, K.E., *An Introduction to the History of the Law of Real Property*, The Clarendon Press, Oxford, 1875, p. 320.

⁵ Ver notas 38-40, *infra*.

⁶ PLUCKNETT, T.F.T., *supra*., p. 576.

que tomó parte importante en el desarrollo de la *equity* en Inglaterra, era concededor del Derecho romano⁷.

La fiducia romana es una institución en la que el fideicomitente transmite la propiedad por *mancipatio* o *in iure cessio*, con el pacto mediante el cual el *accipiens* fiduciario se compromete a devolver la cosa o a destinarla al uso convenido en determinadas circunstancias⁸. En su modalidad *fiducia cum creditore contracta*, el deudor o un tercero transmitía por *mancipatio* el dominio de una cosa al acreedor con el *pactum fiduciae—ut ea res debito soluto remancipatur--* que requería del acreedor *accipiens* comprometerse a la devolución del dominio de la cosa al *mancipatio* dans deudor o tercero cuando la obligación fuese cumplida, cuyo cumplimiento se hacía efectivo a través de la *actio fiduciae*⁹. El fiduciario se valía de la *actio fiduciae contraria* para reclamar los gastos incurridos durante la administración de la fiducia y la indemnización por los daños sufridos¹⁰. Cuando el pacto proporcionaba al acreedor una garantía real se llamaba *contrata pignoris iure cum creditore*¹¹. Esta figura se entrelaza con la prenda en su concepto originario¹².

Mediante la *fiducia cum amico contracta* el *accipiens* del esclavo mancipado se compromete a manumitirlo; otras vertientes de este pacto era la devolución de la cosa mancipada, que llenaban los fines del contrato de depósito, comodato o préstamo de uso¹³. La *mancipatio* ejecutada para un fin determinado por la fiducia se conoce como *fiduciae causa*¹⁴.

⁷ CLARET y MARTI, P., *De la Fiducia y del «Trust»*, Bosch, Barcelona, 1946, p. 17.

⁸ LUGO IRIZARRY, C., *El Fideicomiso en Puerto Rico: Un híbrido jurídico ante el futuro*, First Book Publishing of Puerto Rico, 1996, citando a ARIAS RAMOS, J., «Derecho Romano», *Revista de Derecho Privado*, vol. 8, Madrid, 1947, pp. 286-287 y BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, Reus, Madrid, 1902, p. 477.

⁹ LUGO IRIZARRY, C., *op. cit.*, p.18.

¹⁰ *Id.*

¹¹ LUGO IRIZARRY, C., *op. cit.*, p.18.

¹² CLARET, *supra.*, p. 8-9.

¹³ LUGO IRIZARRY, *supra.*, p.16.

La fiducia cae en desuso en el Derecho romano cuando cesó la *mancipatio* y la *iure cessio*¹⁵. La modalidad *fiduciae cum creditore* por lo desproporcionado de los beneficios a favor del fiduciario va desapareciendo a favor de las figuras de la prenda (*pignus*) y la hipoteca (*hypoteca*) y sólo se menciona la fiducia en las compilaciones justinianas como una figura desaparecida del Derecho¹⁶.

La fiducia tuvo su máxima expansión en la antigua Roma en materia sucesoria. La modalidad de la fiducia en esta materia se conoce como el *fideicommissum*. Esta figura comprendía una comisión (*commissum*) basada exclusivamente en la buena fe y el honor del fideicomisario (*fides*) cuando un *pater familias* interesaba dejar herencia a una persona incapacitada para heredar—como personas que no fuesen ciudadanos romanos, municipalidades, los pobres, extranjeros, o personas solteras¹⁷--, mediante la fiducia se valía de una persona de su confianza que advendría titular de la cosa provisional y transitoriamente con el fin de entregarla al heredero designado tan pronto las circunstancias lo permitiesen¹⁸.

A principios, el cumplimiento de la obligación en el fideicomiso se basaba en la buena fe. *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*.¹⁹ Más tarde el emperador Augusto creó una acción legal en contra del fiduciario y concedió autoridad a los cónsules romanos para que interviniesen en los asuntos de reclamaciones contra los fiduciarios²⁰. Tantas fueron las reclamaciones que el emperador Claudio creó dos plazas de pretor para atender estos asuntos, el *praetor fideicommissarius*²¹. Posteriormente Justiniano

¹⁴ LUGO IRIZARRY, *supra.*, p.18.

¹⁵ LUGO IRIZARRY, *supra.*, p. 19.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ TURUHPAL CARIELLO, H., *El Fideicomiso*, Talleres de Italgráfica, Caracas, 1999, p. 29.

¹⁸ ERBE, W., *Die Fiduzia im rom, Recht*, Weimar (1940); GONZALEZ TEJERA, E., *Derecho Sucesorio Puertorriqueño*, Vol II, Ramallo, San Juan, 1983, p.555; CLARET, *supra.*, *Id.*, p. 11.

¹⁹ CICERÓN, M. T., *De Officiis*, 1.7.23.

²⁰ MALUMIAN, N., *Trusts in Latin America*, Oxford University Press, 2009, p. 4.

establece que el beneficiario del *fideicommissum* tiene un derecho personal contra los activos del fiduciario y para la época de Nerón, conforme al *Senatus Consultum* de Trebelio, al beneficiario se le conceden los mismos derechos y obligaciones que al fiduciario²².

El fideicomiso²³ clásico romano (*fideicommissum*) fue evolucionado hasta surgir la moderna sustitución fideicomisaria, donde el fiduciario dejó de ser un mero intermediario, convirtiéndose en heredero y titular de los bienes²⁴. Fue cayendo en desuso mayormente porque las leyes sucesorias imponían restricciones a los testadores, tales como las legítimas. Anterior la Revolución Francesa, la sustitución fideicomisaria era muy popular para mantener la riqueza en manos de la familia, concretamente en el primogénito (*maior natu*), que a su vez se comprometía a dejar la propiedad a su primogénito. Se perpetuaban las herencias evitando así la división de las propiedades entre varios hijos y por ende la pérdida de poderío frente a la corona y otros señores feudales²⁵. Estas sustituciones se vieron como un privilegio de la aristocracia para mantener la riqueza en manos de la familia, por lo que fueron prohibidas por la Asamblea General del 1792 y más tarde en la sección 896 del Código Napoleónico²⁶. Explica CHALHOUB que los *trusts* latinoamericanos se derivan del anglosajón, sin embargo, como muchos países latinos adoptaron el Código Napoleónico, surgió una confusión entre las sustituciones fideicomisarias y los *trusts* creándose la idea de que éstos estaban prohibidos en los países que adoptaron el Código Napoleónico²⁷.

²¹ *Id.* CLARET, *op. cit.*, p. 11-12. Se verá mas adelante la similitud de este funcionario con el canciller inglés, quien casi siempre era un miembro del clero educado en Derecho Romano.

²² MALUMIAN, *supra.*, p. 4.

²³ El vocablo fideicomiso viene de la raíz latina *fidei* (significa fidelidad, fe, lealtad) y *commissum* (significa comisión, encargo, secreto o confidencial). ROJAS, A., *El Fideicomiso, Fiducia o Trust en América, Un Enfoque: Conceptual, filosófico, Jurídico, Histórico, Financiero, Tributario, Laboral, Contable, Funcional, Comparativo, Crítico*, Ediciones Libra, C. A., Caracas, 2008.

²⁴ GONZALEZ TEJERA, E., *Derecho Sucesorio Puertorriqueño*, Vol II, Ramallo, San Juan, 1983, p.555.

²⁵ TURUPHIAL CARIELLO, *supra.*, p. 48-49.

²⁶ *Id.*, p. 87-88. En Francia a principios del siglo XXI se crea un régimen de fiducia por la Ley no. 2007-211 del 19 de febrero de 2007.

Por otra parte, el CC español emplea el término fideicomiso, no en su acepción pura y simple, sino para el establecimiento de un orden de sucesión limitando su validez en el tiempo a dos llamamientos si se trata de personas que no vivan al tiempo del testador²⁸. El Derecho civil español no admite la fiducia testamentaria, mas sí otras limitaciones que se abordarán más adelante, como las cargas modales o prohibiciones de disponer²⁹. No obstante, los Derechos civiles forales permiten pactos sucesorios, delegaciones e instituciones de confianza que aumentan las opciones disponibles al momento de una planificación sucesoria³⁰.

1.1.2. En el Derecho germánico

En el Derecho germánico hay antecedentes similares al fideicomiso romano. La teoría de la influencia del Derecho germánico en los orígenes del *trust* fue propuesta por HOLMES³¹. Esta teoría descansa además en el hecho histórico de las migraciones de tribus germanas a Inglaterra, principalmente después de la retirada las legiones romanas en el siglo V³². Debido a que la institución del *salmannus* no existía en la Inglaterra anglosajona, se ha considerado que esta figura, así como otros elementos de la Ley Sállica³³ de los francos silicios del siglo V, se introdujeron en Inglaterra con posterioridad a la invasión Normanda del 1166³⁴.

²⁷ CHALHOUB, L.A., «Estudio comparativo entre el fideicomiso y la fundación de interés privado en la legislación panameña» en *Algunas conferencias sobre el fideicomiso, las fundaciones de interés privado y sus usos en Panamá*, 2005, pp. 89-90.

²⁸ El artículo 781 del CC español reza: Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del testador.

²⁹ VIRGOS SORIANO, M., *El Trust y el Derecho Español*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 79-80.

³⁰ VIRGOS SORIANO, M., *op. cit.*, pp. 79-80.

³¹ HOLMES, O. W., «Law in Science and Science in Law», *Harvard Law Rev.* vol. 12, 1899, pp. 443, 445-446.

³² BROWN, B. F., «The Ecclesiastical Origin of the Use», *Notre Dame L. Rev.* vol. 10, 1935, pp. 353, 365.

³³ Ver WIGMORE, J.H., *A Panorama of the World's Legal Systems*, West Pub. Co., 1928, pp. 834-35.

El *salmannus* de la Ley Sáfica tiene mucha semejanza a la figura del fiduciario. *Salmannus*³⁵ (*manus fidelis*) era una tercera persona que en algunos casos ayudaba a completar la transferencia de la propiedad. El transmitente entregaba un báculo simbólico al *salmannus* o *treuhand* como persona intermedia que realizaría la transmisión de un bien inmueble de manera solemne al destinatario³⁶.

Esta teoría del origen del *use* en el *salmannus* ha sido criticada principalmente por la escasa cantidad de evidencia de transacciones que hagan referencia a la institución o que siquiera fuese utilizada por los normandos³⁷. Además, se entiende que las figuras del *salmannus* y el *feoffee to uses* cumplían propósitos diferentes; el *salmannus* actuaba como un albacea testamentario, mientras que el *feoffee to uses* ocupaba una posición de fiduciario propiamente³⁸.

MAITLAND entendía que el *use* tenía elementos germano-romanos³⁹, relación derivada de la *ad opus*, frase que aparece en Inglaterra en los libros inmobiliarios en el siglo IX, en los archivos de los antiguos francos y lombardos, de ahí la fuente germana del *use*⁴⁰. La frase *ad opus* se galificó a *al os u oes*, como aparece el famoso libro del Domesday de la época de Guillermo el Conquistador⁴¹. Mas tarde

³⁴ BROWN, *op. cit.*, p 357.

³⁵ Se ha comentado que el término *salmannus* viene de «*sala*», que significa transferir y por ende *salmannus* es la persona que transfiere; de ahí el término anglo de *salesman*. HOLDSWORTH, *A History of English Law* 3 ed., vol. 4, 1945, p. 411.

³⁶ HOLMES, O. W., «Law in Science and Science in Law», *Harv. Law Rev.* vol. 12, 1899, pp. 443, 445-446; NUSSBAUM, A, «Sociological and Comparative Aspects of the Trust», *Columbia Law Rev.* vol. 38, 1938, pp. 488, 414-415.

³⁷ BARTON, «The Medieval Use», *Law Quarterly Rev.*, vol. 81, 1965, p. 562

³⁸ AVINI. A, «The Origins of the English Trust Revisited», *Tul. L. Rev.* vol. 70, 1996, pp. 1139, 1151.

³⁹ AVINI. A., *supra.*, p. 1152, citando a POLLOCK & MAITLAND, *The History of English Law*, 1968, pp. 226-59.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ AVINI. A., *supra.*, p. 1152, citando a POLLOCK & MAITLAND, *The History of English Law*, 1968, pp. 226-59.

este término evolucionó hacia el vocablo “use.” La frase *cestui qui oes le feoffment fut fait* evolucionó a *cestui que use*⁴².

En el siglo XIII los frailes franciscanos utilizaron el término *ad opus* para esquivar el voto de pobreza y tener la propiedad más bien en calidad de beneficiarios, cuya tenencia se asemeja al *usus* romano⁴³. Esta teoría también ha sido criticada por los mismos fundamentos que la teoría germánica⁴⁴.

En tiempos modernos, con el *fiduziarische treuhand*⁴⁵ la propiedad se traspasa al *treuhander* bajo contrato de gestión para beneficio de un tercero⁴⁶. En el caso limitado en que el gestor mantiene intacta la naturaleza de los activos, los acreedores personales del *treuhand* no pueden acceder estos activos a menos que éstos se hayan derivado de la administración⁴⁷.

En la *treuhand* se observa que en los balances empresariales el patrimonio fiduciario no forma parte de los activos del fiduciario que viene a ser el propietario del dominio, pero cuenta en los activos del fideicomitente y en el Derecho fiscal,

⁴² *Id.*

⁴³ AVINI. A., *supra.*, p. 1152, citando a POLLOCK & MAITLAND, *The History of English Law*, 1968, pp. 234-35.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ LEHMANN, M., «El trust y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?», en ARROYO i AMAYUELAS, *El Trust en el Derecho civil*, BOSCH, 2007, pp. 39-55, lo equipara a la fiducia con dos tipos: la *eigennützige* o fiducia en provecho propio del fiduciario como la entrega de un bien o cesión de derecho a título de garantía (*sicherungstruhand*), en cuyo caso los acreedores del fiduciario no pueden contar con esos bienes para resarcir sus deudas y la propiedad del fiduciario está sometida a restricciones como la devolución de la misma una vez satisfecho el crédito. La fiducia en provecho ajeno o del fiduciante sería la *fremdnützige treuhand*. Ejemplo de esta es una cuenta bancaria que su titular abre por cuenta de otra persona, como la del abogado a favor de su cliente, o lo que ocurre con la cesión en el *factoring* donde el fiduciario actúa cediendo su derecho a favor del fiduciante. En el *investmentgesetz* se ve la relación entre un fondo de inversión y sus inversores. *Id.*

⁴⁶ LOUGHLIN, P. J., «The Domestication of the Trust: Bridging the Gap Between Common Law and Civil Law», *The Global Journal for International and Financial Analysts*, www.financialanalyst.org/newarticle2.html. Ver también LEHMANN, *supra.*, p. 45 sobre la fiducia de administración o *Verwaltungstruhand*.

⁴⁷ *Id.*

que sigue las normas del Derecho contable, considera que los bienes pertenecen al fideicomitente⁴⁸.

Una diferencia importante del *fiduziarische treuhand* es que las acciones para su ejecución no son de naturaleza *in rem*, sino *in personam*⁴⁹. La variación *treuhandkonto treuhand*, se asemeja más al *trust*, pero su empleo es limitado, parecido a la cuenta en plica, o depósito especial que crea un fondo completamente separado inmune a los acreedores del *treuhand*⁵⁰. No obstante, las acciones para hacer valer sus derechos son también puramente *in personam*⁵¹. La peculiaridad e innovación del *trust* anglosajón, sin embargo, será la creación de una doble titularidad, por un lado, en el fiduciario con el título de dominio y el beneficiario con el título que simultáneamente le brinda la *equity* para el disfrute de los beneficios⁵², estableciéndose un patrimonio separado del personal de ambos, inmune a las acciones personales de sus acreedores.

Hay paralelismos con el *trust* en otras figuras del Derecho alemán, tales como el patrimonio especial (*sondervermögen*) destinado a una causa particular o finalidad especial, cuyo efecto de doble patrimonio solo cabe en los casos expresamente provistos por legislación debido a la consecuencia jurídica de excluir a los acreedores de la ejecución del patrimonio especial a menos que sea por las deudas que este patrimonio genera⁵³.

⁴⁸ LOUGHLIN, P.J., «The Domestication of the Trust: Bridging the Gap Between Common Law and Civil Law», *op. cit.* Ver también LEHMANN, *supra.*, p. 45.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ LOUGHLIN, P.J., «The Domestication of The Trust: Bridging the Gap Between Common Law and Civil Law», *The Global Journal for International and Financial Analysts*, www.financialanalyst.org/newarticle2.html. Ver también LEHMANN, M., *supra.*, p. 45.

⁵¹ *Id.*

⁵² Cabe señalar, como apunta GONZALEZ BEILFUSS, que las normas del *Equity* inglés no responden a la idea de equidad—cuya traducción correcta es «*natural justice*» y no «*Equity*» -- del ordenamiento español, aunque se observa el uso del término equidad para referirse a la *Equity*. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El Trust: La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 26-27, citando a HAYTON and MARSHALL: *Cases and Commentaries on the Law of Trusts*, London, 9th ed., 1991, a la pp. 6-10; ARROYO, I., «Trust y ley civil», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 82, N° 1, 1983, pp. 95-108.

La doctrina minoritaria defiende en la teoría del *Zweckvermögen* del siglo XIX que el patrimonio separado constituye una entidad totalmente separada del titular y que aún precede o preexiste a la persona, pudiendo existir antes y al margen de cualquier titular a quien atribuírselo⁵⁴. El caso del heredero que acepta en beneficio de inventario es parecido al *Zweckvermögen* pues en lo que respecta a la responsabilidad, existe una separación de patrimonios; el heredero puede afrontar las deudas del difunto sólo con el patrimonio de éste; los acreedores del heredero no pueden hacer efectivas las deudas del heredero con el patrimonio de la herencia⁵⁵. Otro ejemplo del patrimonio especial se figura en el albacea, quien administra y dispone sólo en interés de los herederos y sus acreedores personales no cuentan con el beneficio de los bienes de éste para cobrar sus créditos⁵⁶. La sustitución fideicomisaria (*Nacherbschaft*) en el derecho alemán también se ha visto como un *Zweckvermögen* ya que el patrimonio hereditario permanece separado del personal del heredero fiduciario⁵⁷.

En el *Stiftung* o fundación se crea una especie de patrimonio especial que se confía a una persona jurídica que se compromete en administrarlo. Las hay con personalidad jurídica en los casos que así lo reconozca la autoridad competente, que vienen a ser muy parecidas a las sociedades del Derecho privado⁵⁸. Las fundaciones con fines de utilidad pública o benéfica tienen un tratamiento fiscal bien favorable, parecido a los *charitable trusts* del Derecho angloamericano, mientras que las del tipo en beneficio de la familia o privados no gozan de ese tratamiento fiscal favorable⁵⁹.

⁵³ LEHMANN, M., «El *trust* y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?», *supra.*, pp. 39-41.

⁵⁴ LEHMANN, M., «El *trust* y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?», *op. cit.*, pág. 41. Ver FUGARDO ESTIVIL, J. M. «Los patrimonios fiduciarios y el *trust*,» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, pp. 11-60.

⁵⁵ LEHMANN, M., «El *trust* y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?», *op. cit.*, p. 42

⁵⁶ LEHMANN, M., *op. cit.*, p. 47.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ LEHMANN, M., *op. cit.*, p. 48.

En el Derecho germánico la figura del *trust* ha penetrado en la modalidad contractual: los llamados *contractual trust arrangements*. Hay varios tipos de estos arreglos contractuales. El *bilanzverkürzung*, por ejemplo, permite a una empresa transferir a un tercero los fondos necesarios para cumplir una obligación, como lo sería la del pago de pensiones a sus empleados jubilados. Ofrece esa modalidad ventajas fiscales y además permite mejorar la solvencia económica de la empresa y reduce los costes de financiación saldando los deberes de la empresa sobre tales obligaciones⁶⁰. El legislador alemán más tarde estableció la obligación de establecer un CTA para el pago de las pensiones de jubilación a empleados de edad avanzada a tiempo parcial⁶¹. La razón por la cual no se utilizó la figura del *treuhand* pura y simple era la necesidad de que el beneficiario obtuviese directamente su pretensión frente al *trustee*. Señala LEHMANN que como el Derecho de balances está inspirado en el anglosajón resulta lógico que se introduzca a través del balance un *trust* en otros ordenes jurídicos⁶².

También el Derecho germánico se ha enfrentado a la figura del *trust* con los *Real Estate Investment Trusts* (REITs) del Derecho angloamericano⁶³. Ante la ausencia e imposibilidad jurídica del REIT en Alemania, inversores extranjeros crearon REITs en el extranjero con el fin de invertir en el mercado inmobiliario alemán. Eventualmente Alemania creó los German REITs o G-REITs que permiten la inversión en bienes inmuebles en suelo alemán por *trusts* alemanes, con tratamiento fiscal favorable⁶⁴.

⁵⁹ LEHMANN, M., *op. cit.*, p., p. 47

⁶⁰ LEHMANN, M., *op. cit.*, p. 49.

⁶¹ *Id.*

⁶² LEHMANN, M., *op. cit.*, p. 49.

⁶³ LEHMANN, M., *infra.*, pp. 68-69.

⁶⁴<http://www.boersefrankfurt.de/en/basics+overview/reits/reits+in+germany>.
<https://www.alstria.com/company/g-reit/>.

1.1.3. En el Derecho islámico

En el Derecho islámico existe una figura muy afín al *trust* que la antecede por varios siglos: la *wakf*, donde el donante o fundador llamado *wakif*, se desprende de la titularidad de un bien inmueble y designa un administrador que gestionará la propiedad para beneficio de un tercero, con fines caritativos⁶⁵. Durante el Imperio Otomano tres cuartas partes de la tierra urbana era poseída bajo esta institución⁶⁶. La *wakf* es una institución de la *Shari'a*, el Derecho islámico basado en el Corán. Las similitudes entre la *wakf* y el *trust* son importantes y existen juristas, aunque una minoría, que entienden que hubo oportunidades históricas para que se produjera alguna influencia del Derecho islámico en la institución anglosajona del *use*, precursora del *trust* anglosajón. El *use*, cuya introducción en Inglaterra se atribuye a los frailes franciscanos⁶⁷, surgió en la época de las Cruzadas, cuando hubo mucho contacto de occidente con el Medio Oriente. Se teoriza que las ordenes religioso-militares de los Caballeros Templarios y los *Hospitallers* ayudaron al desarrollo de los *Inns of Courts*⁶⁸ en Inglaterra, cuyo modelo fue copiado de las escuelas de derecho islámicas; de ahí se atribuye la influencia del Derecho islámico⁶⁹.

⁶⁵ Ver CATTAN, «The Law of Wakf», *Law in the Middle East*, Khadduri & Liebesny, eds., vol. 1, 1955, pp. 212-18; GAUDIOSI, M. M., «The Influence of the Islamic Law of Wakf on the Development of the Trust in England; The Case of Merton College», *U Pa. L. Rev.*, vol. 136, 1988, p. 1231; Dajani v. Mustafa El Khaldi, [1946] A.C. 282; ANDERSON, Wakfs in East Africa, *J. Afr.*, vol. 3, 1959, p. 152.; FRATCHER, «The Islamic Wakf», *Missouri Law Rev.* vol. 36, 1971, p. 153; POWERS, «The Islamic Family Endowment, (Wakf)», *Vanderbilt Transnational Law*, vol. 32, 1999, p. 1167; SCHOENBLUM, «The role of the Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Wakf: A Comparison with the Trust», *Vanderbilt Transnational Law*, vol. 32, 1999, p. 1191. PLUCKNETT, *supra.*, p. 575, cita a WIGMORE, J.H., *A Panorama of the World's Legal History*, II, 565, y para introducir como dato incidental la figura de la *wakf*, pero no considera que haya tenido inherencia alguna sobre el derecho anglosajón.

⁶⁶ Al disolverse el Imperio Otomano tres cuartas partes de las edificaciones y tierra agrícola en Turquía, la mitad en Algeria y Túnez se encontraban bajo el régimen de la *wakf*. Para el 1339, aproximadamente 130.000 *feddans* (1 *feddan* = 4.200 metros cuadrados) en Egipto estaban sujetos a la *wakf*, en 1957 150.000 *feddans* estaban sujetos a *wakfs* familiares. FRATCHER, W. F., «The Islamic Wakf», *supra.*, p. 155.

⁶⁷ Ver *infra.*, nota 103.

⁶⁸ Ver MAKDISI, G., «The Guilds of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court», *Cleveland State Law Rev.*, vol. 34, 1985-1986, p.3.

⁶⁹ GAUDIOSI, M.M., Comment, «The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College», *Univ. of Penn. Law Rev.* vol. 136, 1988, pp. 1244-1245.

El origen de la *wakf* se dice provenir de una tradición hallada en el *Sahih* de Mohammed ibn Ismail al-Bukhari (810-872 AD). En esta tradición, Farouk Omar ibn-al-Khattab, califa del 634-644 AD, preguntó al Profeta cómo debía disponer de su propiedad de manera que agradase a Dios. El Profeta respondió que mantuviese su propiedad de tal forma que no pudiese ser vendida, donada o heredada y distribuyese las ganancias a los necesitados⁷⁰. En las tradiciones halladas en el Ghayat el-Bayan se refleja que el Profeta indicó que la propiedad debía permanecer inalienable y se destinara el usufructo a los seres humanos, que no podría ser vendida o heredada, y que se destinaran los frutos para sus hijos, familiares y los necesitados en la gracia de Dios⁷¹.

Durante los primeros tres siglos del islam, los juristas musulmanes desarrollaron la institución de la *wakf*⁷². Se conocen dos tipos de *wakf*, la *wakf khairi*, una dotación para un propósito religioso, y la *wakf ahli* o *dhurri*, una dotación familiar⁷³. La *wakf khairi* se utilizó con frecuencia para establecer mezquitas, hospitales, colegios y otras entidades caritativas, lo que resultó en el desarrollo de normas complejas para regular su creación y administración⁷⁴. En ambos tipos de *wakf* el propósito ulterior es la *kurba*, una actuación que agrade a Allah⁷⁵.

Aunque en un principio beneficiar a los familiares no se consideraba fin apropiado para la *wakf*, tras una decisión de Grand Kadi Abu Yusuf se consideró que proveer para la familia es un fin caritativo adecuado, más aún cuando en última instancia, de no haber familiares, el caudal se destinaría a los necesitados⁷⁶. Se entiende

⁷⁰ FRATCHER. W.F., *supra.*, p. 155, citando a JURIST, «Wakf», *Moslem World*, vol. 4, 1914, p. 173.

⁷¹ *Id.*

⁷² GAUDIOSI., *supra.* P. 1233.

⁷³ CATTAN, *supra.*, a la pág 205.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ FRATCHER. W.F., *supra.*, p. 155.

⁷⁶ *Id.*, p. 165.

que el *wakf ahli* siempre tiene un propósito caritativo ya que además de ayudar a la familia la *wakf* va a revertir para beneficio de los necesitados⁷⁷.

Existe divergencia de opiniones entre las distintas escuelas islámicas en cuanto a quién pertenece la propiedad sujeta a la *wakf*. Según el imán Abu Hanifah, la creación de la *wakf* deja la titularidad en el dueño original, o *wakif*. Por otra parte, su discípulo, el imán Abu Yusuf decidió que la creación de la *wakf* conlleva un traspaso de la propiedad a Dios a perpetuidad, con el usufructo en beneficio de sucesivos beneficiarios⁷⁸. Esta teoría vino a ser la opinión de las escuelas de jurisprudencia⁷⁹ hanifita y shafita, mientras que las escuelas hanabalita y shi'ita entienden que la titularidad del *corpus* pertenece a los beneficiarios⁸⁰.

El denominador común de mayor importancia entre las figuras del *trust* y la *wakf* es la inalienabilidad del dominio sobre la propiedad y el disfrute de los beneficios a favor de un tercero. Esta característica no la tiene ni el *salman germano* ni la fiducia romana. La diferencia principal entre estas figuras, sin embargo, es solo con relación a la *wakf ahli* que requiere que la propiedad en última instancia se dedique para fines caritativos cuando el objetivo concreto familiar haya cesado; tanto la *wakf khairi* como el *charitable trust*⁸¹ se dedican a fines caritativos desde sus inicios⁸².

⁷⁷ GAUDIOSI., *supra*, p. 1233.

⁷⁸ FRATCHER, WF, p. 156.

⁷⁹ Existen cuatro escuelas principales de jurisprudencia en el islam consideradas ortodoxas: la escuela Hanifita, fundada por el Imán Abu Hanifah al-nu-man Thabit (750-1258 AD) con seguidores en el califato de Bagdad y los sultanes otomanes, así como en Asia central, Pakistán, Afganistán, el norte de la India y muchos de los antiguos dominios turcos. La escuela malikita, fundada por el imán Malik ibn Anas (715-795 AD), con influencia de las costumbres de Medina, es importante en Sudán, el norte de África, el oeste de Egipto, y África occidental. La escuela shafita, fundada por el imán Mohammed ibn-Idris al-Shaffi (767-820 AD) se sigue en Egipto, Siria, el área del golfo Pérsico, el este de África, el sur de la India y el sureste de Asia. La escuela hanbalita, fundada por el imán Ahmed ibn Hanbal (745-792 AD), es prominente en Arabia Saudita. Otras escuelas no ortodoxas existen: la ibadita, fundada por el imán Abdallah ibn Ibad seguida en Omán, Tanzania, y el sur de Algeria; y la shi'ita, con mayoría en Irán, tiene una variante, la escuela jafarita, fundada por el imán Jafar al-Sadiq (699-765 AD), es seguida por la mitad de la población de Irak y algunos en Irán.

FRATCHER, W. F., *supra*., p.153-154 nota 2.

⁸⁰ FRATCHER, W. F., *supra*., p.153-154 nota 2.

⁸¹ El *trust* anglosajón para fines caritativos.

⁸² CATTAN, *supra*., nota 65, p. 205.

Los personajes envueltos en ambas figuras son sorprendentemente similares. El *trust* tiene tres actores: el *settlor/trustor/fundador/constituyente* quien se desprende de la propiedad, el *trustee/fiduciario* quien administra la propiedad y es tenedor del título, y el beneficiario-*cestui que trust*. En la *wakf* los personajes son el creador/*wakif*, el *mutawalli* o administrador, y el beneficiario. Dependiendo de la escuela jurídica, el título lo tendría o Dios, el fundador, el *mutawalli* o el beneficiario, pero sigue siendo inalienable. Otra figura que en ciertas circunstancias participaría en ambas instituciones es el juez en un *trust* o *kadi* en cuanto a la *wakf*.

1.2. Orígenes del *trust* anglosajón

La figura del *trust* anglosajón tiene sus orígenes en la peculiaridad del sistema dual de sus tribunales. Desde el siglo XV AD y por más de cuatrocientos siglos después, en Inglaterra existían dos sistemas judiciales separados: los tribunales de *common law* y los tribunales que se encargaron de desarrollar el derecho complementario de la *equity*⁸³. De no ser por esta bifurcación y los sistemas procesales diferentes en cada jurisdicción, la figura del *trust* como se conoce hoy día no hubiese surgido⁸⁴.

Los reyes anglosajones acostumbraban a convocar obispos, eclesiásticos y eruditos del reino a la corte del *Witenagemot* (significa reunión de hombres sabios) con el fin de asesorarse. Este consejo ejercía funciones de tribunal de justicia, sin embargo, como sus miembros no eran juristas--eran mayoritariamente miembros del clero-- sus decisiones se basaban en la moral y los dictámenes de la conciencia⁸⁵.

Los reyes normandos después de la conquista del 1066 centralizaron el gobierno real y para mediados del siglo XI AD el Rey y su Consejo Real (*King's Council* o

⁸³ SCOTT, A.W., FRATCHER, W.F. y ARCHER, M.L. *Scott and Archer on Trusts*, 5th ed., Vol 1, § 1.1, Aspen Publishers, 2005 (en lo adelante SCOTT y ARCHER).

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ SCOTT y ARCHER, *op. cit.*, vol 1, § 1.1.

*Curia Regis*⁸⁶) administraban todas las funciones gubernamentales incluyendo las legislativas, judiciales y financieras. De la *Curia Regis* se desarrollaron los tribunales del *common law*, el Parlamento, el tribunal de la *Chancery* y como parte de la jurisdicción de *Chancery*, los tribunales de *equity*⁸⁷.

Antes de la existencia de los dos sistemas jurídicos en Inglaterra, para los siglos XII, XIII, y parte del XIV los tribunales del *common Law* ejercieron ciertos poderes en el Derecho de *equity*, pero con el tiempo los procedimientos en estos tribunales se tornaron rígidos y con ello desaparecieron esos poderes de *equity*⁸⁸. Cuando las pretensiones no encajaban estrictamente dentro de un auto (*writ*) del *common Law* no existía una tutela judicial efectiva en estos tribunales, con la consecuencia de que esta aplicación estricta del Derecho en los tribunales del *common law* llevó a resultados injustos que obligaron a los juristas a buscar asilo en el Parlamento, que en un principio estaba ligado al Consejo del Rey, donde sus procedimientos no requerían los autos del *common law*. El Canciller Real (*Chancellor*), el funcionario mayor del Consejo Real, podía ofrecer dispensas especiales, utilizando mayormente el recurso de *injunction*, cuyo incumplimiento daba lugar a un desacato, so pena de multa, prisión o secuestro de los bienes del demandado⁸⁹.

El Parlamento inglés se fue separando de la *Curia Regis* y las peticiones de *equity* se hacían directamente a la *Curia Regis*. Para fines del siglo XIII bajo el reinado de Eduardo I, el tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*) ya ejercía la jurisdicción de *equity*, en muchos casos delegando esas funciones al Canciller, que vino a ser el custodio de la «conciencia del rey»⁹⁰. Eventualmente, para fines del reinado de Enrique V (1413-1422), este tribunal de *equity*, el cual se conocía

⁸⁶ Véase BALDWIN, J. F., *The King's Council in England During the Middle Ages*, The Clarendon Press, Oxford 1913.

⁸⁷ SCOTT, *supra.*, § 1.2, p. 10.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ SCOTT, *supra.*, § 1.2, p. 10.

⁹⁰ SCOTT, *supra.* § 1.2, p. 10, citando a PLUCKNETT, T.F.T., *A Concise History of the Common Law*, *supra.*, pp. 176-198, 671-707; HOLMES, «Early English Equity», *Law Quarterly Rev.*, vol. 1, 1885, p. 162; VINOGRADOFF, «Reason and Conscience in Sixteenth-Century Jurisprudence», *Law Quarterly Rev.*, vol 24, 1908, p. 373; BARBOUR, «Some Aspects of Fifteenth-Century Chancery», *Harvard Law Rev.*, vol. 31, 1918, p., 834.

también como el «tribunal de conciencia», ejercería la jurisdicción de *equity* de manera exclusiva, estableciéndose un sistema pseudo jurídico basado en decisiones prácticas, en lo equitativo y justo, ignorando tecnicismos legales⁹¹. Para principios del Siglo XV bajo el reinado de Enrique VIII estos tribunales fueron asemejándose más a los tribunales del *common law* bajo el mando de señores juristas como Tomás Moro, Bacon, y Nottingham. Como los cancilleres ya no eran eclesiásticos, sino en su gran mayoría juristas, se fue configurando el sistema de Derecho conocido como *equity*⁹².

Para entender el concepto del *trust* se estudia primero la figura del *use*⁹³, uno de los cimientos de la tenencia de la tierra en el Derecho anglosajón. Se desarrolla en el entorno del sistema feudal donde el rey se consideraba el propietario dueño de toda la tierra, que otorgaba a sus vasallos y subvasallos distintos intereses en propiedad, los que se conocen como «*estates*»⁹⁴. Esta peculiaridad del Derecho

⁹¹ SCOTT, *supra.*, § 1.2, p. 10. Ver *Harper v. Clayton*, 84 Md. 346, 35 A. 1083 (1896). Law Dictionary: <http://thelawdictionary.org/courts-of-conscience/#ixzz2svmJk4VT>.

⁹² SCOTT, *supra.*, p.10. Ver HOLMES, *supra.*; AMES, J. B., «The Origin of Uses and Trusts», *Harv. L. Rev.*, vol. 21, 1908, p. 261; ADAMS, J. B., «The Origins of English Equity», *Columbia L. Rev.*, vol. 16, 1916, p. 87; HOLDSWORTH, «The Relation of the Equity Administered by the Common Law Judges to the Equity Administered by the Chancellor», *Yale Law Journal*, vol. 26, no. 1, 1916, pp. 1-23; ADAMS, J. B., «The Continuity of English Equity», *Yale Law Journal*, vol. 26, 1917, p. 550.

⁹³ BARTON, *supra.*, p. 562.

⁹⁴ El término «*estate*» no tiene una traducción exacta. El origen del término *estate*, señala MOYNIHAN, *Introduction To The Law of Real Property*, West Publ. Co., St. Paul, 1962, viene del vocablo latino *status*, representando una época feudal donde la tenencia de la tierra estaba relacionada directamente con el status personal o político del individuo en su comunidad, en función de la tenencia derivada de la relación entre el señor cedente (*grantor*) y vasallo cesionario (*grantee*). No existía en Inglaterra el concepto de heredad o dominio alodial; todas las tierras estaban bajo una tenencia feudal de dos tipos: el *knight service*, de naturaleza militar, y las tenencias de *socage*—aquellas donde el vasallo se obliga a rendir ciertos servicios para su señor, tales como cultivo de tierra, reparaciones, entre otros servicios civiles. El vasallo no podía transmitir sus derechos a un tercero sin el consentimiento y pago al señor, ni el señor transferir sus obligaciones de protección al vasallo sin su consentimiento. Distinto a los habitantes del continente también sujetos a un sistema feudal, los ancestros ingleses también lograron modificar los abusos del sistema con la firma de la famosa Magna Carta y las actuaciones de la *House of Commons*. KENT, J., *Commentaries on American Law*, Vol. 3, Part VI: *Of the Law Concerning Real Property*, Lecture LIII: *Of the History of the Law of Tenure*, 5th ed., 1844, pp. 501-510.

En el *common law* había varias clases de *estates* dependiendo de su duración, su comienzo, número de dueños, y las condiciones adjuntas al derecho. Estos derechos encajaban en dos modalidades: los llamados *freehold estates*—a perpetuidad o por vida—y los *nonfreehold estates*. Ejemplo de *freehold estates* son el derecho a la tenencia de la tierra de por vida, --un *life estate*, el derecho a la tenencia mientras haya hijos (*heirs of his body or issue—fee tail*), o el *fee simple absolute*, una tenencia potencialmente infinita en el tiempo. De esta plena tenencia, el dueño tiene

anglosajón, la teoría de los *estates*, se basa en el concepto de que el dominio (*ownership*) se determina en función del tiempo⁹⁵. En tiempos medievales solamente los *freehold estates* tenían la protección de los tribunales del *common law*; fue más tarde que se reconocieron otros *estates* llamados *nonfreehold estates*, el más importante siendo el *estate for years*⁹⁶. Con el desarrollo del *common law*, *estate* significa «*an interest in land which is presently possessory or would be possessory were it not for the existence of a prior possessory interest in some other person*»⁹⁷. La Reformulación del Derecho de Propiedad estadounidense define *estate* como «*an interest in land which is or may become possessory and it has its ownership measured in terms of duration*»⁹⁸.

El *use* fue desarrollándose en Inglaterra durante cuatro períodos⁹⁹. Desde sus inicios, cuya exactitud se desconoce, cuando no era posible obtener una tutela adecuada en los tribunales del *common law*, hasta que el Tribunal de Cancillería comenzó a entender esos asuntos, allá para el Siglo XV¹⁰⁰. Ya para el siglo IV AD

la facultad de extraer intereses de menor duración, como los antes mencionados. MOYNIHAN, C. J., *supra.*, p. 28. Ver WALKER, T., *Introduction to American Law; Designed as a First Book for Students*, Part Fourth: *The Law of Property, Lecture Twenty-First: Estates with Respect to Duration*, 2d ed., 1846, pp. 266-269. Originalmente estos *estates* sólo concedían un beneficio de disfrute temporal como el usufructo, y no eran libremente transmisibles, lo que constituía en una seria limitación a la enajenación (*restraint on alienation.*) El estatuto de *Quia Emptores* de 1290, permite los traspasos de la propiedad, pero sustituye al cesionario o comprador en vasallo del señor del cedente o vendedor. KENT, J., *Commentaries on American Law*, Vol. 3, Part VI: *Of the Law Concerning Real Property*, Lecture LIII: *Of the History of the Law of Tenure*, 5th ed., 1844, pp. 501-510.

⁹⁵ MOYNIHAN, C. J., *supra.*, p. 28.

⁹⁶ *Id.*, pág 28. La tenencia de un *freehold estate*, donde había mediado la solemnidad del *livery of seisin*, era distinta a la tenencia del *estate for years*, llamado *nonfreehold estate*, que era una tenencia en precario cuya duración dependía de la voluntad del señor feudal. No fue hasta el 1530 que por virtud de un estatuto parlamentario la posesión de un *estate for years* obtuvo la misma protección que la de un *estate for life*, que como hemos visto era un interés propietario considerado como *freehold estate*. Distinto de un *nonfreehold estate*, un *freehold estate* no podía configurarse para quedar establecido (*vested*) en el futuro, ya que requería la ceremonia presencial. WALKER, *supra.*

⁹⁷ MOYNIHAN, C. J., *supra.*, p. 29.

⁹⁸ *Restatement First, Property* § 9.

⁹⁹ SCOTT, *supra.*, §§ 1.4-1.7.

¹⁰⁰ No es hasta el siglo XVIII que se comienza a llevar un registro de las decisiones de los tribunales del *equity*, debido a la falta de necesidad de buscar precedentes judiciales en los casos ante el canciller. *Id.*, p. 11.

muchos terratenientes (*feoffors*) comenzaron la práctica de traspasar la posesión y propiedad por infeudación (*feoffment*) a un amigo, el «feudatario del *use*» (*feoffee to use*), mediante la ceremonia del *livery of seisin*¹⁰¹, con el entendido de que éste tomaría la tenencia de la propiedad para beneficio del propio dueño (*feoffor*) o de un tercero, el beneficiario del *use*, que se conocía como *cestui que use*¹⁰².

Al principio los *uses* servían propósitos de corta duración, ya fuese para evitar la aplicación de las leyes de «manos muertas»¹⁰³, tales como el traspaso del disfrute de una propiedad en situaciones como el caso de los frailes franciscanos, quienes estaban impedidos por su propia orden a tener el dominio sobre ciertas propiedades, o para evadir las injustas cargas contra la propiedad frente al señor feudal. También era frecuente su empleo para lograr el traspaso de la propiedad a sus herederos ya que, para esa época, como se verá más adelante, en el *common law* no procedía el traspaso de los *estates* por testamento. En muchas situaciones se fue reconociendo que existían razones legítimas para establecerse el *use*¹⁰⁴ y en 1484 se le concede al *cestui que use* el derecho a traspasar su *equitable estate*¹⁰⁵.

¹⁰¹ Ceremonia mediante la cual se hace públicamente delante de testigos de la comunidad, la entrega de un bien inmueble con la entrega de una rama o un poco de tierra para simbólicamente representar la entrega de la posesión de un bien inmueble. En ese momento quedaba creado un *freehold estate*, cuando no había registros de la propiedad. HAAR LIEBMAN, *Property and Law*, Little, Brown & Co., Boston, Toronto, 1977, p. 153.

¹⁰² Viene del francés antiguo donde *use* significa beneficio. Es una transformación inglesa de la frase del francés antiguo *cestui a que use le feoffment fuit fait*. MOYNAHAN, *supra.*, p. 174, nota 2.

¹⁰³ Estas leyes se conocían como «*mortmain statutes*», pretendían eliminar los grandes latifundios en manos de entidades eclesiásticas.

¹⁰⁴ En 1350 el Canciller interviene, por ejemplo, en un asunto del traspaso hecho por un recaudador de impuestos en su lecho de muerte cediendo sus tierras a un tercero con el propósito de que éste pagase sus deudas a la Corona. Aparentemente su viuda acudió al Canciller solicitando la devolución del sobrante del dinero en manos del tercero después del saldo de las deudas. PLUCKNETT, T.F.T., *supra.*, p. 578 explica que parte de estos hechos surgen de la transcripción de un testimonio que más tarde llegó al Concejo Real a petición de la viuda pero que no hay documentación completa de los procedimientos. En esos tiempos no se llevaba un registro de los procedimientos ante el Consejo Real, mayormente debido a que, en la *equity*, contrario al *common law*, los tribunales no se regían por precedentes judiciales. PLUCKNETT, T.F.T., *supra.* pp. 578-579.

¹⁰⁵ 1 Rich. III, c. 1.

Igualmente señala PLUCKNETT que la escasa evidencia de los asuntos planteados apunta a que en sus comienzos el *use* surge más bien como respuesta a un conjunto de situaciones distintas para cumplir fines diversos y que no fue hasta el siglo XV que las soluciones a estas situaciones se fueron agrupando bajo el concepto jurídico del *use*¹⁰⁶.

Sin duda surgieron *uses* con propósitos fraudulentos, tales como traspasos en fraude de acreedores, o *uses* para evadir la confiscación del *estate* en manos de un traidor. Estos *uses* improprios fueron prohibidos por legislación del Parlamento¹⁰⁷. La mayoría de los traspasos en *use*, sin embargo, servían para evitar las cargas injustas propias del sistema feudal—pago por heredar el feudo al morir el tenedor-vasallo (*relief*¹⁰⁸), el pago o compensación por la renovación de la investidura al heredero del señor feudal, la confiscación (*forfeiture*) en casos de traición o delito, el derecho de reversión (*escheat*) del *estate* al señor feudal en caso de deceso del tenedor sin dejar descendientes, los de la tutela (*wardship*) de los hijos menores del vasallo, durante la cual el señor tenía derecho a todos los frutos del feudo, los derechos del señor feudal de *dower* o *curtesy*¹⁰⁹, las cargas incidentales al matrimonio de pupilos, contribución monetaria en caso de

¹⁰⁶ PLUCKNETT, *supra.*, p. 579.

¹⁰⁷ Durante el segundo período varios estatutos fueron promulgados para atender las situaciones de *uses* establecidos para propósitos fraudulentos. Se prohíbe, por ejemplo, el *use* para beneficio del transmitente (*feoffor*) con el fin de defraudar sus acreedores, Stat. 50 Edw. III, c.6 (1376); sujeta las tierras de deudores fraudulentos a ser objeto de ejecución, Stat. 51 Edw., c.6 (1377); Stat. 2 Rich. II, c.3 (1379); Se declaran los *uses* para beneficio de corporaciones sujetos a las prescripciones del estatuto de *mortmain*, Stat. 15 Rich. II, c. 5 (1391); se declaran los *uses* confiscables por traición, Stat. 21 Rich. II, c.3; Stat. 3 Hen. VII, c. 4 (1487); Stat. 13 Eliz. I, c. 5 (1570). En el 1485 se promulga una ley, Stat. 1 Hen. VII, c.1 (1485), que persigue evitar que inquilinos escrupulosos cedan su fundo para privar al dueño de las rentas debidas. Se les concede el auto de *formedon* contra aquellos que estén recibiendo rentas ilegalmente, tratándose al beneficiario de las rentas como dueño, para todos los efectos prácticos. Se concede la acción de ejecución contra fondos sujetos a *use*, confiriéndole, sin embargo, al beneficiario todas las defensas que tendría un dueño. Stat. 19 Hen. VII, c. 15 (1504)

¹⁰⁸ No existían derechos hereditarios en esos tiempos, pero el señor solía investir al heredero previo el pago de dinero o propiedades, dicho pago se llamaba *relief*, --*incertam et caducam hereditatem relevabat*. Aún más tarde cuando se permitieron los derechos hereditarios, el derecho del señor al *relief* continuó aún después de que la relevancia de su razón de ser había cesado. BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England, Book the Second: Of the Rights of Things, Chapter the Fourth: Of the Feudal System*, 1766, pp. 44, 53-58.

¹⁰⁹ Respectivamente, el derecho de la mujer a ciertos bienes del marido (*dower*) y derecho del marido a ciertos bienes de la mujer (*cutresy*).

matrimonio de la hija del señor feudal, la investidura de un hijo como caballero, o para el rescate del señor feudal en caso de secuestro, por ejemplo.

Estas cargas sobre el *estate* recaían sobre el titular del derecho de propiedad, el feudatario *feoffee to uses*, y sólo se reclamaban cuando cambiaba el titular al fallecer el tenedor del feudo. En muchos casos se evadían las cargas sobre el *estate* traspasando la posesión (*seisin*¹¹⁰) a varios feudatarios conjuntamente. Como operaba el *ius ad crescendi* nunca pasaba la propiedad al heredero del causante, reduciéndose con el tiempo el número de éstos hasta que el último superviviente quedaba investido con la titularidad del dominio¹¹¹. Otra modalidad del *use* ocurría debido a que nadie podía cambiar la naturaleza de su *estate* sin la intervención de terceros, por ejemplo, un propietario que deseara que su mujer tuviese tenencia conjunta (*joint tenancy*) necesitaba traspasar la propiedad a uno o varios feudatarios que se obligaran a traspasar la propiedad a ambos cónyuges¹¹².

En asuntos relacionados con traspasos de dinero o bienes muebles al feudatario para el *use* o beneficio del *cestui que use*, los tribunales del *common law* entendían sobre los mismos siempre que encajara dentro del auto o formulario correspondiente¹¹³. Por ejemplo, las reclamaciones o «acciones» (*choses in action*¹¹⁴) sobre dinero se instituían mediante la acción o procedimiento de

¹¹⁰ Originalmente en el *common law* los términos *seisin* o *seisine* significaban posesión física obtenida conforme a una transmisión feudal («*actual possession of land under a feudal grant*»). POLLOCK, F., «An Essay on Possession in the *common Law*», 1888, pp. 47-50. Cuando los fundos pudieron disponerse por la vía hereditaria, se conocería como un tipo de *seisin de jure* donde el heredero tendría un derecho de posesión que no se perfeccionaba hasta la entrada de hecho, distinto del *seisin de facto* que era la entrega física mediante la tradicional ceremonia de *livery of seisin*. WALKER, T., *Introduction to American Law; Designed as a First Book for Students*, 4ta parte: *The Law of Property*, Lecture Twenty-First: *Estates with Respect to Duration* 2da ed. 1846, pp. 266-269.

¹¹¹ BOGERT, G.G., BOGERT, G. T., *supra.*, citando a TIFFANY, H. T., *Tiffany on Real Property*, 1947, p. 8. Ver SIMPSON, A. W. B., *An Introduction to the History of the Land Law*, 1961, pp. 164, 166, 171-172; HOLDSWORTH, *History of English Law*, vol. 4, 1924, pp. 421-422.

¹¹² PLUCKNETT, *supra.*, p. 577.

¹¹³ *Id.*, p. 576.

¹¹⁴ ALCARAZ VARO, E., HUGHES, B., *Diccionario de Términos Jurídicos*, 9ª Ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2006, define *chose in action* como derecho a promover una acción para recuperar una deuda o dinero por incumplimiento de contrato, daños y perjuicios, etc., que el demandante desea recuperar al estar injustamente en manos de otros.

«cuentas» (*account*) y las relacionadas a bienes muebles, mediante la del *detinue*¹¹⁵. Estas reclamaciones de *detinue* o *account* no requerían la intervención del Canciller. Aquellas relaciones fiduciarias—donde A entrega un bien mueble o dinero a B para beneficio de C— que recaían sobre dinero y bienes muebles, en el *common law* se consideraban de naturaleza *in personam*, conocidas como los *common law trusts*, distinguibles de los *uses* o *equitable trusts*¹¹⁶. Sin embargo, cuando la situación requería más actuaciones del *trustee*, se consideraba a éste como un fiduciario y estas acciones del *common law* —*account*, *detinue*—no eran adecuadas para lograr las pretensiones. Ejemplo de ello es el depósito de dinero con un fiduciario para propósitos de inversión, lo que requería ciertos deberes incluyendo rendir cuentas al principal¹¹⁷.

El *common law* tampoco ofrecía tutela judicial adecuada para acciones relacionadas a *uses* sobre bienes inmuebles¹¹⁸. El interés del beneficiario del *use* de un fundo no estaba protegido por el *common law* porque no existía un auto (*writ*) que le correspondiera¹¹⁹. Los tribunales del *common law* veían al *feoffee to uses* como el verdadero dueño y al *cestui que use* como un poseedor en precario (*tenant at will*), por lo que no le proveían la tutela necesaria en caso de incumplimiento de los términos del *use*; sólo existía como una obligación moral que dependía de la buena fe del *feoffee*¹²⁰.

¹¹⁵ ¹¹⁵ALCARAZ VARO, E., HUGHES, B., *op. cit.*, define *detinue* como la acción de solicitar la propiedad sobre bienes muebles retenida ilegalmente.

¹¹⁶ BOGERT, G. T., *supra.*, p. 9.

¹¹⁷ BOGERT, G. T., *supra.*, p. 9. Hoy día estas situaciones se resolverían con el mandato (*agency*) o comodato (*bailment*) SCOTT, *supra.*, p 23.

¹¹⁸ PLUCKNETT, *supra.*, p. 576

¹¹⁹ Cf. argumento de MONTAGUE, citado en PLUNCKNET, *supra.*, p. 579, que en 1536 aludió a un auto del *common law*, para establecer la existencia de los *uses* en el *common law*, registrado, *causa matrimonii prelocuti*, que permitía a una mujer recuperar tierras cedidas a su prometido como feudatario, en caso de que no cumplierse la promesa de matrimonio. Dicho auto se fundaba en la confianza (cuya traducción literal es '*trust*') depositada en el feudatario. ...«*the common law is nothing else than common reason, and common reason demands that one can put one's trust in others, and a use is a trust between feoffor and feoffee*». (Y.B. 27 Henry VIII, Pasch. 22, fo. 10).

¹²⁰ MOYNAHAN, *supra.*, p 174.

En las situaciones donde no se conseguía una tutela adecuada en los tribunales del *common law*, los perjudicados comenzaron a acudir al canciller, que atendía los asuntos de incumplimiento de confianza y sin decretar los *uses* contrarios al orden publico, a menos que el Parlamento así lo hubiese establecido, imponía multas o prisión a aquellos que infringiesen la confianza depositada¹²¹. El principio rector para atender estos asuntos se basaba en que un hombre debía cumplir sus promesas¹²². El canciller no interfería con el título dominical del *feoffee*, sin embargo, intervenía obligándole a cumplir su cometido y a utilizar el fundo de manera consistente con su promesa¹²³. Es por ello que se consiguió mantener una armonía con la existencia de ambas jurisdicciones¹²⁴. Juristas de la época temieron que esta dicotomía llevara a la anarquía; sin embargo, los tribunales de la *equity* reconocieron que los derechos *at law* se regían por las reglas enunciadas por los tribunales del *common law* y éstos reconocieron la existencia de los derechos de la *equity*, aunque no los hicieran valer¹²⁵.

Cuando el canciller empieza a hacer efectivos los *uses* la relación entre el *feoffee* y el *cestui que use* se entendía como una personal donde lo que importaba era hacer valer lo que en conciencia era correcto, en vez de establecer la naturaleza jurídica del derecho del *cestui que use*¹²⁶. Esta cuestión se planteó en el contexto de determinar los derechos en esa relación interna y si eran transmisibles al *personal representative* o si descendían directamente a los herederos del *cestui que use*¹²⁷. Los cancelles vieron la necesidad de que los derechos de *use* pasaran a los herederos para salvaguardar las leyes que favorecían al primogénito, en vista

¹²¹ SCOTT, *supra.*, p 10.

¹²² MOYNAHAN, C. I., *An Introduction to the Law of Real Property supra.*, p. 175.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ Ver SCOTT, *supra.*, p. 6.

¹²⁵ SCOTT, *supra.*, p. 6. Los tribunales del *common law* reconocieron los derechos bajo la *equity* cuando, por ejemplo, decidieron que la renuncia a un derecho en *equity* era suficiente *consideration* para que procediera una acción legal, o que el dueño de un *use* era propietario suficiente como para servir de jurado. SCOTT, *Id.*, citando a BACON, *Reading Upon the Statute of Uses* 7, Rowe, 1804.

¹²⁶ SCOTT, *supra.*, cap. 13, §13.1, p. 803 y ss.

¹²⁷ SCOTT, *supra.*, cap. 13, p. 804.

de que en Inglaterra la mayoría de la propiedad inmueble de la época estaba bajo el régimen del *use*¹²⁸. Fue necesario entonces tratar el interés del *cestui que use* como un derecho de propiedad en *equity* (*equitable estate in land*) y sujetar este derecho a las mismas reglas sucesorias que los tribunales del *common law* aplicaban a los derechos de propiedad en el *common law* (*legal estates*)¹²⁹. Para todos los efectos el *cestui que use* tenía reconocido un derecho de pseudo-dueño del fundo, cuyo resultado fue la creación de una doble titularidad: la titularidad de dominio del *feoffee* (*legal title*), reconocida en el *common law* y la titularidad reconocida por la *equity* del *cestui que use*, el llamado *equitable title*¹³⁰. Para el 1484 al *cestui que use* se le confiere la facultad de traspasar su *equitable estate*. El feudatario también tenía esa facultad, lo que resultaba problemático para los beneficiarios, ya que dos personas concurrentemente podían traspasar su *estate*¹³¹. El canciller entonces fue desarrollando la doctrina de que aquél que adquiriera la titularidad de dominio con conocimiento del derecho del *cestui que use* o sin conocimiento del *use* pero sin haber pagado valor, tomaban su derecho sujeto al *use*¹³². Por otra parte, los compradores de buena fe no estaban obligados a respetar el título en *equity* del *cestui que use*¹³³.

Los deberes del *feoffee* dependían de los términos de la infeudación (*feoffment*), que generalmente, a cambio de unos honorarios, le obligaba a permitir al *cestui que use* a ocupar el feudo, a devengar los réditos, a traspasar el dominio según las instrucciones del dueño *feoffor* y tomar las medidas necesarias para defender su título dominical de reclamaciones de terceros¹³⁴.

¹²⁸ SCOTT, *supra.*, cap. 13.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ SCOTT, *op. cit.*, §1.5, p. 15.

¹³¹ [1484] Stat. 1 Rich. III, c. 1; PLUCKNETT, *supra.*, 579-580.

¹³² MOYNAHAN, C. I., *supra.*, p. 175.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ MOYNAHAN, C. I., *supra.*, p. 175.

El tercer periodo se marca con la promulgación del *Statute of Uses* de 1536 durante el reinado de Enrique VIII¹³⁵. En vez de tratar al *cestui que use* como un mero beneficiario del *use*, esta ley le confiere el título de propiedad (*legal estate*¹³⁶). Este evento es lo que en el Derecho anglosajón se conoció como la «ejecución», o más bien la «conversión del *use* por operación de ley», transformándolo en un «*use* ejecutado» (*executed use*), obteniéndose el resultado beneficioso para el rey en la medida que podría entonces recaudar los beneficios y cargas feudales. Los tribunales del *common law* ya tendrían jurisdicción sobre los *uses* pues se trataba de derechos «*at Law*» y no meramente derechos del *equity*. Explica PLUCKNET que el estatuto no ilegalizó todos los *uses*, con lo cual quedó la puerta abierta para su desarrollo y proliferación a manos de los juristas del *common law* que fueron encontrando excepciones al estatuto¹³⁷. El *Statute of Uses* se complementó con el *Statute of Wills* que permitió la disposición testamentaria de la propiedad¹³⁸. Fue en manos de estos juristas que amparados en el *Statute of Uses* crearon nuevas formas de transferir la propiedad (*conveyancing*¹³⁹) sin tener que cumplir con las rigurosidades e inconveniencias de los métodos de traspaso del *common law*¹⁴⁰. A

¹³⁵ [1535] 27 Hen. VIII, disponía como sigue: «*That where a person or persons stand or be seised, or at any time hereafter happen to be seised, of...lands ...to the use, confidence or trust of any person or persons, or any body politick... in every such case, all and every such person and persons, shall from henceforce stand and be seised ...of ...the same...lands...in such like estates as they had or shall have in use, trust or confidence...*».

¹³⁶ Ver nota 94 y texto que acompaña.

¹³⁷ PLUCKNET, *supra.*, p. 586.

¹³⁸ Debido a que en el *common law* no se permitía el traspaso de la propiedad por testamento, los *uses* se utilizaban para lograr ese fin. Una vez el *Statute of Uses* eliminó la posibilidad de crear los *uses* y lograr esos traspasos hubo gran descontento entre los terratenientes. Ello llevó a Enrique VIII a tramitar la aprobación del *Statute of Wills*-- 32 Hen. VIII, c. 1, que por primera vez permite traspasar la propiedad mediante testamento. MOYNIHAN, *supra.*, p. 195.

¹³⁹ Viene del término *conveyance*, que se define como: cesión; transmisión de propiedad; traspaso; acta o escritura de transmisión de propiedad; contrato inmobiliario; transmisión solemne; traslación de dominio. ALCARAZ VARO y HUGHES, *supra.*

¹⁴⁰ Un ejemplo de estas inconveniencias era si las partes deseaban traspasar una propiedad en Cornualles estando éstas en York, la ceremonia del *livery of seisin* requería la presencia de todas las partes ante testigos en los predios del *estate*. El mismo año del *Statute of Uses* se aprobó el *Statute of Enrollements* que requirió que los *bargain and sale* de *freeholds* tenían que ser por escrito (mediante un *indenture*, documento jurídico) para ser efectivos, bajo sello, e inscritos dentro de los seis meses del otorgamiento. Se buscó a través del *use* lograr un traspaso (*conveyance*) privado que debía ser operante solo con el otorgamiento de un documento por escrito y cumpliendo los otros requisitos. MEGARRY, R.E. y WADE, W.R., *The Law of Real Property*, 4th ed. 1975, pp. 163-165.

través de la ejecución de los *uses* se lograba el traspaso de un *estate*, que en el *common law* no era posible o factible.

Durante el cuarto periodo se desarrolla el Derecho de los *uses*. Los jueces eximen los *uses* activos¹⁴¹ de la ejecución que sufrirían bajo el *Statute of Uses*, en gran parte debido a que por su naturaleza los *uses* activos no se consideraban contrarios al orden público¹⁴². Se entendía que los deberes de administración en un *use* requerían al *feoffee* tener la titularidad dominical mientras que el recipiente de los réditos mantenía su derecho en la *equity*, separado del derecho del *feoffee*¹⁴³. El *use* quedaba ejecutado, por ejemplo, si el *cestui que use* obtenía los réditos directamente; sin embargo, si el *feoffee* los cobraba y luego los traspasaba al *cestui que use*, el *use* no quedaba ejecutado y el *feoffee* retenía la titularidad del dominio¹⁴⁴.

El *Statute of Uses* sólo “ejecutaba” o convertía el *use* en *equity* sobre un fundo en un título de dominio cuando el *feoffee* tenía la posesión de un *freehold estate*¹⁴⁵,-- *was seised*¹⁴⁶--en beneficio o para el *use* de otro. Si la persona tenía posesión de un *nonfreehold estate* (por ejemplo, *use* de un bien mueble, o un *estate* por un término de años), no aplicaba el *Statute of Uses* y se encontraban ante un *use* no ejecutado, manteniéndose así el *use* bajo título en la *equity*¹⁴⁷. A transfiere su

¹⁴¹ *Use* donde el feudatario (*feoffee*) además de la mera tenencia del *estate* ejercía funciones administrativas con amplia discreción para el beneficio del *cestui que use*. *If a feoffee to uses had active duties to perform as would be the case if lands were conveyed to B with a discretion that he must collect the rents and profits and and pay them to C, then it was held that the use was not executed. The explanation been given for this was that the feoffee could not in such a case before the Statute have conveyed the lands to C without breach of trust, and that the statute did universally what the feoffee could himself have done privately without breach of trust.* HAAR LIEBMAN, *supra.*, p. 374, citando a SIMPSON, A. W. B., *An Introduction to the History of Land Law*, Oxford University Press, 1961, pp.182-183.

¹⁴² SCOTT, *supra.* p 19.

¹⁴³ BOGERT, *supra.*, p. 12. Ver *Hooper v. Flegner*, 80 Md. 262, 30 A. 911 (1894) donde se evalúa si un *trust* debía permanecer activo o se convirtió en pasivo sujeto a la ejecución, en un Estado de EEUU que adoptó este principio del *common law* inglés.

¹⁴⁴ BOGERT, *supra.*, p. 12.

¹⁴⁵ Ver nota 97.

¹⁴⁶ Ver nota 111, *supra.*

¹⁴⁷ MOYNAHAN, *supra.*, p. 206.

estate de 10 años a B, para el *use* de C; éste *use* no queda ejecutado. B retiene la titularidad del dominio de su *estate* por 10 años para beneficio o *use* (en *trust*) a favor de C, cuyo interés es exclusivamente en *equity*¹⁴⁸.

Otra situación donde se aplicaba el *Statute of Uses* era cuando se creaba un *use* sobre otro *use* ilustrado por el famoso asunto de *Tyrell*¹⁴⁹. A traspasa el feudo a B y sus herederos para el *use* de C y sus herederos, para el *use* de D y sus herederos. El *use* a favor de D se consideraba incompatible con el *use* a favor de C y por tanto no se reconocía. Sin embargo, estos *uses* se fueron reconociendo cuando se eliminaron las cargas feudales y cesó la relevancia del *Statute of Uses*¹⁵⁰. En 1634 surgió otro asunto de disposición de *uses* inconsistentes donde el canciller ordenó al tenedor del *legal estate* transferirlo al segundo *cestui que use*¹⁵¹. Aunque los *uses* sobre *uses* no estaban ejecutados, el canciller los reconocía como intereses en *equity*¹⁵².

¹⁴⁸ MOYNAHAN, *supra.*, p. 208.

¹⁴⁹ *Tyrell's case*, Dyer 155 (1557) En ese caso A, a cambio de una suma de dinero, se comprometió a vender un terreno a B y sus herederos para el *use* de A por vida, y a su deceso para el *use* de B y los *heirs of his body* (palabras técnicas que en el *common law* creaban un *estate* tipo *fee tail*), y en defecto de hijos de B, para el *use* de los herederos de A. La primera transacción entre A y B se conocía como *bargain and sale*, un tipo de acuerdo para vender una propiedad a cambio de una suma de dinero. Los tribunales de *equity* trataban al vendedor como poseyendo (*seised*) para el *use* del comprador hasta que la propiedad fuese traspasada de hecho al comprador. En el ejemplo se creaba un *use* implícito a favor de B en el caso que A no hubiese concluido el traspaso. El *Statute of Uses*, cuya complejidad llevó a confundir los efectos del estatuto sobre las transacciones de *bargain and sale*, creyendo muchos que el *use* quedaba ejecutado o convertido, cuando en realidad ese *use* implícito quedaba fuera del estatuto. El resultado fue que el segundo *use* en vez de quedar ejecutado fue invalidado porque venía de otro *use*—el *bargain and sale*—que no podía dar base a otro *use*. Ver MOYNAHAN, *supra.*, pp. 208-209.

¹⁵⁰ MOYNIHAN, *supra.*, p. 209.

¹⁵¹ MOYNIHAN, *supra.*, p. 209, citando *Sambach v. Dalston*, Tothill 188 y STRATHDENE, *Sambach v. Dalston; an Unnoticed Report*, L.Q. Rev., vol. 74, 1958, p.550. En ese caso A se comprometió por *bargain and sale* vender a B para *use* de C, un *use* para propósitos caritativos. El Canciller, contrario a lo decidido en *Tyrell* falló a favor de C, obligando a B traspasar a C, quien B sabía que era el beneficiario deseado. PLUCKNETT, *supra.*, p. 601.

¹⁵² *Id.*, p. 210. Lord Nottingham en 1676 expresó: «*If an use be limited upon an use, though the second use be not good in law nor executed by the Statute (of Uses) it amounts to a declaration of trust and may be executed (enforced) in Chancery*», MOYNIHAN, citando *Grubb v. Gwillim*, Selden Society vol. 73, p. 347. Ver SIMPSON, *supra.*, 186-194.

Una vez eliminados los *uses* que resultaban objetables para la Corona¹⁵³, durante el transcurso de alrededor de cien años las cargas feudales fueron dejando de ser fuente principal de ingreso para la Corona. El canciller entonces tuvo libertad amplia para desarrollar el Derecho de la *equity* que existía sobre los *uses* no ejecutados. A partir del *Statute of Uses* el término *trust* se empezó a utilizar solamente para aludir al *use* no ejecutado como un derecho o título en la *equity*, mientras que el término *use* se referiría al *use* convertido en título de dominio¹⁵⁴. Ya no se utilizarían los términos *use* y *trust* como sinónimos; uno se refiere a la titularidad dominical y el otro la titularidad tutelada en la *equity*. El reconocimiento y tutela judicial hacia los *uses* sobre *uses* por el Canciller marca el comienzo del Derecho moderno de los *Trusts*¹⁵⁵.

¹⁵³ El objetivo inicial del *Statute of Uses*, proteger los fondos de la Corona, se consiguió por aproximadamente 100 años. En 1540 se estableció el *Court of Wards and Liveries* para supervisar la recolección de ingresos de la Corona, con lo que se consiguió el objetivo del estatuto y aumentaron las arcas de la Corona. MOYNAHAN, *supra.*, p. 211, nota 9.

¹⁵⁴ MOYNIHAN, *supra.*, p. 210

¹⁵⁵ *Id.*

Capítulo 2. La naturaleza del trust

2.1.0. Clases de trusts, componentes y peculiaridades.

La doctrina está de acuerdo en que por su amplitud de funciones y flexibilidad es prácticamente imposible definir el *trust*¹⁵⁶ anglosajón y no hay una definición estatutaria en el Derecho anglosajón¹⁵⁷. El *Uniform Trust Code* de la Conferencia Nacional para la Revisión de Leyes Uniformes, revisado en 2010, no contiene una definición del *trust*. La Tercera Reformulación del Derecho de los *Trusts*¹⁵⁸, preparada por el American Law Institute (en lo adelante «ALI») define un *trust* como una relación fiduciaria sobre una propiedad, cuya relación surge de la manifestación

¹⁵⁶ La traducción al castellano del término en su definición ordinaria es «confianza,» que como hemos visto era la característica que en sus orígenes fuera la base de la relación entre el dueño original de la propiedad y el *cestui que trust*.

¹⁵⁷ LOUGHLIN, P. J., *supra.*, nota 43, citando en su nota 32 a HAYTON, *The Law of Trusts*, 2d ed., 1993. Cf. SCHOENBLUM, J., *Multistate and Multinational Estate Planning*, § 17.10 [B] [h], CCH Inc., 2008, critica fuertemente la ausencia de definición en el *Uniform Trust Code* («UTC») sobre todo en cuanto al efecto de esa falta de definición frente a una institución foránea que pueda llamarse *trust* pero que no cumple con los requisitos del *trust* del *common law*. La falta de definición en el UTC no es tan grave en los EEUU puesto que la §102 del UTC afirma que las normas del *common law* son supletorias, más no se aclara que ocurre con las figuras análogas extranjeras. La afirmación de la §102 de que el código aplica a los *trusts* expresos, caritativos o no, y los creados «*pursuant to statute, judgment, or decree that requires the trust to be administered in the manner of an express trust*», no impide que aplique a un *trust* creado en una jurisdicción foránea de raíz civilista, particularmente si la sección que define la competencia («jurisdicción») incluye «otro Estado o país.» Se dejó fuera la cuestión preliminar de cuándo se considera que un instrumento de administración y tenencia de la propiedad cualifica como un *trust* para estar cubierto por el UTC y la §403. Según SCHOENBLUM se perdió una oportunidad de considerar las dimensiones internacionales del *trust*, considerando los trabajos del Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento del 1 de Julio de 1985 (en lo adelante «el Convenio») reconceptualizando y sintetizando el *trust* con el Derecho Civil. *Id.*, p. 17-113. Ver Art. 2 del Convenio: A los efectos del presente Convenio, el término «*trust*» se refiere a las relaciones jurídicas creadas - por acto *inter vivos* o *mortis causa* - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado. El *trust* posee las características siguientes: a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*; b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee* c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga. Por otro lado, en el Proyecto promulgado por la Comisión Europea, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* («DCFR»), Outline Edition, preparado por Study Group on European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Aquis Group), basado en parte en versión revisada de *Principles of European Contract Law*, editado por Von BAR, C., CLIVE, E., SCHULTENÖLKE, H. y BEALE, H., HERRE, J., HUET, J., STORME, M., SWANN, S., VARUL, P., VENEZIANO, A., y ZOLL, F., (disponible en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf), se define el *trust* como *a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes.*

¹⁵⁸ *Restatement of the Law Third-Trusts*, American Law Institute, St. Paul, 2003. En lo adelante «*Restatement Third, Trusts* § ____».

de la intención de crear dicha relación y que sujeta al titular a unas obligaciones o deberes de manejar la propiedad en beneficio de una causa caritativa o de una o más personas, donde al menos una de éstas no es el único *trustee*¹⁵⁹. Este conjunto de derechos y obligaciones que alberga la institución del *trust* incluye no solo los deberes del *trustee*, sino los derechos, privilegios, poderes y fueros del beneficiario frente al *trustee* y a terceros¹⁶⁰.

Existen dos clases de *trusts* en el Derecho anglosajón: los expresos y los implícitos¹⁶¹-- que son los llamados *resulting trusts*¹⁶² y los interpretativos (*constructive trusts*¹⁶³). Los expresos nacen por la manifestación expresa o implícita de la voluntad del titular de la propiedad objeto del *trust*¹⁶⁴. Los *resulting* y los *constructive* nacen por ministerio de ley, en general para servir los intereses de la justicia en resarcir un daño o evitar el enriquecimiento injusto¹⁶⁵. Los *trusts* interpretativos no están cubiertos en las varias reformulaciones estadounidenses del Derecho de *trusts* ni en el *Uniform Trust Code*¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Nuestra traducción de la §2 de la tercera reformulación del derecho estadounidense de *trusts*, *Restatement Third, Trusts* § 2 (2003)--(«A trust, as the term is used in this Restatement when not qualified by the word «resulting» or «constructive», is a fiduciary relationship with respect to property, arising from a manifestation of intention to create that relationship and subjecting the person who holds title to the property to duties to deal with it for the benefit of . . . one or more persons, at least one of whom is not the sole trustee»).

¹⁶⁰ SCOTT & ARCHER, *Scott and Archer on Trusts*, *supra.*, p 37.

¹⁶¹ BOGERT los llamaría *trusts* para ejecutar la intención (*resulting*) vs. *trusts* para rectificar el fraude (*constructive*), en vez del término «*implicit trusts*». BOGERT, *supra.*, p.262.

¹⁶² *Restatement Third, Trusts* §7 **Nature and Definition of a Resulting Trusts**: *A resulting trust is a reversionary, equitable interest implied by law in property that is held by a transferee, in whole or in part, as trustee for the transferor or the transferor's successors in interest.*

¹⁶³ *A constructive trust is a remedial device of the court of equity for taking property from one who has acquired or retains it wrongfully and vesting its title in another in order to prevent unjust enrichment. It is not based on intent of the parties, but rather is created by the court in order to achieve an equitable result.* BOGERT & BOGERT, *supra.*, p. 261. Ver comentario e del *Restatement Third, Trusts* § 1.

¹⁶⁴ BOGERT & BOGERT, *supra.*, p. 261.

¹⁶⁵ *Id.*, § 2.1.1 p. 33.

¹⁶⁶ BOGERT & BOGERT, *supra.*, p. 261. Estos *trusts* están cubiertos por el Derecho de restitución (*Restitution*) norteamericano.

Entre los *trusts* expresos¹⁶⁷ están los que se constituyen para fines públicos o sociales, los caritativos (*charitable trusts*) y los que se establecen para beneficio de personas particulares, los *trusts* privados. Este trabajo se concentra en los *trusts* expresos y privados. Es importante, sin embargo, señalar que los *constructive trusts* son un mecanismo que se utiliza en los países anglosajones para hacer valer el derecho del beneficiario, cuando el *trustee* dispone de la propiedad en violación a los términos del *trust*¹⁶⁸.

Los *resulting trusts* surgen cuando una persona hace una disposición efectiva de su título sobre una propiedad bajo unas circunstancias que indican que la intención era que el recipiente no disfrutara del interés en *equity* sobre la propiedad, lo que crea una presunción irrefragable de que el transmitente no tuvo la intención de que la parte recipiente se quedara con el correspondiente interés en *equity*. Contrario al *trust* expreso donde hay una manifestación expresa de intención, el *resulting trust* surge de la intención que es atribuida por ley¹⁶⁹. Hay en general tres tipos de situaciones que dan margen al *resulting trust*: 1) cuando falla la creación de un *trust* expreso, 2) cuando surge el *trust* expreso, pero no se llega a consumir el patrimonio del *trust*¹⁷⁰ y 3) en el contexto de un *trust* donde media una contraprestación (*purchase money resulting trust*). Los supuestos de ejecución de la intención se dividen, según BOGERT, entre aquellos en que las partes han tenido la intención de crear el *trust* expreso, aquellos en que el lenguaje empleado es ambiguo y el tribunal utilizando la metodología del *construction* encuentra la

¹⁶⁷ Este es el tipo de *trust* que encaja en la definición del *Restatement*.

¹⁶⁸ Ver LUPOLI, M., *supra.*, cap. 2 § 4 b.

¹⁶⁹ Ver *Restatement Third, Trusts* § 7, *supra.*, y comentario «a» de la § 7, *Restatement Third, Trusts*.

¹⁷⁰ *Restatement Third, Trusts* § 8: **When Express Trust Fails in Whole or in Part.** *Where the owner of property makes a donative transfer and manifests an intention that the transferee is to hold the property in trust but the intended trust fails in whole or in part, or the trust is or will be fully performed without exhausting or fully utilizing the trust estate, the transferee holds the trust estate or the appropriate portion or interest therein on resulting trust for the transferor or the transferor's successors in interest unless, (a) the transferor manifested an intention that a resulting trust should not arise, or (b) the trust fails for illegality and the policy against permitting unjust enrichment of a transferee is outweighed by the policy against giving relief to one who has entered into an illegal transaction.*

intención de crear el *trust*, y aquellos en que no existan palabras manifestando la intención, pero por las actuaciones el tribunal infiere la intención¹⁷¹.

Ejemplo del primer caso: S traspasa una finca a T en *trust* para beneficio de L por vida y al morir L se distribuye el patrimonio del *trust* a R si le sobrevive o a sus hijos si no sobrevive (los «*remainder estates*»). Si ninguno de los beneficiarios del *remainder estate* sobrevive a L, la reversión en *equity* se materializa a favor de S y T se considerará *trustee* para beneficio de S o sus sucesores en interés¹⁷².

Cuando se traspasa una propiedad por un precio pagado por otro individuo y no se declara un *trust* expreso o no se dispone lo que ocurrirá con el interés en la *equity* (el beneficio), generalmente se presume que el destinatario no va a recibir los beneficios del traspaso y por lo tanto ostentará la propiedad como *trustee* para beneficio del que pagó el dinero¹⁷³. Si el destinatario, sin embargo, es un familiar del que pagó el precio, entonces, se presume que no surge un *trust* sino una donación y el este recibirá los beneficios¹⁷⁴.

Los *constructive trusts* son creados por los tribunales del derecho de la *equity* en situaciones donde el título de propiedad lo retiene una persona en circunstancias en que no sería justo permitir que lo retenga¹⁷⁵. Se basan generalmente en la deslealtad y quebrantamiento del *trust* por el propio *trustee* del *trust* expreso, o si la propiedad se obtiene o retiene mediante otra conducta reprobable¹⁷⁶. El tribunal utiliza esta medida para forzar al demandado a traspasar la propiedad al demandante y trata al demandado como si hubiese sido un *trustee* expreso desde que ostenta ilegalmente la propiedad¹⁷⁷.

¹⁷¹ BOGERT, *supra.*, p. 262.

¹⁷² Comentario b de la § 7 del *Restatement Third, Trusts*, en el caso de fallar el *trust* expreso.

¹⁷³ Comentario b, §7 del *Restatement Third, Trusts*.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ BOGERT, *supra.*, p. 287.

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ BOGERT, *supra.*, p. 287.

En la lengua inglesa, para designar a la persona que crea o establece el *trust* –el **constituyente**--se le llama, “*trustor*”, “*settlor*”, o “*grantor*”¹⁷⁸ en el caso de un *trust inter vivos*. Cuando se crea por testamento, el término sería “*testator*”, -testador¹⁷⁹. En los países latinos al *settlor* se le llama fideicomitente, al *trust*, fideicomiso. El requisito *sine qua non* de todo *settlor* o fideicomitente es ser el titular de la propiedad objeto del *trust* o fideicomiso. Esta es la persona natural o jurídica que crea y es la fuente de la relación jurídica del *trust*. Para que un *trust* quede configurado válidamente es preciso que el constituyente tenga capacidad para constituirlo y para traspasar o disponer de la propiedad objeto del *trust*.

El **trustee** (fiduciario) es la persona natural o jurídica que recibe el traspaso del título de propiedad de manos del constituyente. Esta persona debe tener capacidad jurídica para recibir la propiedad y ejecutar los deberes del cargo. Mediante el *trust* se crea una relación fiduciaria entre el *trustee*-fiduciario y el beneficiario del *trust*¹⁸⁰. El *trustee* tiene el deber y la obligación de actuar para beneficio de los beneficiarios y debe abstenerse de aprovecharse de las ganancias del *trust* en beneficio propio. En el caso de que se lleve a cabo alguna transacción entre el *trustee* y beneficiario, aquél tiene la obligación de divulgar todos los detalles de la transacción y, de resultar adversa para los intereses del beneficiario, éste puede impugnarla y rescindirla¹⁸¹.

¹⁷⁸ Este término, *grantor* es empleado en el Derecho tributario estadounidense, Internal Rev. Code, §§ 671-678.

¹⁷⁹ El término más usado en el caso de los *trusts inter vivos* es «*settlor*». Ver Uniform Trust Code § 103 (15), *Restatement Third, Trusts* § 3, comentario a (2003).

¹⁸⁰ SCOTT, «The Fiduciary Principle», *California Law Rev.*, vol. 37, 1949, p. 539; WEINTRAUB, «The Fiduciary Obligation», *Univ. of Toronto Law Rev.*, vol. 28, 1975, p. 1; COOTER & FREEDMAN, «The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences», *New York Univ. Law Rev.*, vol. 66, 1991, p. 1045; EASTERBROOK & FISCHER, «Contract and Fiduciary Duty», *Journal of Law & Economics*, vol. 36, 1993, p. 425.

¹⁸¹ SCOTT & ARCHER, *supra.*, p. 38, señala que estas características son comunes en todas las relaciones fiduciarias, pero más intensas en los *trusts*, citando a *Comm. On Children's Television Inc. v. Gen. Foods Corp.*, 673 P. 2d 660 (Cal. 1983); *U. S. v. Marx*, 844 F. 2d 1303 (7th Cir. 1988); *Zim Israel Navigation Co. v. 3D Imports* 29 F. Supp. 2d 186 (S.D.N.Y. 1998)

La persona o personas para cuyo beneficio se establece un *trust*, como se menciona anteriormente, en el *common law* se conocía como *cestui que trust*. En el derecho anglosajón moderno este término ha venido en desuso a favor del término **beneficiario**. En Hispanoamérica el homólogo vendría a ser el fideicomisario.

Para que exista un *trust* es preciso que el objeto del *trust* recaiga sobre una propiedad. En el *common law* se le llamaba *trust res o corpus*, pero también se halla en desuso en este contexto ese término latino *res*. La propiedad puede ser mueble o inmueble, tangible o intangible, e incluso un *equitable interest*. Cuando se hace referencia a la propiedad objeto del *trust* se le refiere como patrimonio del *trust*— *trust estate*. En Hispanoamérica el objeto del *trust* se concibe como un patrimonio autónomo.

Los «términos del *trust*» se refieren a la manifestación de parte del constituyente de la intención sobre las disposiciones expresadas de manera que sean admisibles en evidencia dentro de un proceso judicial¹⁸². El constituyente puede establecer, con relación al patrimonio del *trust*, todos los términos y condiciones sobre las obligaciones y deberes del *trustee* y los derechos de los beneficiarios, siempre que no contravengan algún precepto legal importante o política del Derecho de los *trusts*¹⁸³. Igual que en el Derecho contractual anglosajón, si los términos son claros, las disposiciones del instrumento o documento regulador son determinantes, en ausencia de fraude, error o si el instrumento guarda silencio sobre un aspecto importante¹⁸⁴. En estos casos se admite prueba extrínseca para determinar los términos del *trust*, tanto en el caso de los *inter vivos* como los testamentarios¹⁸⁵.

¹⁸² SCOTT & ARCHER, *supra.*, p. 42.

¹⁸³ SCOTT & ARCHER, *supra.*, p. 42. Ver LANGBEIN, «The Contractarian Basis of the Law of Trusts», *Yale Law Journal*, vol. 105, 1995, p. 625. Cf. artículo 1271 del CC español.

¹⁸⁴ SCOTT & ARCHER, *supra.*, § 2.2.4

¹⁸⁵ Señala SCOTT & ARCHER, *id.*, que en del Derecho de propiedad, en el *Restatement Third, Property* siempre es admisible prueba extrínseca sobre las circunstancias del otorgamiento del instrumento de donación en cuanto a la intención del donante.

Los principios generales que aplican a la interpretación del documento constituyente del *trust*, son los mismos que los que rigen un instrumento de traspaso de propiedad, *inter vivos* o *mortis causa*.

Para llevar a cabo los propósitos del *trust*, el *trustee* tiene poderes amplios que se describen en la tercera reformulación del Derecho de *trusts*, como todos los poderes sobre la propiedad del *trust* que una persona soltera legalmente competente tiene con relación a la propiedad de la que es dueña, así como los poderes que le otorgue la ley y el instrumento del *trust*¹⁸⁶. La razón de ser primordial del *trust* es la administración del fondo, de buena fe¹⁸⁷, de parte del *trustee* como una persona prudente ejerciendo cuidado, cautela, habilidad y considerando los propósitos del *trust*, los requisitos de distribución y otras circunstancias del *trust*¹⁸⁸.

Fundamental en cualquier *trust* está la obligación del *trustee* de mantener segregados los fondos del *trust* y de identificar la propiedad sujeta al *trust* de manera que esté separada de su propio patrimonio y los otros fondos que tenga en custodia el *trustee*. La razón de ello es precisamente la protección de ese dinero frente a sus acreedores personales que tampoco cuenten con esos fondos para sus garantías. Las leyes en protección de acreedores contra el fraude, como la acción pauliana, existen tanto en países de raíz anglosajona como civilistas. Por lo general estas leyes invalidan un *trust* creado dentro de cierto tiempo antes de presentarse una acción de concurso de acreedores o de quiebras o cuando el constituyente estaba insolvente al crear el *trust* en perjuicio de sus acreedores. Tampoco los fondos del *trust* entran en el caudal hereditario del *trustee* ni en su patrimonio conyugal.

En su función administrativa el *trustee* puede delegar aquellos deberes y poderes a un tercero como lo haría un *trustee* prudente de habilidades comparables bajo circunstancias similares¹⁸⁹. Deberá ejercer cuidado razonable, cautela y habilidad

Id. p. 49, citando a GRAY, J.C., *The Nature and Sources of the Law*, Columbia Univ. Press, New York, 1909, pp. 175-176 y *Uniform Trust Code* § 112

¹⁸⁶ *Restatement Third, Trusts* § 85

¹⁸⁷ *Uniform Trust Code* («UTC») § 801

¹⁸⁸ UTC § 804.

¹⁸⁹ UTC § 807.

en seleccionar el agente, establecer el alcance y términos de la delegación compatible con los propósitos y términos del *trust* y revisar periódicamente las actuaciones del agente para supervisar la ejecución y cumplimiento con los términos de la delegación¹⁹⁰. En la ejecución de esta función el agente tiene una obligación hacia el *trust* de ejercer cuidado razonable al cumplir con los términos de esa delegación¹⁹¹. El *trustee* que cumpla con lo anterior no es responsable hacia los beneficiarios o hacia el *trust* por las actuaciones del agente cuya función haya delegado¹⁹².

La sección 807 del UTC tiene una cláusula de Derecho Internacional Privado que establece que al aceptar una delegación de poderes o deberes del *trustee* sobre un *trust* sujeto a la ley del Estado correspondiente, el agente se somete a la jurisdicción de los tribunales de dicho Estado¹⁹³. Todos los poderes del *trustee* están sujetos a su obligación fiduciaria con el *trust*. Comprendidos dentro de estos poderes específicos y capacidades del *trustee* están vender o comprar propiedades, alquilarlas, tomar dinero prestado y gravar las propiedades del *trust*.

Entre los poderes discrecionales del *trustee* en los llamados *trusts* discrecionales, está la de invertir los fondos del *trust* y el de distribuir los ingresos o principal a los beneficiarios. Una de las normas más importantes en esta área es la doctrina del inversor prudente (*prudent investor rule*¹⁹⁴). El *trustee* tiene el deber hacia los beneficiarios de invertir y manejar los fondos del *trust* como lo haría un inversor prudente, a la luz de los propósitos, disposiciones, requisitos de distribución y otras circunstancias del *trust*¹⁹⁵.

¹⁹⁰ UTC § 807.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² UTC § 807.

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ Cuarenta y cinco Estados de EEUU han aprobado esta normativa a través de adopciones del *Uniform Prudent Investor Act* de 1994. Como esta legislación está el *Uniform Management of Public Employee Retirement Systems Act* de 1997, el *Uniform Principal and Income Act* de 1997, el *Uniform Trust Code* de 2000, y el *Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act* de 2006.

¹⁹⁵ *Restatement Third, Trusts* § 90.

Esta norma del inversor prudente requiere el ejercicio de cuidado, habilidades y cautelas razonables aplicables a las inversiones, no aisladas, sino en el contexto del portafolio del *trust* y como parte de una estrategia completa que incorpore riesgos y beneficios, así como objetivos razonablemente apropiados al *trust*¹⁹⁶. Al ejecutar las decisiones de inversión el *trustee* tiene el deber de diversificar las inversiones del *trust*, a menos que de acuerdo a las circunstancias no sea prudente hacerlo¹⁹⁷. Además, el *trustee* debe cumplir con los deberes fiduciarios de lealtad e imparcialidad¹⁹⁸; actuar con prudencia al decidir si delegará y en que manera su autoridad, y en la selección y supervisión de los agentes¹⁹⁹. También tiene el *trustee* poderes para incurrir en gastos únicamente en las cantidades de costes que sean razonables y apropiados a las responsabilidades de la administración fiduciaria²⁰⁰.

Uno de los deberes del *trustee*, transcurrido un tiempo razonable después de la creación del *trust*, es revisar el contenido del patrimonio y ejecutar decisiones sobre la retención o disposición de las inversiones originales de manera que se cumpla con la norma del inversor prudente²⁰¹.

Con relación a los *trusts* irrevocables, el *trustee* tiene la obligación de mantener informados a una sección representativa de los beneficiarios sobre la existencia del *trust*, el estado actual, el derecho a obtener información adicional, cambios significativos en el estado, la administración fiduciaria, o desarrollos significativos en el *trust* o la administración, así como información material importante necesaria para proteger sus intereses²⁰².

¹⁹⁶ *Restatement Third, Trusts* § 90 (a).

¹⁹⁷ *Restatement Third, Trusts* § 90 (b).

¹⁹⁸ *Restatement Third, Trusts* § 90 (b)(1).

¹⁹⁹ *Restatement Third, Trusts* § 90 (b)(2).

²⁰⁰ *Restatement Third, Trusts* § 90 (b)(3).

²⁰¹ *Restatement Third, Trusts* § 90 (b)(3).

²⁰² *Restatement Third, Trusts* § 82.

El *trust* estadounidense, salvo algunas excepciones, provee tutela judicial al beneficiario con varios recursos para el resarcimiento, cuyo origen, carácter y ejecución se realiza en la *equity* por medio de un tribunal que ejerza poderes de *equity*²⁰³. Por otro lado, el comentario (a) de la § 95 del *Restatement Third, Trusts*, indica que se puede presentar una acción amparada por el *common law* para hacer valer un derecho sobre una propiedad o requerir el pago de una distribución, que sería diferente si lo que se pretende es recuperar propiedad adquirida ilegalmente. Medidas de resarcimiento adicionales disponible están: solicitar una orden para que el *trustee* rinda cuentas; solicitar del tribunal que brinde instrucciones al *trustee*, según sea necesario, sobre sus deberes o poderes en la administración del *trust*, incluyendo que le instruya a que administre el *trust* de acuerdo a las mismas; ordene al *trustee* a que tome acción o se abstenga de tomar acción para evitar que cometa un incumplimiento de su obligación de *trustee* (*breach of trust*); deshacer una actuación improcedente del *trustee*, y, de ser necesario, ordenarle a recuperar la propiedad que fue indebidamente distribuída a los beneficiarios o a terceros; negarle o reducirle su compensación; destituirle de su cargo; si fuera necesario, nombrar un *trustee* adicional o sucesor, uno temporero, nombrar un síndico si fuese necesario para tomar posesión de la propiedad y administrarla; o aquellas medidas necesarias para la sana administración del *trust*.

Una de las peculiaridades más significativas del *trust* anglosajón es el llamado *tracing*. Este es el punto neurálgico del *trust*. Mediante el *equitable tracing* se hace posible que la propiedad que fuera traspasada en contra de los términos del *trust* sea recuperada aún contra los acreedores del *trustee*, salvo que haya un tercero de buena fe envuelto. El *tracing* es un mecanismo de la *equity* con técnicas probatorias que llevan a la identificación de la propiedad sustraída o en la que fuera transformada de manos de la persona que se va a convertir en el llamado *constructive trustee*,²⁰⁴ una figura del Derecho anglosajón de la *equity* donde por

²⁰³ *Restatement Third, Trusts* § 95.

²⁰⁴ LUPOLI, M., *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 235. Este nos refiere a la ley de Guernsey para un ejemplo de una buena ley de *tracing*: *Without prejudice to the personal liability of a trustee, trust property which has been charged or dealt with in breach of trust, or any property into which it has been converted, may be followed and recovered unless (a) it*

orden judicial la persona que tiene en su poder la propiedad se convierte en *trustee* a beneficio del verdadero interesado, con la obligación de restituirla.

2.2. Creación del *trust* moderno

Un *trust* se puede crear mediante varios métodos²⁰⁵. En el Derecho anglosajón, diferente a Hispanoamérica²⁰⁶, se puede crear un *trust* por la declaración unilateral del constituyente (*Declaration of Trust*) estableciéndose que éste desde ese momento en adelante posee cierta propiedad en calidad de *trustee* para beneficio de un tercero. En este tipo de *trust* el constituyente y el *trustee* es una misma persona²⁰⁷. Es necesario que la intención del constituyente para la creación del *trust* sea efectiva inmediatamente²⁰⁸. El *Uniform Trust Code* dispone que, para la creación de un *trust*, además de capacidad²⁰⁹ e intención de crearlo, haya un

is no longer identifiable; or (b) it is in the hands of a bona fide purchaser for value without actual, constructive or implied notice of the breach of trust or a person (other than the trustee) who derived title through the purchaser. Ley de Guernsey §67, 1989.

²⁰⁵ Dispone el Uniform Trust Code: *METHODS OF CREATING TRUST. A trust may be created by: (1) transfer of property to another person as trustee during the settlor's lifetime or by will or other disposition taking effect upon the settlor's death; (2) declaration by the owner of property that the owner holds identifiable property as trustee; or (3) exercise of a power of appointment in favor of a trustee. Uniform Trust Code § 401.*

REQUIREMENTS FOR CREATION

(a) A trust is created only if: (1) the settlor has capacity to create a trust; (2) the settlor indicates an intention to create the trust; (3) the trust has a definite beneficiary or is: (A) a charitable trust; (B) a trust for the care of an animal, as provided in Section 408; or (C) a trust for a noncharitable purpose, as provided in Section 409; (4) the trustee has duties to perform; and (5) the same person is not the sole beneficiary.

(b) A beneficiary is definite if the beneficiary can be ascertained now or in the future, subject to any applicable rule against perpetuities.

(c) A power in a trustee to select a beneficiary from an indefinite class is valid. If the power is not exercised within a reasonable time, the power fails and the property subject to the power passes to the persons who would have taken the property had the power not been conferred. Uniform Trust Code, §402.

²⁰⁶ El fideicomiso latinoamericano se establece por medio de un contrato o por testamento. FIGUEROA, D., «Civil Law Trusts in Latin America: Is the Lack of Trusts an Impediment for Expanding Business Opportunities in Latin America? », *Ariz. J. of Int'l & Comparative Law*, Vol. 24, núm. 3, 2007, p. 705.

²⁰⁷ *Restatement Second, Trusts § 17; Guaranty Trust Co. of N.Y v. N.Y. Trust Co.*, 297 N.Y 45, 74 N.E.2d 232.

²⁰⁸ SCOLES, E. F. and HALBACH, E. C., *Problems and Materials on Decedent's Estates and Trusts*, 3rd ed., Little Brown & Co., Boston, 1981, p. 301.

beneficiario específico, o bien se cree un *trust* caritativo (*charitable trust*) o para otros propósitos no caritativos, según lo establezca la ley²¹⁰. En el caso de un *trust* privado, tiene que haberse nombrado un beneficiario que se pueda identificar razonablemente, de lo contrario carecería de validez y el tribunal no tendría facultad para nombrar un beneficiario sustituto²¹¹.

Otro método de crear un *trust* es mediante la transferencia por parte del constituyente-dueño (o quien ostente un poder de nombramiento- *power of appointment*²¹²) de la titularidad dominical de la propiedad, ya sea por escritura mediante acto *inter vivos*, o por testamento *mortis causa*, a favor de una persona natural o jurídica en calidad de *trustee*, para que éste mantenga la tenencia en

²⁰⁹ La tercera reformulación del Derecho estadounidense de *trusts* dispone:

§11 *Capacity of a Settlor to Create a Trust*

- (1) *A person has capacity to create a trust by will to the same extent that the person has capacity to devise or bequeath the property free of trust.*
- (2) *A person has capacity to create a revocable inter vivos trust by transfer to another trustee or by declaration to the same extent that the person has capacity to create a trust by will.*
- (3) *A person has capacity to create an irrevocable inter vivos trust by transfer to another or by declaration to the same extent that the person has capacity to transfer the property inter vivos free of trust in similar circumstances.*
- (4) *A person has capacity to create a trust by exercising a power of appointment to the same extent that the person has capacity to create a trust of his or her own property under Subsection (1), (2), or (3) above, as appropriate to the type of transfer and trust being created.*
- (5) *Under some circumstances an agent under a durable power of attorney or the legal representative of a property owner who is under disability may create a trust on behalf of the property owner.*

²¹⁰ UTC §402. *REQUIREMENTS FOR CREATION.* (a) *A trust is created only if: (1) the settlor has capacity to create a trust; (2) the settlor indicates an intention to create the trust; (3) the trust has a definite beneficiary or is: (A) a charitable trust; B) a trust for the care of an animal, as provided in Section 408; or (C) a trust for a noncharitable purpose, as provided in Section 409; (4) the trustee has duties to perform; and (5) the same person is not the sole trustee and sole beneficiary.*

La §10 del *Restatement Third, Trusts* norteamericano dispone: §10 *Methods of Creating a Trust.* *Except as prevented by the doctrine of merger (§69), a trust may be created by: (a) a transfer by will of a property owner to another person as trustee for one or more persons; or (b) a transfer inter vivos by a property owner to another person as trustee for one or more persons; (c) a declaration by an owner of property that he or she holds that property as trustee for one or more persons; or (d) an exercise of a power of appointment by assigning property to a person as trustee for one or more persons who are objects of the power; or (e) a promise or beneficiary designation that creates enforceable rights in a person who immediately or later holds those rights as trustee, or who pursuant to those rights later receives property as trustee, for one or more persons.*

²¹¹ UTC § 402 (a)(3).

²¹² Poder de nombramiento (*power of appointment*), es un poder o facultad que concede el donante o causante a favor de una persona con el propósito de que ésta nombre el beneficiario que en un futuro recibirá la propiedad del *trust*.

beneficio de un tercero. Por ejemplo, A, el dueño de acciones de la corporación X Co. transfiere el título de éstas a *Trust Co.* en calidad de *trustee* para beneficio de los hijos de A, con la obligación de pagar el fruto de las mismas de por vida a los beneficiarios²¹³. La determinación de si es un *trust inter vivos (living trust)* o testamentario depende de cuándo se hace efectivo el *trust*²¹⁴. Es necesario que en efecto ocurra la transferencia de la propiedad sin necesidad de causa adicional (*consideration*²¹⁵) para que el *trust* quede debidamente constituido. Esos casos comprenden las transferencias con intención de efectuar una donación, con la diferencia de que no se requiere la aceptación de la donación²¹⁶.

2.3. Teoría contractual de la naturaleza del *trust* anglosajón

El Derecho sobre el *trust* anglosajón, hasta mediados del siglo XIX se había considerado como parte del Derecho de propiedad, en su vertiente del Derecho de trasposos («*conveyancing*»²¹⁷). En ninguna de las ediciones existentes de tratados sobre el tema hasta mediados del siglo XIX se aborda el Derecho de la administración fiduciaria²¹⁸. La razón por que no se utilizara el Derecho contractual en el contexto de los *trusts* era que el Derecho de contratos estaba en un estado primitivo carente de herramientas para servir los propósitos para los cuales se crearon los *uses* y los *trusts*²¹⁹. El auto de contrato («*writ of covenant*») del *common*

²¹³ BOGERT, *supra.*, pág. 21.

²¹⁴ HOWER, D.R., y KHAN, P., *Wills, Trusts, and Estates Administration*, 7th ed. Delmar, Cengage Learning, 2012, p. 285.

²¹⁵ *Consideration* es figura análoga a la «causa» del Derecho Civil. Ver VON MEHEREN, «Civil Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis», 72 *Harvard Law Rev.* 1009 (1959); LORENZEN, E. G., «Causa and Consideration in the Law of Contracts», 28 *Yale Law J.* 621 (1919)

²¹⁶ BOGERT, *supra.*, pág. 21.

²¹⁷ Ver nota 183, *supra.* LANGBEIN, J. H., «The Contractarian Basis...», 105 *Yale Law Journal*, 1995, pp. 626, 633.

²¹⁸ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, citando a GILBERT, G., *The Law of Uses and Trusts*, 2d ed., Henry Lintot, London, 1741; SANDERS, F.W., *An Essay on the Nature and Laws of Uses and Trusts, Including a Treatise on Conveyances at Common Law and Those Deriving Their Effect from the Statute of Uses*, E & R Brooke, London, 1791.

²¹⁹ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 634.

law no servía para hacer valer las obligaciones contraídas por el *feoffee*, ya que por un lado exigía que el contrato estuviese sellado, y por otro, la única solución ofrecida para resarcir al querellante en el *common law* era compensación monetaria y no el cumplimiento específico para conservar la tierra ancestral²²⁰. Esta vía de resarcimiento, el cumplimiento específico, se otorgaba solo en los tribunales de la *equity*, que tenían la facultad de examinar evidencia testifical sobre los términos del acuerdo²²¹. Además, considerando que el *trust* se utilizaba como una forma de tenencia de la propiedad, ha resultado fácil conceptualmente ver el derecho del beneficiario como un derecho de titularidad en la *equity* (*equitable title*) sobre la propiedad y no meramente un derecho a reclamar contra el *feoffee*²²². No obstante, la limitación citada sobre la tutela inadecuada en los tribunales del *common law* ha quedado subsanada con la fusión de los procesos de los tribunales del *common law* y los tribunales de la *equity*²²³. Ya no es necesario establecer que la tutela en el *common law* es inadecuada para poder solicitar el cumplimiento específico²²⁴.

La utilidad original para la creación del *trust*, la tenencia de la propiedad, fue cambiando a favor de la administración de activos financieros²²⁵. Citando a ROSCOE POUND, LANGBEIN señala que la riqueza de la era comercial radica mayormente en promesas, derechos contractuales frente a los emisores de bonos, acciones corporativas, contratos de seguros o anualidades, y otros activos financieros que vienen a formar parte de los fondos de portafolios que maneja un *trustee*²²⁶. Evolucionó además el tipo de *trustee*, de ser un individuo investido de la confianza del creador del *trust*, a un *trustee* profesional que recibe compensación monetaria por sus servicios²²⁷. Este cambio drástico de funciones resultó en el

²²⁰ *Id.*

²²¹ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 634, citando BAILDON, W. P., ed., *Select Cases in Chancery: 1364-1471*, vol. 10, *Selden Society*, London, 1896, pp. 48-49.

²²² LANGBEIN, *supra.*, p. 636.

²²³ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 649.

²²⁴ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 653.

²²⁵ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 357.

²²⁶ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 638.

desarrollo del Derecho moderno de la administración fiduciaria, donde el *trustee* deja de ser un tenedor pasivo con poderes limitados por el instrumento constitutivo del *trust*, a ser un ente con mayores facultades de administración y disposición sujeto a reglamentación diversa²²⁸.

Esta nueva característica del *trust* dentro del ámbito de la gestión patrimonial, lo sitúa en la vertiente moderna del Derecho contractual conocido como «contratos relacionales» que son de larga ejecución y cumplimiento, como por ejemplo, están los contratos de distribución, de franquicias, relaciones de agencias, contratos de empleo, o de consorcios, entre otros²²⁹. A este desarrollo se une el reconocimiento del deber de buena fe en la ejecución de las relaciones contractuales, que se incorporó en el *Restatement Second, Contracts* y quedó reflejado en el Derecho de las relaciones fiduciarias para evitar el abuso de discreción que pueda ocurrir en una relación contractual de larga duración²³⁰.

LANGBEIN entiende que cuando se trata el *trust* como una relación contractual que las partes han catalogado como *trust*, la misma se nutre del Derecho supletorio aplicable a los *trusts* (*trust default law*), pudiéndose visualizar este Derecho supletorio en conjunto y en términos funcionales como un contrato estandarizado que operaría en beneficio de estas relaciones de larga duración²³¹. Este Derecho supletorio comprende, entre otros, los principios del Derecho de propiedad, la

²²⁷ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 638, nota 63, citando SMITH, J.G., *The Development of Trust Companies in the United States*, Holt & Co., New York, 1928; con relación a Inglaterra y el Commonwealth, donde se creó un sistema de *trustees* públicos para suplementar los privados corporativos, cita, nota 62, VENNELL, C. W., *A Century of Trust: A History of the New Zeland Public Trust Office: 1873-1973*, Wilson and Horton, Auckland, 1973 y WATERS, D.W.M., *Law of Trusts in Canada*, 2d ed., The Carswell Co. Ltd., Toronto, 1984.

²²⁸ LANGBEIN, J.H., *id.*, citando *Uniform Trustees Powers Act 7B Uniform Laws Annotated 746* (1964); *Uniform Prudent Investor Act, 7B Uniform Laws Annotated* (1994); FRIEDMAN, L. M., «The Dynastic Trust», *Yale Law Journal*, vol. 73, 1964, p. 547. Una vehemente crítica de la teoría contractual de LANGBEIN se encuentra en LAU, M. W., *The Economic Structure of Trusts*, Oxford University Press, 2011. Cfr. HOFRI-WINOGRADOW, A. S., «Contract, Trust and Corporation: From Contrast to Convergence», *Iowa Law Rev.*, vol. 102, 2017, p.1691.

²²⁹ LANGBEIN, J.H., *supra.*, p. 654, citando a SCHWARTZ, A., «Relational Contracts and the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies», *Journal of Legal Studies*, vol. 21, 1992, p. 271.

²³⁰ LANGBEIN, J.H., *supra.*, p. 655 citando *Restatement Second, Contracts* §205 (1981).

²³¹ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 664.

legislación que apodera al *trustee* para actuar ampliando sus facultades, la que cubre el deber de imparcialidad para con varios beneficiarios, la legislación sobre el tratamiento del *corpus* como el *Uniform Principal and Income Act*²³² y la jurisprudencia. Debido a la imposibilidad de anticipar todas las circunstancias posibles al momento de la creación del *trust*, la aplicación del Derecho supletorio resulta acertada en los casos de contratos que comprenden una relación prolongada con actores que cambian a través del tiempo²³³.

Otra ventaja de la aplicación del Derecho supletorio es que viene acompañado de un Derecho procesal para ejecutar el acuerdo del *trust* que en esencia consiste de tres etapas²³⁴. Una conlleva la revisión judicial periódica--*judicial accounting*²³⁵--, cuyo proceso admite pacto entre el constituyente y el *trustee* sustituyendo ese Derecho supletorio por un procedimiento extrajudicial²³⁶.

La segunda fase procesal sería la instrucción o guía judicial en casos de ambigüedad o disputas²³⁷. Finalmente, de no llegar a un acuerdo, las partes someterían el asunto a un tribunal de Derecho sin la intervención del jurado²³⁸. Distinto a lo que el *common law* dispone para las disputas contractuales que se someten a juicio por jurado, el régimen del *trust*, con su origen bajo la jurisdicción de tribunales de la *equity*, históricamente se somete al tribunal de Derecho sin la intervención del jurado. Señala LANGBEIN que la mayor preocupación de SCOTT en considerar el *trust* como un contrato era que le fuera aplicable el derecho que proviene del *common law* a juicio por jurado, aún en la época en que en los Estados Unidos la jurisdicción de los tribunales de la *equity* se estaba fusionando con los

²³² LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 661, citando 7B *Uniform Laws Annotated* 145 (1962).

²³³ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 661.

²³⁴ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 662.

²³⁵ *Restatement Second, Trusts* § 172 (1959)

²³⁶ LANGBEIN, J.H., *supra.*, p. 662, citando a WESTFALL, D., «Nonjudicial Settlements in 's Accounts», *Harvard Law Rev.*, vol. 71, 1957, p. 40.

²³⁷ *Restatement Second, Trusts* § 259.

²³⁸ LANGBEIN, J.H., *supra.*, p. 662.

tribunales de Derecho²³⁹. Sostiene que la fusión no ha tenido esas consecuencias y señala que la elección de juicio por tribunal de Derecho renunciando al juicio por jurado (*jury waiver*) es una opción del constituyente en el Derecho supletorio de *trusts*²⁴⁰. Por otra parte, señala que el Derecho aplicable a la figura del *agency* (una especie de mandato anglosajón) no ha sido afectado por la fusión, ya que los asuntos de disputas de relaciones entre *agents* y *principals* se dilucidan en tribunales con juicio por jurado al tratarse del *agency*²⁴¹, que como se trata de una relación contractual, siempre ha estado sujeta a las normas del *common law*²⁴².

2.4. Naturaleza del interés del beneficiario en el patrimonio del *trust*

Cuando comenzaron los cancilleres en el siglo XV a entender recursos sobre los *uses*, su interés primordial era hacer cumplir la promesa del *feoffee* sin preocuparse en cuál era la naturaleza del interés del beneficiario *cestui que use*²⁴³. Sin embargo, pronto tuvieron que enfrentarse a la interrogante de cuál era la naturaleza del interés del *cestui que trust* sobre la propiedad objeto del *trust*, es decir, si el *cestui* tenía meramente una reclamación personal - *chose in action*- contra el *feoffee*, o si el *cestui* tenía algún interés de propiedad²⁴⁴. En un principio los *uses* se consideraban como una relación personal ya que de lo contrario no se podrían conseguir los propósitos para los cuales fueron creados. Los cancilleres se limitaban a ordenar que se cumpliera con el dictamen de la conciencia, pero no bajo la teoría de un nuevo derecho de propiedad²⁴⁵. La realidad, sin embargo, era que en efecto se estaba creando más que un derecho personal y se estaban

²³⁹ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 649.

²⁴⁰ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 650.

²⁴¹ LANGBEIN, J. H., *op. cit.*, p. 650, citando la definición del mandato anglosajón: *Agency is the fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act. Restatement Second, Agency § 1.1(1957).*

²⁴² LANGBEIN, *supra.*, «The Contractarian Basis...», p. 650.

²⁴³ SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 803.

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ SCOTT y ARCHER *supra.* p. 805.

separando por un lado los beneficios de la tenencia en propiedad, de las cargas, limitaciones y restricciones a las que los dueños estaban sujetos²⁴⁶. Planteaban, por ejemplo, si una disposición a favor de A y sus herederos resultaba en el traspaso de una reclamación personal al *executor* o si pasaba en propiedad al heredero. Se optó por el último resultado, en parte para preservar los derechos del primogénito, lo que resultó en la creación de un interés de dominio tutelado en la *equity* a favor del *cestui que trust*, aplicándole las mismas reglas de sucesión aplicables a los derechos de propiedad del *common Law*²⁴⁷. No obstante, los tribunales de la *equity* continuaron siendo flexibles, contrario a los tribunales del *common Law* que estaban atados a la rigurosidad de sus normas y tampoco les imponían las cargas feudales aplicables a los derechos de propiedad del *common law*²⁴⁸. Una vez se establece la jurisdicción separada de la *equity*, pudo admitirse que había surgido un nuevo tipo de derecho de propiedad²⁴⁹. Antes de que se aprobara la legislación llamada *Statute of Wills* que permitió el traspaso de la propiedad por la vía testamentaria, ya los cancilleres habían permitido el traspaso de la propiedad en la *equity*²⁵⁰.

Por otro lado, en un principio los cancilleres también se limitaban a proteger el derecho del *cestui* solamente frente al *feoffee* original. Paulatinamente fue evolucionando el derecho del *cestui* frente a aquellos cuyas conciencias se viesan afectadas. Así se llegó a establecer que cualquiera que adquiriese una propiedad con conocimiento del *use* al que estaba sujeta, o de la existencia del heredero del *feoffee*, así como cualquier adquirente que no hubiese dado valor a cambio de la propiedad, adquiriría sujeto al *use*; por el contrario, si adquiriría por valor y sin conocimiento del *use*, el canceller habría de fallar conforme al dictamen de la

²⁴⁶ SCOTT y ARCHER *supra.* p. 805.

²⁴⁷ SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 804.

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 804.

²⁵⁰ *Id.*

conciencia y el adquirente de buena fe no estaba obligado a reconocer el derecho del *cestui que use*²⁵¹.

Posteriormente se planteó si la naturaleza de este nuevo derecho a favor del *cestui que trust* era de naturaleza *in rem* o *in personam*²⁵². MAITLAND entendía que la naturaleza del interés del beneficiario no era *in rem*, pero tampoco estrictamente *in personam*²⁵³. El análisis enfoca en cuál es el significado y efectos de un derecho *in rem*, sobre el que se señalan dos acepciones, una los ve como aquellos derechos que recaen contra todo el mundo, que se interponen ante las personas en general, o personas indeterminadas, y la otra los ve como un conjunto de derechos que existen sobre la cosa²⁵⁴. No obstante, independientemente de si el derecho fuera *in personam* o *in rem*, como todo el que adquiere sin valor y con conocimiento del derecho del *cestui* adquiere sujeto al derecho de éste, la realidad es que en efecto es un derecho tipo *in rem* en el sentido de poder hacer valer el derecho contra un numero indefinido de personas²⁵⁵. Aún el titular en pleno derecho de un inmueble que no lo inscribe en el Registro de la Propiedad pierde su derecho ante un adquirente de buena fe que inscribe su título²⁵⁶. A manera de analogía, una persona tiene el derecho oponible contra todo el mundo a la inviolabilidad de su cuerpo, pero no se considera ello un derecho de propiedad²⁵⁷. Igualmente, aquél que formaliza un contrato tiene derecho frente a todo el mundo a no sufrir

²⁵¹ SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 805.

²⁵² SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 804, p. 809, citando a MAITLAND, *Equity*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1936, pp. 23, 29-32, 106-52; MAITLAND, *Selected Essays*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1936, pp. 129-34, 143-47, 170-74. Ver SCOTT, «The Nature of the Rights of the *Cestui Que Trust*», 17 *Col. Law Rev.* 467 (1917); PATTON, The Nature of the Beneficiary's Interest in a Trust, 4 *Miami L. Q.* 441 (1950); WATERS, «The Nature of the Trust's Beneficiary's Interest», 45 *Can. B. Rev.* 219 (1967)

²⁵³ SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 806, citando a MAITLAND que expone su posición, por un lado, que el *cestui* no tiene un interés *jura in rem*, aunque se le parezca, pero por otro lado, indicó que estos derechos son análogos a verdaderos derechos *jura in rem*.

²⁵⁴ SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 807, citando a AUSTIN, J.L., *Lectures on Jurisprudence*, 4th ed., 1879, pp. 380, 392.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 807, citando a AUSTIN, J.L., *Lectures on Jurisprudence*, 4th ed., 1879, pp. 380, 392.

²⁵⁷ *Id.*

interferencia con su relación contractual²⁵⁸, mas no tiene un derecho de propiedad. Un legatario no tiene derechos de propiedad antes del fallecimiento del testador, sólo una expectativa; sin embargo, sí tendría derecho contra terceros que intenten ocasionar que el testador revoque el legado²⁵⁹. De igual forma e independientemente de si el derecho del beneficiario es un Derecho de propiedad, indudablemente tiene derechos contra todo el que participe en el incumplimiento de la confianza del fiduciario²⁶⁰.

2.5. Usos más frecuentes del *trust* moderno

Antes de discutir los tipos de *trusts* que se encuentran con más frecuencia en el tráfico jurídico²⁶¹, hay que distinguir el empleo común de los términos *trust* o *trustee* sin tratarse de la figura del *trust* con las características fundamentales que hemos discutido y que actualmente sirven o históricamente han servido otros propósitos. El uso más común del término fuera de este contexto es el *trustee in bankruptcy* o síndico que nombra un tribunal de quiebras en los casos de insolvencia sometidos a la jurisdicción de los tribunales de quiebras de los EEUU. El síndico nombrado por el tribunal de quiebras no es titular de los bienes ni tiene obligación de manejarlos que no sea otra relacionada con la custodia y administración en el procedimiento de quiebras, tales como deshacer transacciones anteriores a la petición de quiebra que fueren en fraude de acreedores o que se consideran como tratamiento preferencial hacia ciertos acreedores hechas en contemplación del procedimiento de insolvencia²⁶². Tampoco los deberes de este funcionario surgen

²⁵⁸ SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 807, citando a *Lumley v. Gye*, 2 E & B 216 (1853); *Bowen v. Hall*, 6Q.B.D. 333 (1881).

²⁵⁹ SCOTT y ARCHER *supra.*, p. 807, citando ANNOT. «Rights and Remedies Against One Who Induces, Prevents, or Interferes in the Making, Changing, or Revoking of a Will, or Holds the Fruits Thereof», *American Law Reports 2d*, vol.11, 1950, p. 808; *Nemeth v. Banhalmi*, 425 N. E. 2d 1187 (Ill. App. 1981); *Howland v. Smith*, 193 N. Y. S. 2d 140 (App. Div. 1959), confirmado en 177 N. E. 2d 49 (n. Y. 1961); *Thynn v. Thyn*, 1 Vern. 296 (1684).

²⁶⁰ SCOTT & ARCHER §§ 30.1 a 30.6.6.

²⁶¹ Ver HALBACH, E. C. Jr., «The Uses and Purposes of Trusts in the United States», in *Modern International Developments in Trust Law*, HAYTON, D., Kluwer Law International, 1999, pp.123, 133-142.

²⁶² US Bankruptcy Code, 11 U.S.C. 547, 548.

de la declaración de voluntad de un constituyente para crear el *trust* en un instrumento de *trust* o testamento, como es el caso de los *trusts* que nos conciernen. Es un funcionario del tribunal que ejecuta funciones comparables a la de sus homólogos en el derecho continental²⁶³, lo que es indicativo, como señala LANGBEIN, de que el empleo del vocablo *trustee* para referirse a este funcionario es incorrecto²⁶⁴.

Otro empleo del término *trust* en un contexto no relacionado con el Derecho de *trusts* es en el campo de las leyes antimonopolio estadounidenses (*antitrust laws*²⁶⁵) creadas a finales del siglo XIX para regular los conglomerados que por estar el Derecho corporativo en Estado inmaduro en la época, se formaban por medio de *trusts*. Al resultar estos conglomerados nocivos para la libre competencia, dieron lugar a la reglamentación que hasta estos días conserva dicha nomenclatura²⁶⁶; este derecho aplica a todo tipo de personas naturales o jurídicas²⁶⁷. LANGBEIN también hace referencia al empleo incorrecto del término *trust* en la legislación federal o estatal que crea sendos fondos para cubrir necesidades concretas²⁶⁸.

²⁶³ Ver BOTWINIK, D. A. & KENNETH W. W., *European Bankruptcy Laws*, American Bar Association, eds., 2d ed., 1986.

²⁶⁴ LANGBEIN, «The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce», *Yale L. J.*, vol. 107, 1997, p. 165, 168, nota 21.

²⁶⁵ El *Sherman Antitrust Act* (July 2, 1890, cap. 647, 26 Stat. 209, codificado en 15 U.S.C. §§ 1–7) y el *Clayton Antitrust Act* (Pub. L. 63–212, 38 Stat. 730, del 15 de octubre de 1914, 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53) siguen vigentes acompañados de una enorme reglamentación para fomentar la libre y sana competencia.

²⁶⁶ LANGBEIN, *supra.*, «The Contractarian Basis...», p. 631.

²⁶⁷ 15 U.S.C. §1: *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.*

15 U.S.C. § 2: *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony....*

²⁶⁸ LANGBEIN, «The Secret Life...»*supra.*, p. 167, citing *i.g.*, *Leaking Underground Storage Tank Trust Fund*, 26 U.S.C. § 9508 (1994), *Violent Crime Reduction Trust Fund*, 42 26 U.S.C. § 14211 (1994), *Highway Trust Fund*, 26 26 U.S.C. § 9503 (1994), *Citrus Advertising Trust Fund*, Fla. Stat. Ann. § 601.15(7) (Harrison 1978 & Supp 1999), *Quarter Horse Racing Promotion Trust Fund*, Fla. Stat. Ann. § 240.276 (Harrison Supp. 1996). Nos señala que en una búsqueda cibernética en el Estado de la Florida se encontraron 677 *trust funds*.

También el término *trust* se utiliza en algunos Estados norteamericanos como un medio de financiación que sustituye a la hipoteca inmobiliaria, a través de los llamados *deeds of trust*. Bajo este régimen se transfiere la propiedad a un tercero, el *trustee*, que mantiene el título para asegurar el pago de una deuda cuyo rol es análogo a un acreedor hipotecario²⁶⁹. Según SCOTT, los principios de las últimas reformulaciones del Derecho de *trusts* norteamericano no aplican a este tipo de *trust*, que a su vez se rige por el Derecho de las obligaciones sujetas a garantías²⁷⁰.

Otra instancia en que se utiliza el término *trust* con propósitos diferentes es el que utilizan accionistas corporativos para votar en bloque, el llamado *voting trust*. Se transfiere el título y con ello los derechos de voto a un *trustee* por un término definido con el fin de que ejerza el voto en actuaciones corporativas, como por ejemplo, evitar una compra hostil²⁷¹. Estos tipos de *trusts* están regulados por el Derecho corporativo.

Como hemos visto al discutir la visión anglosajona del *trust* como acto contractual²⁷², LANGBEIN señala que el Derecho de los *trusts* no se estudia desde la perspectiva del Derecho contractual principalmente porque esta institución surgió como un medio para efectuar traspasos gratuitos²⁷³ de la propiedad enmarcados en el Derecho regulador de los traspasos de la propiedad (*law of conveyancing*²⁷⁴). Es más conocida la institución del *trust* en la planificación sucesoria, particularmente donde existen fortunas importantes y el constituyente desea proveer para su cónyuge e hijos. Los *trusts* privados y expresos, *inter vivos* o los testamentarios --*mortis causa*-- son los que se utilizan en la planificación sucesoria.

²⁶⁹ NELSON, G.S. y WHITMAN, D.A., *Real Estate Transfer, Finance and Development, Cases and Materials*, 3d ed., West Pub. Co., St. Paul Minn. 1987, p. 104.

²⁷⁰ SCOTT y ASCHER, *supra.*, § 2.1.1, p. 34. Cfr. *Fiducia cum creditore*.

²⁷¹ http://www.law.cornell.edu/wex/voting_trust.

²⁷² Ver sección 2.3 de este capítulo, *supra.*

²⁷³ LANGBEIN, *supra.*, «The Contractarian Basis...», *op. cit.*, p. 633 hace referencia a cinco ediciones (de 1791 a 1844) que sólo tratan el *trust* como medio de traspasar la propiedad; cita la segunda edición GILBERT, G., *The Law of Uses and Trusts*, 2d ed., Henry Lintot, London, 1741.

²⁷⁴ LANGBEIN, *supra.*, «The Contractarian Basis... », *op. cit.*, p. 633.

El *trust* dejó de ser un medio de traspasar bienes inmuebles para la mera tenencia, a uno donde el *trustee* sirve la función de tenedor y administrador de activos financieros²⁷⁵. Éstos son los llamados *trusts* de negocios (*business trusts*), cuyo objeto principal ha sido sustituir la incorporación de un negocio y han quedado fuera de las tres reformulaciones del Derecho de *Trusts* norteamericano²⁷⁶. Una de las ventajas principales de establecer un *trust vis. a vis.* una corporación o sociedad es la protección que tienen los beneficiarios en caso de la insolvencia del *trustee*. El *Restatement Second, Trusts* dispone que no obstante la insolvencia del *trustee*, en virtud de tratarse al beneficiario como propietario (*equitable or beneficial owner*) del *corpus*, éste retiene la propiedad objeto del *trust* frente a las reclamaciones de los acreedores generales (no asegurados—*i.g.*, sin garantías hipotecarias) del *trustee*²⁷⁷. Favorece ese efecto el hecho de que el Derecho de *trusts* considera que los bienes del *trust* permanecen separados del patrimonio personal del *trustee*²⁷⁸.

²⁷⁵ LANGBEIN, *supra.*, «The Contractarian Basis.... », *op. cit.*, p. 637.

²⁷⁶ SCOTT y ASCHER, *supra.*, § 2.1.2, p. 34, cita al profesor LANGBEIN, «The Secret Life...», *supra.*, pp 166-168. Sin embargo, el profesor en este artículo no postula que los *trusts* de la naturaleza de los citados tengan que considerarse como un cuerpo del derecho de los *trusts* aparte, como señala SCOTT. LANGBEIN lamenta que en la segunda reformulación del Derecho de los *Trusts* se los haya excluido. Postula que el *trust* ha ido evolucionando en sus propósitos y en el tipo de bienes objeto del *trust*: de tenedor de bienes inmuebles de una sociedad rural, a la tenencia de un portafolio de inversiones. ASCHER, *supra.*, nota 3, insiste en mantener estos *trusts* comerciales fuera del campo del Derecho de *trusts* por haberse desarrollado este Derecho en el contexto de transferencias gratuitas, los términos de los *trusts* comerciales contienen cláusulas que distan sustancialmente de los estándares comúnmente hallados en el Derecho que regula las relaciones fiduciarias en los *trusts* (*trust fiduciary law*), además de que los *trusts* comerciales están cubiertos por legislación y jurisprudencia especializada. Cf. HANSMANN/ MATTEI, «The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis», *New York Univ. Law Rev.*, vol. 73, 1998, p. 434; SCHWARCZ, «Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery», *Bus. Law.*, vol. 58, 2003, p.559.

²⁷⁷ LANGBEIN, «The Secret Life...», *supra.*, p. 179, citando, respectivamente, el *Restatement Second, Trusts* (1959) §12, comentario f y comentario a: '[a]lthough a trustee becomes insolvent or bankrupt, the beneficiary retains his interest in the subject matter of the trust,' and, accordingly, the beneficiary 'is entitled [to retain that interest] as against the general creditors of the trustee'. 'The beneficiary of a trust has the beneficial interest in the trust property, whereas a creditor of a trustee has 'merely a personal claim against the debtor trustee'.

²⁷⁸ La § 810 del *Uniform Trust Code*, revisión de 2005, dispone: (b) *A trustee shall keep trust property separate from the trustee's own property....*

Según el profesor LANGBEIN, el tipo de **trust comercial** de mayor utilización es el del manejo de pensiones a nivel privado²⁷⁹. Para finales del 1996 se estimaba que los fondos privados de pensiones en *trusts* ascendían a tres mil millones de dólares²⁸⁰. A la vez, estos planes de pensión poseían alrededor de 900 mil millones de dólares en activos de cuentas de compañías de seguros—*life insurance company accounts*—que, salvo por el nombre, son en efecto *trusts*²⁸¹. De los planes de retiro de empleados de gobierno estatal y federal, 1,6 mil millones de dólares estaban representados en activos en *trusts*²⁸². Los fondos de retiro estadounidenses eran titulares de un cuarto del capital (*equity*) y de la mitad de la deuda corporativa²⁸³.

En EEUU los fondos de pensiones están reglamentados a nivel federal por la ley *Employee Retirement Income Security Act of 1974*²⁸⁴ (ERISA, por sus siglas en inglés,) que establece como requisito de cualificación para acogerse a los beneficios fiscales, que el fondo esté manejado en forma de *trust*²⁸⁵. Ya desde el 1921 el gobierno federal había requerido que los fondos de pensiones se administrasen en forma de *trusts* de para acceder a los beneficios fiscales, salvo que la totalidad de los activos estuviesen invertidos en contratos de seguro²⁸⁶. Tanto la jurisprudencia como las agencias gubernamentales interpretando ERISA

²⁷⁹ LANGBEIN, «The Secret Life...», *supra.*, p., pp. 168,169.

²⁸⁰ LANGBEIN, «The Secret Life...», *supra.*, p. 168.

²⁸¹ LANGBEIN, «The Secret Life...», *supra.*, p. 169, citando LANGBEIN y WOLK, *Pension and Employee Benefit Law*, 2d ed., Foundation Press, 1995, p. 20.

²⁸² LANGBEIN, «The Secret Life...», *supra.*, p. 169, citando PENSION INVESTMENT REPORT-1ST QUARTER 1997, Employee Benefit Research Inst., Washington, D.C., julio 1997, p. 29 tabla13.

²⁸³ LANGBEIN, «The Secret Life...», *supra.*, p. 169.

²⁸⁴ 29 U.S.C. §§ 1001-1461 (1994).

²⁸⁵ LANGBEIN, «The Secret Life...», *supra.*, p. 169, citando el Código de Rentas Internas de EEUU, 42 Stat. 227, 247 (1921), codificado, según enmendado, en 42 U.S.C. § 401(a) (1994). Refiere también que el *Taft Hartley Act*, 61 Stat. 136 (1947), codificado según enmendado, en 29 U.S.C. § 141-144, 151-167, 171-187, 557 (1994), ley sobre relaciones laborales, requiere el uso de *trusts* en planes de pensiones de convenios colectivos de múltiples patronos.

²⁸⁶ LANGBEIN, «The Secret Life...», *supra.*, p. 169, citando ERISA §403, 29 U.S.C. §403(b)(1)-(2), 29 U.S.C. §1103(b)(1)-(2); igualmente el código de rentas internas exime de dicho requisito cuando los fondos se invierten exclusivamente en contratos de seguro, 42 U.S.C. §403(a), 404(a)(2) (1994).

se han fundamentado en el Derecho de *trusts* recabado en el *Restatement Second, Trusts* y en los tratadistas principales de la materia, sobre todo en cuanto a los deberes fiduciarios del *trustee*²⁸⁷. Este esquema además de facilitar el ahorro a los empleados, igual que ocurre con los *trusts* privados, sirve la función de planificación sucesoria al requerir el traspaso de los beneficios no distribuidos al beneficiario designado por el/la empleado(a) o al cónyuge supersite²⁸⁸.

El tipo más común de estos ***trusts de inversión*** se encuentra en los fondos mutuos de inversión. Según el profesor LANGBEIN, para el año 1997 los fondos mutuos estadounidenses ascendían a la suma de aproximadamente 4 mil millones de dólares en activos, de los cuales más de la mitad se encontraban en forma de *trust* (*investment trusts* o *unit trusts*) y la otra en entidades corporativas (*investment companies*)²⁸⁹. La utilización del *trust* ha ofrecido la ventaja de que tanto su creación como la administración del *trust* es más sencilla que la incorporación²⁹⁰. Varios Estados, sin embargo, han enmendado su legislación corporativa para añadir ventajas del *trust*, como, por ejemplo, obviar los costes envueltos en la celebración de la reunión anual de accionistas²⁹¹. A nivel federal se han equiparado las normas que aplican a los gerentes de las compañías de inversión con los deberes fiduciarios del *trustee*²⁹².

El mecanismo de **titularización**²⁹³ de activos surge en los EEUU durante finales de

²⁸⁷ LANGBEIN, «The Secret Life...», *op. cit.*, p. 169.

²⁸⁸ LANGBEIN, «The Secret Life...», *op. cit.*, p. 170, citando sendas disposiciones de ERISA (29 U.S.C. § 1055A (1994) y el Código de Rentas Internas federal [§401(a)(11)] que requieren que la mayoría de los fondos de pensiones distribuyan los beneficios del/la trabajador(a) al cónyuge supersite.

²⁸⁹ LANGBEIN, «The Secret Life...», *op. cit.*, pp. 170-171.

²⁹⁰ LANGBEIN, «The Secret Life...», *op. cit.*, pp. 186-188.

²⁹¹ LANGBEIN, «The Secret Life...», *op. cit.*, p. 171, notas 40, cita JONES, S.A., *et als.*, «The Massachusetts Business Trust and Registered Investment Companies», *Delaware Journal of Corporate Law*, vol 13, 1988, pp. 421, 422, notas 129-131 cita legislación del Estado de Maryland que flexibilizó su ley corporativa [1987 Md. Laws 242, Md. Code Ann., Corps & Ass'ns § 2-501 (1993)].

²⁹² LANGBEIN, «The Secret Life...», *op. cit.*, p. 187, citando el *Investment Company Act* de 1940, Pub. L. No. 76-768, 54 Stat. 789, codificado en 15 U.S.C. § 77(b), 80 a-1a 64, 80b-1a 80b-21 (1994).

la década de los años setenta como medida de financiación a grande escala. Estos *trusts* se conocen como *bond* o *debenture trusts*. Facilitan que una empresa pueda convertir sus activos ilíquidos en valores pudiendo acceder al mercado financiero y bursátil facilitando la financiación para la ejecución de sus proyectos u operaciones. Es un mecanismo más ventajoso que los métodos tradicionales de financiación en la medida en que el coste es menor y a un mayor plazo.

En este esquema generalmente un originador traspasa o cede sus activos ilíquidos--que representan un flujo periódico y predecible de ingresos futuros, tales como créditos con o sin garantía real-- a un fondo en *trust* que recibe en agrupación o empaquetamiento con otros activos similares de otros emisores, con la emisión de títulos con cargo a esos activos, que se colocan y negocian en el mercado, de manera que se garantice que los titulares de los valores reciban la remuneración por el dinero adelantado. El titular de los activos del fondo bajo este esquema es el *trustee*, que los retiene para beneficio de los inversionistas, por lo que recibe una remuneración.

Con el propósito de crear un medio de inversión accesible a los ciudadanos norteamericanos, en 1960 se aprueba una ley creando los ***trusts de inversión inmobiliaria***, (*Real Estate Investment Trusts*). Estos REITs operan de manera similar a los fondos mutuos. Muchos inmuebles que generan rentas, tales como complejos de apartamentos, centros comerciales, hoteles, almacenes o edificios de oficinas, incluso hipotecas o préstamos, son gestionados bajo el régimen de los REITs. Éste brinda a los inversionistas la oportunidad de recibir ingresos de diversas propiedades inmuebles empacadas en un fondo de inversión sin tener cada inversionista que adquirir el título de propiedad de un inmueble concreto. Los REITs pueden adquirir varias propiedades y cobrar la renta para sus inversionistas (*equity REITS*) o invertir en hipotecas inmobiliarias y recibir el ingreso de sus intereses (*mortgage REITS*). Están reglamentados por legislación federal que ofrece ventajas fiscales sujeto a varios requisitos reglamentarios, entre los cuales están que el 75% de sus activos esté invertido en bienes raíces, así como que el

²⁹³ Ver FIGUEROA, D., *supra.*, pp. 744-745.

75% de sus ingresos se genere de estos activos, pagar al menos 90% de su ingreso tributario en dividendos a sus accionistas, entre otros²⁹⁴.

Otros tipos de *trusts* son los que se crean para fines concretos, los ***purpose trusts***. El más común de éstos es el charitable *trust*. Dispone el *Uniform Trust Code* que el ***charitable trust*** es aquel *trust* que se crea para propósitos caritativos²⁹⁵ tales como erradicar la pobreza, promover la educación, religión, la sanidad, u otros propósitos gubernamentales o beneficiosos para la comunidad²⁹⁶. Si el instrumento constitutivo del *trust* no establece un beneficiario o los propósitos del *trust*, el tribunal podrá nombrar un beneficiario y propósito consistente con los deseos del constituyente²⁹⁷. Estos tipos de *trusts* no están sujetos a la restricción sobre disposiciones testamentarias alejadas en el tiempo, que se conoce como la *rule against perpetuities*, que invalida una disposición de un interés en propiedad que no quede adquirido definitivamente (*vested*) antes de un término de veintiún años después de una vida existente al momento de su creación²⁹⁸.

Los llamados ***land trusts***, dentro de la clasificación de *purpose trusts*, se han definido como organizaciones gubernamentales sin fines pecuniarios que adquieren tierras o servidumbres, ya sea mediante adquisición o donaciones, con el fin de conservarlas en beneficio del público²⁹⁹. Existen otros *trusts* para otros propósitos particulares tales como mantener mascotas, erigir monumentos, edificar o mantener tumbas, promover actividades tales como la caza, mantenimiento de edificios históricos, entre otros.

²⁹⁴ Ver www.reit.com; 26 IRC §§ 856-859.

²⁹⁵ UTC definiciones § (103) (4).

²⁹⁶ UTC § 405 (a).

²⁹⁷ UTC § 405 (b). La doctrina de *cy pres* dispone que si cambian las circunstancias el tribunal puede nombrar un beneficiario con propósitos similares al que originalmente deseaba el constituyente. Ver U.T.C. § 413.

²⁹⁸ *A common law property rule that states that no interest in land is good unless it must vest, if at all, not later than twenty-one years after some life in being at the creation of the interest. Because the meaning of this rule is virtually impossible to decipher, many states have modified it, and some have abolished it altogether.* Nolo's Plain English Law Dictionary.

²⁹⁹ McLAUGHLIN, N., «The Role of Land Trusts in Biodiversity Conservation of Private Lands», *Idaho L. Rev.*, vol. 38, 2002, p. 453.

También se consideran *purpose trusts* los llamados ***asset protection trusts***. Entre éstos están los ***spendthrift trusts***, que se establecen para proteger los activos de un(a) beneficiario(a) que el constituyente desea proteger debido a su falta de capacidad para administrar bienes, aunque no se haya determinado judicialmente dicha discapacidad o prodigalidad. Este *trust* se emplea con los pródigos e impide que el beneficiario pueda transferir los activos del *trust* limitando las cantidades que deba recibir³⁰⁰.

Otra modalidad de *asset protection trust* se utiliza en combinación con una sociedad limitada, es muy popular para la protección de activos. En la mayoría de los casos se utiliza un *trust* foráneo-*offshore*-- que sería el sería dueño, por ejemplo de 99% de interés en la sociedad limitada y a su vez tener un interés como socio general, de esta forma se le aísla aún más al fondo de acreedores futuros³⁰¹. La nomenclatura de *offshore trust*, que se refiere también como «*international trust*», se debe limitar a aquellos *trusts* creados bajo el derecho de aquellas jurisdicciones que promueven y mercadean el empleo del *trust* en el extranjero³⁰². Un *trust* que evoca al Derecho Internacional Privado por tener conexiones o propiedades en distintos Estados, no necesariamente caería dentro de esta categoría³⁰³. Este concepto de *trust* tiene su fuente exclusivamente en legislación interna, inspirada en el modelo anglosajón, aunque no todos estos países tienen su Derecho derivado del *common law*, como lo son Malta, Isla Mauricio y las Seychelles. Guernsey y Jersey tienen influencia del derecho normando y del derecho francés antes de la codificación³⁰⁴.

³⁰⁰ HALBACH, E.C., en «The Restatement Third of Trusts: a Look Ahead», *Modern International Developments in Trust Law*, HAYTON, D., edtr., Kluwer Law International, 1999, p. 210.

³⁰¹ SYMPOSIUM, «The Rise of the International Trust», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, p.779, 1999, pp. 810-811.

³⁰² HOWARD, C., «Trust Funds In Common Law And Civil Law Systems: A Comparative Analysis», *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 13, Spring, 2006, p. 343, citando a GLASSON J., «The Phenomenom of the International Trust», nota de Introducción del editor originales de *The International Trust*, GLASSON, J. y THOMAS, G., eds., 2d ed., Vol. 1, Jordans, 2006.

³⁰³ HOWARD, *op. cit.*, p. 345-346.

³⁰⁴ LUPOI, M., *Trusts: A Comparative Study, supra*.

Es precisamente el *offshore trust* uno de los mecanismos empleados en los esquemas desvelados por el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ) con sede en Washington, publicando la filtración masiva de unos 11,5 millones de documentos en los archivos del bufete panameño Mossack Fonseca³⁰⁵, que abarcan casi cuatro décadas y demuestran cómo los líderes políticos y empresas mundiales se esconden y lavan dinero, evaden impuestos y financian el tráfico de drogas y armas. Había sido la filtración de datos a periodistas mas grande de la historia hasta la reciente filtración de los *Paradise Papers*³⁰⁶. Crear una compañía, incluso tipo pantalla («*shell*») o un *offshore trust* en un paraíso fiscal no es de por sí ilegal, a menos que se utilicen para evadir obligaciones con el fisco, para ocultar el producto de actividades ilegales como el tráfico de estupefacientes o de armas y la financiación del terrorismo.

Antes de la revelación del fenómeno en la magnitud de este evento, se habían creado instituciones con el propósito de combatir el crimen y lavado de dinero. Entre éstas está el *Financial Action Task Force on Money Laundering*³⁰⁷ («FATF», por sus siglas en inglés), del cual son miembros muchos integrantes de la UE y EEUU. La misión de FATF es combatir el lavado de dinero, la financiación del terrorismo y otras amenazas a la integridad de los sistemas financieros, mediante el establecimiento de políticas y recomendaciones³⁰⁸ que resulten en la implantación de normativas y regulación a nivel nacional en estas áreas. A esta fecha hay 198 jurisdicciones en el mundo que han implementado medidas recomendadas por FATF y se está evaluando la efectividad de la ejecución de estas

³⁰⁵ Diario EL MUNDO, 4 de abril de 2016.
<http://www.elmundo.es/economia/2016/04/04/5702250d22601d5b6d8b45c1.html>

³⁰⁶ En esta investigación hay implicados 13,4 millones de documentos, 1,4 terabytes de información. Diario EL CONFIDENCIAL, 5 de noviembre de 2017.
https://www.elconfidencial.com/economia/paradise-papers/2017-11-05/que-es-paradise-papers-claves_1470640/

³⁰⁷ <http://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>

³⁰⁸ *Id.*

medidas³⁰⁹. Todavía hay mucho que hacer en cuanto a la transparencia³¹⁰ sobre los titulares de los beneficios y fiscalizar a los facilitadores profesionales, abogados, banqueros y contables, requiriendo la investigación de sus clientes (*customer due diligence*) para identificar a los beneficiarios. Compete a las autoridades gubernamentales pertinentes establecer esos mecanismos efectivos para ejecutar estas medidas eficientemente.

Los EEUU y la Unión Europea habían establecido normativas para evitar el fraude fiscal y blanqueo de dinero precisamente tomando en consideración la utilización de entidades, incluyendo el *trust*, en los paraísos fiscales, que se conocen por beneficiosas exenciones contributivas, anonimidad y limitada supervisión gubernamental³¹¹. A raíz de estos eventos, se revisarán las normas existentes para favorecer la transparencia en las transacciones transnacionales y reforzar los mecanismos de identificación de fuentes para rastrear los fondos que surgen de actividades ilícitas.

La UE a través del Parlamento ha creado una comisión de investigación sobre los Papeles de Panamá, que tendrá doce meses para analizar las filtraciones y si los países y la Comisión Europea han cumplido sus obligaciones al respecto en la lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales.

Actualmente en los EEUU el gobierno federal requiere la divulgación de información de *trusts* foráneos, imponiendo penalidades por su incumplimiento³¹². Hoy en día hay un proyecto de ley en el Congreso de EEUU—denominado *Corporate*

http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf

³⁰⁹ <http://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>

³¹⁰ Comentó al citado artículo del diario EL CONFIDENCIAL la profesora Sonia MARTÍN SANTISTEBAN de la Universidad de Cantabria: “El problema no es el trust sino la **falta de transparencia**.” (énfasis en texto original).

³¹¹ ZAGARIS, B., «A Brave New World: Recent developments in anti-money laundering and related litigation traps for the unwary in international trust matters», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, 1999, p. 1023.

³¹² Las disposiciones contra el lavado de dinero en EEUU se encuentran en los tomos 12, 18, y 31 del Código de EEUU.

*Transparency Act*³¹³, cuyo propósito es lograr transparencia a la hora de la formación de entidades corporativas para requerir la divulgación de información de la identidad del beneficiario de la entidad. Ante una medida similar del año 2011 el *American Bar Association* se opuso vehementemente pues trataría a los profesionales del Derecho como entidades financieras sujetos a los requisitos del *Bank Secrecy Act* sobre revelación de datos e informes de actividades ilícitas³¹⁴.

2.6. Figuras análogas y distinguibles del *trust* anglosajón

El *trust* comprende elementos que encontramos en otras figuras e instituciones jurídicas, muchas de ellas son conocidas en el Derecho civil como «negocios de confianza»: el mandato, comodato, el albaceazgo, la tutela, el contrato para beneficio de tercero, el negocio fiduciario, entre otras. Debido a que estas figuras tienen elementos compartidos con el *trust*, incluyendo el del cargo de confianza, es importante tener en cuenta las diferencias de estas otras figuras para en su utilización al traducir el *trust* a un sistema civilista evitar resultados equívocos e injustos, pero concientes de que servirán para dar efectos a un *trust* anglosajón en un país que no cuenta con la institución del *trust* en su Derecho interno.

Para LEPAULLE, la **fiducia romana** es la institución gemela del *trust* en el Derecho civil, mayormente porque disocia la titularidad jurídica de una cosa del beneficio económico similar a lo que ocurre con el *trust* con la titularidad del dominio en el *trustee*, pero el disfrute de los beneficios corresponde al beneficiario³¹⁵. En esta figura se traspasa la titularidad del bien pero no el disfrute del bien, sino

³¹³ *To amend title 31, United States Code, to ensure that persons who form corporations or limited liability companies in the United States disclose the beneficial owners of those corporations or limited liability companies, in order to prevent wrongdoers from exploiting United States corporations and limited liability companies for criminal gain, to assist law enforcement in detecting, preventing, and punishing terrorism, money laundering, and other misconduct involving United States corporations and limited liability companies, and for other purposes.* H. R. 3089, 115th Congress, 1st session, June 28, 2017. Ver también *Incorporation Transparency and Law Enforcement Assistance Act*, S. 2489, 114th Congress, 2d session, February 3, 2016.

³¹⁴

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/2011/gao/2011dec16_incorptransparency_1.authcheckdam.pdf Para una perspectiva sobre estos asuntos ver <http://www.millenniumdipr.com/n-225-paraisos-fiscales-mitos-y-realidades>.

³¹⁵ LEPAULLE, P., «Civil Law Substitutes for Trusts», *Yale L. J.*, vol. 36 1927, pp. 1126, 1138-1139.

conjuntamente con la obligación de administrar la propiedad para beneficio de un tercero donde los acreedores del beneficiario no podían ir contra estos bienes³¹⁶. La gran diferencia con el *trust* es que el fiduciario recibe la totalidad de la titularidad del bien y el beneficiario solo tiene un derecho *in personam* contra el fiduciario, viniendo a compartir su posición con todos los acreedores generales del fiduciario en caso de insolvencia y no había ninguna tutela judicial que amparase al beneficiario contra un cesionario del fiduciario. Tradicionalmente se encuentran dos tipos de fiducia: la fiducia-gestión o pura con su modalidad fiducia-liberalidad, y la fiducia-garantía o mixta³¹⁷.

La teoría del **negocio fiduciario** surge en Alemania a finales del siglo XIX basándose en unos textos romanos que los pandectistas transmitieron a la civilística moderna, pasando a Italia y a España, con mayor dificultad por ser sistemas más causalistas³¹⁸. En España la figura fue acogida por la doctrina, mas no está regulada en el CC español³¹⁹. La teoría clásica del negocio fiduciario, la del doble efecto, postula que es un negocio jurídico abstracto de naturaleza compleja donde confluyen dos contratos independientes: por un lado está el contrato de naturaleza real de transmisión plena del dominio, y por otro está el acto obligacional (*pactum fiduciae*) por el que el adquirente formal se compromete a transmitir la cosa al fiduciante cuando se hubiera cumplido la finalidad fiduciaria³²⁰. La titularidad del adquirente fiduciario es completa y perfecta, de manera que si transmitía la cosa a un tercero de mala fe, la transmisión era válida y eficaz y el fiduciante solo podía dirigirse contra él exigiendo una indemnización por daños y perjuicios³²¹. Los acreedores del fiduciario podían ejecutar y embargar el bien

³¹⁶ LEPAULLE, P *op cit.* p. 1138-1139.

³¹⁷ Vienen la primera de la romana *fiducia cum amico* y la segunda de *la fiducia cum creditore*. Ver capítulo 1, § 1.1.1, *supra*.

³¹⁸ DE ARESPACOHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, Pons, Madrid, 2000, p.18.

³¹⁹ ROJAS., *supra.*, p. 6, nota 17, cita ndo a DE CASTRO; DE ARESPACOHAGA, J., *El trust, la fiducia...op.cit.*, p.19.

³²⁰ ROJAS., *supra.*, p. 6, nota 17.

³²¹ *Id.*

transmitido³²². Esta teoría del doble efecto antes mayoritaria en el Derecho español³²³, fue abandonada después de la crítica de DE CASTRO, quien explica que el negocio fiduciario supone la atribución al fiduciario de la llamada «titularidad fiduciaria»³²⁴. Para DE CASTRO, el negocio fiduciario sería un negocio simulado relativamente, de manera que la transmisión de la propiedad sería también una transmisión simulada, pero que oculta un negocio que sí se quiere; como no hay transmisión de la propiedad, continúa en el fiduciante, pero el fiduciario se presenta ante el exterior como titular dominical de la cosa—la titularidad fiduciaria, con origen en el pacto fiduciario³²⁵. Conforme a esta titularidad, si el fiduciario dispone de la cosa a un tercero de buena fe y a título oneroso la transmisión sería válida y eficaz, pero no puede ser considerado propietario en los demás casos³²⁶. Sugiere CÁMARA LAPUENTE que a esa titularidad fiduciaria se añade el patrimonio de afectación o patrimonio dedicado a un fin, lo que resultaría en un acercamiento del negocio fiduciario español al *trust* convencional³²⁷. Explica que de esa manera el fiduciario ostentaría sobre dicho patrimonio una titularidad formal o fiduciaria, de carácter formal o transitoria pero que no ingresa en su propio patrimonio, requisito

³²² ROJAS., *supra.*, p. 6, nota 17, citando a DE CASTRO.

³²³ Ver Resolución de DGRN de 26 de diciembre de 1946. La STS de 8 de marzo de 1963 discute la teoría del doble efecto—la transmisión plena de la propiedad con la obligación de retransmitir cuando se cumpla la obligación garantizada—pero concluye que aunque frente a terceros la fiduciaria ostentase la titularidad *erga omnes* con todas las facultades inherentes al dominio, respecto del fiduciante—la relación interna—únicamente obtuvo una propiedad formal y sujeta a la condición que origina a favor del fiduciante un derecho de reversion exigible mediante una acción personal que surge de la *bona fides*.

³²⁴ ROJAS., *supra.*, p. 6, nota 17, citando a DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

³²⁵ ROJAS., *supra.*, p. 6. GRASSETTI define el negocio fiduciario como una manifestación de la voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio, pero en interés, o también en interés, del transferente o de un tercero. ROJAS, *supra.*, p. 6. La atribución al adquirente es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial, cuyo fin, entiende GRASSETTI, es un fin atípico no previsto por el ordenamiento jurídico. *Id.*, citando a GRASSETTI, «Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico», *Rivista di Dritto Commerciale*, 1936.

³²⁶ ROJAS., *supra.*, p. 6.

³²⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., «Operaciones fiduciarias o trusts en el Derecho español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 75, nº1 654, 1999, pp. 1757-1866.

op. cit., 1999.*supra.*, p. 1779.

del *trust* convencional que abundaremos más adelante³²⁸. La autonomía del patrimonio le llevará a una universalidad jurídica que proviene del destino al fin concreto donde operaría la subrogación real y la responsabilidad autónoma hasta su conclusión³²⁹.

Se ha visto el negocio simulado como figura análoga al *trust* en algunos países que desconocen la figura y lo ven como un negocio con aparente transmisión de la propiedad cuando la intención es crear un mandato. MALAUMIAN entiende que esta teoría es errónea y está desacreditada³³⁰. El Tribunal Económico Administrativo Central de España señala que el negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona—fiduciante—transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta —el fiduciario³³¹, siendo la esencia de la fiducia la atribución patrimonial que uno de los contratantes (el fiduciante) hace a favor del otro (fiduciario) para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlo al fiduciante o a un tercero cuando se hubiere cumplido la finalidad prevista³³². Es el negocio mediante el cual las partes utilizan un negocio jurídico para resultados distintos de los que ordinariamente se derivan por él y se caracteriza por la desproporción entre el negocio celebrado (transmisión de la

³²⁸ *Id.*

³²⁹ CÁMARA LAPUENTE, *supra.*, p. 1779.

³³⁰ MALUMIAN, *supra.*, p. 62. Señala CÁMARA LAPUENTE, que en España se ha apreciado una tendencia doctrinal de considerar en el plano de los efectos al negocio fiduciario con la simulación relativa. CÁMARA LAPUENTE, S., «Operaciones fiduciarias o *trusts* en el Derecho español», *RCDI*, 1999, pp. 1815-1818. Comparando la figura de la simulación relativa con la fiducia, en la simulación relativa se expresa una causa falsa celebrando un negocio que encubre otro negocio que es concluido y deseado, resultando que si se prueba la existencia y validez del acto disimulado, éste será válido y sólo se anulará el acto simulado. *Id.*, p. 1816, citando el artículo 1.276 del CC español.

ROJAS, *supra.*, p. 46, alude al negocio indirecto como aquel recurso que utilizan las partes para conseguir no el fin práctico de ese negocio, sino un fin diferente. Citando a SOLER, O. H., CARRICA, E., NIETO BLANC, E., *El fideicomiso: sus aspectos jurídicos y tributarios*, 2000, p. 1: es un negocio complejo, donde coexisten las formas jurídicas que la visten, con la realidad económica que la motiva y donde no hay correlación entre el fin perseguido y el medio jurídico empleado, lo cual los ubica en los negocios indirectos, que son aquellos que, para obtener un determinado efecto jurídico, emplean una vía transversal u oblicua.

³³¹ ROJAS, *op. cit.*, p. 7, citando la resolución 116/2005 del 23/11/2006.

³³² ROJAS, *op. cit.*, p. 7. Ver Sentencia del Tribunal Supremo español de 2 de diciembre de 1996.

propiedad) y la finalidad perseguida por las partes: la *fiducia cum creditore*, proporciona una garantía al fiduciario-acreedor, quien deberá transmitir la propiedad al deudor una vez pagada la deuda, y en la *fiducia cum amico*, el negocio se da en supuestos donde el bien se transmite al fiduciario—gestor con finalidad de administración³³³, cobro u otra³³⁴.

El negocio fiduciario, aunque una figura muy parecida al *trust*--donde media la transferencia de la propiedad con el pacto de que el fiduciario lo utilice para fines determinados, una vez cumplidos sus propósitos se retransmite al transferente o su designado—carece, como las figuras que hemos mencionado dentro del ámbito del derecho contractual, de naturaleza de Derecho real que caracteriza al *trust*: su oponibilidad a terceros—eficiencia *erga omnes*. Como expresa VIRGOS SORIANO, los efectos del negocio fiduciario son diferentes al *trust*: el fiduciante tiene una posición en un sentido más fuerte que la del constituyente del *trust*, pues es parte de un contrato ordinario con él, pero por otra más débil, pues la propiedad pasa de un modo absoluto al fiduciario y a su vez la posición del beneficiario es también débil, protegida por el Derecho de obligaciones, pero no con fuerza de vínculo real³³⁵. Concluye que los negocios fiduciarios son válidos en el Derecho español, pero no producen el efecto formalmente pretendido de transmisión de la plena propiedad, sino otro distinto y acorde con la causa de gestión o garantía finalmente pretendida³³⁶. Por lo tanto, la eficacia de la *fiducia cum amico* sería la de un contrato de mandato o de comisión, y la de la *fiducia cum creditore* la de la constitución de un Derecho real de garantía a favor del fiduciario—tales como la prenda o la anticresis, siempre que se satisfagan los requisitos del Derecho común para su constitución³³⁷.

³³³ VIRGOS SORIANO, M., *El Trust y el Derecho Español*, Thompson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 49, citando la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 2 de diciembre de 1996.

³³⁴ ROJAS da el ejemplo de traspasos de bienes de la iglesia a particulares durante la Guerra Civil española con el fin de evitar que el Estado los absorbiera. ROJAS, *supra*, p. 7, nota 19.

³³⁵ VIRGOS SORIANO, M., *supra.*, p. 51, citando a SCHNITZER, «Die treuhand (der Trust) und das internationale privatrecht», *Gedächtnisschrift L. Marker*, 1963, págs. 53 y ss., pág 73.

³³⁶ VIRGOS SORIANO, M., *supra.*, p. 53.

³³⁷ VIRGOS SORIANO, M., *supra.*, p. 53, citando a CARRASCO PERERA, A., *Tratado de Derechos de Garantía*, Madrid, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 1065 y ss.

La transmisión de la propiedad en el negocio fiduciario servirá simplemente para crear una apariencia de titularidad dominical a favor del fiduciario, pero no la titularidad material³³⁸. La denominación de propiedad formal utilizada a menudo en la jurisprudencia no encubre una propiedad verdadera, sino una titularidad externa; lo que se refiere la doctrina española como «titularidad fiduciaria», con significado distinto al que tiene en otros ordenamientos³³⁹. Esto es congruente con la regulación legal de los fiduciarios en los negocios *mortis causa* que hacen los Derechos civiles autonómicos en España, como por ejemplo «los herederos de confianza», quienes son designados como herederos o legatarios para que den a los bienes el destino que el testador les haya encomendado confidencialmente³⁴⁰.

Como se ha visto anteriormente, el *trust* se puede crear mediante testamento en los ordenamientos que conocen la figura. En el Derecho civil y en los Derechos autonómicos, aunque hay distintos mecanismos que establecen vertientes de la fiducia en el ámbito de las disposiciones testamentarias que facilitarían la transposición del *trust* al Derecho español de ser el Derecho aplicable, no producen resultados que lleguen a equipararse al *trust*, que los logra unificadamente a través de una figura única, por lo que habría que realizar combinaciones complicadas entre distintos mecanismos a la hora de «transponer» el *trust* de un ordenamiento que lo conoce al español que lo desconoce, por ejemplo³⁴¹.

No obstante lo anterior, CÁMARA LAPUENTE entiende que el negocio fiduciario es la clave para una aproximación certera al *trust* anglosajón pues tiene afinidad institucional con el *trust* internacional regulado en el Convenio de La Haya, cuya figura, en conjunto o aisladamente con otras figuras tradicionales del Derecho son

³³⁸ VIRGOS SORIANO, M., *op. cit.*, p. 53, citando DE CASTRO, *El negocio jurídico*, *supra*, p. 423.

³³⁹ VIRGOS SORIANO, *supra.*, pp. 55-56. Ver Resolución de la DGRN de 14 de junio de 1922, y la STS de 23 de mayo de 1935.

³⁴⁰ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 56, citando Leyes 289 y ss. De la Compilación de Navarra, arts. 150 y ss. del Código de Derecho de Sucesiones de Cataluña.

³⁴¹ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p.79.

aptas para desempeñar las funciones que el flexible *trust* abarca³⁴². La jurisprudencia española ha reconocido el derecho de rescate del fiduciante en la fiducia-garantía cuando el fiduciante se niegue a restituir o haya enajenado el bien a un tercero adquirente, cuya protección ha de depender de que de si son terceros hipotecarios o civiles, con o sin buena fe³⁴³. En ambos casos el fiduciante posee un derecho a la indemnización de daños y perjuicios³⁴⁴. En el supuesto de que sea el fiduciante-deudor quien reclame el bien sin haber cumplido con su obligación bajo alegaciones de negocio simulado absolutamente o sin causa, no prevalecerá, subsistiendo el derecho de retención del fiduciario-acrededor³⁴⁵. Igual resultado ocurre con la fiducia-gestión³⁴⁶. La clave de los resultados anteriores es que en la moderna titularidad fiduciaria falta la transmisión de la propiedad plena al fiduciario, que recibe solo una titularidad formal o dominio impropio que proyecta una apariencia externa de propiedad y constituye su fuente de garantía³⁴⁷. *Inter partes*, el fiduciario no podrá alegar su titularidad perfecta ante el fiduciante, ni podrá adquirir la propiedad por usucapión o percibir sus frutos³⁴⁸. En esta relación interna resaltan los derechos de recuperación o rescate del fiduciante y el derecho de retención del fiduciario, realizándolos a través de la acción real reivindicatoria, a la cual será oponible por vía de excepción un derecho de retención por parte del fiduciario con base al poder y título suficiente que le confiere la titularidad fiduciaria, que exime de la restitución mientras no se cumpla la obligación del deudor³⁴⁹.

³⁴² CÁMARA LAPUENTE, *op cit.*, pp.1857-1858.

³⁴³ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1794.

³⁴⁴ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp.1794-1795, citando *cf.* SSTS 3 mayo 1976 y 6 abril 1987.

³⁴⁵ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1795, citando las SSTS 21 de marzo 1969, 2 junio 1982 y 25 febrero 1988.

³⁴⁶ SSTS 4 de febrero de 1994, 18 de marzo de 1997 cuando el fiduciario se niega a devolver la cosa o cuando la emplee en fines ajenos a la encomienda en la fiducia-gestión, procederá la devolución y con ello el otorgamiento de la escritura pública para la retransmisión. Los causahabientes del fiduciario también están obligados a la devolución. Ver SSTS 9 diciembre 1981, SSTS 4 febrero 1994, SSTS 14 julio 1994, SSTS 14 octubre 1994, SSTS 5 julio 1996, SSTS 2 diciembre 1996, SSTS 18 marzo 1997, SSTS 24 marzo 1997, 24 noviembre 1997, STSJ Navarra 23 octubre 1997, STS 27 de noviembre de 1995, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 1795.

³⁴⁷ CÁMARA LAPUENTE, *supra.* p. 1795.

³⁴⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p 1796, citando la STS de 30 enero 1991.

Otro aspecto bien importante del negocio fiduciario a la hora de buscar la aproximación deseada al *trust* es lo que ocurre en caso de una ejecución universal por la quiebra de una de las partes envueltas en el negocio: los efectos en el ámbito de relaciones externas al negocio. La limitada eficacia real de la *causa fiduciae* impide la disposición del bien ajena al fin de garantía convenido, mas esto no significa que un tercero de buena fe a título oneroso no tenga protección³⁵⁰. CÁMARA LAPUENTE señala que si el inmueble está inscrito a nombre del fiduciario, el artículo 34 de la LH protege al adquirente de considerarse un tercero registral, si adquiere de buena fe a título oneroso de quien aparece como titular registral, sin conocimiento extrarregistral³⁵¹ del pacto fiduciario interno y oculto. Por otra parte, si se trata de un tercero civil que adquiere de buena fe y por título oneroso de quien no consta en el registro como titular, será indemnizado por el fiduciario ante la legítima reivindicación del fiduciante; esto por el principio de *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*³⁵². En cuanto a bienes muebles, el adquirente a *non domino* que cumpla con los requisitos del CC³⁵³, la reivindicación del fiduciante no prosperará en contra ese adquirente debido a la apariencia que creara el fiduciante; tendrá, sin embargo, una acción de indemnización contra el fiduciario que contravino el acuerdo fiduciario, a menos

³⁴⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1796. Ver la STS de 2 de diciembre de 1996. Si el fiduciante conservó la posesión del bien por medio por constituto posesorio, procedería la acción declarativa de dominio. Si el fiduciante conservaba la posesión y el fiduciario la titularidad registral, procedería otorgar las escrituras de cancelación de inscripción, cesión, etc., mientras que si el fiduciario detentaba la posesión procede la restitución. *Id.*

³⁵⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1797. Ver STS de 6 de junio de 1995, resolvió la adquisición de un tercero porque conocía del pacto fiduciario, por lo que carecía de buena fe.

³⁵¹ Este entiende que no sería inscribible el negocio fiduciario en la fase interna pues crearía un derecho real atípico que no son inscribibles en el derecho español, citando ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, BOSCH, 1994, pp. 666 y 665. La Resolución DGRN de 30 de junio de 1987 que no admitió la inscripción de un documento que reflejaba el pacto fiduciario que pretendía crear un derecho real de garantía por no cumplirse con el principio de especialidad al no expresar su extensión y naturaleza. CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1799, nota 158. Por otra parte, ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1948, II, pp.227 y sigs., sostiene que el negocio fiduciario ingresa en el Registro en todo su contenido, incluido el pacto fiduciario.

³⁵² CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, S., p.1798, citando a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 23, 1990, marginal 598, pp. 485-506 y *cfr.* RODRIGUEZ ADRADOS, A., «Escrituras, contraescrituras y terceros», *Anales de la Academia Matrisense del Notariado*, tomo 22, núm. 2, 1980, pp. 229-392.

³⁵³ Artículo 464 del CC español.

que se pruebe la ausencia de buena fe del tercero, en cuyo caso deberá recuperar el objeto³⁵⁴.

En los casos de procedimientos ejecutivos de terceros acreedores contra el fiduciario o fiduciante, ya sea una ejecución universal o quiebra o ejecución particular o embargo, la interrogante de los derechos preferentes sobre la cosa fiduciada según CÁMARA LAPUENTE se resuelva satisfactoriamente desde la configuración de la titularidad fiduciaria moderna³⁵⁵. Según este, en la ejecución universal por deudas del fiduciario, al fiduciante, como auténtico propietario le asiste el derecho de separación del bien de la masa del quebrado o concursado y podrá recuperar el bien objeto de la fiducia garantía a condición del pago de la deuda al fiduciario quebrado, a la masa de la quiebra como subrogado suyo³⁵⁶.

³⁵⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1798, citando *cfr.* a GETE-ALONSO CALERA, M.C., «Comentario a la Res. DGRN 5 junio 1991», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pp. 765 y sigs.

³⁵⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1806, citando, entre otros a DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, reimpresión en Civitas, Madrid, 1991. pp. 409-414 y JAEGER, P. G., *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Giuffrè, Milano, 1968.

³⁵⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1807. Cita el artículo 908 del Código de Comercio español que establece que «los bienes que existan en la masa de la quiebra cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños...reteniendo la masa los derechos que dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquella».

Igualmente, salvaguardado queda el equilibrio de prestaciones en la relación interna y no se conceden más derechos de los que tenía el quebrado. *Id.*, p, 1809. En el caso de quiebra del fiduciante, el privilegio crediticio del fiduciario, cuyo crédito carece de tipificación legal, cuya admisión derogaría el principio de *per conditio creditorum*, y la regla de que no existe privilegio sin ley, considerando el orden de prelación de créditos privilegiados, se soluciona equiparando, a efectos concursales, al fiduciario con un acreedor prendario o hipotecario si la transmisión si hubiese hecho acompañada de publicidad suficiente a terceros mediante entrega, escritura pública o inscripción registral o considerarlo como un crédito escriturario según postula LOBATO GARCIA en LOBATO GARCIA-MIJAN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 353-355, y la argumentación de DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1975, pp. 60 y sigs. *Id.*

Similar solución se sugiere para el caso de la ejecución singular de deudas del fiduciante, siendo posible la anotación de embargo donde el fiduciario podría ejercer un derecho preferente a través de una tercería de mejor derecho, no de dominio por no ser dueño. *Id.*, citando la STS de 7 de mayo de 1991. Si se trata de embargo por deudas del fiduciante, no procederá el embargo por sus acreedores por no ser dueño, mientras que el fiduciante sí podrá instar una tercería de dominio. *Id.*, citando el comentario y crítica a la STS de 12 de febrero de 1988, PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Consideraciones en torno al 'pacto de fiducia cum creditore' », *R. J. Nav*, 1991, núm. 12, p. 66.

Entiende CÁMARA LAPUENTE que la fiducia-gestión es fácilmente incardinable en el precepto *ius separationis ex iure domini*³⁵⁷.

La eficacia de la fiducia gestión frente a terceros, la suple la titularidad fiduciaria formal que legitima al fiduciario para realizar las operaciones y gestiones en interés del fiduciante³⁵⁸. Sin embargo, es de suma importancia a la hora de traducir un *trust* a la fiducia gestión, considerar los derechos del tercero beneficiario de la fiducia, ya sea de gestión patrimonial o que devengarán titulares de la propiedad fiduciada, a la luz de que no existen acciones específicas para su protección, lo que sí ocurre con el *trust* anglosajón³⁵⁹. Entiende CÁMARA LAPUENTE que si el beneficiario puede establecer la calidad fiduciaria del titular formal y el contenido del pacto a su favor, le asistirán los mismos derechos y acciones que al propio fiduciante. Los terceros adquirentes de buena fe siguen protegidos por los mismos fundamentos que en la fiducia-garantía³⁶⁰. Los que contratan con el fiduciario no tendrán una acción directa contra el fiduciante, aunque sugiere CÁMARA LAPUENTE que por analogía con el mandato no representativo la apariencia y la propiedad *secundum tabulas* indiquen que la cosa es en realidad del fiduciante, pese a que el fiduciario obrara como su titular³⁶¹.

En el supuesto de la quiebra del fiduciario compete al fiduciante el derecho de separación de la masa de la quiebra, por ser el verdadero titular, porque la fiducia se habrá extinguido por la quiebra o insolvencia del fiduciario, por la imposibilidad de continuar con su gestión dada la inhabilitación y pérdida de confianza en sus cualidades gestoras, entendiéndose que no cabe la subrogación de la masa de la quiebra, por ser un negocio *intuitu personae*³⁶². Si la quiebra es del fiduciante,

³⁵⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1808, nota 183.

³⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1812.

³⁵⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1813.

³⁶⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, citando la STS de 5 de diciembre de 1959.

³⁶¹ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, citando la STS de 21 de marzo de 1995.

³⁶² CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1814.

procedería la restitución a la masa de la quiebra³⁶³, sin embargo, entendemos que en la fiducia-gestión de existir un beneficiario, éste debe tener igual la protección que tendría el fiduciante probando el contenido del acuerdo fiduciario a su favor.

La fiducia-gestión pudiese verse como una representación indirecta, comisión mercantil *proprio nomine*, y se ha encontrado en la jurisprudencia el empleo indistinto en supuestos similares de la fiducia o del mandato no representativo o la refundición de ambas figuras³⁶⁴.

Cabe señalar que la fiducia también ha servido como instrumento para profesionalización de servicios fiduciarios por entidades bancarias y sociedades fiduciarias. Informes y dictámenes destacan la viabilidad legal de crear departamentos fiduciarios que ofrezcan servicios del tipo de fideicomisos de inversión, garantía, seguro de vida, ejecución testamentaria, representación de accionistas, pensiones, gestiones bursátiles o de cualquier otro tipo³⁶⁵. Existe una normativa sobre dos tipos de servicios fiduciarios, una dentro del fideicomiso bancario en Latinoamérica y en Europa los fondos de inversión y de pensiones³⁶⁶. Estos fondos se han definido como patrimonios creados para dar cumplimiento a los planes de pensiones conforme a la ley. En el debate sobre la naturaleza de estos fondos, se han visto como una forma de copropiedad unida a un mandato de gestión, o como un negocio fiduciario que «sustancialmente entre los partícipes y la sociedad gestora hay una relación de confianza que da lugar a un negocio fiduciario que responde a la concepción anglosajona de la institución jurídica del *trust*»³⁶⁷.

³⁶³ *Id.*

³⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1819, citando SSTS de 30 de abril de 1992, 21 de marzo de 1995, 24 de marzo de 1997 y 4 de Julio de 1998.

³⁶⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, pp 1822-1823, citando dictámen de DIEZ-PICAZO, L., «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 25-65.

³⁶⁶ *Id.*

³⁶⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1843, citando a USTARROZ UGALDE, J. R., «La naturaleza jurídica de los fondos de pension», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, tomo 27, 1987, pp. 592 y 589 y sigs.

En el caso del Derecho civil español, los contratos sucesorios y pactos sobre la herencia futura están prohibidos; sin embargo, los derechos autonómicos permiten ciertas modalidades³⁶⁸. Lo mismo ocurre con la **fiducia testamentaria** por la cual se deja a una persona bienes para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador y si el encargo es expreso, la disposición vale a favor del destinatario definitivo mientras que el llamado «heredero» sería realmente un albacea³⁶⁹. En la comunidad autónoma de Aragón, por ejemplo, la **fiducia sucesoria** es la institución por la cual una persona con vecindad civil aragonesa (el llamado «comitente») delega en una o varias personas (fiduciarios) la facultad de ordenar su sucesión por causa de muerte³⁷⁰. Una de las funciones de la fiducia sucesoria aragonesa es dar una mayor seguridad en el

³⁶⁸ VIRGOS SORIANO, *supra*. pp. 79-80: arts. 3, 62 y 91 Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, arts. 199 y ss. Compilación de Navarra, arts. 6 7 y ss. Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña, arts. 49 y ss. Derecho civil foral del País Vasco, arts. 136 y ss., Derecho civil de Galicia.

El **testamento por comisario**, donde se conceden facultades al fiduciario mediante poder para elegir heredero según su propio criterio lo permite el ordenamiento en Vizcaya, más no así el CC español. VIRGOS SORIANO, *supra*. pp. 79-80, citando los arts. 32-48 de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho foral del País Vasco. Otra modalidad es la del **fiduciario-comisario**, admitida en Baleares, Cataluña, Navarra, Aragón, País Vasco y Galicia, que concede libertad dispositiva limitada al fiduciario para elegir dentro de las personas designadas por el testador bajo pautas amplias halladas en el instrumento sucesorio. VIRGOS SORIANO, *supra*. pp. 79-80. Estos últimos encargos son análogos a los *powers of appointment* del Derecho anglosajón.

Están también las modalidades de las encomiendas secretas del causante al margen del instrumento sucesorio o testamento, **herencia de confianza**, análogas a los *half-secret trusts* anglosajones, donde se instituye heredero al «fiduciario» pero con el único fin de que en su día revele la voluntad del causante y la ejecute, incluyendo la administración del patrimonio. VIRGOS SORIANO, *supra*. pp. 79-80. La condición de heredero—que también puede estar investido como legatario o albacea— es meramente formal. Esta modalidad está admitida con sus variantes en Navarra y Cataluña.

La **fiducia continuada** conocida en Navarra, es un híbrido de liberalidad *mortis causa* donde el disponente establece el destino de su herencia a favor de beneficiarios indeterminados a través de herederos fiduciarios sucesivos dotados con amplias facultades para gestionar los fines del encargo brindado confidencialmente. VIRGOS SORIANO, *supra*. pp. 79-80. La **donación fiduciaria** tiene idénticos fines a la fiducia continuada, pero se logra mediante un negocio *inter vivos*, donde el donante impone a sucesivos donatarios una carga que requiere un cumplimiento continuado o periódico. VIRGOS SORIANO, *supra*. pp. 79-80.

³⁶⁹ VIRGOS SORIANO, *supra*. pp. 79-80.

³⁷⁰ ALONSO y LAMBAN, M., «Sumario de una problemática de la fiducia sucesoria aragonesa», *Temis*, n.º 12, 1962; CALATAYUD SIERRA, A., «De la fiducia sucesoria», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 109 a 121 (*Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1999-1. pp. 87-96).

acierto de la elección del sucesor con cualidades, aptitudes, dedicación, capacidad de trabajo, en especial cuando no se quiere dividir un patrimonio comercial o industrial³⁷¹.

Una **donación con carga modal**, *inter vivos* o *mortis causa*, permitiría una donación sujeta a la obligación de ejecutar una acción, condición, plazo o hacer algún pago. El donatario o legatario recibe título que le permite manejar la propiedad, pero está sujeto a la carga. El beneficiario tendría un derecho al cumplimiento específico y puede disponer de su interés. Este beneficiario no tiene que estar vivo o haber nacido al momento de la transferencia al donatario, lo que, según SCHOENBLUM, lo haría más beneficioso que algunas legislaciones *cuasi-trust* de ciertos países civilistas³⁷².

La desventaja es que el constituyente o los herederos pueden revocar la donación o legado si la condición no se cumple y la ausencia de la relación fiduciaria entre el donatario y el beneficiario, a lo que LEPAULLE responde que el instrumento de donación puede establecer los términos como las normas de conducta del donatario que impidan la autogestión o transacciones con el beneficiario, aunque sean en igualdad de condición de regateo³⁷³. En estas instituciones el beneficiario puede perder su derecho si no se da la condición o carga y puede ser revocada por los herederos y solo cubren bienes existentes, no futuros.

Están las **sustituciones fideicomisarias**³⁷⁴ donde el heredero recibe la propiedad con la obligación de transmitirla a un tercero, permiten el establecimiento de una

³⁷¹ SERRANO GARCÍA, J. A., «Los patrimonios fiduciarios en el Derecho Civil aragonés», Cuadernos «Lacruz Berdejo».

³⁷² SCHOENBLUM, J., *Multistate and Multinational Estate Planning*, *supra*. p. 18-12.

³⁷³ *Id.*

³⁷⁴ Dispone el CC español: Artículo 781. Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Cf. Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Ley 224 sobre la sustitución fideicomisaria, permite cuatro llamamientos.

línea sucesoria de herederos. Solo se crea por testamento y no puede constituirse en beneficio de personas no nacidas al momento del fallecimiento del testador. Hay dos modalidades del fideicomiso testamentario: el puro y las sustituciones testamentarias propiamente. En el puro, el fiduciario designado por el testador es un mero encargado de transmitir la herencia al fideicomisario. En la sustitución fideicomisaria, el testador dispone que dentro de su sucesión haya dos sucesiones sucesivas en el tiempo, la primera a favor de un heredero que podrá disfrutar de la herencia por el tiempo que se establezca con la única limitación del deber de conservación sobre los bienes y que al transcurrir el plazo establecido el heredero fiduciario transmitirá al heredero fideicomisario la parte de la herencia bajo sustitución³⁷⁵.

Otra figura que tiene rasgos del *trust* es el contrato de **mandato**. Una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra³⁷⁶. El mandato es revocable y termina con la muerte, insolvencia o interdicción del mandatario o el mandante³⁷⁷. El beneficiario no tiene un Derecho real contra el mandante ni un Derecho personal en su contra a menos que exista un contrato en beneficio de tercero. La existencia de ese contrato resulta suficiente en tanto requiere la aceptación del tercero antes de su revocación, lo que no permite su utilización para beneficio de un no nacido, por ejemplo. El mandatario con sus actos obliga al mandante, cosa que no ocurre en el *trust vis. a vis.* el *trustee* con el constituyente.

En el Derecho anglosajón, el mandato se conoce por *agency*³⁷⁸. Al igual que el mandato civilista, en la *agency* el agente actúa en nombre del principal con la diferencia de que en el mandato civilista el mandante no está obligado por las actuaciones *ultra vires* del mandatario a menos que las ratifique expresa o tácitamente³⁷⁹. En la *agency*, cuando el agente actúa dentro del ámbito de su

³⁷⁵ VIRGOS SORIANO, M., *op. cit.*, p.81.

³⁷⁶ Art. 1.709 del CC español.

³⁷⁷ Art. 1.732 del CC español.

³⁷⁸ Ver nota 193, *supra*.

encargo, tiene la facultad de obligar al principal, ya sea bajo responsabilidad contractual o extracontractual. Un *trustee*, sin embargo, no tiene autoridad de obligar a los beneficiarios del *trust*, a menos que esté actuando en calidad de agente³⁸⁰. Las responsabilidades que normalmente recaen sobre un propietario recaen sobre el mandante y no sobre el mandatario, como sería el caso del *trustee* como figura análoga al mandatario³⁸¹. Estas obligaciones recaen, sin embargo, sobre el *trustee* y no sobre el constituyente o los beneficiarios³⁸².

Otra diferencia importante del *agency* con el *trust* o incluso con el mandato civilista, es que, como regla general, el principal es quien debe entablar cualquier reclamación sobre daños a la propiedad, aunque si el agente tiene posesión de la misma, tiene la tutela judicial que beneficia a un poseedor del Derecho anglosajón³⁸³. No obstante, el mandatario civilista que a su vez es depositario también tiene la obligación de guardar y proteger la cosa como un buen padre de familia³⁸⁴. En el caso del *trust*, compete al *trustee* reclamar sobre daños a la propiedad, no así ni al beneficiario o al *settlor*³⁸⁵.

La relación de principal y agente es revocable por cualquiera de las partes, o termina con la muerte de cualquiera de éstos³⁸⁶. El *trust* ordinariamente no termina con la muerte de ninguna de las partes envueltas a menos que lo disponga el instrumento habilitante³⁸⁷. Esta cualidad del *trust* lo hace mucho más atractivo o flexible que un mandato o *agency*.

³⁷⁹ Art. 1.727 del CC español: ...En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.

³⁸⁰ SCOTT, *supra.*, p. 63.

³⁸¹ *Id.*

³⁸² SCOTT, *supra.*, p. 63.

³⁸³ *Id.*

³⁸⁴ Arts. 1.766 y 1.104 del CC español.

³⁸⁵ SCOTT., *supra.*, p. 63.

³⁸⁶ *Id.*, ver arts. 1.732 a 1.739 del CC español.

³⁸⁷ SCOTT., *supra.*, p. 64.

Como ocurre con estas figuras análogas, la determinación de su naturaleza dependerá de la intención de las partes al momento de su creación. Aún en el caso de un *trust*, el hecho de que el *settlor* se reserve el derecho a revocar el *trust* no lo convierte en un mandato o *agency*. Tampoco el indicar en el instrumento que se trata de un *agency* lo convierte en tal relación³⁸⁸. Igualmente, designar el instrumento como un *trust* tampoco es determinante³⁸⁹.

No obstante lo dicho sobre el mandato, es importante señalar, como veremos más adelante, que los primeros países de Hispanoamérica en acoger el *trust* como fideicomiso, originalmente definieron esa figura como un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona para que disponga de ellos conforme lo ordene quien los transmite a beneficio de esta misma o de un tercero³⁹⁰. Países como México, Panamá y Puerto Rico originalmente definieron el fideicomiso como un mandato irrevocable³⁹¹.

En Estados Unidos, muchos bancos ejercen funciones de agentes administradores de patrimonios sirviendo de custodios y asesores, pero no tienen autoridad independiente de la que les otorga el contrato de agencia o el principal³⁹². Las responsabilidades y deberes del banco como *trustee* se derivan tanto del instrumento del *trust* como de la ley aplicable³⁹³. Como agente, el banco responde

³⁸⁸ SCOTT., *supra.*, p. 64., citando a *First Wis. Trust Co. v. Wis. Dept. of Tax.* 294 N. W. 868 (Wis. 1940); *Russell v. Webster*, 100 N. E. 637 (Mass. 1913); *Webb v. St. Louis County Nat. Bank*, 551 N. W. 2d 869 (Mo. App. 1977)

³⁸⁹ SCOTT., *supra.*, p. 64., citando a *In re Jenkins Estate*, 20 Pa. D. & C. 671 (Orphans, Ct. 1934), donde el dueño de unos valores los depositó con un agente de inversiones con el encargo de que cobrar y remitir los ingresos y a *In re Gorkiewicz's Estate*, 43 Pa. D. & C. 40 (Orphans, Ct. 1941); *In re Moorshead*, 66 Pa. D. & C. 182 (Orphans, Ct. 1949).

³⁹⁰ Arts. 834 a 874 del CC de Puerto Rico (1930), hoy derogadas.

³⁹¹ ROJAS, *supra.*, p., 106, sostiene que la tesis de que el fideicomiso sea un mandato irrevocable ha sido desdeñada por el propio Dr. Alfaro, autor de la legislación panameña.

³⁹² SCOTT y ARCHER, *supra.*, p. 68.

³⁹³ SCOTT y ARCHER, *supra.*, p. 68, citando a *Stephens v. Detroit Trust Co.*, 278 N. W. 799 (Mich. 1938); *De Mott v. Nat. Bank of N. J.*, 179 A. 470 (N. J. 1935); *Tannenbaum v. Seacoast Trust Co.*, 198 A. 855, 866 (N. J. Ch. 1938, confirmado, 5 A. 2d 778 (N. J. 1939); *Metcalf v. Leedy, Wheeler & Co.*, 191 So.690 (Fla. 1939); *In re Estate of Davis*, 589 N. E. 2d 154 (Ill App., denegada apelación 596 N. E. 2d 629 (Ill 1992); *Colvin v. Alta Mesa Res., Inc.*, 920 S.W. 2d 688 (Texas App.1996) y a SCOTT & ARCHER *supra.*, § 2.3.1

por faltar a su deber de buen padre de familia en la ejecución de su encargo, mientras que como *trustee*, las responsabilidades incluyen no incurrir en quebrantamiento del *trust (breach of trust)*³⁹⁴. Algunas actuaciones de un banco como *trustee* puedan dar margen a responsabilidad civil que no necesariamente ocurriría con un mero banco gestor.

Países como Colombia, Ecuador y Paraguay han creado una figura, el mandato fiduciario, que en algunos casos está regulado conjuntamente con el *trust*, pero en realidad son contratos de mandato y no *trusts* propiamente³⁹⁵.

Una modalidad del mandato es el llamado **poder duradero**, figura que viene adaptada del *Durable Power of Attorney* norteamericano. En Puerto Rico la legislatura importó esta figura adaptándola al mandato del Derecho civil para atender la problemática del aumento de personas de edad avanzada que desean designar una persona que se ocupe de sus bienes, similar a la autotutela española, cuyo poder va a subsistir cualquier declaración de incapacidad del mandante. La ley define el poder duradero como aquel mandato hecho mediante escritura pública para la administración de los bienes y para cualquier otro asunto, que contenga en forma expresa una disposición donde se establezca que el mismo será efectivo y válido, aun después de que el otorgante sobrevenga una incapacidad o sea declarado incapaz judicialmente³⁹⁶.

En términos funcionales dentro de la institución del *trust* comprende una clase de **depósito**³⁹⁷ o su homólogo anglosajón el *bailment*. Existen, sin embargo, características fundamentales que distinguen esta figura del *trust*. El *bailee* en ningún caso es titular de la propiedad objeto del depósito. Este recibe la cosa ajena

³⁹⁴ *Id.*

³⁹⁵ MALUMIAN, *supra.*, p. 64.

³⁹⁶ Ley núm. 26 de 18 de enero de 2012.

³⁹⁷ El depósito del Derecho civil funcionalmente es muy parecido al *bailment* y tiene las mismas desventajas a la hora de sustituir un *trust*.

con la obligación de guardarla y restituirla³⁹⁸. El *trustee* como titular de la propiedad sometida a un *trust* tiene poderes más amplios que el *bailee*, quien sólo recibe la posesión³⁹⁹. Contrario a lo que ocurre con el *trustee*, el *bailee* no puede traspasar el título de propiedad a un tercero de buena fe libre del derecho del *bailor*⁴⁰⁰. El *bailor* como titular tiene frente al *bailee* derechos *in rem*; el beneficiario de un *trust* tiene derecho de propiedad en la *equity*. La cuestión de si nos encontramos ante un *trust* o un *bailment* se va a determinar dependiendo de la manifestación de la intención del dueño de la propiedad al momento de la entrega de la posesión. Si la intención es la de transferir título de propiedad, estaríamos ante un *trust*.

En situaciones donde se entrega la posesión con un encargo particular tal como vender la propiedad y distribuir el producto a un tercero, se da la figura del *bailment* unida con un *agency*⁴⁰¹. En ese supuesto no hay intención de traspasar el título al *bailee-agent*⁴⁰². En situaciones ambiguas el tribunal tendría que determinar cuál era la intención de las partes al entregarse la cosa⁴⁰³. Otra distinción importante del *bailment* es que es revocable a voluntad del *bailor*⁴⁰⁴. Una desventaja evidente es que no existe el *bailment* sobre bienes inmuebles.

³⁹⁸ Art. 1758 CC español.

³⁹⁹ SCOTT & ARCHER, *supra.*, § 2.3.1, citando *Restatement Third, Trusts* § 5(f) (2003).

⁴⁰⁰ SCOTT & ARCHER, *supra.*, § 2.3.1, citando a *Pathe Indus., Inc. v. Cadence Indus. Corp.*, 425 A.2d 952 (Del. 1981) donde se declaró ineficaz un traspaso de valores a un *trustee* por parte de un *bailee* ya que éste no tenía título de propiedad para traspasar.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 52.

⁴⁰² *Id.*

⁴⁰³ SCOTT citando a MAITLAND, *Equity*, 47-48 (2da ed. 1936) plantea la situación de una persona que antes de irse a la guerra entrega una propiedad mueble para que en el caso de que no regrese se traspase la propiedad a su hija. Ante una situación como esa podría haber dudas de si la relación establecida es de depositario o de *trustee*. Otra sentencia determinó que una persona que utilizó para su propio beneficio un dinero que le había sido entregado cometió delito ya que no era *trustee*, sino un depositario. *Amidon v. State*, 565 P.2d 1248 (Alaska 1977). En *Kirk v. Commr. of Australia Fed. Police*, 81 A. L. R. 32 (Austal Fed. Ct. 1988) un individuo que iba a ser encausado por posesión ilegal de estupefacientes entregó a sus abogados la suma de un millón de dólares como pago adelantado por los honorarios y gastos, alegó que sus abogados eran *trustees*, a lo que el tribunal determinó que se trataba de un depósito. Ver JAMIESON, «Trusts –Property Other Than Money Transferred for Specific Purpose», 63 *Austral. L. J.* 442 (1989).

⁴⁰⁴ Art. 1.775 del CC español: El depósito debe ser restituído al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución.

El *trust* como **contrato en beneficio de tercero** es la teoría es la preferida del profesor LANGBEIN en su visión de la naturaleza contractual del *trust*⁴⁰⁵. En su análisis confronta la posición de SCOTT en la segunda reformulación del Derecho de *trusts*, donde éste concluye que un contrato en beneficio de tercero no es un *trust*, lo que es correcto ya que la mayoría de estos contratos no lo son, sin embargo, lo contrario, si se invierte el sujeto y predicado, encontramos que la aseveración de que los *trusts* no son contratos en beneficio de tercero sería falsa, a su entender⁴⁰⁶. Por otro lado, SCOTT y ARCHER estiman que hay una distinción clara entre un *trust* y un contrato en beneficio de tercero, donde el *trustee* tiene la propiedad para beneficio del tercero, mientras que en un contrato en beneficio de tercero sólo existe una encomienda, por ejemplo, a uno para que le pague una suma de dinero a un tercero⁴⁰⁷. En el supuesto en que A transfiere una propiedad a B, quien acuerda retener (“*hold*”) o gestionar la propiedad para beneficio de C, existe un *trust*; mientras que en la situación donde A transfiere la propiedad a B a cambio de la promesa de B de pagar una suma de dinero a C de los activos de su propio patrimonio y le permite utilizar la propiedad para su propio beneficio, no existe un *trust*, mas sí un contrato en beneficio de tercero⁴⁰⁸.

El **préstamo y comodato**⁴⁰⁹ tampoco cumplen con algunas de las cualidades del *trust*. En el comodato, el comodatario no tiene derecho a los frutos, mas sí la obligación de mantener la propiedad y restituirla. La **prenda o la hipoteca** también

⁴⁰⁵ LANGBEIN, «The Contractarian Basis of ...», *supra.*, p. 647, citando a LAWSON, F. H., *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, 1953, p. 200.

⁴⁰⁶ LANGBEIN, *supra.*, p. 647, nota 113.

⁴⁰⁷ SCOTT y ARCHER, *supra.*, p. 118.

⁴⁰⁸ SCOTT y ARCHER, *supra.*, p. 119, citando a *Steele v. Clark*, 77 Ill. 471 (1875); *Maxwell v. Wood*, 111 N. W. 203 (Iowa 1907); *Aherens v. Jones*, 62 N. E. 666 (N.Y. 1902); *Faust v. Faust*, 57 S.E. 22 (N.C. 1907); *Southwestern Life Ins. Co. v. US*, 9 Cl. Ct. (1985); *Maclellan v. Wimbush*, 20 E. T. R. 300 (Ont. Dist. Ct. 1985); *Ralna Ltd. V. Can. Life Assur. Co.*, 51 Ont. R. 2d 781 (H.C. 1985); *Mohr v. C.J.A.*, 36 E. T. R. 246 (B.C.S.C. 1989), confirmado en 40 E.T.R. 12 (B.C.C.A.1991).

⁴⁰⁹ Art. 1.740 del CC español: Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

están limitadas en su aplicación, particularmente en cuanto a los derechos del acreedor. En el caso de la prenda o la hipoteca, no se considera que sea una relación fiduciaria entre el acreedor prendario o hipotecario y el deudor. En los EEUU, sin embargo, se ha utilizado el mecanismo del *trust* en el contexto de la creación de hipotecas (los *deed of trust*). En algunos Estados norteamericanos, como California, el empleo del *deed of trust* es el instrumento más común para crear un interés asegurado en la propiedad del deudor afín a la hipoteca⁴¹⁰. A cambio de un préstamo el deudor traspasa la propiedad a un tercero que actúa como *trustee*—usualmente una subsidiaria del banco o su abogado-- que recibe la propiedad en garantía del pago de la deuda hacia el tenedor del pagaré⁴¹¹. Por medio de la **anticresis** el acreedor adquiere el derecho a recibir los frutos de un bien inmueble de su deudor para el pago de una deuda⁴¹². Es una institución que se encuentra en desuso, ya que la hipoteca ofrece mejor garantía a los acreedores sin las obligaciones que impone la anticresis sobre el acreedor.

El **uso** del Derecho civil continental es el derecho otorgado a otra persona de hacer uso de una cosa perteneciente a otra o disfrutar de sus frutos, con la limitación de usar lo necesario para sí o la familia⁴¹³. La gestión de la propiedad la tiene el beneficiario. La **habitación**, es el derecho a usar propiedad ajena gratuitamente, limitándose a casas. Por otra parte, el **usufructo**⁴¹⁴ dispone del uso y disfrute de una propiedad por aquel que no es su titular, sin embargo, el beneficiario

⁴¹⁰ Estas escrituras por lo general contienen cláusulas que autorizan la venta de la propiedad en caso de incumplimiento de pago. En muchos Estados la reglamentación de ejecución de hipoteca aplica a las ventas del *trustee* y otros requieren la intervención judicial. NELSON & WHITMAN, *Real Estate Transfer, Finance and Development, Cases and Materials*, 3d ed. West Pub. Co. Minn., 1987, p. 104.

⁴¹¹ NELSON & WHITMAN, *op. cit.*, p. 104.

⁴¹² Art. 1.881 del CC español: Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.

⁴¹³ Art. 524 del CC español: El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente.

La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.

⁴¹⁴ Art. 467 del CC español: El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.

usufructuario puede transferir su derecho además de estar obligado a operar y mantener la propiedad. Cuando el transmitente no desea que el beneficiario se envuelva en la operación o manejo de la propiedad o quiera protegerla de ser enajenada por el beneficiario, el usufructo no es la avenida adecuada.

Los **censos**⁴¹⁵, en sus tres modalidades-- enfitéuticos, consignativos o reservativos-- son instituciones que se asemejan al *trust* en cuanto a que existe un dueño útil y otro directo pero su función es muy limitada para considerarse un sustituto, además de que están en desuso porque existen otras figuras modernas que mejor logran sus propósitos, tales como la hipoteca y los contratos de arrendamiento a largo plazo. En el derecho anglosajón, análogos a los censos son los *equitable charges*. Se transfiere el título de una propiedad con la intención de crear una carga para el pago de una suma de dinero o anualidad a un tercero⁴¹⁶. La persona que recibe la propiedad es titular, pero el beneficiario no tiene título en *equity*, como tendría bajo el régimen del *trust*. En caso de que el beneficiario no reciba los fondos su único recurso es la venta judicial o solicitar el cumplimiento específico⁴¹⁷. El tenedor de la propiedad es dueño y beneficiario de parte de la propiedad. En ese caso el tenedor de propiedad sujeta a un *equitable charge* tiene derecho a los fondos en exceso de lo necesario para pagar las cantidades correspondientes, contrario a un *trustee* que no tiene derecho al uso de la propiedad en *trust*⁴¹⁸. El tenedor de la propiedad sujeta a un *equitable charge* puede traspasarla y un adquirente con conocimiento del mismo estaría obligado a cumplir con sus términos; mientras que un *trustee* estaría violando el *trust* si lo hiciese⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Se conocen en inglés como *ground rents* o *rent charges*. SANCHEZ ARISTI, R., *Property and Trust Law of Spain*, 2d ed., Kluwer Law Int., 2013.

⁴¹⁶ SCOTT, *supra.*, p. 71.

⁴¹⁷ SCOTT, *supra.*, p. 72, ver Annot. «Testamentary Direction to Devisee to Pay Stated Sum of Money to Third Party as Creating a Charge or Condition or as Imposing Personal Liability on Devisee for Nonpayment», 54 A.L.R. 4th 1098 (1987).

⁴¹⁸ SCOTT, *supra.*, p. 72.; BOGERT, *supra.*, p. 29.

⁴¹⁹ BOGERT, *supra.*, pp. 28-29.

En el Derecho anglosajón se considera que un *guardian* es un fiduciario obligado a administrar los bienes para el beneficio del pupilo, cuya responsabilidad surge y está prescrita por ley y no procede de la voluntad de un constituyente⁴²⁰. La diferencia mayor es que el *guardian* no tiene título de propiedad y carece del alcance del *trust* al ser su facultad limitada a actuar a favor de menores o discapacitados. Por otro lado, la **tutela** o la **curatela** del Derecho civil, según LEPAULLE, puede servir las funciones que desearía un constituyente para proteger a un menor o discapacitado, ya que es una institución más desarrollada que el *guardianship* anglosajón⁴²¹. La ventaja es que el tutor tiene capacidad para administrar los bienes del pupilo y está bajo supervisión judicial. En algunos países el cumplimiento de los deberes de la tutela está garantizado con una hipoteca general sobre los bienes del tutor⁴²².

En su aspecto desfavorable en comparación con el *trust*, todos los bienes del pupilo están sujetos a tutela, lo que pudiera complicar la administración de varias propiedades del pupilo que provengan de varias fuentes que requieran una pericia especial⁴²³. En el caso de la tutela de discapacitados, la desventaja de ésta frente al *trust* es que las consecuencias jurídicas de la tutela son drásticas y van más allá de la mera administración de los bienes.

Distinto al *trustee*, el tutor tiene la responsabilidad de velar por el pupilo en cuanto a su cuidado personal. Esto no necesariamente es positivo ya que la persona o entidad más apropiada para ser tutor de la administración de unos bienes no necesariamente sería la adecuada para velar por el cuidado personal del pupilo y vice versa. Usualmente solo ciertos familiares pueden solicitar la tutela y ser tutores.

⁴²⁰ SCOTT., *supra.*, p. 62

⁴²¹ LEPAULLE, P., «Civil Law Substitutes for Trusts», *Yale L. J.* vol. 36, 1927, p. 1126.

⁴²² Código Civil para el Distrito Federal, art. 519 (Delma ed. 1998 Mexico).

⁴²³ Algunos códigos civiles como el suizo, por ejemplo, arts. 362, 367 permiten el nombramiento de un consejo familiar o un curador especial que pueda manejar un negocio.

Los contratos que haga el pupilo son anulables, como en el *common law*⁴²⁴. Función similar para el caso de pródigos tiene la curatela, pero la tutela del pródigo tampoco es tan beneficiosa como sería un *spendthrift trust*, ya que el tutor en algunos casos tendría que llegar a un consenso con el pupilo. El *trust* anglosajón tiene la modalidad de los *spendthrift trusts—trusts* para pródigos—que pudiesen adaptarse en el Derecho civil con una curatela, pero con limitaciones. Ni la tutela o curatela serían la mejor alternativa cuando la persona que se quiere proteger no tiene discapacidad mental, sino que carece de experiencia o agudeza empresarial.

En el Derecho anglosajón la figura del **executor** se asemeja al *trustee* en la medida en que ambas encarnan una relación de naturaleza fiduciaria. El *executor* adviene poseedor de los bienes del caudal hereditario y tiene la responsabilidad de pagar las deudas del finado y distribuir el sobrante a los herederos de acuerdo al testamento o a las normas de la sucesión intestada. Tradicionalmente los *executors* no tenían obligación de invertir los fondos del caudal, pero ello ha cambiado e incluso muchos Estados norteamericanos mediante legislación disponen para la inversión de los fondos en régimen de *executorship*⁴²⁵. Con frecuencia coinciden en la misma persona las figuras del *executor* y *trustee*. Esta situación da margen a controversias en cuanto a las responsabilidades y establecer cuándo termina el rol de *executor* y comienza el del *trustee*, aunque las funciones pueden ejercerse sobre ambos patrimonios a la vez en calidad de *trustee* o *executor*, según sea el caso⁴²⁶.

En el Derecho civil, el **albacea** ejerce una función similar al *executor*, pero es más flexible esta institución puesto que no requiere intervención judicial como es el caso del procedimiento de *probate* anglosajón. En estos sistemas la transmisión del patrimonio y la liquidación de deudas de la herencia la efectúa el albacea que generalmente es un heredero, viéndose la sucesión como una continuidad de las

⁴²⁴ LEPAULLE, *op. cit.*, p. 1135.

⁴²⁵ SCOTT, *supra.*, pp. 54-58, citando Uniform Probate Code § 3-711; Cal. Probate Code § 9732; Fla. Stat. Anno. §733.612; Ga. Code Anno. §§ 53-8-1 a 53-8-5; Ill. S.H.A. 755 ILCS 5/21-1 a 5/21-2.15; Mass. Gen. Laws cap. 215 § 41, Ohio Rev. Code Anno. § 2109.37; Pa. Cons. Stat. §3316; Tex. Prob. Code Anno. § 234.

⁴²⁶ SCOTT., *supra.*, p. 56.

relaciones jurídicas. Esto es distinto a lo que ocurre en los sistemas anglosajones de concepción patrimonialista donde el heredero es un nuevo adquirente y el encargo de traspasar los bienes y el pago de deudas los realiza el *executor* autorizado por el Tribunal⁴²⁷.

Otra entidad análoga es la **fundación**. Están las fundaciones de interés general-- las cuales son más análogas a los *charitable trusts*-- y las de interés privado. En España y muchos países de Latinoamérica sólo se admiten las fundaciones de interés general⁴²⁸. Estas son organizaciones constituidas sin fines de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado su patrimonio de modo duradero para la realización de fines de interés general. Se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y por la Ley. Los fines de la fundación deben beneficiar a colectividades genéricas de personas y en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes, así como a personas jurídicas que no persigan fines de interés general⁴²⁹.

Contrario al *trust* anglosajón que carece de personalidad jurídica, las fundaciones tienen personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente registro público. Se distinguen de las corporaciones o sociedades en que no tienen dueño. En Latinoamérica están generalmente controladas por el gobierno y en caso de disolución, los activos pasan al erario público.

Las fundaciones de interés privado no benefician a la comunidad o personas indefinidas. El único país de Latinoamérica que las autoriza es Panamá. Estas fundaciones son más análogas a los *asset-protection trusts*, con la diferencia de

⁴²⁷ Ver SCOLES, E.F., & RHEINSTEIN, M., «Conflict Avoidance in Succession Planning», *Law and Contemporary Problems*, vol. 21, núm. 3, 1956, pp. 499-532.

⁴²⁸ En España la existencia del interés general surge del art. 34.1 de la CE. Ver SALVADOR, P. y SEUBA, J.C., «Fundaciones, interés general y títulos de aportación», en *La Ley*, Madrid, 1998.

⁴²⁹ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 68.

que la fundación es una entidad jurídica mientras que ese tipo de *trust* se considera un patrimonio separado⁴³⁰.

Las **sociedades o corporaciones** son organizaciones que por virtud de ley tienen personalidad jurídica. La separación del patrimonio del propio de los dueños depende de la legislación aplicable. La corporación ha sido la entidad jurídica que tradicionalmente separa el patrimonio de la corporación del de sus accionistas y en muchos casos compete con el *trust* en el caso de los *business trusts*. En Latinoamérica se utiliza mucho el *business trust* para llevar a cabo operaciones comerciales. Estos *trusts* no tienen personalidad jurídica pero sí constituyen un patrimonio separado. El *business trust* ofrece las ventajas de la flexibilidad del *trust*, que permite la creación de varios comités y la distribución de poderes y responsabilidades. Profesor LANGBEIN señala las ventajas del *trust* frente a la corporación, como sigue: 1) provee protección a los beneficiarios en caso de insolvencia; 2) ventajas fiscales; 3) la protección que brinda el Derecho fiduciario; y 4) la flexibilidad del diseño en asuntos de gobierno y estructura del interés del beneficiario⁴³¹.

Los directores y oficiales de una corporación están sujetos al deber fiduciario y de lealtad para con los accionistas de la corporación. Algunas instituciones norteamericanas les llaman *trustees*, pero no son *trustees* en el sentido del Derecho del *trust* anglosajón; no son tenedores ni dueños de la propiedad corporativa⁴³².

En caso de insolvencia, en EEUU el tribunal de quiebras nombra un **síndico**, nominado "*trustee*" o "*receiver*", que tampoco es un o fiduciario en el ámbito del Derecho de *trusts*, aunque sí tiene un deber fiduciario similar al de los directores y oficiales de una corporación. Dicho síndico no adviene titular de los bienes del quebrado⁴³³.

⁴³⁰ MALUMIAN, N., *supra*, p. 68

⁴³¹ LANGBEIN, J.H., «The Secret Life of Trust: The Trust as an Instrument of Commerce», 107 *Yale L. J.*, 179 (1997-1998).

⁴³² SCOTT, *supra.*, pp. 130-131.

⁴³³ SCOTT, *supra.*, p 130.

El **acto de destinación** es una figura introducida en el CC italiano, en su artículo 2645 se consiente realizar actos en forma pública con los bienes muebles o inmuebles inscritos en registros públicos que se destinan por un periodo no superior a 90 años o por la duración de la vida de la persona física beneficiaria, a la realización de intereses merecedores de tutela preferiblemente a personas con discapacidad, a administraciones públicas o a otros entes o personas físicas de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1322. Dispone que los bienes destinados y sus frutos pueden exclusivamente emplearse para la finalidad objeto de la destinación y que tales bienes no pueden ser afectados sino para la satisfacción de las deudas contraídas en razón de aquella misma finalidad⁴³⁴. Lo que delimita la naturaleza de los intereses merecedores de tutela ha sido objeto de debate en la doctrina⁴³⁵. Por un lado, está la interpretación de que caben los intereses para cualquier fin lícito, y otra que limitaría la tutela a intereses éticamente fuertes, que justifique el sacrificio de los acreedores del disponente⁴³⁶.

Esta figura no es equiparable al *trust* ya que no se produce una traslación del dominio sobre el fondo patrimonial destinado al fin, siendo su titular el destinante, cuyos restantes bienes personales están también a la disposición de los acreedores beneficiarios de la destinación (aquellos cuyos créditos surgen de la finalidad perseguida)⁴³⁷. Explica MASTROPIETRO que un acercamiento entre las dos figuras es impropio en todo caso pues el *trust* constituye una forma de pertenencia

⁴³⁴ Introducido por la ley del 13 de febrero de 2006, núm 51, de conversión del Derecho-ley de 30 de diciembre de 2005, núm. 273. «*Gili atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela reperibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.*»

⁴³⁵ MASTROPRIETO, B., «Acto de destinación y *trust*: dos modelos a confrontar», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, III, núm. 4, 2012.

⁴³⁶ MASTROPRIETO, B., *op. cit.*, pp. 556-557.

⁴³⁷ MASTROPRIETO, B., *op. cit.* p. 560.

funcional de bienes mientras que la destinación es un acto negocial de organización funcional de bienes en masas separadas pertenecientes a un único sujeto⁴³⁸. La separación de los bienes destinados es distinta de la segregación que tiene lugar en un *trust* ya que en éste los bienes son gestionados por el *trustee* sin entrar a formar parte de su patrimonio; la segregación es bilateral y perfecta, contrario a la separación imperfecta y unilateral en la destinación que no excluye la embargabilidad de los demás bienes del patrimonio personal del destinante o del fiduciario gestor por las obligaciones inherentes a la destinación⁴³⁹.

Otra diferencia importante entre la destinación y el *trust* radica en la tutela judicial o recursos disponibles para el disponente y para los beneficiarios o constituyentes del *trust* en caso de incumplimiento de la gestión. En el *trust* la parte perjudicada, sea beneficiario o constituyente, puede emplear la acción de *tracing* para localizar los bienes sustraídos indebidamente, incluso en manos de un tercer adquirente, salvo aquél de buena fe y por título oneroso, pero puede perseguir el producto de la enajenación. Estos recursos con su componente de carácter real y de recuperación no están disponibles en el modelo italiano de determinación, cuyos recursos dan relevancia externa a la relación fiduciaria⁴⁴⁰.

⁴³⁸ MASTROPRIETO, B., *op. cit.*, p. 562.

⁴³⁹ MASTROPRIETO, B., *op. cit.*, p. 563.

⁴⁴⁰ MASTROPRIETO, B., *op. cit.*, p. 563.

Capítulo 3. Expansión del *trust*.

3.1. La recepción del *trust* en América anglosajona

En Inglaterra parte del Derecho de *trusts* ha sido codificado, aunque gran parte está fundamentado en las decisiones judiciales⁴⁴¹. En tiempos de la colonización el *trust* anglosajón fue recibido en América del Norte (con la excepción de Québec y Louisiana) con las cualidades del *trust* inglés cuando importaron el *common law* de sus ancestros ingleses y adoptaron el esquema inglés de la jurisdicción de la *equity*⁴⁴². No obstante, en sus inicios no fue fácil establecer los tribunales de cancillería. En 1701, en Nueva York el gobernador y su consejo nombraron al gobernador como canciller, estructura que siguieron otras colonias⁴⁴³. Se estableció el primer tribunal de *equity* en Massachussets en el año 1877; en Pensilvania se establece en 1836⁴⁴⁴. Ya a finales del siglo XVIII cuando el sistema de *equity* inglés estaba mejor desarrollado en Inglaterra, se fue incorporando a las colonias⁴⁴⁵. Poco a poco se fueron promulgando códigos de *trust* en varios Estados⁴⁴⁶. Señala PATTON que para el año 1896 existían 63 compañías de *trust* en los Estados Unidos; para el 1939 ya había 2,800, de las cuales 1534 eran bancos nacionales con departamentos de *trust*⁴⁴⁷ que controlaban *trusts* de individuos ascendentes a aproximadamente 9.000 millones de dólares⁴⁴⁸.

⁴⁴¹ BOGERT., *supra.*, p. 15, citando Act, 15 Geo. V, c. 19, 1925; The Charitable Trust Act, 15 y 16 Geo. V., c.27, 1925; The Validation of Charitable Trusts Act, 6 y 7 Eliz. 2, c.53 (1958); y el Charities Act, 8 y 9, Eliz.2, c.58 (1960).

⁴⁴² BOGERT., *supra.*, p.14.

⁴⁴³ *Id.*, citando a SMITH, W., History of New York, Yates' ed. 385-389; preámbulo al vol. 1, Johns. Ch. Rep.

⁴⁴⁴ BOGERT., *supra.*, p.14.

⁴⁴⁵ *Id.*

⁴⁴⁶ BOGERT indica que los primeros códigos de *trust* fueron promulgados en los Estados de Nueva York, Michigan, Minnesota, California, Montana, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Georgia, Indiana (1971), Pennsylvania (1972), Louisiana (1964), Maryland, Oklahoma (1941), Texas (1943) y Washington (1959). BOGERT, *supra.*, pp. 15-16.

⁴⁴⁷ PATTON, R.G., «Trust Systems in the Western Hemisphere», *Tulane L. Rev.*, vol. 19, 1945, p. 298, citando a STEPHENSON, *Trust Business in Common Law Countries*, New York: Research Council, American Bankers Association, 1940, pp. 198-209.

En 1892 se creó la Conferencia Nacional de Comisionados para la Creación de Leyes Estatales Uniformes (*Uniform Law Commission*⁴⁴⁹) que ha sido clave para la formulación de códigos uniforme en distintas áreas del Derecho estadounidense que pertenecen a la esfera de la jurisdiccional estatal⁴⁵⁰. Un ejemplo de ello es el *Uniform Trust Code*, el cual ha sido adoptado por 25 Estados⁴⁵¹.

Otra fuente para la creación del Derecho uniforme estatal es el Instituto Americano de Derecho (*American Law Institute-ALI*⁴⁵²), fundada en 1923. Esta organización procura la recopilación del Derecho común en un compendio tipo código con anotaciones, comentarios y citas de jurisprudencia. Cada obra es un *Restatement* o reformulación del Derecho por áreas (*i.g.*, *Restatement of the Law of Trusts, Contracts, Torts, etc.*). En el año 1935 la ALI completa la primera reformulación del Derecho de *trusts*, *Restatement of the American Law of Trusts*.

La segunda reformulación del derecho de los *trusts* fue completada en el año 1959. En el año 2003 se completan los dos primeros tomos de la tercera reformulación del Derecho de *trusts*. Estos dos tomos abarcan los temas de la naturaleza, creación, elementos de los *trusts*, los intereses y derechos de los beneficiarios y la modificación y terminación de los *trusts*. En el año 2007 se añade un tercer tomo donde se analiza el derecho de los poderes y deberes de los *trustees* y contiene una versión actualizada de la regla del inversionista prudente. En el 2012 se completa el cuarto tomo que sobreescribe los cinco volúmenes de la segunda reformulación y el volumen del año 1992 de la tercera reformulación sobre la regla del inversionista prudente⁴⁵³.

⁴⁴⁸ PATTON, R.G., *op. cit.*, p. 404, citando a STEPHENSON, *Id*, pp. 198-209

⁴⁴⁹ <http://uniformlaws.org>

⁴⁵⁰ Entre estos códigos están muchos que aportan al derecho de los *trusts*, tales como el *Uniform Fiduciaries Act, Uniform Principal and Income Act, Uniform Trusts Act, Uniform s' Accounting Act, Uniform Trust Fund Act, Uniform Testamentary Additions to Trusts Act, Model Prudent-Man Investment Act, Uniform Trustees' Powers Act, Uniform Probate Code, Uniform Trust Code*.

⁴⁵¹ http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trust_code/utc_final_rev2010.pdf

⁴⁵² <http://www.ali.org>

⁴⁵³ <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.publicationscatalog>.

3.2. El *trust* internacional

Alrededor de veinte países, en su mayoría de raíces del *common law*, han adoptado un modelo de *trust* inspirado en el modelo inglés, llamado el *trust internacional* u *offshore trust*⁴⁵⁴. En esencia, en comparación con el modelo del *trust* inglés, el modelo internacional ha codificado los principios de la *equity*, aunque no tienen una jurisdicción separada de la del *common law*⁴⁵⁵. Comparados con el Derecho inglés, han logrado regular aspectos del Derecho de los *trusts* que no se han logrado en el Derecho inglés, así como han eliminado impedimentos que persisten en el Derecho inglés que éste no ha podido eliminar debido a precedentes judiciales que requieren legislación para cambiarlos⁴⁵⁶. Han desarrollado nuevas reglas que satisfacen necesidades que no existían o no eran necesarias en el periodo formativo del Derecho inglés⁴⁵⁷. También han tomado posiciones sobre cuestiones teóricas que el Derecho consuetudinario no ha podido abarcar⁴⁵⁸. Más importante

⁴⁵⁴ Anguila, Antigua, Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda, Chipre, Gibraltar, Guernsey, Hong Kong, Jersey, Islas Caimán, Islas Cook, Islas Vírgenes Británicas, Malta, Mann, Isla Mauricio, Nauru, Nevis, Niue, San Vicente, Seychelles, Turks y Caicos, Vanuatu, Samoa Occidental.

⁴⁵⁵ LUPOI, M, *Trusts: A Comparative Study, supra.*, p. 204.

⁴⁵⁶ LUPOI, M, *op cit.*, p. 204. HARRIS, J. cita a HAYTON con la siguiente descripción del *trust* internacional: «In the interest of attracting business to an island, say Sunitopia, the island likes to boast a selection of medals: the settlor's capacity medal (to try to avoid problems that the settlor's spouse or heirs might create); the protection against creditors' medal (to protect the trust fund as much as possible against creditors of the settlor); the settlor's control medal (so that, as a matter of law—as opposed to substance— a sham trust does not arise in circumstances where a settlor can almost still 'have his cake and eat it'); the perpetuation of the settlor's wishes medal (to prevent beneficiaries frustrating the settlor's wishes); the confidentiality medal (so as not to give high hopes to beneficiaries, creditors or the Revenue); the everyone in the world medal (so that discretionary trusts or powers for everyone—or everyone but a small excepted class—are valid, despite any administrative unworkability); the non-charitable purpose trust medal (to achieve the same ends as the confidentiality medal and to enable non-charitable purposes to be achieved); the everlasting trust medal (to enable the trust to endure for as long as desired); the low level of fiduciary duty medal (to attract trustees and protectors); and the ouster of judicial jurisdiction medal (e.g. allowing trustees to determine what is capital or income or to resolve any conceptual uncertainties or permitting special persons to consent to breaches of trust or compromises, thereby ousting the need for the judicial appointment of a guardian ad litem for incapacitated, unborn or unascertained beneficiaries and for judicial approval of a compromise proposed by such guardian)». HARRIS, J., *The Hague Trust Convention...*», *op cit.*, p. 65.

⁴⁵⁷ *Id.*

⁴⁵⁸ LUPOI, M, *op cit.*, p. 204.

aún, han promulgado reglas de Derecho Internacional Privado con vistas a asegurar la competencia exclusiva de su ley local⁴⁵⁹.

Este tipo de *trust*, también llamado *offshore trust*, se desarrolló mayormente en las colonias inglesas y representa un mercado importante que ha ido en aumento extraordinario en los últimos años, que provee centros financieros para el ambiente comercial internacional que ofrece también ventajas fiscales. Tienen legislación de *trust* que algunos encuentran mas avanzada que las del Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Australia, por ejemplo. Representa una adaptación del *trust* inglés a las necesidades del comercio internacional, una reacción a los sistemas civilistas con sus restricciones en el área de Derechos de sucesiones y familia, y una alternativa funcional a los instrumentos tradicionales a la luz de legislación fiscal nacional⁴⁶⁰. Se le conoce como *trust* internacional pues tiene conexiones significativas con más de un Estado. Típicamente un constituyente crea un *trust* para regirse por una ley distinta a la propia, o se gobierna por la ley de un Estado y posee propiedades en otro, o se gobierna por el derecho de un Estado, pero su *trustee* reside en otro⁴⁶¹. La característica típica es que ni el constituyente ni los beneficiarios son residentes de la jurisdicción *offshore*, en general no se permite que estos *trusts* tengan bienes inmuebles ubicados en la jurisdicción y el único residente suele ser el *trustee*.

Su contribución más importante ha sido en el ámbito del Derecho Internacional Privado, así como la creación de *trusts* para proteger activos, los *non-charitable-purpose trusts*⁴⁶², los conocidos STAR *trusts*⁴⁶³, VISTA *trusts*⁴⁶⁴ y los poderes

⁴⁵⁹ *Id.*

⁴⁶⁰ LUPOI, M., *supra.*, p. 239-240.

⁴⁶¹ HAYTON, D., ed., *The International Trust*, 3d ed., Jordans Publishing, Ltd., 2011.

⁴⁶² DOYLE, A. y CARN, M., «Purpose Trusts», cap. 5, en HAYTON, D., *The International Trust*, *op cit.*, p. 215.

⁴⁶³ Este tipo de *trust* es de las Islas Caimán <https://www.ogier.com/publications/star-trusts>.

⁴⁶⁴ *Virgin Islands Special Trusts Act, 2003* (VISTA) es un tipo de *trust* para tener acciones de compañías en situaciones donde las acciones se mantendrán indefinidamente y el *trustee* no tiene la intención de manejar los negocios de la compañía; como mirar atrás a la época en que el *trustee* se mantenía como un ente pasivo, pero en el ambiente moderno. HAYTON, D., *supra.*, p. 691.

reservados⁴⁶⁵. Los describe HAYTON:

It is possible to create these unusual trusts with foreign trustees owning foreign property under a foreign law for foreign beneficiaries, but with powers to invest in assets anywhere and to appoint local beneficiaries, so as, a year or so later, to graft local elements on to the foreign trust. This indirect achievement of what could not be achieved directly under local domestic law will occur under local conflict of laws applying the Trusts Convention unless this would be manifestly incompatible with local public policy. Why should English courts strain at a gnat when foreign civil law courts have to swallow the proverbial camel? Indeed, if English conflict of laws enables a settlor to enforce his trust or to create non-charitable purpose trusts, does it not become possible for the courts to develop English domestic law along similar lines⁴⁶⁶?

Tradicionalmente en el Reino Unido no es posible establecer *trusts* para «propósitos», pues no habría un ente capaz de hacer valer los derechos en *equity* con relación a ese *trust*, contrario a lo que ocurre con los *charitable trusts*, que tienen al Fiscal General del Estado para velar y ejecutar su buen funcionamiento. Además de carecer un beneficiario, estos *trusts* se consideran inválidos por razón de su incertidumbre y perpetuidad⁴⁶⁷. Se han reconocido, sin embargo, varios *trusts* para propósitos no caritativos, tales como los que se erigen para construir y mantener mausoleos o tumbas, para dar misas, para cuidado de ciertos animales, para beneficio de asociaciones no incorporadas pero cuyos propósitos deben ser caritativos para ser válidos, y algunos propósitos concretos que no sean a perpetuidad⁴⁶⁸.

Muchos de los centros *offshore* como Bahamas⁴⁶⁹ y las Islas Caimán tienen legislación que permiten los *non-charitable purpose trusts*, los cuales, aunque no

⁴⁶⁵ *Id.*, Introducción, p. xxx.

⁴⁶⁶ HAYTON, D. *The International Trust*, *op cit.*, p. xxxi.

⁴⁶⁷ HAYTON, D., *supra.*, p. 216.

⁴⁶⁸ HAYTON, D., p. 218-19.

⁴⁶⁹ *The Purpose Trust Act 2004* (PTA), según enmendado, dispone que un *trust* se puede declarar por un instrumento escrito para propósitos no caritativos, incluyendo para mantener o invertir en acciones de compañías u otros bienes que constituyen la propiedad del *trust* solamente si se cumple con los requisitos legales tales como que su propósito sea posible y cierto para permitir lograrlos,

serían válidos en Inglaterra, ahora lo son por haber Reino Unido ratificado el Convenio de La Haya sobre *Trusts* y su Reconocimiento.

Los elementos estructurales del *trust* internacional siguen el modelo inglés pero refinado, además de que clarifica algunos aspectos. Contrario a lo que se ve en el Derecho anglosajón en general⁴⁷⁰, la legislación *offshore* define lo que es el *trustee*⁴⁷¹, cuya definición es mucho más concreta que la del Convenio más allá de un mero gestor de bienes. En cuanto al derecho del beneficiario, le consideran dueño de un interés sobre «bienes muebles», aún cuando haya propiedad inmueble implicada⁴⁷² y puede disponer de su interés en el *trust* según lo permita el instrumento que crea el *trust*. En vista de ello, los derechos del beneficiario no se ven de carácter *in rem* bajo el modelo internacional⁴⁷³.

Del *trustee* se espera que actúe con la más alta buena fe (*utmost good faith*) y en el caso de los Estados con influencia civilista, con la debida diligencia de un buen padre de familia, lo que implica un deber fiduciario de parte del *trustee*. Se prohíbe entrar en conflicto de intereses y se espera la imparcialidad⁴⁷⁴. Bajo el Derecho inglés tradicional el *trustee* responde con todo su patrimonio a reclamaciones de terceros y de los beneficiarios o los encargados de un *charitable trust*, en parte, debido a que en el Derecho inglés los *trustees* no se identifican como *trustees* frente a terceros⁴⁷⁵. Las reclamaciones contra el *trustee* por fraude no prescriben y no se permite la compensación de las pérdidas con las ganancias⁴⁷⁶. En el caso de

que no sea contrario al orden público o ilegal bajo las leyes de las Islas Bahamas, que el instrumento disponga para su terminación y cómo se dispondrán los activos en ese momento. *Id.*, p. 262.

⁴⁷⁰ Cf. UTC, *supra*.

⁴⁷¹ ... a trustee shall in relation to the trust property have all the same powers as a natural person acting as the beneficial owner of such property. Art. 20 Trusts (Jersey) Law 1984

⁴⁷² The interest of the beneficiary is personal property and, subject to the terms of the trust, may be dealt with or charged accordingly. Ley de Guernsey 1989.

⁴⁷³ LUPOI, *supra.*, p. 224-25. Según LUPOI, esto le da beneficios fiscales y aclara la diferencia entre el *trust* y el contrato a favor de tercero.

⁴⁷⁴ Ley de Jersey 1984, estatutos de Malta, Guernsey, Mauricio, Seychelles.

⁴⁷⁵ LUPOI, *supra.*, p. 229.

⁴⁷⁶ *Id.*

Jersey, por ejemplo, un tercero puede ir contra la propiedad del *trust* si la transacción se relaciona al *trust* y el *trustee* le ha informado que está actuando como tal. Las cláusulas de relevo de responsabilidad absoluta al *trustee* se consideran nulas en la mayoría de estas jurisdicciones⁴⁷⁷: *[N]othing in the terms of a trust shall relieve, release or exonerate a trustee from liability for breach of trust arising from his own fraud, willful misconduct or gross negligence*⁴⁷⁸.

Los terceros que contratan con el *trustee* se exponen a responsabilidad (y se les impondrá el cargo de *constructive trustee*) si tienen conocimiento de que el *trustee* está actuando en violación del *trust*⁴⁷⁹. El principio del *tracing* del Derecho inglés también fue incorporado al *trust* internacional⁴⁸⁰. En este ámbito de la tutela judicial también se incluyen los *constructive* y los *resulting trusts* del modelo inglés.

Una de las diferencias fundamentales del *trust* internacional del *trust* inglés es que éste no requiere la inscripción del *trust*, mientras que aquel sí lo requiere⁴⁸¹. Sin embargo, el área donde se entiende que es más avanzada la legislación es el Derecho Internacional Privado⁴⁸². El Derecho Internacional Privado anglosajón sobre el *trust* se ha descrito como subdesarrollado⁴⁸³.

⁴⁷⁷ LUPOI, *supra.*, p. 229.

⁴⁷⁸ *Id.*, citando art. 26(9) de la ley de *trusts* de Jersey, 1989.

⁴⁷⁹ *[a] bona fide purchaser for value without actual notice of any breach of trust: (a) may deal with a trustee in relation to trust property as if the trustee was the beneficial owner of the trust property; and (b) shall not be affected by the trusts on which such property is held. Id.*, citando art. 51(1) de la ley de *trusts* de Jersey, 1984, ambientado adoptado en Malta, Guernsey, Turks y Caicos y Mauricio.

⁴⁸⁰ *Without prejudice to the personal liability of a trustee, trust property which has been charged or dealt with in breach of trust, or any property into which it has been converted, may be followed and recovered unless (a) it is no longer identifiable; or (b) it is in the hands of a bona fide purchaser for value without actual, constructive or implied notice of the breach of trust or a person (other than the trustee) who derive title through such a purchaser.* §67 Ley de *Trusts* de Guernsey 1989, adopta también disposiciones similares en Malta, Belize, Nevis, Anguilla, Mauricio y Seychelles.

⁴⁸¹ LUPOI, M., *supra.*, p. 239.

⁴⁸² *Id.*

⁴⁸³ LUPOI, M., *supra.*, p. 150, citando a LEPAULLE, que se ha expresado de la siguiente manera: «One knows that English and American courts have rendered very confused decisions on the point of determining the law which must pass on the validity of an *inter vivos* trust. The situation did not change in the following years, as we have seen». LEPAULLE, P., «Trusts and the Civil Law», *Journal of Comp. Law*, vol. 15, 1933, p. 29.

...I do not believe any more [citations] are required to demonstrate the backwardness of common law systems in the area of private international law; in any event, the deep uncertainty which [sic] prevails in this area will now be highlighted in a rapid overview of the picture provided by the individual legal systems. The problems in arriving at general rules are perfectly clear, and apply to the whole area of trusts: it is sufficient to consider the diverse profiles of testamentary trusts in international law when compared with *inter vivos* trusts, or the family trust or others with an altruistic purpose, compared with those with a commercial or financial purpose, or of purpose trusts compared with discretionary trusts, and it will be many decades before complete case-law solutions will be found⁴⁸⁴.

Los propósitos del *trust* internacional u *offshore*, incluyen por lo general reducir el impacto de las contribuciones al fisco y también proteger activos en tiempos de guerra o inestabilidad en el país del constituyente⁴⁸⁵. El Derecho de *trust* de los llamados *offshore trusts* se considera más avanzado y pragmático que el modelo tradicional anglosajón y en sus normas de DIPr, más que las del Convenio⁴⁸⁶.

El primer estatuto de *trust offshore* fue el de las Islas Caimán⁴⁸⁷, que ha servido de modelo para otros países *offshore*. La autonomía del constituyente está protegida además de que en muchos casos el *trust* está también protegido de reclamaciones que surjan del Derecho foráneo⁴⁸⁸. La determinación del Derecho aplicable a un *trust* primeramente se atiende a lo que disponga el instrumento del *trust* y a cualquier

⁴⁸⁴ LUIPOI, M., *supra.*, pp. 150-51.

⁴⁸⁵ WATT, G. *Trust and Equity*, 6th ed. Oxford Univ. Press, 2014, citando a SCHOENBLUM, «The adaptation of the asset protection trust for use by the multinational corporation: the American perspective», en *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, MCKENDRICK, editor., Clarendon Press Oxford, 1992, p. 217.

⁴⁸⁶ HARRIS, J., *The Hague Trust Convention, Scope Application and Preliminary Issues*, Hart Pub. Co., 2000, p. 65; LUIPOI, M., *Trusts: A Comparative Study, supra.*, cap. 4. LUIPOI ha identificado 25 países que han adoptado el modelo del *International trust*: Anguila, Antigua & Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Bermuda, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Chipre, islas Cook, Gibraltar, Guernsey, Hong Kong, Isla Mann, Jersey, Malta, Maurits, Nauru, Nevis, Niue, San Vicente, Seychelles, Turks & Caicos, Vanuatu, y Samoa Occidental.

⁴⁸⁷ *The Trusts (Foreign Element) Law 1987*, revisada en 1998. Señala HARRIS, *Id.*, p. 66, que este estatuto representa un rechazo al Convenio de La Haya de *Trusts* pues se considera que no protege suficientemente la autonomía del constituyente, tampoco es suficientemente preciso en las reglas de DIPr y provee demasiadas oportunidades para derogar el derecho aplicable al *trust*.

⁴⁸⁸ HARRIS, *op. cit.*, pp. 65-78.

evidencia que de allí surja sobre la intención de las partes; otras circunstancias se considerarían solamente si los términos del *trust* no proveen la evidencia, y los términos del *trust* seleccionando expresamente el Derecho de las Islas Caimán como regente del *trust* es válido, efectivo y concluyente independientemente de otras circunstancias⁴⁸⁹. La ley dispone que si el Derecho de las Islas Caimán es el aplicable, todos los asuntos relacionados al *trust* se regirán por el Derecho de las Islas Caimán, esto incluye todos los aspectos del *trust* como la capacidad del constituyente de crear el *trust*⁴⁹⁰, cualquier aspecto de la validez del *trust*, acto de disposición, la interpretación o efectos jurídicos⁴⁹¹, independientemente de lo que disponga su *lex domicilii* o el *lex situs*⁴⁹². El Derecho de las Islas Caimán, sin embargo, no valida un traspaso de propiedad inmueble contrario a la *lex situs*⁴⁹³. De otro lado, los *trust* creados bajo el Derecho de las Islas Caimán están inmune a reclamaciones que surjan del Derecho foráneo: «*no trust governed by the laws of the Islands and no disposition of property to be held upon the trusts thereof is void, voidable, liable to be set aside or defective in any fashion, nor is the capacity of the settlor to be questioned, nor is the trustee, any beneficiary or any other person to be subjected to any liability or deprived of any right either because (a) the laws of a foreign jurisdiction prohibit or do not recognise the concept of a trust; or (b) the trust avoids or defeats the rights of forced heirs existing by a foreign law*»⁴⁹⁴. Los aspectos preliminares de la creación de un *trust* solían determinarse conforme a los principios del *common law*, aún en las jurisdicciones *offshore*; sin embargo,

⁴⁸⁹ § 89 de la revisión de 2009 de la Ley de *Trusts* de Islas Caimán.

⁴⁹⁰ En cuanto a la capacidad de una corporación para crear un *trust* no está claro si debe aplicar tanto la ley del país de incorporación y también el derecho de las Islas, o si debe aplicar el Derecho de las Islas y la del lugar de incorporación si es apropiado hacerlo. HARRIS, J., «Lunching the Rocket –Capacity and the Creation of Inter Vivos Transnational Trusts», cap. 2, en HAYTON, D., ed., *The International Trust*, supra., 3d., 2011, p. 145. Esta ley no cubre la capacidad del *trustee* y el traspaso del título al *trustee* cuando el Derecho aplicable no es el de las Islas. Tampoco está claro si aplica el *renvoi* cuando el Derecho aplicable es el de las Islas. HARRIS argumenta en contra del *renvoi* es que una vez se permite la autonomía de la voluntad en esta área deben respetarse las intenciones de las partes que generalmente no incluyen la aplicación de la doctrina. *Id.*, p. 147.

⁴⁹¹ § 90 Ley de *Trusts* de Islas Caimán.

⁴⁹² HARRIS, J., *op. cit.*, p. 145, en HAYTON, D., ed., *The International Trust*, supra.

⁴⁹³ *Id.*

⁴⁹⁴ § 91, Ley de *Trusts* de Islas Caimán.

recientemente por medio de legislación se ha tratado de aclarar varios asuntos, particularmente en el tema de la capacidad⁴⁹⁵.

El modelo internacional es compatible con el Convenio de La Haya en cuanto a que la ley aplicable al *trust* determina su validez, sin embargo, en el caso de las Islas Cook, en sus comienzos iba más allá y establecía que un *trust* registrado bajo su legislación será válido aún cuando sea inválido de acuerdo al Derecho del domicilio del constituyente o su residencia, lugar de incorporación⁴⁹⁶, o cualquier otro Derecho «*which would be applied if to do so would validate the trust*»⁴⁹⁷. En el caso de Guernsey, Isla Mauricio y las Islas Seychelles, propusieron que la capacidad para establecer un *trust* se determinaría por el Derecho local que regula el *trust* (modelo adoptado por las Islas Cook), el domicilio o nacionalidad del constituyente, o el Derecho que regula el traspaso de los bienes, cualesquiera cuyos Derechos brinde validez al *trust*⁴⁹⁸. Por otra parte, la capacidad para establecer el *trust*, en el modelo internacional se rige por el mismo Derecho que regula el *trust*⁴⁹⁹.

El acto de traspaso de la propiedad—el cual no está cubierto por el Convenio, como se verá en el capítulo sexto de este trabajo—en el caso de Guernsey se rige por el Derecho local que regule el *trust*, el domicilio o nacionalidad del constituyente o por el Derecho que regula el traspaso⁵⁰⁰. Las Islas Vírgenes Británicas («BVI») cuentan con legislación de avanzada y adoptada en otros países *offshore*, aunque tampoco ha sido siempre el caso, particularmente en el asunto de capacidad⁵⁰¹. En 1993 las BVI deciden actuar en cuanto a los asuntos preliminares dejados fuera del Convenio considerando que la mayoría de los *trusts* en las Islas tiene vínculos con

⁴⁹⁵ HARRIS, J., *op. cit.*, p. 137.

⁴⁹⁶ LUPOI, *op. cit.*, p. 242, citando *International Trust Act*, Cook Islands, §5(2), 1984, también adoptado en Nevis, *International Exempt Trust Ordinance*, §3(1), 1994.

⁴⁹⁷ LUPOI, *op. cit.*, p. 243.

⁴⁹⁸ LUPOI, *op. cit.*, p. 243.

⁴⁹⁹ *Id.*

⁵⁰⁰ LUPOI, *op. cit.*, p. 243.

⁵⁰¹ HARRIS, J., «Launching the Rocket the Rocket –Capacity and the Creation of Inter Vivos Transnational Trusts», cap. 2, en HAYTON, D., ed., *The International Trust*, *supra.*, pp. 137-138.

varios países, son internacionales y el Convenio se hizo extensivo al territorio por virtud del *English Recognition of Trusts Act* del 1987. En 2003 se enmienda el *Trustee Act* para producir, según HARRIS, «*one of the most sophisticated rules of conflict of laws dealing with the rocket and the rocket launching aspects of the trust to be found in any offshore jurisdiction*»⁵⁰².

El asunto de capacidad lo cubría la § 83 del *Trustee Act*: «*if a person transfers or disposes of personal property to a trustee of a trust he shall be deemed to have capacity to do so if he is at the time of such transfer or disposition of full age and sound mind under the law of his domicile*»⁵⁰³. Posteriormente se sustituye esta norma por un anejo bastante detallado, pero no exhaustivo, sobre los asuntos preliminares al establecimiento de un *trust*. Por ejemplo, la validez intrínseca y formal de una disposición de bienes muebles tangibles o bienes inmuebles, se rige por la *lex situs* al momento del acto, una regla consistente con los principios de Derecho Internacional Privado sobre traspasos de propiedad en general⁵⁰⁴. La § 83A (3) excluye la doctrina del *renvoi* cuando las reglas de Derecho Internacional Privado apuntan al Derecho de las BVI en un asunto concreto, aplicando entonces el Derecho domestico⁵⁰⁵. También se excluye el *renvoi* cuando dicha sección indica el Derecho aplicable al *trust*, sin embargo, aplica en cuanto a traspasos de propiedad mueble intangible, dependiendo de su naturaleza, también aplica el *renvoi* cuando hay referencia a la *lex situs*, a menos que el *situs* sea el de las BVI. La *lex situs* se justifica por razón de control y ejecución y para prevenir la búsqueda de un foro de conveniencia (*forum shopping*)⁵⁰⁶.

En las BVI se considera como ley aplicable al *trust*, como en el Convenio, la elegida expresamente por el constituyente o que razonablemente se pueda inferir de los términos del instrumento, y en ausencia de elección, la que tenga los vínculos más

⁵⁰² *Id.*

⁵⁰³ § 83 del *Trustee Act* de 1993, enmendado por la § 83A de las *Trustee Amendments* de 2003.

⁵⁰⁴ *Id.*, § 83 A (7).

⁵⁰⁵ HARRIS, J., «*Lunching the Rocket ...*, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁰⁶ HARRIS, J., «*Lunching the Rocket ...*, *op. cit.*, p. 140.

estrechos con el *trust*. La legislación también contiene un listado de puntos de conexión muy similares a los del Convenio⁵⁰⁷. En cuanto a la ley aplicable para un traspaso de un interés de *equity* en un *trust*, se mira el asunto desde dos ángulos: uno es si el interés en el *trust* puede ser traspasado en cualquier caso, en cuya circunstancia aplica el Derecho que rige la validez intrínseca del *trust*—no aplicando el *renvoi* pues las BVI ratificaron el Convenio—y si la contestación es afirmativa, entonces se determina si el traspaso en efecto se ha logrado, asunto que si el ordenamiento en cuestión lo ve como un derecho de propiedad, se regirá por el derecho que rige los traspasos de propiedad⁵⁰⁸. Si el ordenamiento ve el interés de *equity* del beneficiario como un *chose in action*, aplica el Derecho del Estado donde se localiza ese «derecho» y por lo general aplicaría la doctrina del *renvoi*⁵⁰⁹.

Sobre la delegación de poderes del *trustee* se adopta la *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*, no siendo responsable el *trustee*: «*provided that the trustee exercised the standard of care of a reasonable and prudent man of business in: (a) the selection of the delegate or appointee; and (b) the supervision of the activities of the delegate or appointee*»⁵¹⁰.

Resumiendo, aunque la legislación de los llamados Estados *offshore* es más favorable a la autonomía del constituyente y protegen los *trusts* que se gobiernan por esta legislación, de reclamaciones que surgen del Derecho foráneo—i. e., las de legitimarios--, tampoco se han resuelto los problemas que surgen de los aspectos preliminares de la formación de un *trust* transnacional, particularmente en lo que a la capacidad se refiere⁵¹¹. Igual importancia tiene el asunto de cuáles tribunales serán competentes para resolver disputas que vayan surgiendo, pues distintas reglas de Derecho Internacional Privado aplicarán en cada Estado en

⁵⁰⁷ HARRIS, J., «Lunching the Rocket ...», *op. cit.*, p. 140.

⁵⁰⁸ HARRIS, J., «Lunching the Rocket ...», *op. cit.*, p. 141.

⁵⁰⁹ HARRIS, J., «Lunching the Rocket ...», *op. cit.*, p. 141. Ver HARRIS, *The Hague Trust Convention...*, *supra.*, pp. 34-39, donde se discute la ubicación o de estos intereses o derechos de *equity*.

⁵¹⁰ Ley de Belice 1992, Anguila 1994.

⁵¹¹ HARRIS, J., *The Hague Trust Convention...*, *op. cit.*, p. 77.

cuanto a los asuntos preliminares sobre la creación de un *trust*, asunto que complica la decisión de dónde presentar la reclamación⁵¹². Es por ello que resulta casi indispensable incluir una cláusula de competencia exclusiva de los tribunales del Estado *offshore* al menos en las disputas de la relación interna del *trust*⁵¹³.

3.3. Recepción y expansión del *trust* en Latinoamérica—el fideicomiso y la *fiducie*.

El impedimento fundamental que ha recibido la asimilación del *trust* tanto en el Derecho continental⁵¹⁴ como en el hispanoamericano—cuyos países en su mayoría adoptaron el Código Napoleónico-- se deriva en parte por la naturaleza unificada de la propiedad donde no existe una separación similar entre el Derecho común y el concepto de la *equity*, y por otra, el concepto de tipificación de los Derechos reales-- *numerus clausus*⁵¹⁵. Los derechos reales con alcance *erga omnes* no

⁵¹² HARRIS, J., *The Hague Trust Convention...*, *op cit.*, p. 78, citando HARRIS, J., «Transnational Trusts Litigation—Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments», en GLASSON, J., ed., *The International Trust, supra.*, cap. 1.

⁵¹³ HARRIS, J., *The Hague Trust convention...*, *op cit.*, p. 78.

⁵¹⁴ En el Derecho continental de tradición civilista nunca existió una separación similar entre el derecho común y concepto de la *equity*. MERRYMAN explica la diferencia de porqué los jueces anglosajones conservaron la autoridad para crear Derecho, como ocurrió con el desarrollo de los tribunales de la *equity*: *The system of checks and balances that has emerged in the United States places no special emphasis on isolating the judiciary, and it proceeds from a philosophy different from that which produced the sharp separation of powers customarily encountered in the [c]ivil [l]aw world. It is important to emphasize this point and to understand why this was the case. In France the judicial aristocracy were targets of the Revolution not only because of their tendency to indentify with the landed aristocracy, but also because of their failure to distinguish very clearly between applying law and making law.... In the United States and England, on the contrary, there was a different kind of judicial tradition, one [in] which judges had often been a progressive force on the side of the individual against the abuse of power by the ruler, and had placed an important part in the centralization of governmental power and the destruction of feudalism...*

El Derecho continental, de donde surge el Derecho en Latinoamérica, se basa en leyes muchas de las cuales están codificadas por materias, civil, penal, mercantil y su interpretación está a cargo de la doctrina mediante tratadistas y profesores. MALUMIAN, *supra.*, p. 24, citando a MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2d ed., Stanford Univ. Press, Stanford, 1985, pp. 15-16, 23-24, 56-57, mientras que en los sistemas del *common law* utilizan los códigos como recopilación de leyes o jurisprudencia, por materias para uso de referencia, pero la interpretación la realizan los jueces o entidades administrativas. *Id.*, citando a CALVI & COLEMAN, *American Law and Legal Systems*, Prentice Hall, New York, 4th ed. 1999, p. 35.

⁵¹⁵ MALUMIAN, *supra.*, p. 19. Para el Derecho español, ver VARGAS SORIANO, *supra.*, p. 42-43. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Operaciones fiduciarias o trusts en el Derecho español,» *op. cit.*, pp. 1824-1825, indica que en España hay un gran debate sobre este particular *numerus clausus* vs. *numerus apertus*, pero que, aún partiendo de la tipicidad como principio general, la doctrina

pueden ser creados por la voluntad de las partes y es necesaria la intervención del legislador para crearlos⁵¹⁶. Justifica la doctrina esta postura en consideración a los participantes del tráfico jurídico que encontrarían incrementados los costes de información de los participantes ajenos a la transacción⁵¹⁷.

En Hispanoamérica, para intentar adaptar la institución del *trust* y lograr una consecuencia jurídica funcionalmente análoga, estos países tuvieron que desarrollar un nuevo concepto jurídico que implicara establecer un patrimonio de afectación separado del patrimonio del fiduciario, donde la propiedad se dividiera entre la propiedad dominical a manos del fiduciario y el beneficio económico a manos del beneficiario⁵¹⁸. En este proceso se plantearon varios métodos de recepción⁵¹⁹: (1) si se expandía el alcance de figuras civilistas afines⁵²⁰; (2) si se incorporaba el *trust* anglosajón sin más⁵²¹, o (3) si se creaba una figura nueva que

jurisprudencial y registral muestra un criterio flexible y favorable a la apertura y con fundamento en el Derecho positivo, i. e., arts. 1.255 del CC y 2, 2.º de la LH y art. 7 del Reglamento Hipotecario.

⁵¹⁶ MALUMIAN, *supra.*, p. 19.

⁵¹⁷ MALUMIAN, *supra.*, p. 19, citando MERRIL/SMITH, «Optimal Standardization in the Law of Property: the *numerus clausus* principle»» *Yale L. J.*» 2000; ARRUÑADA, «La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico,» Madrid 2004, p. 98; HANSMANN/KRAAKMAN, «Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights,» *Harv. Law School Research Paper* No. 037, <http://ssrn.com>. Nos preguntamos si esta preocupación sigue siendo válida en estos tiempos de alta tecnología y avances en los medios de comunicación.

⁵¹⁸ MALUMIAN, *supra.*, p. 19.

⁵¹⁹ PATTON, R.G., «Trust Systems...*supra.*, p. 408. Ver WISDOM, J. M., «A Trust Code in the Civil Law, Based on the Restatement and Uniform Acts: The Louisiana Trust Estates Act», *Tulane L. Rev.*, vol. 13, 1938, pp. 70, 76.

⁵²⁰ Un ejemplo del primer método de recepción del *trust* fue Escocia, que aunque pertenece al mundo anglosajón en Europa, su Derecho es de tradición civilista. La jurisprudencia escocesa interpretó el *trust* como un contrato compuesto por dos contratos, mandato y depósito para la custodia y administración de la propiedad objeto de los mismos, respectivamente. PATTON, *id.*, p. 409, citando *Croskery v. Gilmour's Trustees*, 17 R. 697(1897). Esta teoría fue criticada toda vez que en ninguno de estos contratos el título queda investido en el depositario o en el mandatario. *Id.*, citando *Allen v. M'Combie's Trustees*, S.L.R. 645. 1909, Sess Cass. 710 (1909).

Otro ejemplo que ofrece PATTON del primer método es Cuba, donde el Tribunal Supremo cubano decidió reconocer un *trust* como un contrato, sobre la base de que aunque el Derecho cubano no conoce la figura del *trust*, la autonomía de la voluntad permite su creación. MARTÍNEZ ESCOBAR, M., *La Revolución de la Personalidad*, Cultural, La Habana, 1940, cap. 53. Se trataba de un *trust* creado para garantizar a los compradores de pagarés y bonos de una entidad comercial, a través del traspaso a un *trustee* en vez de crear hipotecas a favor de los bonistas o tenedores. La doctrina desarrolla el tema, pero deja de manifiesto la necesidad de legislar al respecto. PATTON, *id.*, nota 26.

fuese congruente con las raíces civilistas⁵²². La figura que mediante legislación se ha creado para intentar⁵²³ cubrir las necesidades que atiende el *trust* en el mundo anglosajón, se conoce como «fideicomiso». Varias teorías se desarrollaron en Latinoamérica con el fin de entender la naturaleza del fideicomiso tales como el mandato irrevocable, institucionalización de fideicomiso, patrimonio de afectación, patrimonio autónomo y la teoría contractual.

Países de raíces civilistas que han adoptado su versión del *trust*-el fideicomiso- vieron la necesidad y conveniencia de así hacerlo por su cercanía con los Estados

⁵²¹ El Estado norteamericano de Luisiana, de tradición civilista, según PATTON, es ejemplo clásico del segundo método de adopción directa de la figura del *trust* anglosajón, aunque cuando adoptó el Código Civil en 1808, al igual que Francia, había prohibido las sustituciones fideicomisarias, además prohibió la *fidei commissa*. PATTON, *supra.*, pp. 411-412. Sus tribunales rehusaban reconocer el *trust* hasta que se promulgara una ley habilitadora. En 1882 se promulga la Ley 124 para eximir de la prohibición de *fidei commissa* a las donaciones para propósitos caritativos o educativos. *Id.* En 1902 se autoriza a los bancos a actuar como *trustees*; en 1920 se permiten los *trusts* de duración limitada, pero sin establecer detalles de los deberes y poderes del *trustee*, el constituyente o el beneficiario. En 1938 se promulga el primer código de Derecho de *trusts* basado en la primera reformulación del Derecho de los *trusts* (*Restatement First, Trusts*) y disposiciones de las leyes uniformes que habían sido adoptadas por otros Estados: Según la § 9-1731: [*a trust*] *is the relationship resulting from the transfer of title to property to a person to be administered by him as a fiduciary for the benefit of another.* *Id.* El *trust* de Luisiana no es un nuevo *fidei commissum*, mandato irrevocable, depósito o *fiducie pseudo-trust*, sino un *trust* expreso que es conocido por todos los que entienden el Derecho anglosajón. *Id.* ...[y] aunque el Derecho civil es superior al *common law*, el *trust* se debe incorporar tal cual del Derecho anglosajón ya que «*the trust has met the pragmatic test of Romanesque jurisprudence. It works. It works, whether it is necessary to resort to judicial rationalization...or legislative legerdemain. It works because it fills an insistent economic and social need, a conspicuous triumph over verbalism in the law*». *Id.*, citando a WISDOM, *supra.*, p. 83.

⁵²² La tercera metodología la ilustra la provincia canadiense de Québec. En 1866 Québec adopta su propio Código Civil e incorpora las figuras de la *fiducia* y la sustitución fideicomisaria. FARIBAULT, M., *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1936. Sin embargo, en *Curran v. Davis*, S.C.R. 283 (1933), el Tribunal Supremo de Québec decide que la institución de la *fiducie* debe interpretarse consistente con el *trust* anglosajón. De las 17 compañías de *trust* existentes en Canadá en el año 1904, dos pertenecían a la provincia de Québec; en 1939, de las 58 compañías canadienses, 12 radicaban en esa provincia y para 1938 dos de las más grandes compañías radicadas en Québec controlaban activos de más de 1.500 millones de dólares de esa época; el resto de las empresas de *trust* en Canadá controlaba aproximadamente mil millones de dólares. PATTON, *supra.*, p. 411, citando a STEPHENSON, pp. 198-209.

El CC quebequés señala en su Art. 1.260: *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.* El Art. 1.261 define el patrimonio fiduciario como sigue: *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.*

⁵²³ Ver FIGUEROA, D., «Civil Law Trusts in Latin America: Is the Lack of Trusts an Impediment for Expanding Business Opportunities in Latin America? », *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 24, 2007, p. 702.

Unidos y su gran interés en atraer inversión americana a través de la figura que éstos conocen como *trust*. La primera legislación de *trust* que se adopta en Latinoamérica fue en Panamá, la Ley núm. 9 del 29 de enero de 1925⁵²⁴, basada en un proyecto preparado por el doctor Ricardo J. Alfaro⁵²⁵. Allí se autoriza la creación del fideicomiso *trusts inter vivos y mortis causa*⁵²⁶. Define el fideicomiso como el acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente⁵²⁷. Ese mismo articulado dispone que entidades de Derecho público podrán retener bienes propios en fideicomiso y actuar como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de la Ley. Su artículo 2 dispone que el fideicomiso puede ser constituido sobre bienes de cualquier naturaleza, presentes o futuros y podrán añadirse bienes al fideicomiso por el fideicomitente o por un tercero después de la creación del fideicomiso, con la aceptación del fiduciario. Establece además la ley panameña que los bienes del fideicomiso constituirán un patrimonio separado de los bienes personales del fiduciario para todos los efectos legales y no podrán ser secuestrados ni embargados, salvo por obligaciones incurridas o por daños causados con ocasión de la ejecución de fideicomiso o por terceros cuando se hubieren traspasado o retenido los bienes con fraude y en perjuicio de sus derechos⁵²⁸.

En 1926 México promulga una ley de fideicomisos similar a la panameña, pero sólo autorizando a los bancos a servir de *trustees*⁵²⁹. Originalmente y siguiendo el

⁵²⁴ Actualmente Ley 1 de 5 de enero de 1984 G. O. 19,971 y el Reglamento creado por Decreto 16 del 3 de octubre de 1984, O. G. 20,165 de 18 de octubre de 1984.

⁵²⁵ Ver ALFARO, R., *El Fideicomiso: Estudio sobre la Necesidad y Conveniencia de Introducir en la Legislación de los Pueblos Latinos una Institución Nueva, Semejante al Trust del Derecho Inglés*, Imprenta Nacional Panamá, 1920.

⁵²⁶ *Id.*

⁵²⁷ ALFARO, R., *El Fideicomiso...*, *op. cit.*, Originalmente el fideicomiso se definía como un mandato irrevocable pero la ley fue derogada debido a la crítica recibida, incluyendo al propio Alfaro que reconoció que es una calificación errada.

⁵²⁸ *Id.*, Artículo 15.

modelo panameño de entonces, la ley mexicana definía el fideicomiso como un mandato irrevocable; sin embargo, mas tarde fue enmendada eliminando el concepto de mandato irrevocable y es el primer ejemplo de la noción de fideicomiso que prevalece hoy día en Hispanoamérica⁵³⁰. MACEDO se encarga de proponer los artículos que describen el fideicomiso abordando el planteamiento de LEPAULLE de que la propiedad del fideicomiso carece de dueño, aunque su conclusión no coincide con ella, pero tampoco la rechaza, y concluye que se trata más bien de propiedad con un fin particular⁵³¹.

Dispone la ley mexicana que en virtud del fideicomiso el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria⁵³². Pueden ser fiduciarios las instituciones de créditos, las de seguros, las de fianzas, las casas de bolsa, el Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, las sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes generales de depósitos; éstas últimas dos sólo pueden actuar en fideicomisos de garantía⁵³³. A Méjico siguieron otros países de raíces civilistas, extendiéndose el fideicomiso latino por todo el continente latinoamericano.

El Estado de Louisiana heredero del Código Napoleónico, era originalmente hostil al concepto de sucesiones de intereses en propiedad por la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, pero debido a estar rodeada del mundo del *common law* vio la necesidad de facilitar el comercio permitiendo la utilización de instrumentos conocidos en el resto de la nación. Louisiana fue reconociendo el

⁵²⁹ En 1924 Méjico había promulgado la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de noviembre donde introduce el antecedente del *trust*, creando los fideicomisos bancarios. El 30 de junio de 1926 promulga la Ley de Bancos de Fideicomiso.

⁵³⁰ MALUMIAN, N., *supra*, p. 18.

⁵³¹ MALUMIAN, N., *supra*, p. 18-19, citando a MACEDO, P., «El fideicomiso mejicano», en *Tratado teórico y práctico de los trusts*, Editorial Porrúa, México, 1975, pp. XXV-XXVI.

⁵³² Ver ROJAS, citando el Art. 381, Cap. V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Mexicana, reforma de 13/06/2003.

⁵³³ *Id.*, p. 85, citando los artículos 395 y 396 de la Ley General de Títulos y Organizaciones de Créditos de Méjico. Ver MALUMIAN, N., *supra*, pp. 17-19

trust gradualmente desde 1882, cuando solo se reconocía el *trust* para propósitos particulares y, en 1938 se permite el *trust* para otros propósitos, pero sin integrarlo al Derecho estatal⁵³⁴. Esto se produjo en 1965 con la codificación de la figura del *trust*⁵³⁵. Tuvo que proveer que el *trustee* ostentase el título de dominio de la propiedad para así permitir que los *trusts* de Louisiana se beneficiaran de las disposiciones fiscales a nivel federal que beneficiaban a los otros Estados⁵³⁶.

Para resolver el problema del concepto de titularidad del beneficiario el código de *trusts* de Louisiana guarda silencio sobre el particular, pero confiere y establece los mecanismos que tiene el beneficiario para hacer valer su derecho sobre la propiedad en *trust*. El beneficiario tiene derecho a una acción personal contra el *trustee* y un tercero que reciba la propiedad con conocimiento de la violación del *trust* o la reciba gratuitamente⁵³⁷.

Quebec es otro Estado de raíz civilista que como Louisiana ha tenido que adoptar el *trust* por estar inmerso en un país de tradición anglosajona. El nuevo Código Civil de Quebec enmienda el concepto de la *fiducie*. Tanto el proyecto de ley de *trust* francés como el código quebequés crean el concepto del *patrimoine d'affectation*, pero con distinto enfoque⁵³⁸. El código quebequés no descansa en nociones sobre doble titularidad o personificación de la figura del *trust*⁵³⁹. El patrimonio de afectación carece de dueño⁵⁴⁰. El beneficiario en este escenario

⁵³⁴ WATERS, D.W.M., «The Institution of Trust in Civil and Common Law», *Recueil Des Cours* vol. 252, 1995, p. 372.

⁵³⁵ WATERS, D.W.M., *op. cit.*, p. 372.

⁵³⁶ *Id.*

⁵³⁷ *Id.*, pág. 374.

⁵³⁸ El Código Civil francés lo considera dentro del Derecho de contratos mientras que el quebequés lo ve dentro del Derecho de propiedad. *Id.*, pág. 399.

⁵³⁹ WATERS., WATERS, D.W.M., «The Institution of Trust in Civil and Common Law», *Recueil Des Cours* vol. 252, 1995, p. 400.

⁵⁴⁰ DE LA NATURE DE LA FIDUCIE

Art. 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.* 1991, c. 64, a. 1260.

Art. 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*

tiene derecho a perseguir la propiedad, no porque tenga un derecho real, sino por virtud de ley⁵⁴¹. Según el profesor BRIERLEY, el concepto de *tracing* del Derecho de *trust* anglosajón se extrapola al Derecho quebequés puesto que el valor del patrimonio está gravado o afectado por el fin de la *fiducie* aunque se encuentre en manos de un tercero: «...*the value of the property is affected to the purpose of the trust even when that value is found (improperly) in the patrimony of a third person*⁵⁴²». La propiedad continúa afectada a su fin independientemente de donde se encuentre, brindándole al beneficiario la potestad de recuperar la propiedad. Explica WATERS que el derecho real no procede o emana de un derecho real del beneficiario, sino de la propiedad misma⁵⁴³.

Puerto Rico⁵⁴⁴ es jurisdicción mixta de origen civilista, que, debido a su situación política de territorio estadounidense, ha tenido una gran influencia del *common law* - como sucedió con el Estado de Luisiana. En el 1928 promulga la Ley de Fideicomisos, basada en el modelo panameño original que hasta la reciente reforma de la ley de fideicomisos se definía como un mandato irrevocable⁵⁴⁵ a virtud

aucun d'entre eux n'a de droit réel. 1991, c. 64, a. 1261.

⁵⁴¹ 1290. *Le constituant, le bénéficiaire ou un autre intéressé peut, malgré toute stipulation contraire, agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, pour lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou pour obtenir sa destitution.*

Il peut aussi attaquer les actes faits par le fiduciaire en fraude du patrimoine fiduciaire ou des droits du bénéficiaire. 1991, c. 64, a. 1290.

⁵⁴² WATERS, *The Institution of the Trust... op.cit.*, p. 403, citando a BRIERLEY, J.E.C., «The New Quebec Law of Trusts: The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts», *Droit Québécois et droit française: communauté, autonomie, concordance*, Association Henri Capitant, 1994, p. 383.

⁵⁴³ «*the real right is neither an extensión of, nor does it spring from, any real right of the beneficiary but from the very nature of the independent patrimony that constitutes the fiducie property itself*». WATERS., *op. cit.*, p. 403.

⁵⁴⁴ Puerto Rico es una jurisdicción que ha pretendido adoptar el *trust* en su derecho interno afín al *trust* anglosajón clásico, con mejor o menor acierto, pero que a su vez carece de normativas de Derecho internacional privadas actualizadas. Para del DIPr puertorriqueño, ver MUÑIZ ARGÜELLES, L., *Derecho Internacional Privado puertorriqueño: Materiales, orientaciones e interrogantes*, 1ª ed., A.N.R.T., 2011.

⁵⁴⁵ Ley Núm. 41 de 23 de abril de 1928, incorporada en los Artículos 834 al 874 del CC de Puerto Rico de 1930, según enmendado, específicamente en el capítulo tercero (De la constitución de fideicomisos), del Título Tercero (De las sucesiones), del libro tercero (De los diferentes modos de adquirir la propiedad). La Ley Núm. 211 de 8 de mayo de 1952 enmendó los artículos 834, 839, 841, 843, 845, 846, 848 y 869 del Código Civil.

del cual se transmiten determinados bienes a una persona, llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene la que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de este mismo o de un tercero llamado fideicomisario⁵⁴⁶. La figura del fideicomiso fue interpretada en *Dávila v. Agrait*⁵⁴⁷ donde el Tribunal Supremo de Puerto Rico visualizó el fideicomiso puertorriqueño como una institución de caracteres particulares que incorpora los principios del *trust* anglosajón e intenta armonizarlos con la tradición civilista puertorriqueña evitando constreñir la institución que se quiso integrar nutriéndola de la flexibilidad que caracteriza el *trust* anglosajón, atemperando la ley y abandonando los criterios de rigidez e inmovilidad de la fiducia romana⁵⁴⁸.

La legislatura puertorriqueña en 2012 aprobó una ley que derogó los correspondientes artículos del CC y aprobó una ley especial que regula la figura del fideicomiso⁵⁴⁹. Reformula el fideicomiso y lo define como un patrimonio autónomo que resulta del acto por el cual el fideicomitente le transfiere bienes o derechos, y que será administrada por el fiduciario para beneficio del fideicomisario o para un fin específico, de acuerdo con las disposiciones del acto constitutivo y, en su defecto, conforme a las disposiciones de la Ley⁵⁵⁰. Los bienes o derechos fideicomitados constituyen un patrimonio totalmente autónomo y separado de los patrimonios personales del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, que queda afectado al fin particular que se le confiera al momento de la constitución⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ SANCHEZ VILELLA expresa que la figura del mandato no coincide con la concepción del *trust* que es una institución *sui generis* que no se asimila a ninguna otra figura del Derecho angloamericano. Entiende que esta calificación no presenta ninguna desviación *práctica*, sino tan solo *conceptual* y que el propio Alfaro sugirió que la frase «antitética» y «contradictoria» podía bien sustituirse por un «contrato» o «contrato especial», «acto irrevocable», o simplemente un «acto». SÁNCHEZ VILELLA, L.F., «El Fideicomiso Puertorriqueño III. Desviaciones fundamentales respecto del Derecho angloamericano sobre *trusts*», *Rev. del Col. De Abogados de Puerto Rico*, vol. 37, núm.3, 1976, p. 417.

⁵⁴⁷ 116 D.P. R. 549 (1985). Se manifiesta el sentido mixto del ordenamiento de Puerto Rico en la medida en que las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico sientan precedente jurisprudencial.

⁵⁴⁸ 116 D.P. R. *supra.*, p. 566.

⁵⁴⁹ Ley núm. 219 del 31 de agosto de 2012

⁵⁵⁰ Art. 1 Definición. Ley de Fideicomisos 2012

⁵⁵¹ Art. 2 Patrimonio autónomo Ley de Fideicomisos 2012

Según la legislatura, la propiedad fiduciaria se visualiza como el equivalente del dominio legal preconizado por el Derecho angloamericano y razonando en la línea de ALFARO, quien entendía que si la estructura del Derecho civil permite la existencia de la propiedad fiduciaria de bienes transmitidos por causa de muerte, no hay razón para que no exista transmisión entre vivos la propiedad fiduciaria sobre determinados bienes que no formen parte de una herencia⁵⁵². Mientras subsista el fideicomiso, este patrimonio queda exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fideicomitente, el fideicomisario y del fiduciario, salvo lo establecido en la Ley⁵⁵³. Durante la vigencia del fideicomiso, la masa de bienes fideicomitidos corresponde a un patrimonio autónomo del fiduciario y el fideicomisario es el titular de un interés beneficioso que se concreta a la terminación del fideicomiso, salvo que se trate de rentas o bienes que deba o pueda recibir periódicamente antes⁵⁵⁴.

El ejemplo puertorriqueño enmarca una teoría ecléctica, donde se procura conciliar las doctrinas que parecen mejores o más verosímiles de diversos sistemas⁵⁵⁵. En palabras del legislador puertorriqueño, mediante la reforma se sustituye la institución romana, fosilizada y estéril, con un fideicomiso amplio, vivo, flexible, fecundo y útil que sea un trasunto cabal del *trust* angloamericano sin necesidad de recurrir a doctrinas ajenas al Derecho civil⁵⁵⁶.

⁵⁵² Exposición de Motivos, Ley de Fideicomisos de 2012.

⁵⁵³ *Id.*

⁵⁵⁴ Art. 3, Titularidad. Ley de Fideicomisos 2012

⁵⁵⁵ *Cf.*, ROJAS, *supra.*, p. 46, justifica su teoría ecléctica del fideicomiso en la escuela filosófica del eclecticismo.

⁵⁵⁶ Exposición de Motivos, Ley de Fideicomisos de 2012, *supra.*, citando a ALFARO se expresa la legislatura: «Así como las Institutas de Justiniano y el Código de Bello admitieron y regularon la propiedad fiduciaria respecto de bienes hereditarios, así puede también la ley contemporánea permitir y regular la transmisión de toda clase de patrimonio por medio de fideicomiso para que tenga efecto tanto durante la vida del fideicomitente, como después de su muerte». ALFARO, R. J., *op cit*, pp. 34 a 37.

3.4. Teorías sobre la naturaleza del fideicomiso hispanoamericano

Hay varias teorías en cuanto a la naturaleza de la titularidad sobre la propiedad objeto del fideicomiso. Bajo la teoría de doble titularidad del Derecho anglosajón, apoyada por FRANCESCHELI⁵⁵⁷, como se ha visto anteriormente, la titularidad jurídica (*legal ownership*) sobre el *corpus* la ostenta el fiduciario y la económica (*equitable ownership*) pertenece al beneficiario o *cestui que trust*. Esta teoría no ha tenido mucha acogida en los países cuyo Derecho positivo está amparado en el Derecho romano, pues es contraria al carácter civilista del dominio, ya sea perfecto o imperfecto⁵⁵⁸, de ser exclusivo de su titular, cuyo dominio reúne tanto la titularidad de dominio y como la económica⁵⁵⁹.

Según ROJAS, no cabe la teoría de la doble titularidad en el fideicomiso latinoamericano ya que en esta figura el beneficiario tiene una potencialidad de derecho semejante a la que puedan tener los herederos⁵⁶⁰, con la variante que el beneficiario la tiene determinada o condicionada en la figura del fideicomiso, no tiene ninguna titularidad económica, sólo una expectativa de derecho determinada en el contrato de fideicomiso o en el testamento si todavía no se ha constituido el fideicomiso⁵⁶¹. El beneficiario es un ente pasivo que sólo recibe del fiduciario la parte del patrimonio del fideicomiso que haya indicado el constituyente para que lo disponga después de ser liquidado fuera de la figura, dado que dentro de ella sólo puede actuar el fiduciario⁵⁶².

⁵⁵⁷ Según ROJAS, *supra.*, p. 37, esta teoría es apoyada por FRANCESCHELLI, *Il 'Trust' nel diritto inglese*, Padua (1935).

⁵⁵⁸ Propiedad perfecta u ordinaria puede describirse como el derecho real de una persona sobre una cosa a perpetuidad; la imperfecta está subordinada a durar hasta la ocurrencia de una condición resolutoria o la expiración de un plazo, en cuya ocurrencia se transfiere a un tercero. MALUMIAN, *supra.*, p. 22, nota 13. La propiedad fiduciaria es de naturaleza imperfecta no solamente por estar limitada a un periodo de tiempo, sino también que su titular, el fiduciario, está sujeto a las limitaciones expresas que surjan del contrato, o a las implícitas derivadas del objeto del fideicomiso. *Id.*

⁵⁵⁹ ROJAS, A. *supra.*, p. 38.

⁵⁶⁰ *Id.*

⁵⁶¹ ROJAS, A. *supra.*, p. 38.

⁵⁶² *Id.*

En contraposición a la teoría anterior, ROJAS entiende que la titularidad de dominio y económica en el fideicomiso recaen únicamente sobre el fiduciario, quien debe ejercitar sus derechos de titular para cumplir con los fines que le encomiende el fideicomitente en la figura, independientemente de los derechos y obligaciones que derivan del manejo de su propio patrimonio, y de las expectativas de derecho que concurren o vayan a generarse para el beneficiario del fideicomiso, lo cual será siempre fuera de la figura o de actos externos, aunque emanen de la figura del fideicomiso⁵⁶³.

En estos países de Latinoamérica, con sistemas inspirados en el Derecho romano, se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados al fiduciario, como «propiedad fiduciaria», que constituye un patrimonio separado del propio patrimonio del fiduciario⁵⁶⁴. A través de la personalidad que presta el fiduciario es que se fundamenta la titularidad sobre los bienes o derechos que constituyen el objeto del fideicomiso⁵⁶⁵. El fideicomiso se soporta y fundamenta en la personalidad que presta el fiduciario, por ejemplo, para titularizar los bienes o derechos que constituyen su objeto, por lo cual el fiduciario es el único titular que existe en la figura, diferencia fundamental con el *trust* angloamericano donde la titularidad jurídica en la figura la tiene el *trustee* o fiduciario, y la económica la tiene el beneficiario⁵⁶⁶.

Según ROJAS⁵⁶⁷, la tesis de la naturaleza contractual del fideicomiso, se basa en que para que pueda haber un fideicomiso es necesario que las partes firmen un contrato de donde surja la existencia jurídica del *trust*, sin el cual no podría haber ninguna actuación del fiduciario o *trustee*⁵⁶⁸. La ley argentina igualmente acoge

⁵⁶³ ROJAS, A. *supra.*, p. 39.

⁵⁶⁴ ROJAS, A. *supra.*, p. 43.

⁵⁶⁵ ROJAS, A. *supra.*, p. 43.

⁵⁶⁶ ROJAS, A. *supra.*, p. 42.

⁵⁶⁷ ROJAS, A. *supra.*, pp. 24-32.

⁵⁶⁸ ROJAS, A. *supra.*, p. 25, citando la ley venezolana Art. 1.133 del CC de Venezuela.

esta tesis⁵⁶⁹. BERAUDO señala que en los países de Latinoamérica el fideicomiso o fiducia mercantil es calificada de contrato ya que nace de un acuerdo de voluntades entre un constituyente y un profesional de la gestión de bienes⁵⁷⁰. Por su parte ALFARO, autor del proyecto de la ley de fideicomisos panameña y considerado el padre del fideicomiso latinoamericano, señala que el fideicomiso es un contrato tripartito *sui generis*, cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes, con notables diferencias con la mayoría de los contratos sinalagmáticos⁵⁷¹ que se contraponen al contrato unilateral⁵⁷².

ROJAS refiere a POLLOCK en su opinión de que el fideicomiso es una especie de contrato si su fuente es un acto entre las partes, sin embargo, en cuanto a los muchos otros elementos que se encuentran en una relación de *trust*, así como el distinto objetivo de éstos, les distingue claramente no sólo de cualquier especie de contrato, sino de los contratos considerados como un género distinto; de ahí que a su juicio se justifica el enfoque adoptado por los tratadistas ingleses de estudiar al *trust* como una rama jurídica aparte⁵⁷³.

Según ROJAS, las disposiciones que señalan que el fideicomiso podrá dejarse en testamento refuerzan la tesis del acto unilateral del fideicomiso dado la disposición del fideicomitente de constituir el fideicomiso, pero eso sólo es la manifestación de su voluntad expresada en el testamento; y entiende que esto también refuerza la tesis de la institucionalidad del fideicomiso, que también desvirtúa la tesis de la naturaleza contractual de la figura⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ ROJAS, A. *supra.*, p. 25, cita el Art. 1 de la Ley 24.441 de Argentina que dispone que habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo, condición al fiduciante, al beneficiario, o al fideicomisario.

⁵⁷⁰ *Id.*, pág. 25, citando a BERAUDO, J. P., *Les trusts anglo-saxons et le droit française*, Paris, 1992.

⁵⁷¹ ROJAS, A. *supra.*, p. 25., citando al CC francés, art. 1102.

⁵⁷² ROJAS, *supra.*, p. 25.

⁵⁷³ ROJAS, *supra.*, p., 28. Cfr. LANGBEIN, «The Contractarian Basis of the Law Of Trusts....*supra.*

⁵⁷⁴ ROJAS, *supra.*, p. 28.

Sostiene ARRECHEA ALVAREZ que el fideicomiso es un acto unilateral del fideicomitente siempre que esté enmarcada dentro de los requisitos de capacidad y licitud, que como negocio existe independientemente de que haya contrato⁵⁷⁵ -- como ocurre en las disposiciones testamentarias donde el testador manifiesta su voluntad de constituir un fideicomiso con los bienes o derechos que deja en el testamento--pero este acto queda en suspenso hasta tanto el fiduciario acepte su designación, prestando su personalidad para titularizar este patrimonio⁵⁷⁶. RODRIGUEZ RODRIGUEZ sostiene que la naturaleza jurídica del fideicomiso no puede estar fundamentada en un contrato porque las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario les falta manifestación suficiente de voluntad, dado que el negocio fiduciario se celebra con asentimiento y no solo por consentimiento, además de estar sujeto a la *conditio iuris*⁵⁷⁷. Este es el caso de los *trusts* creados por acto unilateral por la vía testamentaria⁵⁷⁸.

Como institución jurídica, el fideicomiso se constituye desde el momento en que el fideicomitente capaz decide constituirlo con parte de los bienes o derechos que integran su patrimonio, cumpliendo las formalidades de ley, pero requiere la aceptación del fiduciario, el cual le presta su personalidad de manera independiente y separada para titularizar los bienes o derechos cedidos en el fideicomiso y

⁵⁷⁵ ROJAS, *supra.*, p. 12.

⁵⁷⁶ ROJAS, *supra.*, pp. 12 y 13.

⁵⁷⁷ ROJAS, *supra.*, pág. 27.

⁵⁷⁸ Cfr. LANGBEIN, «The Contractarian Basis...» *supra.*, señala que está de acuerdo con SCOTT en su opinión de que no cabe interpretar al *trust* como un contrato en el caso de los constituidos por la vía testamentaria por ser un acto unilateral que se establece por la declaración de la voluntad del testador que manifiesta ostentar la propiedad para beneficio de un tercero que el derecho considera como haber recibido el interés propietario en el objeto de la declaración. LANGBEIN, *supra.*, p. 672. Sin embargo sostiene que este tipo de *trust* es muy escaso y surge de tres formas: 1) como un testamento no sujeto al procedimiento de testamentarías produciendo el traspaso del derecho de propiedad al momento de la declaración; 2) como una forma de subsanar una donación previa no perfeccionada con la entrega; y 3) la declaración de *trust* que ya nombra a un tercero como fiduciario, creándose así la relación tripartita, lo que ocurre igual cuando el tribunal nombra el en un procedimiento de testamentarías⁵⁷⁸. También señala que existe la relación tripartita aún previo a tal nombramiento ya que el tribunal se subroga en la posición del *trustee*. *Id.*, p. 675. Por su parte, la tercera reformulación del Derecho de *trusts* provee que la *equity* no permite que un *trust* falle por falta de *trustee*, en cuyo caso el tribunal nombraría un *trustee*. *Restatement Third, Trusts* § 33.

transferidos en el acto de aceptación o por acto posterior⁵⁷⁹. En Venezuela, por ejemplo, puede constituirse un fideicomiso por testamento que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente, en cuyo caso el fiduciario manifestará su aceptación o excusa ante el juez competente⁵⁸⁰.

No está sin críticas esta teoría, entendiendo BATIZA que la pretendida naturaleza de acto unilateral que se quiere dar al fideicomiso carece de base jurídica y la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitud que puede tener carácter irrevocable, modalidad que no altera en forma radical los principios del Derecho común en la materia⁵⁸¹. Esta visión viene acompañada de confundir el vocablo «constituir» de algunas legislaciones en el contexto en que queda constituido o perfeccionado al momento de manifestarse la voluntad del testador. ROJAS entiende, sin embargo, que la naturaleza jurídica del fideicomiso sea que se crea que nace de la voluntad expresa del fideicomitente o que se derive de la aceptación del fiduciario o por otras consideraciones, va a estar sujeta a la manifestación de voluntad del fideicomitente como punto de arranque y de la aceptación del fiduciario para materializar el fideicomiso⁵⁸². Tampoco entiende que sea de naturaleza contractual, ya que su formalización da vida a una institución del Derecho, cuyas facultades, derechos y obligaciones, así como sus responsabilidades exceden las actuaciones de cualquier figura que se formalice a través de un contrato y sólo es comparable con los actos creadores de las personas jurídicas, aunque en esta figura se tome prestada la personalidad del fiduciario para su materialización de hecho y de Derecho, de cuya aceptación surge el compromiso de cumplir las instrucciones de su constituyente que es lo que hace que se tenga la confusión de asociarlo a la firma de un contrato⁵⁸³. Debe añadirse a esto que es necesaria la entrega o cesión de los bienes o derechos que constituyen el objeto

⁵⁷⁹ ROJAS, *supra.*, pág. 14.

⁵⁸⁰ Art. 4 de la Ley de Fideicomiso Venezolana, ver Ley 24.441 de Fideicomiso Argentina.

⁵⁸¹ ROJAS, *supra.*, pág. 17, citando a BATIZA, R., *El fideicomiso: teoría y práctica*, 4ta ed. Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 134-135.

⁵⁸² ROJAS, *supra.*, p. 18.

⁵⁸³ *Id.*

del fideicomiso, que de no suceder o de ser esto imposible, hace nulo el acto de constitución del fideicomiso⁵⁸⁴.

La teoría que sostiene LEPAULLE, se basa en que el fideicomiso es una institución del Derecho con autonomía propia e independencia en sus actuaciones con los requerimientos para cumplir sus fines sociales o constitutivos, que se ampara en la personalidad del fiduciario al titularizar la masa patrimonial⁵⁸⁵. Aunque no tiene personalidad propia⁵⁸⁶, tiene capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, las cuales surgen de la ley o del documento que le da origen y tiene patrimonio propio e independiente, gozando de independencia para el desempeño de sus fines y propósitos, materializados a través de la personalidad del fiduciario⁵⁸⁷.

La teoría del patrimonio de afectación (*special purpose patrimony*), también conocida como la teoría alemana, esbozada por BRINZ y BEKKER, surge como respuesta a la teoría del patrimonio personalidad de la escuela clásica⁵⁸⁸. El patrimonio de afectación consiste en un conjunto de bienes y obligaciones apreciables en dinero que pasan a formar un patrimonio independiente para cumplir una finalidad en especial (este fin específico logra separar a ese patrimonio de la persona⁵⁸⁹). El Derecho español no autoriza que se formen por autonomía privada patrimonios separados, a menos que el Derecho objetivo lo autorice por la vía legislativa⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ ROJAS, *supra.*, p. 18. Cf., LANGBEIN, «The Contractarian Basis of the Law of Trusts», *op. cit.*

⁵⁸⁵ ROJAS, *supra.*, p. 44.

⁵⁸⁶ Según ROJAS, *supra.*, p. 39 la legislación del Ecuador sostiene una ficción jurídica creando la personalidad jurídica: Artículo 109 de la Ley de Mercado de Capitales de Ecuador dispone que cada patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica siendo el fiduciario su representante legal, quien ejerce sus funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

⁵⁸⁷ ROJAS, A, *supra.*, p. 44. Ver LEPAULLE, P., traducido por MACEDO, P., *Tratado teórico y práctico de los trusts: en Derecho interno, en Derecho fiscal y en Derecho internacional*, Editorial Porrúa, México, pp. 23-24 (1975).

⁵⁸⁸ ROJAS, *supra.* p. 34

⁵⁸⁹ *Id.*

LEPAULLE sostiene que el fideicomiso es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en el que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público⁵⁹¹. KUMMEROW observa que el concepto de patrimonio de afectación, por oposición al de patrimonio personalidad, no ha sido recogido por todos los ordenamientos positivos actualmente vigentes⁵⁹². Los que derivan del Derecho romano ligan el patrimonio a la personalidad y sólo admiten figuras excepcionales de separación patrimonial, pero en las legislaciones vinculadas al grupo germánico y en el Derecho inglés, la noción de patrimonio se desvincula de la noción personalidad⁵⁹³. La base de la constitución del fideicomiso es la afectación de los bienes porque sin ello sería una simple donación⁵⁹⁴. En cuanto a los que esbozan que es una masa sin propietario, se observa que la figura del fideicomiso se apoya en la figura del fiduciario, que sería el propietario singular de los bienes, afectos a lo que haya dispuesto el constituyente, pues es a través del fiduciario que se materializa el encargo fiduciario⁵⁹⁵.

El Derecho de la provincia canadiense de Québec al regular la fiducia permite la constitución de un patrimonio autónomo sin personificación⁵⁹⁶. Se constituye mediante un acto por el cual el constituyente establece un patrimonio de afectación destinando ciertos bienes a un fin particular entregados a un fiduciario con fines de administrarlos⁵⁹⁷. Similar al caso del *trust*, el patrimonio de afectación resulta ser distinto del patrimonio del constituyente, del beneficiario y del fiduciario, y ninguno de los tres tiene derecho real alguno sobre los bienes, siendo un patrimonio

⁵⁹⁰ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 62.

⁵⁹¹ ROJAS, *supra.*, p. 34, citando a RODRIGUEZ AZUERO p. 619.

⁵⁹² ROJAS, *supra.*, p. 37, citando a KUMMEROW, G., Compendio de Bienes y Derechos Reales, Magón 1980, pp. 6 y 15.

⁵⁹³ ROJAS, *supra.*, p. 37.

⁵⁹⁴ ROJAS, *supra.*, p. 37.

⁵⁹⁵ *Id.*

⁵⁹⁶ Arts. 1260 y ss. del CC de Québec.

⁵⁹⁷ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 63.

genuinamente autónomo y separado⁵⁹⁸. Por su parte, Francia estableció la *fiducie*⁵⁹⁹ dentro del Libro III del CC francés, donde se regulan los contratos, en el Título XIV, creado por la Ley 2007-211 de 19 de febrero de 2007⁶⁰⁰, consagrado a la *fiducie*, cuyos artículos 2011 a 2030 constituyen reglas aplicables a todo tipo de fiducia, a modo de un marco general ya que la fiducia de garantía y de gestión se regulan en otro título⁶⁰¹.

En países de Latinoamérica y Europa existen muchos supuestos en que una persona es titular de dos masas patrimoniales, la propia de carácter general que constituye su patrimonio en ese momento dado y la otra de carácter especial, como lo son los patrimonios derivados de la aceptación de la herencia en beneficio de inventario y los que derivan de la presunción de muerte del ausente donde los herederos o legatarios a la fecha fijada de presunto fallecimiento reciben los bienes o derechos del ausente hasta el lapso fijado por ley para poder disponer de ellos⁶⁰² MALUMIAN explica esta teoría del patrimonio de afectación⁶⁰³ como patrimonio que consistió en una masa de derechos presentes y futuros que pertenecen al

⁵⁹⁸ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 63, citando a BEAULNE, «La fiducie en le droit Québécois»; ARROYO i AMAYUELAS, E., *El Quebec: un Model de Droit Comparat per a Catalunya*, Barcelona, 2001, pp. 103 y ss.

⁵⁹⁹ *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, a un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.* Art. 2011, CC francés.

⁶⁰⁰ JORF n°44 du 21 février 2007 page 3052 texte n° 3.

⁶⁰¹ Libro IV CC francés, dedicado a las garantías: Título I a garantías personales y Título II a garantías reales. Dentro de este último se encuentran tres Subtítulos: el primero regula las disposiciones generales, el segundo las garantías mobiliarias y el tercero las garantías inmobiliarias. El régimen de la *fiducie-gestión*, creada por la Ley 2007-211, se ubica en el Subtítulo I, Título II, Libro IV CC francés. El régimen de la *fiducie-sûreté* mobiliaria se encuentra en la Sección 2a del Capítulo IV, Subtítulo II, Título II, Libro IV CC francés, denominada «De la propiedad cedida en garantía». Las disposiciones de la *fiducie-sûreté* inmobiliaria están localizadas en el Capítulo VIII, Subtítulo III, Título II, Libro IV CCF, igualmente titulado «De la propiedad cedida en garantía». Ambas modalidades de *fiducie-sûreté* han sido creadas e introducidas en el CC francés por la *Ordonnance* 2009-112.

⁶⁰² ROJAS, A., *supra.*, p. 40.

⁶⁰³ MALUMIAN, *supra.*, p. 21, nota 10, aclara que el término de «patrimonio de afectación» se ha utilizado para referirse a «patrimonio autónomo», «de destino» o «separado», pero no tienen significado y extensión idéntica en todos los países en que se han utilizado los distintos términos.

fiduciario encaminados a cumplir un propósito particular a favor del beneficiario⁶⁰⁴. Este patrimonio está separado del patrimonio propio fiduciario; es una «propiedad fiduciaria» con un objetivo o propósito establecido en el documento de fideicomiso⁶⁰⁵. Un fiduciario puede tener varios patrimonios en fideicomiso de acuerdo al número de instrumentos de fideicomiso que ostente, cada cual sujeto a un mandato o tarea particular distinta a la de cualquier otro patrimonio de fideicomiso⁶⁰⁶. Esta separación del patrimonio de afectación logra que cualquier responsabilidad que surja de un patrimonio no afecta al otro y queda fuera del alcance de los acreedores del fiduciario o del constituyente⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ MALUMIAN, *supra.*, p. 21-22.

⁶⁰⁵ *Id.*

⁶⁰⁶ MALUMIAN, *supra.*, p. 21-22.

⁶⁰⁷ *Id.*

SEGUNDA PARTE: EL *TRUST* EN LOS SISTEMAS DE DERECHO ANGLOSAJÓN Y EN LOS SISTEMAS DE DERECHO CIVIL: ESPECIAL ATENCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Capítulo 4. El mundo anglosajón y el Derecho Internacional Privado

I. Introducción a los *trusts* en el sistema de Derecho anglosajón internacional privatista.

Países que conocen la figura del *trust* no tienen que pasar por el ejercicio de identificar figuras análogas mediante la calificación para llegar a la ley aplicable conforme a reglas de Derecho Internacional Privado del foro, principalmente porque sus ordenamientos ya proveen en el Derecho interno cuál debe ser la ley aplicable al *trust*. Por otra parte, aunque no existe un Derecho de *trusts* estadounidense a nivel federal, la figura del *trust* sí se conoce en los 50 Estados y los territorios no incorporados a la Unión. SCOLES entiende que las diferencias en el Derecho sustantivo de los *trusts* de los distintos Estados son mínimas, razón por la cual concluye que las probabilidades de que surjan litigios que aborden alguna controversia por un conflicto de leyes son reducidas⁶⁰⁸. No obstante, estos países, como los EEUU también han pasado por un proceso complicado a la hora de establecer reglas de Derecho Internacional Privado, incluso para la ley aplicable al *trust*, particularmente antes de que en EEUU se comenzara con el proceso de recabar el Derecho en las llamadas reformulaciones del Derecho (*Restatements*) que prepara el American Law Institute (en lo adelante el «ALI»), concretamente la reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense. Prueba de ello es la vasta jurisprudencia que existe sobre controversias que versan sobre el *trust*, en el Derecho de los distintos Estados de EEUU, la que veremos en la segunda parte de este capítulo que se enfoca en asuntos concretos sobre Derecho Internacional Privado y los *trusts*. El ALI ha producido dos reformulaciones del Derecho Internacional Privado estadounidense y se está trabajando en una tercera reformulación. No obstante, hay autores que han sugerido que se detenga el

⁶⁰⁸ SCOLES, E. F., «Choice of Law in Trusts: Uniform Trust Code», §§ 107 and 403», 67 *Mo. L. Rev.* vol. 67, 2002, p. 214.

proceso de elaboración de una tercera reformulación al Derecho internacional privado estadounidense⁶⁰⁹.

Consideramos importante estudiar el trasfondo del desarrollo del Derecho Internacional Privado estadounidense para ver el trasfondo de las teorías modernas de Derecho Internacional Privado que puedan abonar al análisis en la búsqueda del Derecho regulador cuando la norma de conflicto local no ofrezca soluciones adecuadas concretamente cuando se encuentra con una figura desconocida. No estamos de acuerdo con lo que el ilustre profesor dijera hace varias décadas que le resta valor a esta rama del Derecho en cuanto a los *trust* en los EEUU. Olvidó también que un tribunal estadounidense puede encontrarse ante una figura extranjera, análoga o no al *trust*, que deba calificar para brindar determinar su reconocimiento. Lo cierto es que es un área que muchos autores estadounidenses de manuales y tratados sobre Derecho Internacional Privado han ignorado.

4.1.0. Desarrollo histórico de las metodologías estadounidenses de Derecho Internacional Privado para determinar el Derecho aplicable

Veamos las metodologías de Derecho Internacional Privado que se han desarrollado en los Estados Unidos, el trasfondo del desarrollo y evolución de este Derecho. En la segunda parte de este capítulo entraremos con asuntos concretos que han sido abordados por la jurisprudencia estadounidense con relación al *trust*.

Debido a la escasez de doctrina inglesa sobre Derecho Internacional Privado durante la época formativa de la nación estadounidense, esta materia es una de las pocas ramas del Derecho que tiene sus orígenes en fuentes civilistas⁶¹⁰. STORY⁶¹¹, reconocido como padre del Derecho Internacional Privado

⁶⁰⁹ Ver WEINTRAUB, R.J., «The Restatement Third of Conflict of Laws: An Idea Whose Time Has Not Come», *Univ of Texas Law Rev.*, vol. 75, 2000, p. 678. <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2132&context=ilj>
Recomienda WEINTRAUB que el testador se asegure que hay capacidad para testar bajo las leyes del Estado de su domicilio, su nacionalidad y el lugar donde radican sus bienes, tanto muebles como inmuebles y considerar también los cambios futuros de su ley personal. *Id.*, a la pág. 501.

⁶¹⁰ SYMEONIDES, S., *Conflict of Laws: American, Comparative, International Cases and Materials*, Thompson-West, 2d ed., 2003, p. 12

⁶¹¹ Expresidente del Tribunal Supremo de EEUU, escribe el primer tratado de Derecho Internacional Privado en EEUU, STORY, J., *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, 1834.

estadounidense, fue influenciado por tratadistas continentales y decisiones judiciales inglesas, particularmente las escocesas, pero notablemente por los axiomas de HUBER⁶¹² sobre el principio de *comity of nations*⁶¹³. Su teoría se basaba en una cierta reciprocidad presumida o regla de oro donde interesa aplicar el Derecho foráneo en el foro porque se desea que ocurra lo mismo a la inversa⁶¹⁴.

HUBER en su tercer axioma sobre *comity of nations* –*comitas gentium*– indica el por qué el Estado del foro debe aplicar el Derecho extranjero, mas no expresó o abundó en cuándo procede aplicar el Derecho foráneo⁶¹⁵. Estos axiomas de HUBER influenciaron el Derecho inglés y norteamericano, mas no tanto a los Estados continentales que se mantuvieron fieles a las doctrinas de los

Sin embargo, el primer libro sobre Derecho Internacional Privado en Estados Unidos fue escrito por un abogado de Nueva Orleans, Samuel Livermore, de la escuela estatista, *Dissertations on the Questions Which Arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations*, New Orleans, 1828.

⁶¹² Los axiomas de la escuela holandesa de Huber: (1) *The laws of each state have force within the limits of that government and bind all subjects to it, but not beyond.* (2) *All persons within the limits of a government, whether they live there permanently or temporarily, are deemed to be subjects thereof.* (3) *Sovereigns will so act by way of comity (comitas) that rights acquired within the limits of a government retain their force everywhere so far as they do not cause prejudice to the powers or rights of such government or of their subjects.* HUBER, U., «De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis», ensayo en *Praelectiones Juris Romani et Hodierni* §2, 1689.

STORY reformuló los axiomas de HUBER: [1.] *[E]very nation possesses an exclusive sovereignty and jurisdiction within its territory...[and its laws] affect, and bind directly all property, whether real or personal, within its territory and all persons, who are residents within it,...and also all contracts made, and acts done within it...*[2.] *[N]o state or nation can, by its laws directly affect, or bind property out of its own territory, or bind persons not resident therein...*[3.] *[W]hatever force and obligation the laws of one country have in another, depend solely upon the laws, and municipal regulations of the latter, that is to say, upon its own proper jurisprudence and polity, and upon its own express or tacit consent. A state may prohibit the operation of all [or of some] foreign laws, and the rights growing out of them, within its own territories...When [its law is] silent, then, and then only, can the question properly arise, what law is to govern in the absence of a clear declaration of the sovereign will...*[4.] *The real difficulty is to ascertain, what principles in point of public convenience ought to regulate the conduct of nations on this subject in regard to each other...[T]he phrase 'comity of nations' ...is the most appropriate phrase to express the true foundation and extent of the obligation of the laws of one nation within the territories of another. It is derived altogether from the voluntary consent of the latter; and is inadmissible, when it is contrary to its known policy, or prejudicial to its interests...*STORY, J., *Commentaries on the Conflict of Laws*, 19,21, 24-25, 37 (1834).

⁶¹³ *Id.* p. 13.

⁶¹⁴ MEIER, H.G., «The Utilitarian Role of a Restatement of Conflicts in a Common Law System: How Much Judicial Deference Is Due to the Restaters or «Who are these guys, anyway?», *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, p. 546.

⁶¹⁵ SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 10.

estatuistas⁶¹⁶, al menos hasta mediados del siglo XIX⁶¹⁷. STORY abundó en los axiomas de HUBER y creó un sistema bilateral abarcador de reglas de Derecho Internacional Privado que han sido aplicadas por los tribunales norteamericanos hasta principios del siglo XX⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Metodología desarrollada por BARTOLUS y otros juristas glosadores llamados estatuistas y sus sucesores, los comentaristas (1250-1400), quienes desarrollaron un método de resolver conflictos de leyes basado en la clasificación de las leyes (*statuta*) locales en dos categorías: el estatuto personal y el estatuto real. El estatuto real solo operaría dentro del propio territorio; el estatuto personal opera fuera del Estado que lo promulga y obliga a todos sus súbditos dondequiera que se hallen. Se desarrolló el estatuto mixto, para enmarcar aquellas leyes personales con aplicación territorial. SYMEONIDES, *Id.*, p. 8. El problema con esta metodología era identificar cuál estatuto era real, personal o mixto, unos enfatizando una categoría y otros otra y la problemática de determinar el alcance del estatuto de otro Estado pues los tribunales de ambos países tenían diversas maneras de enfocar los asuntos. CAVERS, *The Choice of Law Process*, Univ. of Michigan Press, Ann Arbor, 1966, p. 2. En sus orígenes la calificación de si un estatuto era real, personal o mixta dependía en cómo estaba fraseado, lo cual llevaba a resultados absurdos. *Id.* Esto se corrige mas tarde con De COQUILLE, quien propone que la clasificación de los estatutos no debe depender de su letra, sino que debe extraerse del propósito presumido o aparente del legislador; es decir, en mirar y examinar las políticas y propósitos de las leyes, noción que ahora es integral en la metodología moderna norteamericana. *Id.* Este método conflictual, mediante el cual se selecciona el Derecho de uno de los Estados envueltos contrasta con la práctica de mezclar las leyes utilizada por el antiguo *praetor peregrinus* romano. Los estatuistas se reconocen por introducir el método conflictual unilateral, que enfoca en las leyes que estan en conflicto para determinar si el asunto en controversia cae dentro del espectro de una u otra ley. *Id.* La premisa de que la competencia legislativa de un Estado depende del lenguaje que el Estado unilateralmente escoge al expresar el alcance de su competencia es la base para la noción de que el Derecho Internacional Privado es ley nacional y que el «reclamo» o «interés» de un Estado en aplicar su ley, según expresado en sus leyes, es un criterio aceptable para resolver los conflictos de leyes. *Id.*, pp. 9-10, p. 9. Mas tarde se desarrolla el método conflictual bilateral que postula un sistema de reglas de conflicto de leyes *a priori* que designan los asuntos que caen dentro del espectro de la ley doméstica o la ley foránea. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 10. Posteriormente resurgirá el método unilateral, que sirvió de base para las teorías de análisis de intereses desarrolladas por CURRIE en los Estados Unidos en la década de los 60 del siglo XX. *Id.*

⁶¹⁷ A mediados del siglo XIX WÄCHTER y SAVIGNY cambian el curso del Derecho internacional Privado europeo. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 11. WÄCHTER desacredita la doctrina de los derechos adquiridos y la *comity* por un enfoque unilateral basado en la *lex fori*, postulando que el juez como instrumento del Estado al resolver asuntos de conflictos debe enfocarse en las políticas e intereses del foro y no en nociones de *comity* u otras consideraciones extraterritoriales. *Id.* SAVIGNY rechazó las doctrinas unilaterales estatuistas y las foristas, adoptando una metodología bilateral. Sugirió enfocarse en las disputas o relaciones jurídicas para identificar el Estado donde cada relación tenía la sede a cuya legislación pertenecía. *Id.* Dividió el Derecho Internacional Privado en categorías amplias del Derecho privado y por medio de conectores identificó las características inherentes de cada relación que le colocaba en uno u otro Estado. *Id.* Estas reglas no tomaban en consideración el contenido de las leyes envueltas o los propósitos o intereses de los Estados, pero colocó la *lex fori* en paridad con la ley foránea. *Id.* Según SAVIGNY el principal objetivo del Derecho internacional privado no debe ser promover los intereses del foro sino buscar una uniformidad en las decisiones multiestatales, creando así un régimen que desfavorece el *forum shopping* pues en teoría todos los Estados aplicarían el mismo derecho independientemente de cuál es el Estado que adjudica. *Id.*, pp. 11-12.

⁶¹⁸ SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 13.

4.1.1. Primera reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense *First Restatement*

Se desarrolla la teoría de los derechos adquiridos (*vested rights*) esbozada por DICEY en Inglaterra—donde el Derecho opera automáticamente sin la intervención de un tribunal cuando ocurre un evento detonador, *i. e.*, la ocurrencia del último evento necesario para crear una causa de acción bajo el Derecho del territorio soberano, cuyos derechos y obligaciones así creados seguirían a las partes a cualquier foro donde se desate la controversia⁶¹⁹. BEALE, el siguiente jurista en desarrollar esta materia, rechaza las nociones de *comity*, adopta la teoría inglesa de los derechos adquiridos y formula un sistema bilateral de reglas que en el 1934 plasma en la primera reformulación del Derecho Internacional Privado norteamericano⁶²⁰, cuya metodología allí se conoce como el método tradicional estadounidense⁶²¹.

⁶¹⁹ MEIER, H.G., *supra.*, p. 546.

⁶²⁰ *First Restatement of the Law, Conflicts of Laws*, bajo el auspicio de la American Law Institute. Se citará en lo adelante como «*Restatement First, Conflicts* §___».

⁶²¹ La normativa tradicional para determinar el Derecho aplicable en controversias sobre responsabilidad extracontractual bajo la primera reformulación del DIPr es el Derecho del Estado donde hubiese ocurrido el acto torticero (*lex loci delicti*), con sus subreglas para determinar dónde se entiende «ocurre» un acto (§§377,78,384,386). SYMEONIDES, *supra.*, pags. 19-25. *Alabama Great Southern R.R. Co. v. Carroll*, 97 Ala. 126, 11 So. 803 (1892). Esta regla no creaba problemas cuando todos los elementos alrededor del acto se concentraban en un Estado, pero empezó a dar problemas cuando se introdujeron otros elementos importantes con vínculos fuera del Estado de la ocurrencia.

En el área de responsabilidad contractual, la primera reformulación del DIPr disponía que el lugar del otorgamiento del contrato (*lex loci contractus*) determina la validez en cuanto a la capacidad de las partes, forma, requisitos sustantivos, fraude u otros factores que versen sobre su validez; la ley del lugar de cumplimiento (*lex loci solutionis*) determina los asuntos sobre la forma, lugar tiempo, en el cumplimiento y las excusas al mismo. SYMEONIDES, *supra.*, p. 35.

La normativa tradicional para determinar el Derecho aplicable en controversias sobre responsabilidad contractual bajo la primera reformulación del Derecho Internacional Privado disponía que el lugar del otorgamiento de contrato (*lex loci contractus*) determina la capacidad de las partes, forma, requisitos sustantivos, fraude u otros factores que versen sobre la validez del contrato; la ley del lugar de cumplimiento (*lex loci solutionis*) determina los asuntos sobre la forma, lugar y tiempo en el cumplimiento y las excusas al mismo. SYMEONIDES, *supra.*, p. 35.

La teoría tradicional sobre los bienes inmuebles es la *lex rei sitae*, que aplica a la validez formal y sustantiva del acto de traspaso, los efectos e interpretación del traspaso, la capacidad de las partes, traspasos por operación de ley o por usucapión, validez, efecto y ejecutabilidad de hipotecas sobre inmuebles, el efecto del matrimonio sobre bienes inmuebles de uno de los cónyuges al momento de contraer matrimonio, o adquiridos por uno o ambos durante el matrimonio, el efecto sobre el inmueble por causa de divorcio o deceso de uno de los cónyuges, todos los asuntos de sucesión intestada sobre los inmuebles, --incluyendo el derecho de los hijos (incluyendo legítimos o

La metodología en el empleo del método tradicional norteamericano tiene tres etapas⁶²². La primera es la calificación para determinar que regla aplica al asunto en controversia subsumiendo el problema en la categoría que corresponde, ya sea, por ejemplo, responsabilidad extracontractual, contractual, asuntos de sucesiones o de propiedad. Pasada la etapa de calificación se localiza el factor de conexión (*locus delicti* o *locus contractus*) para encontrar el Estado cuya legislación controla. Durante este proceso de localización se utilizan reglas subsidiarias, como lo serían reglas que dirijan al lugar del daño o lugar de la conducta culposa para hallar el *locus delictus*, o el lugar donde se configura la aceptación para ubicar el *locus contractus*⁶²³. En la tercera etapa se examina el contenido del Derecho del lugar localizado para determinar si aplica o si hay excepciones a su aplicación⁶²⁴. En cada una de estas etapas no faltaron mecanismos de escape utilizados por los litigantes y los tribunales que no estaban de acuerdo con los resultados producidos por la aplicación de las reglas tradicionales⁶²⁵.

adoptados) a heredar y su participación, asuntos de sucesión testada sobre el inmueble, incluyendo la validez, efectos y revocación de un testamento. SYMEONIDES, *supra.*, p.38.

En cuanto a los bienes muebles, la primera reformulación utilizaba la *lex rei sitae* solamente en cuanto a transacciones *inter vivos*; asuntos de la validez en cuanto a la forma y sustancia de un acto traslativo de muebles se rigen por la ley donde ubicara el bien al momento de la adquisición (§§255-57). En el área de propiedad conyugal o sucesiones, la primera reformulación dirige al Derecho del Estado de domicilio, siendo en aquel tiempo la ley del domicilio del marido la que regía el Derecho de ambas partes sobre los bienes que tuviese cada cónyuge (§289), y el Derecho del domicilio común (§290) la que rige los respectivos derechos sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio. La sucesión, testada o intestada, sobre bienes muebles, se rige por el Derecho del Estado del domicilio del testador al momento del fallecimiento (§306). SYMEONIDES, *supra.*, p. 40. Ver CRUZ TORRES, Z., «Reforma del Derecho Internacional privado puertorriqueño en el matrimonio y su régimen económico», *Rev. Jur. Univ. Interamericana de P. R.*, vol. 43, núm. 1, 2008, pp. 151-190.

⁶²² SYMEONIDES, *supra.*, p. 41.

⁶²³ SYMEONIDES, *op.cit.*, p. 41. Ver *Milliken v. Pratts*, 125 Mass. 374 (1878) La Sra. Pratt, residente de Massachusetts garantizó un crédito de su esposo, firmando un acuerdo de garantía en Massachusetts, enviado por correo a Maine, Estado del acreedor y lugar del perfeccionamiento del contrato. Bajo la ley del Estado de Massachusetts, estaba prohibido que la esposa garantizase las deudas de su marido, lo que no estaba prohibido por las leyes del Estado de Maine. El Tribunal aplicó la *lex contractus* (Maine--lugar donde se realiza el contrato) para validar el contrato que al otorgarlo la esposa no tenía capacidad bajo el Derecho de su domicilio. Curiosamente el Tribunal hace referencia al Derecho continental que mira al domicilio de la persona para determinar su capacidad para contratar, sin embargo, entendió mas conveniente mantener la uniformidad que produce la *lex contractus*. Comenta SYMEONIDES que el Tribunal no abundó en que el Derecho continental aplica el estatuto personal para determinar la capacidad de las personas, pero que aún así hay excepciones, y cita el artículo 10(8) del CC español donde el extranjero que en el foro contrata se entenderá capacitado si bajo su ley personal es capaz.

⁶²⁴ SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 41.

4.1.2. Teoría de la ley local

La primera reformulación del Derecho Internacional Privado norteamericano sufrió muchas críticas comenzando por COOK, autor de la teoría del Derecho local (*Local Law Theory*): el foro no aplica el Derecho foráneo como tal, ni ejecuta un Derecho adquirido, sino que el foro crea una solución local utilizando como modelo el Derecho foráneo⁶²⁶. COOK rechazó la noción de determinar principios jurídicos por deducción y sugirió una metodología científica donde se hagan «observaciones» (examinar las decisiones de los tribunales) para hallar las reglas aplicables en vez de buscar las reglas *a priori*⁶²⁷. Una vez halladas las reglas, éstas solo servirán para asistir al juzgador en la decisión del caso nuevo en cuestión, como se hace en un caso doméstico donde se analiza si los hechos nuevos caen dentro de las reglas o deben ser distinguidos⁶²⁸: un método inductivo. Según SYMEONIDES, la mayor contribución de COOK no fue la enunciación de una nueva teoría, sino la deconstrucción de la teoría tradicional, argumentando que las metas siempre esbozadas del Derecho Internacional Privado-- certeza, previsibilidad y uniformidad—eran ilusorias debido al sinnúmero de mecanismos de escape utilizados por los jueces y que estas reglas prefabricadas no proveen soluciones

⁶²⁵ Uno de los clásicos mecanismos de escape es a través de la calificación, cuyo proceso no está cubierto, salvo en dos comentarios (comentario b de la §358 sobre si el asunto contractual es de cumplimiento o de obligación y comentario a de la §333 sobre capacidad) en la primera reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense. En el asunto de *Alabama Great Southern Railroad v. Carroll*, 97 Ala. 126, 11 So. 803 (1892), el tribunal rechazó el argumento del demandante cuyo fin era calificar el asunto en el ámbito contractual en vez del de responsabilidad extracontractual. En *Levy v. Daniels' U-Drive Auto Renting Co.*, 108 Conn. 333, 143 A. 163(1928) un argumento similar prosperó. En *Burr v. Beckler*, 264 Ill. 230, 106 N.E. 206 (1914) el tribunal tuvo ante sí la opción de calificar el asunto como uno sobre bienes inmuebles y aplicar el Derecho del *situs*, o si el asunto envolvía la validez de un instrumento negociable cuya ley aplicable sería la del lugar del otorgamiento.

⁶²⁶ SYMEONIDES, *supra.*, p. 114, citando a COOK, W.W., *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Harv. Univ. Press, Cambridge, 1942, pp. 20-22. «*The forum, when confronted by a case involving foreign elements, always applies its own law to the case, but in doing so adopts and enforces as its own law a rule of decision identical, or at least highly similar, though not identical, in scope with a rule of decision found in the system in force in another state with which some or all of the foreign elements are connected....The rule thus 'incorporated' into the law of the forum,...the forum enforces not a foreign right but a right created by its own law.*» COOK, W.W., *Id.* pp. 20-21.

⁶²⁷ BIRLMAYER & GOLDSMITH, *Conflict of Laws, Cases and Materials*, Aspen Law & Business, 5th ed., 2002, p. 182.

⁶²⁸ *Id.*

funcionales a situaciones jurídico-conflictuales complejas⁶²⁹. COOK exhortó que se consideraran los propósitos de las leyes y las políticas envueltas antes de seleccionar las reglas conflictuales adecuadas, lo que demuestra que, como otros juristas, su visión del Derecho Internacional Privado era la de escoger entre reglas en conflicto en vez de seleccionar de modo abstracto entre Estados o jurisdicciones que compiten⁶³⁰.

4.1.3. Principio de preferencias

Como el método tradicional no tomaba en cuenta el contenido de las leyes, no se trataba de una selección del Derecho aplicable, sino entre Estados o «jurisdicciones», independientemente de lo que sendas leyes dispusieran sobre la materia. Como COOK, CAVERS, criticó esa metodología, describiéndola como «*jurisdiction selecting*», comparada a una máquina de tragamonedas programada para seleccionar la ley aplicable ciegamente basada solo en contactos territoriales sin importar el contenido de la ley elegida⁶³¹, proceso que impide que se produzca una selección inteligente⁶³². Sugirió otro proceso de selección directa de la ley enfocando varios factores como el contenido de las leyes, la política subyacente de la ley y el resultado que su aplicación produciría en el asunto en consideración, afin de que se consiga justicia en el caso concreto⁶³³. No rechaza los métodos

⁶²⁹ SYMEONIDES, *supra.*, p. 114.

⁶³⁰ *Id.*, p.115.

⁶³¹ CAVERS, «A Critique of the Choice of Law Problem», *Harvard Law Rev.*, vol 447, p. 173, 1933, p. 178.

⁶³² SYMEONIDES, S., *supra.*, p.115.

⁶³³ *Id.* Los siete principios de CAVERS:

1. *Where the liability laws of the state of injury set a higher standard of conduct or of financial protection against injury than do the laws of the state where the person who caused the injury has acted or had his home, the laws of the place of injury shall determine the standard and the protection applicable to the case.* CAVERS, *The Choice of Law Process*, Thomas Cooley Lectures, The Michigan Law Press, 1966, p. 139.

2. *Where the liability laws of the state in which the defendant acted and caused an injury set a lower standard of conduct or of financial protection than do the laws of the home state of the person suffering the injury, the laws of the state of conduct and injury should determine the standard of conduct or protection applicable to the case, at least where the person injured was not so related to the person causing the injury that the question should be relegated to the law governing the relationship.* CAVERS, *supra.*, p. 146.

territorialistas siempre que existan los contactos adecuados y una combinación adecuada de contactos y leyes, lo que distingue su metodología-- la que él llamó territorialismo con principios-- del territorialismo mecánico⁶³⁴.

La metodología de CAVERS lleva dos etapas. En la primera etapa el tribunal examina las leyes en aparente conflicto para determinar si el conflicto es real, puesto que no habría conflicto tanto en el caso en que las leyes sean idénticas, como si los efectos son los mismos, o aún si las leyes son diametralmente opuestas, el conflicto es falso si solo una de ambas leyes deba aplicar cuando uno de los Estados no tiene un interés afectado en la controversia o ningún interés estatal se beneficia por la aplicación de su ley⁶³⁵.

3. *Where the state in which a defendant acted has established special controls, including the sanction of civil liability, over conduct of the kind in which the defendant was engaged when he caused a foreseeable injury to the plaintiff in another state, the plaintiff, though having no relationship to defendant, should be accorded the benefit of the special standards of conduct and of financial protection in the state of the defendant's conduct, even though the state of injury had imposed no such control or sanctions.* CAVERS, *supra.*, p. 159.

4. *Where the law of a state in which a relationship has its seat has imposed a standard of conduct or of financial protection on one party to that relationship for the benefit of the other party which is higher than the like standard imposed by the state of injury, the law of the former state should determine the standard of conduct or of financial protection applicable to the case for the benefit of the party protected by that state's law.* CAVERS, *supra.*, p. 166

5. *Where the law of a state in which a relationship has its seat has imposed a standard of conduct or financial protection on one party to that relationship for the benefit of the other party which was lower than the standards imposed by the state of injury, the law of the former state should determine the standard of conduct or financial protection applicable to the case for the benefit of the party whose liability that state's law would deny or limit.* CAVERS, *supra.*, p. 177.

6. *Where, for the purpose of providing protection from the adverse consequences of incompetence, heedlessness, ignorance, or unequal bargaining power, the law of a state has imposed restrictions on the power to contract or to convey or encumber property, its protective provisions should be applied against a party to the restricted transaction where (a) the person protected has a home in the state (if the law's purpose were to protect the person) and (b) the affected transaction or protected property interest were centered there or, (c) if it were not, this was due to facts that were fortuitous or had been manipulated to evade the protective law.* CAVERS, *supra.*, p. 181.

7. *If the express (or reasonably inferable) intention of the parties to a transaction involving two or more states is that the law of a particular state which is reasonably related to the transaction to be carried out, even though neither party has a home in the state and the transaction is not centered there. However, this principle does not apply if the transaction runs counter to any protective law that the preceding principle would render applicable or if the transaction includes a conveyance of land and the mode of conveyance or interests created run counter to applicable mandatory rules of the situs of the land. This principle does not govern the legal effect of the transaction on third parties with independent interests.* CAVERS, *supra.*, p. 194, énfasis en el texto.

⁶³⁴ SYMEONIDES, *American Private International Law*, Kluwer Law International, 2008, pp. 174-176.

⁶³⁵ *Id.*, citando a CAVERS, *The Choice of Law Process*, Thomas Cooley Lectures, The Michigan Law Press, Ann Arbor, 1966.

Determinar si el conflicto es falso o no tampoco es materia fácil, puesto que puede depender de cómo un tribunal analiza los intereses envueltos. Un accidente de tráfico ocurre en el Estado A donde aplica la doctrina de negligencia contributiva, entre dos residentes del Estado B con vehículos asegurados en ese Estado, se puede ver de dos maneras. Puede plantearse si realmente tiene interés el Estado A en asegurarse que el residente damnificado del Estado B sea compensado por una aseguradora de dicho Estado, en vez de perder absolutamente el derecho a ser compensado por virtud de su propia negligencia contribuyente al daño. Por otro lado, también se puede considerar que los conductores van a ser más cautelosos sabiendo que su responsabilidad no va a ser reducida por la propia negligencia de otro conductor. Un tribunal que enfoque su análisis en políticas que regulan conducta—reglas que tienen el efecto profiláctico de prevenir que ocurran accidentes-- puede entender que el conflicto es falso, mientras que un tribunal que vea el asunto como de leyes que distribuyen pérdidas, tales como reglas que después del evento limitan la responsabilidad o brindan inmunidad, por ejemplo, encontrarían que el conflicto es real⁶³⁶. Añade a este análisis dificultad el hecho de que muchas reglas persiguen ambos propósitos⁶³⁷.

⁶³⁶ SYMEONIDES, *American Private International Law*, *op. cit.*, p. 174-176. Ver *Babcock*, *supra.*, donde por *dictum* se introduce la dicotomía de intereses del Estado cuya política es regular conducta y compensar a los damnificados (*conduct regulation*) vs. los Estados que persiguen distribuir las pérdidas (*loss allocation*).

⁶³⁷ *Padula v. Lilarn Props. Corp.*, 84 N. Y. 2d 519, 644 N. E. 2d 1001, 620 N. Y. S. 2d 310 (1994). En *Padula*, el demandante, residente de Nueva York, empleado de la corporación demandada, también residente de Nueva York, sufre daños en una obra en Massachussetts. El Tribunal de Nueva York aplicó el derecho de Massachussetts debido a que el estatuto de Nueva York, una ley laboral con normativas de seguridad cuyas violaciones resultan en responsabilidad absoluta del dueño y el contratista, ambas tanto reguladoras de conducta como compensatorias. No obstante, resolvió el tribunal que la normativa era primordialmente de regulación de conducta, en cuyos casos los precedents judiciales apuntan a que el Estado donde ocurre el daño es el mayormente interesado en que sus normas se apliquen. La opinión disidente no hubiera entrado en ese discurso teniendo una regulación laboral en controversia en vista de que solo compete al Estado donde se realiza de la obra velar que sus normas de seguridad se cumplan. Sería irrazonable para el Comisionado de Nueva York pretender que sus normas se acaten en Massachussetts.

En *Gaither v. Myers*, 404 F.2d 216 (DC App. 1968) En ese caso un residente de Maryland estaba conduciendo en ese Estado cuando lo impacta un residente del Distrito de Columbia que venía conduciendo negligentemente después de haber robado un vehículo abandonado por su dueño residente del Distrito. En este caso la conducta culposa ocurre en un Estado y el daño se sufre en otro. Una ley del Distrito de Columbia crea responsabilidad bajo la teoría de negligencia *per se*, a todo conductor o dueño de automóvil que lo deje abandonado con la llave y motor en marcha, y le obliga a poner el freno de mano y neumáticos hacia la acera. Maryland también tiene su ley que regula esa conducta, pero es menos estricta en cuanto a su aplicación al demandado. El tribunal del Distrito aplicó la ley de su Estado, aunque ambos derechos eran de naturaleza compensatoria - que regulan conducta. Reconoció que en general, el Estado donde ocurre la conducta y el demandante reside es el Estado más interesado. El tribunal, sin embargo, al haber ocurrido el

4.1.4. Análisis de intereses gubernamentales

CURRIE da el golpe de gracia al método tradicional en una serie de artículos publicados en los años 50 y aboga por eliminar⁶³⁸ las reglas de Derecho Internacional Privado y sustituirlas por su metodología forista de «análisis de los intereses gubernamentales»⁶³⁹. Implícito en esta teoría está: el rechazo a la noción de que existe un orden jurídico «supremo» que establece afirmativamente y *a priori* la competencia legislativa de cada Estado, debiendo el foro mirar primero su Derecho interno antes de mirar el Derecho de otros Estados; la preferencia por una selección *ad hoc* de la ley aplicable en vez de opciones preestablecidas; rechazo a la noción que la selección del Derecho aplicable pueda hacerse con base a contactos territoriales solamente, sin tomar en cuenta el contenido del Derecho

accidente en la frontera con el Distrito, decidió, a la luz de la integración social y económica del area metropolitana de la capital de EEUU (comprende DC y sus inmediaciones en Maryland), decide ampliar la frontera y aplicar su propia ley.

⁶³⁸ CURRIE, B., *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963, pp. 180, 183.

⁶³⁹ 1. *Normally, even in cases involving foreign elements, the court should be expected, as a matter of course, to apply the rule of decision found in the law of the forum.*

2. *When a court is asked to apply the law of a foreign state different from the law of the forum, it should inquire into the policies expressed in the respective laws, and into the circumstances in which it is reasonable for the respective states to assert an interest in the application of those policies. In making these determinations the court should employ the ordinary process of construction and interpretation.*

3. *If the court finds that one state has an interest in the application of its policy in the circumstances of the case and the other has none, it should apply the law of the only interested state.*

4. *If the court finds an apparent conflict between the interests of states it should reconsider. A more moderate and restrained interpretation of the policy or interest of one state or the other may avoid conflict.*

5. *If upon reconsideration, the court finds that a conflict between the legitimate interests of two states is unavoidable, it should apply the law of the forum.*

6. *If the forum is desinterested, but an avoidable conflict exists between the interests of two other states, and the court cannot with justice decline to adjudicate the case, it should apply the law of the forum, at least that law corresponds with the law of one of the other states. Alternatively, the court might decide the case by a candid exercise of legislative discretion, resolving the conflict as it believes it would be resolved by the supreme legislative body having power to determine which interest should be required to yield.*

7. *The conflict of interests between states will result in different dispositions of the same problem, depending on where the action is brought. If with respect to a particular problem this appears seriously to infringe a strong national interest in uniformity of decision, the court should not attempt to improvise a solution sacrificing the legitimate interest of its own state, but should leave to Congress, exercising its powers under the Full Faith and Credit clause, the determination of which interest shall be required to yield.* SYMEONIDES, *supra.*, p. 116, citando a CHEATHAM, GRISWOLD, REESE & ROSENBERG, *Conflict of Laws, Cases and Materials*, The Foundation Press, 5ta ed., 1964, pp. 477-78.

sustantivo de los Estados implicados⁶⁴⁰. El concepto de interés gubernamental no es el mero deseo del Estado de que su ley se aplique a un caso concreto, sino el resultado de una evaluación judicial razonable de ese deseo a la luz de los hechos que conectan al Estado con el caso; es el producto de una política gubernamental donde concurren una relación apropiada entre ese Estado, la transacción, las partes y el litigio⁶⁴¹.

CURRIE reclasificó los asuntos de Derecho Internacional Privado en cuatro categorías: casos de conflicto falso; casos de verdadero conflicto; casos no previstos (*unprovided for cases*); y los de conflicto aparente. Cuando en una controversia solamente uno de los Estados está interesado, entonces se considera un conflicto falso. Cuando ambos Estados están interesados se considera un verdadero conflicto. Si ninguno de los Estados está interesado, estaríamos ante un «asunto no previsto». La cuarta categoría, la nominada «conflicto aparente», es aquella en que ambos Estados pueden constitucionalmente ejercer jurisdicción para hacer valer su interés, pero se obvia el conflicto tras el ejercicio judicial en busca de una definición moderada de la política o interés de un Estado u otro⁶⁴².

La teoría de CURRIE fue recibida con entusiasmo y es considerada como importante en el círculo académico, más, sin embargo, no hubo de extrañar que surgieran críticos tenaces contra CURRIE⁶⁴³. Una de sus fuertes críticas, BRILMAYER, ha hecho relucir las falacias en la metodología de análisis de los intereses gubernamentales. Esta teoría, que requiere que el juzgador busque los

⁶⁴⁰ SYMEONIDES, *supra.*, p. 125.

⁶⁴¹ *Id.*, p. 127, citando a CURRIE, *Selected Essays*, p. 621.

⁶⁴² *Id.*, p. 126, citando CURRIE, B., «The Disinterested Third State», *Law & Contemporary Problems.*, vol. 28, 1963, pp. 763- 764. Comenta SYMEONIDES que ninguna de esas categorías es evidente o conclusiva en la resolución de un caso. *Id.*, p. 127.

⁶⁴³ Ver HILL, A., «Governmental Interest and the Conflict of Laws--A Reply to Professor Currie», *U. Chicago L. Rev.*, vol. 27, 1960, p. 463; BODENHEIMER, F., «The Need for a Reorientation in American Conflicts Law», *Hastings L. J.* vol. 19,1978, p. 731; BRILMAYER, L., «Methods and Objectives in the Conflict of Laws: A Challenge», 35 *Mercer L. Rev.*, vol. 35,1984, p. 556; ELY, J., «The States's Interest in Protecting its Own», *William. & Mary L. Rev.*, vol. 23,1981, p. 173. Aunque en menor cantidad, CURRIE tiene sus seguidores: KAY, H. H., «A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis», *Recueil de La Haya*, vol. 215,1989, p. 9; POSNAK, B., «Interest Analysis and its 'New Critics'», *Am. Comp. L.* vol. 36, 1988, p. 681.

intereses del Estado en las leyes recurriendo a los métodos tradicionales de «construcción» e interpretación de las leyes de la misma manera que se hace al analizar un asunto completamente doméstico, parte de la premisa de que es posible conocer la intención de la legislatura en cuanto al alcance territorial de un estatuto, cuando la realidad es que la mayoría de las leyes guardan silencio en cuanto a su alcance territorial. En esos casos imputarle a la legislatura una intención que no se halla en la ley o su historial legislativo es una ficción que vendrá a ser revestida con las ideas propias de lo que esa intención deba ser⁶⁴⁴. Su teoría de análisis de intereses, según BRILMAYER, es sencillamente muy impredecible y parroquiana para ser una teoría admisible para hallar la intención legislativa cuando no se desprenda de la ley o su historial (*constructive legislative intent*). Resulta dudoso entonces que la intención legislativa sobre la materia sustantiva de la ley sirva de base suficiente para las decisiones sobre conflicto de leyes⁶⁴⁵.

El Estado de Nueva York fue pionero en la llamada «revolución judicial» del Derecho Internacional Privado estadounidense, con el abandono del método tradicional tanto en el área del Derecho de responsabilidad extracontractual como en el Derecho contractual. En *Auten v. Auten*⁶⁴⁶ el Tribunal de apelaciones de Nueva York abandona la *lex loci contractus* por la teoría de «agrupación de contactos» o «centro de gravedad» de la relación entre las partes, basada en la valoración de los hechos pertinentes. En vez de mirar como puntos de conexión

⁶⁴⁴ BRILMAYER, L., «Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent», 78 *Mich. L. Rev.* 392 (1980).

⁶⁴⁵ BRILMAYER, L., *op. cit.*, p.392. Otros críticos de CURRIE: HILL, A., «Government Interest and the Conflict of Laws--A Reply to Professor Currie», *Univ. of Chicago L. Rev.*, vol. 27, 1960, p. 463. JUENGER, F., «Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis», *Am. J. Comp. Law*, vol. 32, 1984, p.1; WEINBERG, L., «On Departing from Forum Law», *Mercer L. Rev.*, vol. 35, 1984, p. 595.

⁶⁴⁶ 308 N.Y. 1554, 124 N. E. 2d 99 (1954). *Auten* envuelve unos cónyuges británicos que vivieron 14 años juntos en Inglaterra hasta que el marido abandonó su mujer e hijos y marchó para Nueva York. La esposa viaja a Nueva York y consigue que el marido firme un acuerdo de separación mediante el cual el marido, a cambio del compromiso de la esposa no presentar demandas en su contra, éste se obligó a depositar con un *trustee* en Nueva York las sumas necesarias para la manutención de su esposa e hijos. Inmediatamente después de firmar el acuerdo la señora regresa a Inglaterra. Un año después, cuando el marido incumple el acuerdo, la señora presenta una acción de separación en Inglaterra y obtiene una orden judicial de manutención. Trece años después, la señora presentó una demanda judicial en el Estado de Nueva York para cobrar la deuda acumulada por concepto de manutención. El demandado alegó que la presentación de la demanda de separación en Inglaterra, bajo el Derecho de Nueva York, constituyó un repudio al acuerdo de separación. Los tribunales de Nueva York desestimaron la causa aplicando el Derecho del foro.

factores como cuál fue la intención de las partes en cuanto a la ley aplicable al acuerdo, dónde se celebró el acuerdo de separación, o cuál es el lugar donde se realizaría el cumplimiento del acuerdo, el tribunal se enfoca en buscar el lugar donde se encuentran los contactos más significativos con el asunto en disputa⁶⁴⁷.

*Babock v. Jackson*⁶⁴⁸ es el caso trascendental en el que Nueva York deja a un lado la regla del *lex loci delicti*, que a su vez ilustra lo que es un conflicto falso. Esto ocurre cuando al evaluarse los intereses envueltos y los propósitos de las leyes pertinentes, sólo surge un Estado verdaderamente interesado en resolver la controversia conforme a su Derecho interno. *Babock* se considera un caso de transición de la teoría del «centro de gravedad» y el Estado con la «relación más

⁶⁴⁷ Una vez analizados los contactos con ambos Estados el Tribunal concluyó que los contactos con Nueva York no eran importantes: lugar de la firma del contrato mientras el demandado estaba bajo una visa temporera, lugar de la entrega de los pagos al *trustee*. Los contactos con Inglaterra, según el Tribunal, eran abundantes: nacionalidad de ambos cónyuges, lugar donde vivieron por 14 años, residencia de la esposa e hijos, pacto del pago en libras esterlinas, cuyo primer pago se haría inmediatamente antes de que ella saliera para Inglaterra, las relaciones paterno filiales se llevarían a cabo en Inglaterra cuando el padre viajase allí. Indicó el Tribunal que indiscutiblemente era Inglaterra el país con mayor interés en ejecutar las obligaciones pactadas en el acuerdo de separación, ya que, siendo Inglaterra el Estado del domicilio conyugal y residencia de la esposa e hijos, es Inglaterra el Estado al que le concierne definir y regular los derechos y obligaciones que emanan del acuerdo, incluyendo las circunstancias que llevan a la terminación o repudio del mismo. También el Tribunal mencionó que las partes, en cuanto al efecto de la presentación de la demanda de separación, no tenían razones o expectativas para pensar que aplicaría otra ley que no fuese la inglesa. Años más tarde el Tribunal de Apelaciones de Nueva York decide *Haag v. Barnes*, 9 N. Y. S. 2d 65, 175 N.E. 2d 441 (1961). Allí los cónyuges pactaron un acuerdo de manutención en Chicago y seleccionaron la ley de Chicago como aplicable. Illinois era la residencia del padre, Nueva York la de la madre y el hijo fuera de matrimonio. El Tribunal escogió el Derecho de Illinois sobre el derecho del foro, que había escogido la madre al amparo de una disposición penal en la Ley de Relaciones de Familia y requería aprobación judicial para los acuerdos de manutención. Aún si aplicaba otro derecho, la ley de Nueva York expresamente disponía que eso no sería un impedimento para presentar una acción bajo las disposiciones de la ley de Nueva York. El tribunal después de evaluar los contactos significativos con Illinois, evaluó si aplicar la ley de Illinois violentaba una política pública del Estado de Nueva York y encontró que no.

⁶⁴⁸ 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y. 2d 743, 191 N.E. 2d 279 (1963) Varios residentes de Rochester, Nueva York se van en el automóvil de Jackson de paseo hacia Ontario, Canadá. En Ontario tienen un accidente automovilístico donde la Sra. *Babock* sufre daños. Presenta demanda en Nueva York alegando negligencia en la operación del automóvil. El demandado alega que al amparo del derecho de Ontario no tiene responsabilidad bajo la ley conocida como *Guest Statute*, que prohíbe demandas de un pasajero contra el conductor de un automóvil. Nueva York no tiene ley similar y al aplicarse la *lex loci delicti*, el tribunal neoyorquino desestimó la demanda. El tribunal apelativo revocó la sentencia y rechazó aplicar la *lex loci delicti* fundamentada en la desacreditada teoría de los derechos adquiridos, ya que ignora los intereses que otras jurisdicciones puedan tener en la resolución de la controversia en particular. Utilizó la metodología de la teoría del centro de gravedad y relación más significativa, además de evaluar las políticas de los Estados envueltos en resolver la controversia. Proteger a las aseguradoras de Ontario de reclamaciones falsas no es un interés legítimo de Ontario en el caso de unos individuos domiciliados en otro Estado y asegurados fuera de Ontario.

significativa» a un proceso más moderno de evaluación de las políticas envueltas en las legislaciones en conflicto⁶⁴⁹. Este caso también ilustra el cambio de metodología en el análisis del tribunal de un método deductivo como lo era bajo el tradicional, a uno inductivo, controversia por controversia (*issue by issue analysis*), que, aunque en este caso sólo había una controversia, puede darse el caso de varias controversias donde el tribunal tenga que aplicar distintas leyes dependiendo de los intereses del Estado en cada una⁶⁵⁰. Este fenómeno se conoce por *dépeçage* y es comúnmente utilizado por los tribunales norteamericanos, avalado también por la doctrina⁶⁵¹. Otro punto importante planteado por el tribunal fue la distinción entre leyes que persiguen regular conducta (que deben operar territorialmente) y las que buscan distribuir o controlar las pérdidas (no necesariamente operan territorialmente)⁶⁵². Vemos pues que la *lex loci delicti* no está fuera del panorama.

4.1.5. Teoría del perjuicio comparado (*comparative impairment*)

Los tribunales estadounidenses comenzaron a utilizar la metodología de análisis de intereses gubernamentales de CURRIE en combinación con otras teorías modernas, particularmente en los casos donde surgió un verdadero conflicto de leyes (uno de los «*true conflicts*» de CURRIE⁶⁵³), es decir, donde ambos Estados

⁶⁴⁹ SYMEONIDES, *supra.*, p.132, se plantea cómo hubiese variado el resultado de la decisión si se cambian los supuestos (i.e., que la aseguradora haga negocios en Ontario) o si se cambian los intereses del Estado. El legislador que introdujo la medida fue demandado por dos personas (*hitchhikers*) a quienes les había llevado en su coche durante una noche de tormenta, por daños y perjuicios que resultaron de un accidente de tráfico. Allí el interés del Estado era proteger a los conductores de demandas de un pasajero ingrato. *Id.*, p. 133.

⁶⁵⁰ *Id.*, p. 134.

⁶⁵¹ SYMEONIDES, *supra.*, p. 259. No faltan comentaristas que adviertan sobre el uso inapropiado del *dépeçage*, i.e., cuando la regla escogida de un Estado está bien relacionada con otra regla que aplicar una sin la otra afectaría negativamente el equilibrio establecido por las dos reglas, produciéndose una distorsión o vulneración de las políticas del Estado. *Id.*, p. 260. Se habla también del *dépeçage* a la inversa, comentado por von MEHEREN: aplicar leyes de distintos Estados a una sola controversia para resolver conflictos verdaderos. Se crea una regla especial *ad hoc* derivada del Derecho de ambos Estados para alcanzar un punto medio, como hacía el *praetor peregrinus*. *Id.*, p. 261, citando a Von MEHEREN, A. T., «Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology», *Harvard Law Rev.*, vol. 88, p. 298, 1974, pp. 367-69.

⁶⁵² SYMEONIDES, *supra.*, p. 135.

tienen un interés importante en que se aplique la ley de su jurisdicción. En esos casos CURRIE sugirió que el tribunal reexaminara la ley del foro⁶⁵⁴ para ver si una interpretación más moderada y restringida de las políticas y circunstancias llevaría a efectuar los propósitos legítimos del foro. El Tribunal Supremo de California utilizando la metodología de CURRIE de análisis de intereses gubernamentales, en el caso de verdaderos conflictos, añade al proceso de análisis la teoría de *comparative impairment*⁶⁵⁵ de BAXTER. Tanto BAXTER como CURRIE se oponían a que para resolver conflictos se sopesen los intereses de los Estados en el sentido de cuál de las leyes se manifiesta con una mejor política o cuál es la más

⁶⁵³ Ver *Bernhard v. Harrah's Club*, 16 Cal. 3d 313, 128 Cal. Repr. 215, 546 P. 2d 719, *cert denied*, 429 U.S. 859 (1976), los demandantes incitados por la publicidad del demandado viajaron en vehículo de motor desde California hasta Nevada donde estuvieron en el bar operado por el demandado residente de Nevada hasta altas horas de la madrugada bebiendo alcohol servido por los empleados del demandado y aún cuando ya estaban en Estado de embriaguéz, les continuaron sirviendo bebidas alcohólicas. En ese Estado cogieron el coche y regresaron a California donde impactan la motocicleta del demandante, residente de California, quien sufre daños severos en el accidente. Una ley en California impone responsabilidad al dueño de una taverna que sirve bebidas alcohólicas a personas intoxicadas que causan accidentes automovilísticos (*Dram Shop Statute*). Nevada no impone responsabilidad a los dueños de tavernas. Este es un caso de verdadero conflicto de leyes pues ambos Estados tienen interés en aplicar su derecho a la controversia: California para proteger a sus ciudadanos y evitar accidentes ocasionados por conductores ebrios y Nevada en proteger los taberneros de estar expuestos a la ruina por numerosos litigios de daños y perjuicios cada vez que sirven bebidas alcohólicas, cuya responsabilidad civil Nevada no ha impuesto ni bajo el derecho común ni por legislación.

⁶⁵⁴ En *Bernhard*, *supra.*, el foro utilizó esa metodología para evaluar la ley del otro Estado.

⁶⁵⁵ BAXTER, W.F., «Choice of Law and the Federal System», *Stanford Law Rev.*, vol. 16, p. 1, 1963. Ilustra esta técnica *Bernkrant v. Fowler*, 55 Cal. 2d 588, 12 Cal. Rptr. 266, 360 P. 2d 906 (1961), decidido por el famoso juez TRAYNOR del Tribunal Supremo de California. Un matrimonio de residentes de Nevada adquirió una propiedad en Nevada otorgando una segunda hipoteca a favor del vendedor, para garantizar el pago aplazado de la compraventa. El vendedor tuvo una necesidad de dinero y le sugirió a los compradores que refinanciaran la propiedad para que pagasen una parte sustancial de la deuda y les prometió que en su testamento les iba a condonar el balance que entonces estuviera adeudado. Así lo hicieron los compradores. El vendedor falleció residiendo en California sin haber dispuesto lo prometido a los compradores, quienes presentaron una demanda en California para cancelar el pagaré, recuperar la propiedad y los pagos hechos bajo protesta después de fallecido el vendedor. En controversia estaba la aplicación del *Statute of Frauds* de California, que requería que el contrato fuera por escrito o la ley de Nevada que no lo requería. El Tribunal analizó si aplicaba o no la ley de Nevada o la de California. Para escoger la ley de Nevada el tribunal evaluó las políticas envueltas y los intereses de cada Estado. Ambos Estados tenían interés en que su ley se aplicará, no obstante, ambos tienen interés de que los contratos que sean legales sean respetados. Por un lado, está el estatuto contra fraudes y por otro el interés del Estado en proteger las expectativas de las partes. Comentó el Tribunal que, si el vendedor al momento de contratar era residente de California, tal vez los compradores hubiesen previsto que iban a estar sujetos a la ley de California, sin embargo, no estaba claro de la evidencia que el vendedor hubiera no sido residente de Nevada al momento de contratar. California, sin embargo, no tiene interés en aplicar su estatuto contra fraudes a menos que el vendedor permaneciera en California hasta su fallecimiento, con lo cual los compradores no tenían que suponer que en un futuro tendrían que cumplir con la ley de California. Los compradores descansaron en las disposiciones de su propia ley en vez de indagar sobre las leyes de los otros Estados a donde el vendedor pudiese en un futuro retirarse.

valiosa socialmente, en cuanto a la controversia concreta⁶⁵⁶. BAXTER habló de dos objetivos en el método de intereses gubernamentales: los internos--la resolución de conflictos entre partes privadas en un marco doméstico, y los externos-- que comprenden la meta de cada Estado de hacer efectiva, en cuanto a todas las personas que caigan bajo la tutela judicial, la resolución de intereses privados encontrados que el Estado haya creado para propósitos locales⁶⁵⁷. En un caso de conflictos verdaderos los objetivos externos de cada Estado chocan y la solución de BAXTER, distinta de CURRIE, es que en vez de subordinar los objetivos de la ley foránea por las del foro, subordinar los objetivos del Estado cuyos objetivos internos en su alcance general o su impacto, menos se vean afectados por la subordinación en asuntos como el que se evalúa⁶⁵⁸.

4.1.6. Teoría del mejor derecho (*better law approach*)

LEFLAR introdujo una metodología centrada más en la justicia sustantiva (*material justice*) que en la justicia internacional privatista (*conflicts justice*). Estableció la metodología de tomar en cuenta factores que influyan en la selección de la ley aplicable (*choice influencing considerations*) que sirvan de guía para los tribunales en ese proceso. Estos criterios son:

- (a) previsibilidad del resultado,
- (b) mantenimiento del orden interestatal e internacional,
- (c) simplificación de la tarea judicial,

⁶⁵⁶ «[W]eighing of interests involves super-value judgments that are incompatible with the judge's 'non-political status'». BAXTER, *op. cit.*, p.5.

⁶⁵⁷ BAXTER, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁵⁸ *Id.* A SYMEONIDES le parece que este enfoque no es muy diferente de balancear o sopesar los intereses del Estado porque aún si lo que se comparara fuesen las pérdidas del Estado, el valor de éstas va a estar relacionado con la importancia o fuerza del interés en cuestión. SYMEONIDES, *supra.*, p. 220. Ver codificación del Derecho Internacional Privado de Louisiana, redactado por SYMEONIDES, su artículo general y el residual: «Except as otherwise provided in this [codification], an issue in a case having contacts with other states is governed by the law of the state whose policies would be most seriously impaired if its law were not applied to that issue. That state is determined by evaluating the strengths and pertinence of the relevant policies of all involved states in the light of: 1) the relationship of each state to the parties and the dispute; and 2) the policies and needs of the interstate and international systems, including the policies of upholding the justified expectations of parties and of minimizing the adverse consequences that might follow from subjecting a party to the law of more than one state».

- (d) promoción de los intereses fundamentales del foro y
- (e) aplicación de la mejor regla de Derecho⁶⁵⁹.

No se asigna eso a ninguno de estos factores ni tampoco se explica el significado de lo que es la «mejor ley». La mayor crítica hacia LEFLAR y su metodología de la mejor ley (*the better law approach*) es su susceptibilidad de convertirse en eufemismo para una metodología *lex fori* además de fomentar la subjetividad judicial⁶⁶⁰. El profesor JUENGER propuso una variante a la metodología de LEFLAR con énfasis en el «mejor Derecho⁶⁶¹». El problema sigue siendo que es una metodología forista donde difícilmente un tribunal va a decidir que la de su Estado en una ley inferior.

4.1.7. Análisis funcional

Von MEHEREN y TRAUTMAN⁶⁶², desarrollan la metodología del análisis funcional, parecida a la metodología del análisis de intereses en la identificación de los conflictos falsos o los aparentes, pero difiere en la manera de abordar los conflictos verdaderos⁶⁶³. CURRIE detestaba lo que era equilibrar los intereses y políticas de cada Estado mientras que éstos proponían precisamente eso siempre que fuese con unos criterios que sirviesen de guía⁶⁶⁴.

El primer criterio del análisis funcional es ver la fuerza relativa de las políticas estatales envueltas considerando la fidelidad o creencia con la que el Estado se aferra a esa política, lo adecuado o no de la regla en materializar esa política y la

⁶⁵⁹ SYMEONIODES, S. C., *American Private International Law*, *op. cit.*, Kluwer Law Int. 2008, p.55.

⁶⁶⁰ *Id.*, p. 103.

⁶⁶¹ JUENGER, F., «Leflar's Contributions to American Conflict's Law», *So. Car. L. Rev.*, vol. 31, 1980, p. 413.

⁶⁶² Von MEHEREN, A. T. & TRAUTMAN, D. T., *The Law of Multistate Problems*, Little, Brown & Co., Boston, 1965.

⁶⁶³ SYMEONIODES, S. C., *American Private International Law*, *supra.*, p.102.

⁶⁶⁴ SYMEONIODES, S. C., *Id.*, pp. 55-56, citando a Von MEHEREN & TRAUTMAN, *The Law of Multistate Problems*, *op. cit.*, pp. 376-378.

importancia relativa para los Estados concernidos poder justificar o defender esas políticas⁶⁶⁵. Generalmente, el tribunal debe preferir una política emergente en vez de una regresiva, una que enfatiza una regla concreta en vez de un principio general. Debe realizar una comparación para valorar las políticas considerando sus fortalezas y méritos no solo a la luz de las políticas del otro Estado, sino de todos los Estados que comparten una tradición cultural⁶⁶⁶. En los casos donde el tribunal no pueda hacer una selección razonable, debe seleccionar una política multiestatal compartida por varios Estados, construir una nueva regla multiestatal, o aplicar la regla del Estado que tenga el control mas eficiente sobre la materia⁶⁶⁷.

Después de pasar por el proceso anterior sin lograr una solución adecuada, un tribunal debe aplicar la regla que mejor promueva la actividad multiestatal o que menos interfiera con la intención de las partes⁶⁶⁸. Solamente cuando se han agotado todas las rutas es que el tribunal debe aplicar la ley del foro y únicamente si el foro es un Estado implicado, contrario a un foro neutral, que no debe aplicar su ley, pero aplicar la de aquel Estado cuya ley más se asemeje a la del foro, con la meta de siempre procurar la imparcialidad y escoger soluciones que promuevan la actividad multiestatal y la uniformidad en las decisiones⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ *Id.*

⁶⁶⁶ SYMEONIDES, *supra.*, *Conflict of Laws: American, Comparative...*, *supra.* p. 233.

⁶⁶⁷ *Id.*, citando a Von MEHEREN y TRAUTMAN, *op cit.*, pp. 376-406.

⁶⁶⁸ SYMEONIDES, *supra.*, *Conflict of Laws: American, Comparative...*, *supra.* p. 233.

⁶⁶⁹ *Id.* Un caso que ilustra la aplicación de esta metodología es *Offshore Rental Co. v. Continental Oil Co*, 22 Cal. 3d 157, 148 Cal. Rptr. 867, 583 P. 2d 721 (1978), donde una corporación californiana demanda a una entidad por los daños que sufrió al perder a un empleado clave que sufrió daños en los predios del demandante en el Estado de Louisiana. Se desestimó la demanda aplicando el Derecho de Louisiana que no provee causa de acción por la pérdida de un empleado clave y apela solicitando se aplique la ley de California que sí permite esa causa. El Tribunal Supremo de California confirmó la sentencia. Mencionó un axioma de BAXTER de distribuir las respectivas esferas de influencia de los Estados en el proceso de crear leyes. BAXTER, W. F., «Choice of Law and the Federal System», *op. cit.*, pp. 11-12. En términos generales, si una de las leyes en cuestión es arcaica y aislada en el contexto de las leyes en la unión de la nación, no sería irrazonable que esa ley ceda a una más progresiva y prevalente. SYMEONIDES, *supra.*, *Conflict of Laws: American, Comparative...*, p. 233, citando a FREUND, «Chief Justice Stone and the Conflict of Laws», 59 *Harv. L. Rev.* 1210 1946, p. 1216. Para determinar el compromiso real de los Estados con las respectivas leyes en conflicto, se consideran varios factores como la historia y estatus actual de las leyes, así como su función y propósitos. California ya no interesa la ley en cuestión comparado con la ley mas progresiva de Louisiana. También utilizó el tribunal el hecho de que el daño ocurrió en Louisiana, reconociendo que la *lex loci delicti*, aunque ya no es criterio único, sigue siendo relevante. Se apreció el interés de Luisiana de negar la responsabilidad civil para promover la libertad de inversión

El profesor Von MEHEREN sugirió que en el caso de conflictos verdaderos pueden resolverse llegando a una solución intermedia entre las políticas estatales en conflicto en vez de subordinar unas a favor de otras. La solución crearía una regla material especial ad hoc, para el caso concreto derivada del derecho de los Estados implicados⁶⁷⁰.

4.1.8. Método de consideración de consecuencias

WEINTRAUB desarrolló otro método funcional de equilibrio de intereses e identificó concretamente los criterios pertinentes⁶⁷¹. Inicialmente creó reglas orientadas a resultados como las que favorecían a los demandantes para supuestos de conflictos verdaderos en casos de responsabilidad extracontractual y una regla para validar contratos—lo que él mismo reconoció que fue un intento en buscar un

en las empresas locales por inversores dentro y fuera de Louisiana, lo que se afectaría de imponerse responsabilidad civil. Al hacer negocios en Louisiana el demandante pudo obtener seguro contra el riesgo previsible de perder un empleado clave, cuyo riesgo no fue creado por la ley de Louisiana.

Utilizó también el Tribunal la metodología del perjuicio comparado cuando reconoció que una ley anacrónica puede ser atenuada y limitada a ocurrencias domésticas o también puede ser anacrónica al compararse con leyes del mismo Estado. En ese caso la protección del patrono por perder un empleado era pertinente en el derecho común, pero fue perdiendo auge en los Estados que solamente permiten esa causa cuando la pérdida del empleado se debe a una actuación intencional y no meramente negligente, como era la situación de marras. También es importante buscar el punto focal concernido en las leyes evaluadas y valorar la pertinencia comparada de esa preocupación al asunto en controversia. Citando a BAXTER, *supra.*, pp. 1, 12. En ese caso el Tribunal entendió que la política de proteger al patrono de la pérdida de un empleado clave se puede lograr comprando un seguro. También destacó el Tribunal que California no había utilizado en buen tiempo esa ley para establecer una causa en el Estado, con lo cual es una disposición aislada y arcaica, razón para no hacerla extensiva al asunto en cuestión. Razonó que los intereses de Louisiana se verían más afectados si no se aplica su ley en comparación con la poca importancia que le ha dado California a la legislación cuya aplicación al asunto solicitaba la corporación demandante (*comparative impairment*).

Para determinar el compromiso real de los Estados con las respectivas leyes en conflicto, se consideran varios factores como la historia y estatus actual de las leyes, así como su función y propósitos. California ya no interesa la ley en cuestión comparado con la ley más progresiva de Louisiana. También utilizó el tribunal el hecho de que el daño ocurrió en Louisiana, reconociendo que la *lex loci delicti* ya no es criterio único, sigue siendo relevante. Viendo el interés de Louisiana de negar la responsabilidad civil para promover la libertad de inversión en las empresas locales por inversores dentro y fuera de Louisiana, lo que se afectaría de imponerse responsabilidad civil. Al hacer negocios en Louisiana el demandante pudo obtener seguro contra el riesgo previsible de perder un empleado clave, cuyo riesgo no fue creado por la ley de Louisiana.

⁶⁷⁰ Von MEHEREN, A. T., «Special Substantive Rules for Multistate Problems...», op cit., pp. 367-369.

⁶⁷¹ SYMEONIDES, S.C., *American Private International Law*, *supra.*, p. 57.

método de llegar a la mejor ley⁶⁷². Más tarde desarrolla un método en el cual se considera el contenido de ambas leyes en conflicto y se trata de minimizar las consecuencias que pueda sufrir un Estado si no se aplica su Derecho. El tribunal debe examinar las políticas de ambos Estados, determinar si la no aplicación de la ley causaría al Estado sufrir unas consecuencias que la política persigue evitar y asegurarse que la aplicación de la ley de un Estado que tendrá consecuencias es justo para las partes a la luz de sus contactos con el Estado⁶⁷³. Este enfoque es casi indistinguible del «*comparative impairment*», cuyo enfoque WEINTRAUB sugirió, que se utilizaran como metodología residual en asuntos donde su metodología basada en las consecuencias no funcionara. También mencionó como enfoque residual el del mejor derecho, pero únicamente para conflictos verdaderos donde se determine objetivamente que la ley rechazada es anacrónica o una aberración⁶⁷⁴.

4.1.9. Segunda reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense (*Second Restatement*)

Las decisiones judiciales demuestran que los tribunales que abandonaron los métodos tradicionales en el área del Derecho de responsabilidad contractual y extracontractual, han utilizado la metodología del análisis de intereses gubernamentales, pero no el limitado que postulaba CURRIE, sino una combinación de metodologías modernas. La versión final de la segunda reformulación del Derecho Internacional Privado en el año 1969, dirigida por REESE, viene a ser una concesión y síntesis pensada entre la vieja y la nueva escuela de Derecho conflictual norteamericano, con sus derivadas de la nueva escuela⁶⁷⁵.

⁶⁷² SYMEONIODES, S. C., *op. cit.*, p. 57, citando a WEINTRAUB, R., *Commentary on the Conflict of Laws*, *supra*.

⁶⁷³ SYMEONIODES, S. C., *op. cit.*, p. 58. SYMEONIDES comenta que este método es muy parecido al del perjuicio comparado, que debe usarse en conjunto con el método de la mejor ley bajo una determinación objetiva de que la ley no escogida es arcaica y que WEINTRAUB reconoció que su método no necesariamente provee soluciones a conflictos verdaderos o neutrales y la necesidad de tener reglas para cubrir los casos que no estén contemplados (*unprovided-for cases*).

⁶⁷⁴ WEINTRAUB, R., *Commentary on the Conflict of Laws*, New York: Foundation Press., 4a ed., 2001, p. 356.

La sexta sección de la segunda reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense es la piedra angular de esta reformulación, donde se esbozan los principios generales del proceso de selección de leyes, como sigue:

- (1) *A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.*
- (2) *When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include:*
 - a. *the needs of the interstate and international systems,*
 - b. *the relevant policies of the forum,*
 - c. *the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,*
 - d. *the protection of justified expectations,*
 - e. *the basic policies underlying the particular field of law,*
 - f. *certainty, predictability and uniformity of result, and,*
 - g. *ease in the determination and application of the law to be applied.*

La segunda reformulación se hizo desde el punto de vista de un foro neutral, contrario a lo que decía CURRIE de que el tribunal se convirtiera en un instrumento de la legislatura del foro⁶⁷⁶. Las políticas que aparecen en la sección 6 sirven de guía a los tribunales enfrentados a conflictos de leyes. No están en orden de importancia y dirigen a distintos Estados dependiendo de la controversia, sin proveer una contestación directa de cuál debe ser el Derecho a aplicar. Sin embargo, sí llevan al tribunal a escoger un Derecho, con base a una metodología multifactorial, contrario a las anteriores que se basaban exclusivamente en contactos fácticos, usualmente con un solo detonante.

La fórmula comúnmente utilizada de la «relación más significativa»⁶⁷⁷, demuestra el propósito de que en el proceso se aplique el Derecho del Estado que, con relación a la controversia concreta, tenga la relación más significativa con las partes en la disputa. Pocos son los instantes en que la segunda reformulación establece

⁶⁷⁵ SYMEONIODES, S. C., *op.cit.*, p. 58.

⁶⁷⁶ Segunda reformulación del Derecho Internacional Privado de EEUU, §6.

⁶⁷⁷ Esta frase prevalece en toda la reformulación, i. e. §§146-151, 152, 153-155, 175, 189-193, 196.

reglas *a priori* que determinan el Estado con la relación más significativa, como se aprecia en las reglas del Derecho de propiedad⁶⁷⁸ y sucesorio⁶⁷⁹. En los asuntos relacionados a bienes inmuebles, el Derecho aplicable va a ser el que los tribunales utilicen en el *situs* del inmueble. También hay reglas para asuntos de relaciones de familia⁶⁸⁰, régimen matrimonial, divorcio, la nulidad del matrimonio⁶⁸¹ y la adopción⁶⁸². Todas estas reglas también están sujetas a los mecanismos de escape, como son el orden público y el *renvoi*.

La segunda reformulación establece unas presunciones en cuanto a la ley que de primera instancia debe ser la que tiene la relación más significativa. Para rebatir esa presunción es necesario establecer que en cuanto ese asunto otro Estado tiene una relación más significativa con la ocurrencia, las partes, tomando en cuenta los factores y políticas que se esbozan en la sección 6.

En otros casos, particularmente en el área de obligaciones contractuales o extracontractuales, se establecen marcadores, presunciones algo ambiguas o «diluídas» en cuanto a cuál sería el Estado que «usualmente» o «por lo general» tendría la relación más significativa, «a menos que en el caso concreto otro Estado tuviese una relación más significativa». En estos supuestos la presunción es más diluida y se utilizan términos como «usualmente» o «por lo general» para designar cuál sería el Estado con la relación más significativa⁶⁸³.

⁶⁷⁸ Transacciones de propiedad mueble *Restatement Second, Conflicts* §§ 245-255, inmuebles §§ 239-242. Para transacciones de bienes inmuebles, usualmente se escoge el derecho que aplican los tribunales del *situs*: transacciones *inter vivos* sobre inmuebles, *id.* §§ 223, 225-32, sucesiones de inmuebles, *id.* § 236, *id.* §§239-42.

⁶⁷⁹ Sucesión de propiedad mueble, *Restatement Second, Conflicts* §§ 260-265, inmueble §236.

⁶⁸⁰ *Restatement Second, Conflicts* § 285.

⁶⁸¹ *Restatement Second, Conflicts* § 286.

⁶⁸² *Restatement Second, Conflicts* § 289.

⁶⁸³ En el caso de conflictos sobre Derecho de obligaciones y contratos, la §198 dispone que la capacidad para contratar será «generalmente sostenida» si la parte tiene capacidad contractual en el Estado de su domicilio. La § 199 dispone que las formalidades del Estado de otorgamiento de un contrato «usualmente» serán aceptables. *Vid.* SYMEONIDES, S. C., *Conflict of Laws: American, Comparative...., supra.*, p.144.

Por último, en los casos más difíciles la reformulación no provee reglas, presunciones o marcadores. Sólo establece un listado de contactos que varían de acuerdo con el área del Derecho donde gira la controversia—si es contractual, de daños, etc.--, los cuales el juzgador debe tomar en consideración al determinar el Derecho aplicable. En el caso del Derecho de contratos, los contactos que menciona son el lugar de contratación, negociación del contrato, lugar del cumplimiento, lugar de negocio de las partes, lugar del objeto del contrato, domicilio, residencia o nacionalidad de las partes⁶⁸⁴. Para daños y perjuicios, los contactos son el lugar donde ocurre el daño, el lugar donde ocurre la conducta culposa, el domicilio, residencia, nacionalidad de las partes, lugar del centro de la relación entre las partes, lugar de negocios de las partes⁶⁸⁵. La determinación del Estado con la relación más significativa se hace tomando en consideración los contactos pertinentes de acuerdo a su relativa importancia con respecto a la controversia concreta y a la luz de los principios generales de la sección 6.

A pesar de que el lenguaje de la segunda reformulación sugiere enfatizar en la evaluación de las políticas envueltas, los tribunales lo enfocan más bien tomando en consideración los contactos existentes, convirtiéndose en la búsqueda del Estado de los contactos más numerosos, como ocurre con el método de agrupar contactos⁶⁸⁶. No obstante, cuando los contactos están igualmente distribuidos entre dos Estados, entonces es cuando los tribunales tienden a hacer un análisis de las políticas y principios de la sección 6, más afín a la metodología del análisis de intereses⁶⁸⁷. Aunque no está libre de críticas⁶⁸⁸, la segunda reformulación ha tenido una gran acogida en la mayoría de los Estados norteamericanos⁶⁸⁹. En el

⁶⁸⁴ *Restatement Second, Conflicts*, § 188 (2).

⁶⁸⁵ *Restatement Second, Conflicts* § 145 (2).

⁶⁸⁶ SYMEONIDES, S. C., *Conflict of Laws: American, Comparative...*, *supra.*, p. 144.

⁶⁸⁷ *Id.*

⁶⁸⁸ Ver BORCHERS, P.J., «Courts and the Second Conflicts Restatement: Some Observations and an Empirical Note», *Maryland Law Review*, vol. 56, 1997, p.1232.

⁶⁸⁹ SYMEONIDES, S. C., «Choice of Law in the American Courts in 2012: Twenty-Sixth Annual Survey», *Am. Journal of Comparative Law*, vol. 61, num. 2, Spring 2013, pp.217-299., para el año 2012, 24 Estados acogieron la segunda reformulación en el área de conflictos sobre asuntos de

comentario (d) de la sección 6 se expresa: «*the most important function of choice of law rules is to make the interstate and international systems work well [,]...to further harmonious relations between states and to facilitate commercial intercourse between them*».

II. Notas sobre competencia judicial estadounidense

Para que los tribunales estatales estadounidenses puedan conocer de un litigio en un caso concreto es preciso que el tribunal adquiriera la competencia territorial (*territorial jurisdiction*) sobre el demandado. Esta competencia se fija en tres aspectos: la competencia *in personam*, la *in rem* y la *quasi in rem*. La competencia *in personam* se logra emplazando a la persona o entidad dentro del territorio del foro. La *in rem* se refiere al poder del Estado sobre la propiedad, mueble o inmueble, dentro de su territorio en aquellos asuntos relacionados con la propiedad en sí, entendiéndose que el dueño de la propiedad estaría al tanto de los asuntos de su propiedad. La competencia *quasi in rem*, también se obtiene embargando la propiedad dentro del Estado, con la presunción de que el demandado se entera de los asuntos de su propiedad⁶⁹⁰.

La competencia territorial ha sido modificada por la jurisprudencia requiriendo que existan contactos mínimos del demandado con el foro, conforme a las normas constitucionales de las cláusulas de *due process*⁶⁹¹ que operan contra el gobierno federal y estatal, mediante la quinta y la decimocuarta enmienda de la Constitución federal, respectivamente. Adicionalmente, la jurisprudencia ha requerido que la reclamación se relacione con esos contactos mínimos⁶⁹² y la atribución de

responsabilidad extracontractual, 23 Estados la acogieron en el área contractual, y en otros se adoptó un enfoque mixto con muchos componentes de la segunda reformulación.

⁶⁹⁰ *Shaffer v. Heitner*, 433 U. S. 186 (1977), limitó el uso práctico de esta vía jurisdiccional pues de no conseguirse jurisdicción personal sobre el demandado en ausencia de contactos mínimos, sólo se puede servir el demandante del valor de la propiedad para resarcir su reclamo.

⁶⁹¹ El *due process* en su vertiente procesal se refiere a las exigencias de que se haya notificado al demandado conforme a unas normas mínimas y haberle ofrecido una oportunidad de ser oído. La vertiente de la competencia judicial requiere un vínculo suficiente entre el pleito y el tribunal que conoce el asunto.

⁶⁹² *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

competencia debe ser razonable⁶⁹³.

Con posterioridad al asunto de *International Shoe*, los Estados norteamericanos promulgan legislación autorizando el ejercicio del poder del Estado sobre personas no residentes o no ciudadanos, las denominadas *Long Arm Statutes*⁶⁹⁴ que complementan el *Common law*. La jurisdicción sobre la persona del demandado depende de que el tribunal pueda ejercer sobre éste su poder coactivo, basado en criterios de competencia que se hayan limitados por las normas constitucionales del *due process* desarrolladas por la jurisprudencia, cuyas garantías constitucionales se proyectan por igual sobre cualquier demandado independientemente de su nacionalidad o domicilio dentro o fuera de los EEUU. Cumplimiento con estas normas amerita el reconocimiento de resoluciones estatales dentro de la cláusula de *full faith and credit* de la Constitución federal estadounidense.

Un asunto relacionado con *trusts* que aborda el tema de la competencia judicial fue *Hanson v. Denckla*⁶⁹⁵. Ms. Donner, domiciliado en el Estado de Pensilvania creó un *trust* para beneficio de su familia en el Estado de Delaware, designando un banco en dicho Estado como *trustee*. Más tarde la constituyente cambia su

⁶⁹³ *World-Wide Volkswagen Corp v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980).

⁶⁹⁴ En el caso del Estado de la Florida, por ejemplo, dicho estatuto establece lo siguiente: (2) (a) *Any trustee, trust beneficiary, or other person, whether or not a citizen or resident of this state, who personally or through an agent does any of the following acts related to a trust, submits to the jurisdiction of the courts of this state involving that trust:*

1. *Accepts trusteeship of a trust having its principal place of administration in this state at the time of acceptance.*
 2. *Moves the principal place of administration of a trust to this state.*
 3. *Serves as trustee of a trust created by a settlor who was a resident of this state at the time of creation of the trust or serves as trustee of a trust having its principal place of administration in this state.*
 4. *Accepts or exercises a delegation of powers or duties from the trustee of a trust having its principal place of administration in this state.*
 5. *Commits a breach of trust in this state, or commits a breach of trust with respect to a trust having its principal place of administration in this state at the time of the breach.*
 6. *Accepts compensation from a trust having its principal place of administration in this state.*
 7. *Performs any act or service for a trust having its principal place of administration in this state.*
 8. *Accepts a distribution from a trust having its principal place of administration in this state with respect to any matter involving the distribution with respect to any matter involving the distribution.*
- Fla. Stat. §736.0202, 2013.*

⁶⁹⁵ 357 U.S. 235 (1958).

domicilio a la Florida, donde fallece. La cuestión suscitada era si los tribunales de Florida o Delaware eran competentes para atender la reclamación contra el *trustee* de Delaware. El Tribunal Supremo de EEUU entendió que el Tribunal en Florida no tenía competencia para conocer el asunto basándose en que a pesar de que el testamento se otorgó en Florida y se estaba administrando el caudal allí, el domicilio del testador no es suficiente para conferir *in rem jurisdiction* ya que el *locus* del *trust* no necesariamente es el mismo que el del constituyente. En cuanto a la jurisdicción *in personam*, el *trustee*, Willmington Trust, no tenía los contactos mínimos suficientes en Florida para conferir competencia al tribunal pues no tenía suficiente negocio ni activos en la Florida y no pretendió desarrollar algún tipo de actividad de negocio en el foro (*purpose availment*) o que sus actividades hubiesen producido efectos allí. Esta circunstancia es fundamental para la atribución de la competencia sobre la persona ya que se considera que el contrato del demandado con el foro es consecuencia de la conexión significativa que su actividad crea con el foro.

El criterio más exorbitante que reformula el de los contactos mínimos se aprecia en *Burnham v. Superior Court of California*⁶⁹⁶. El juez SCALIA, que escribió la opinión de pluralidad, se basó en jurisprudencia tradicional americana que reconoce competencia en los tribunales estatales donde el demandado no residente se encuentra físicamente presente en el territorio del foro. En los asuntos como *International Shoe Co. v. Washington*⁶⁹⁷ y *Shaffer v. Heitner*⁶⁹⁸, el Tribunal había aceptado que un demandado no residente emplazado fuera de su Estado puede estar sujeto a la competencia del otro Estado solamente cuando el demandado tiene ciertos contactos mínimos que el mantener el litigio no ofenda las nociones tradicionales de «*fair play and substantial justice*». Ese caso sostiene la

⁶⁹⁶ 495 U.S. 604 (1990). Los Burnham, residentes de New Jersey, acordaron esperar 18 meses para entablar en New Jersey una acción por la causal *no fault*. La esposa e hijos se mudan a California donde ésta presenta demanda de divorcio antes de los seis meses de requisito para completar la residencia. El esposo presenta su acción en New Jersey sin esperar 12 meses adicionales. Dennis viajó a California para un asunto no relacionado de negocios y cuando aprovechó para visitar a sus hijos fue emplazado con copia de la demanda de divorcio. Al otro día Francie fue emplaada con la demanda de New Jersey. Dennis impugnó la jurisdicción *in personam* de California y pasados varias etapas procesales el Tribunal Supremo federal atendió el asunto.

⁶⁹⁷ 326 U. S. 310 (1945).

⁶⁹⁸ 433 U. S. 186 (1977).

constitucionalidad de la base de la competencia transitoria «*transient jurisdiction*», que permite emplazar a una persona que pasa por el Estado del foro mientras viaja en avión en el espacio aéreo del foro⁶⁹⁹.

En lo que concierne a litigios sobre *trusts*, el UTC indica que en cuanto a los procedimientos sobre la administración del *trust* normalmente tienen jurisdicción los tribunales del lugar principal de la administración del *trust*. Al aceptar el cargo de *trustee* de un *trust* con su principal lugar de administración en el Estado que designa el UTC, el *trustee* se somete personalmente a la jurisdicción de los tribunales del Estado para asuntos relacionados al *trust*⁷⁰⁰. Igualmente, al aceptar los beneficios del *trust*, los beneficiarios se someten a la jurisdicción de dicho Estado. Esta disposición no es exclusiva ya que acepta otros métodos de obtener jurisdicción sobre el *trustee*, y el beneficiario. El comentario de esta sección hace referencia a la sede corporativa como lugar adecuado para ejercer jurisdicción sobre los accionistas de una empresa. Esta analogía refuerza que se utilice el lugar de administración principal del *trust* como la sede para propósitos de jurisdicción personal.

Cada Estado establece el tipo de tribunal que tendrá competencia exclusiva o concurrente sobre asuntos relacionados a la administración del *trust*. La competencia territorial interna (*venue*) dentro del Estado para presentar la reclamación radica en el condado donde se encuentre el principal lugar de administración de un *trust inter vivos*. En cuanto a *trusts* testamentarios si no ha culminado el proceso de *probate*, el tribunal competente será el condado donde se esté administrando el caudal. Dispone además que si no hubiese un *trustee*, el *venue* será el condado donde reside el beneficiario, el condado donde ubica la propiedad del *trust*, o el condado donde se administre el caudal en caso del *trust* testamentario⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ *Grace v. MacArthur*, 170 F. Supp. 442 (E.D. Ark. 1959).

⁷⁰⁰ UTC §202.

⁷⁰¹ UTC §204.

Hemos visto que el sistema estadounidense de competencia judicial internacional e interestatal de los tribunales está mayormente regulada a nivel estatal condicionado por los límites de la cláusula de *due process* de la Constitución federal. Diferente a lo que ocurre en el ámbito de competencia judicial internacional europea, el énfasis de protección del sistema estadounidense recae en el demandado con independencia de su domicilio o nacionalidad. La vinculación exigible entre el foro y el demandado refiere a criterios vagos que incluyen situaciones en que la atribución de la competencia resulta exorbitante, resultando en inseguridad jurídica y aumento en los litigios.

En contraste, la Unión Europea ha elaborado reglas precisas con criterios rígidos de competencia, cuyas reglas aplican a situaciones que presentan una conexión con el mercado interior de aplicación universal, pero también prevén la aplicación de las normas nacionales al resto de las situaciones⁷⁰². El sistema de la Unión Europea brinda más seguridad jurídica en contraste con el margen de apreciación judicial y la flexibilidad del estándar de *due process* unido al del *forum non conveniens*.

DE MIGUEL ASENSIO señala, sin embargo, que la jurisprudencia constitucional estadounidense sobre la cláusula de *due process* permite observar que en Europa no hay progresos en esa materia. El desarrollo de una comunidad jurídica europea fundada en la existencia de estándares comunes en el ámbito de las garantías procesales debería llevar a la supresión en los regímenes nacionales de los fueros exorbitantes cuando resulten contrarios al estándar mínimo de garantías procesales, incluso en las situaciones no regidas por los instrumentos de la Unión Europea⁷⁰³. Por otro lado, una flexibilización de las normas pudiera solucionar el problema que CARRASCOSA GONZALEZ trae a la atención cuando una SICAV ocasiona daños a un inversor cuya residencia o domicilio esté fuera del país donde radica la SICAV o donde ocurre el evento que ocasiona el daño⁷⁰⁴.

⁷⁰² DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Pluridad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia: una visión trasatlántica», *Revista Española de Derecho internacional*, vol. LVIII, 2006, pp. 19-60.

⁷⁰³ *Id.*

III. Controversias principales de Derecho Internacional Privado anglosajón en materia de *trusts*

Amerita abordar el tratamiento de Derecho conflictual que brindan los tribunales a asuntos concretos que surgen cuando existe un *trust* anglosajón implicado. Se podrá apreciar que el Derecho de los países anglosajones y concretamente el estadounidense ha influenciado mucho en el desarrollo del Derecho Internacional Privado de los *trusts*. Ello se debe a la voluminosa jurisprudencia y doctrina que se ha desarrollado en los varios Estados norteamericanos. Se puede ver también la influencia del Derecho conflictual estadounidense en el Convenio de La Haya sobre derecho aplicable y reconocimiento de los *trusts*. Veremos que los temas de esta materia son abordados utilizando la metodología de enfocar en la controversia y el asunto concreto a resolver, donde el *dépeçage* es bastante común.

4.2.1. Capacidad

El proceso de análisis en materia conflictual sobre un *trust* se enfoca en distintas facetas dependiendo en cuál de ellas se fija la controversia. En un principio se toma en cuenta si hay una controversia sobre la capacidad del constituyente en crear el *trust* y si el título del dominio (*legal title*) y el de *equity* (*equitable title*) han sido debidamente traspasados al *trustee* y al beneficiario, respectivamente. En esa etapa lo que se considera pertinente es si el constituyente o testador-constituyente puede disponer de su propiedad, como expresa HARRIS, «en cualquier caso» (*at all*) independientemente del vehículo que utilice para esos propósitos—donación, venta, cesión o mediante la constitución de un *trust*.

Los países del *common law* en las discusiones del Convenio de La Haya sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, abogaban por que la capacidad estuviese sujeta a la misma ley que regulase la validez material, mientras que los países civilistas, por su lado, abogaban por la aplicación de una norma de Derecho internacional privado distinta, ya que éstos ven la capacidad como una cuestión

⁷⁰⁴ CARRASCOSA GONZALEZ, «Private International Law, Transborder Investments and Financial Damage in a SICAV scenario», 2 julio 2015, <http://accursio.com/blog/?p=361>.

previa⁷⁰⁵. Esta situación lleva a la complicación que surgirá de la calificación que se le dé a estos asuntos en un caso transnacional.

Parecería sencillo hacer una distinción del término capacidad *vis a vis* validez material, definiendo la capacidad como donde cae la persona dentro del grupo de personas que no pueden llevar a cabo determinados actos que otros sí pueden ejecutar, contrario a aquellos actos que están prohibidos a todos. No deja de ser atractiva la idea de que ambas cuestiones se rijan por la misma ley, pero sin embargo, HARRIS, comenta que pueden surgir complicaciones por el tema de capacidad *vis a vis* validez material, que en algunos casos es difícil distinguir si la controversia se trata de uno u otro asunto y distintos países califican los asuntos en distintas categorías. La capacidad tiene varios componentes: una de estado (*status*)⁷⁰⁶ --minoría o estatus civil, insolvencia, raza, religión-- y otra que considera si las personas entran dentro de la clase que por virtud de ley no puede llevar a cabo ciertos actos jurídicos —si el constituyente, por ejemplo, puede enajenar bienes en contra de las legítimas⁷⁰⁷. Entiende HARRIS que estas dos categorías por lo general no van a necesitar un tratamiento conflictual distinto: una restricción de disponer su propiedad a una persona adulta no deja de ser un asunto de capacidad comparado con el asunto de si un menor puede o no comprar tabaco. Es por ello que entiende que el asunto de ambas categorías dentro de la capacidad, podrían regirse por la misma ley⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ Informe Von OVERBECK, parr. 59. El resultado fue que el asunto de la capacidad del constituyente quedó fuera del Convenio.

⁷⁰⁶ La conexión de una persona a un país concreto—nacionalidad, domicilio, residencia habitual—o a un grupo de personas—raza, estado civil, minoridad, religión, estado de insolvencia, etc. El derecho del Estado donde una persona deriva su estado no necesariamente va a determinar su capacidad para llevar a cabo transacciones transnacionales. HARRIS, *supra.*, p. 7

⁷⁰⁷ HARRIS, J., pp. 7, 10, citando a MATHEWS y SOWDEN, *The Jersey Law of Trusts*, 3d ed., London, Key Heavens Publications, 1993, p. 53.

⁷⁰⁸ *Id.*, pp. 7, 10. Se pone como ejemplo el asunto de un contrato que se rija bajo la ley inglesa va a requerir *consideration* como requisito de validez esencial. Ese requisito no se emplea, sin embargo, cuando el asunto es internacional gobernado por otra ley. Es decir, el asunto de una ley que prohíbe la venta de tabaco a menores tiene un carácter imperativo, con lo cual no se debe permitir que un domiciliado evada su incapacidad escogiendo otro Derecho. *Id.*, cita a DICEY y MORRIS, cap. 28, y a CHESHIRE y NORTH, cap. 34, señalando que al hacer esta distinción es importante apuntar que si el asunto versa sobre el aspecto de incapacidad por una disposición legal que limita enajenar, por ejemplo, y esta incapacidad va ligada a un contrato prematrimonial, o a un asunto de la sociedad de gananciales del domicilio, el asunto debe regirse por la regla de DIPr pertinente a ese asunto concreto, toda vez que sin la restricción el constituyente tendría capacidad

La validez material, por otro lado, concierne a aquellas leyes que disponen que ninguna persona puede llevar a cabo determinada transacción. No obstante, si esta prohibición general solo aplica a transacciones domésticas, entonces en principio se puede ver como un asunto de capacidad, y aún en el caso de que aplicara a transacciones transnacionales, si sólo le aplica a los domiciliados del Estado, puede seguir viéndose el tema como uno de capacidad⁷⁰⁹. Por las complicaciones que trae el tema de calificación entre varios Estados, esto se resuelve utilizando solamente las categorías del foro y no la de la ley que presuntamente gobernaría el instrumento⁷¹⁰.

También se ha planteado si debería aplicar el mismo Derecho conflictual a la capacidad y a la validez intrínseca, en cuyo caso no sería significativa la distinción entre estos conceptos. SPIKE y PRYLES argumentaron que la distinción no es importante ya que entienden que la capacidad es un aspecto de la validez intrínseca, por lo que debería aplicarse la misma regla de DIPr⁷¹¹. Destaca HARRIS que en última instancia puede aplicarse la misma regla de DIPr-- pero advierte que en términos generales no favorece esa vía, debido a que la potestad de una parte

para disponer de la propiedad, como es el caso de los *trusts* testamentarios que dependen de la validez del testamento que los crea de acuerdo a la ley que rige la validez esencial o intrínseca. *Id.*, p. 10

⁷⁰⁹ HARRIS, J., *op. cit.*, p. 8. Para ilustrar la complicación del tema comenta HARRIS la decisión judicial en el asunto de *Bodley Head Ltd. v. Flegon*, 1 WLR 680, 688 (1972). El juez decidió que la alegada incapacidad del Derecho ruso de comercializar en el extranjero se consideraría un asunto de validez intrínseca puesto que solo aplicaba a ciudadanos rusos. Sin embargo, señala HARRIS, si en esa disputa un asunto concreto no le aplicaba a personas extranjeras, podría argumentarse que se trataría entonces de un asunto de capacidad. Por otra parte, si la ley rusa dispone que ninguna persona puede llevar a cabo determinada transacción, pero que el Derecho domestico ruso no fue diseñado para aplicar a asuntos transnacionales y los propios tribunales no le aplicarían el Derecho doméstico a esos supuestos y aplicaría el Derecho extranjero, entonces se ve el asunto mejor como uno de validez intrínseca, ya que cuando aplica el derecho ruso, lo aplica a todos y no solo a determinada clase de individuos.

⁷¹⁰ Ver HARRIS, *supra.*, p.9, que analiza los resultados si a la hora de calificar el asunto se utilizan los criterios del foro, la ley posiblemente aplicable--que resulta en un análisis circular--, o *prima facie* según los criterios del foro, pero considerando también cómo calificaría el asunto el Derecho del Estado que posiblemente vaya a aplicar—avenida que entiende resulta impráctica e incierta por lo que en el Derecho inglés se califica usando exclusivamente las categorías del Derecho del foro.

⁷¹¹ HARRIS, *supra.*, p.9.

para escoger la ley aplicable no debe permitirse para evadir asuntos de capacidad escogiendo otra ley que rija el contrato, incluyendo su capacidad para contratar⁷¹².

En el Derecho inglés, se planteó en la doctrina si el asunto de capacidad para crear un *trust* debía sujetarse la ley aplicable al *trust* escogida al arbitrio del constituyente, lo que no se consideró favorable ya que el tema de capacidad no es de naturaleza voluntaria⁷¹³. HARRIS no lo entiende conveniente en vista del tratamiento diverso que el DIPr da al tema de la capacidad. Para el caso de asuntos testamentarios sobre bienes muebles o asuntos de acuerdos matrimoniales vinculados al estado de las personas, la *lex domicilii* tiene fuerza para regir los asuntos de capacidad, sin embargo, para los asuntos de *trusts inter vivos*, es más conveniente analizar áreas del Derecho donde consideraciones del comercio son más análogas a las que conciernen el Derecho de los *trusts*, concretamente el Derecho contractual⁷¹⁴.

El Derecho contractual en el ámbito transnacional sirve de guía para determinar el Derecho aplicable al asunto de la capacidad en el Derecho de los *trusts*, puesto que, si no se permite la libertad de las partes para estipular la ley aplicable a la capacidad para contratar, tampoco debe permitirse en el área del Derecho de *trusts* en cuanto a ese aspecto⁷¹⁵. El Reglamento europeo Roma I sobre el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, en su artículo 1 (2) (a) excluye de aplicación los asuntos que envuelven el estado o capacidad jurídica de las personas naturales⁷¹⁶, salvo el artículo 13 que contiene la excepción del interés nacional: [e]n los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país,

⁷¹² HARRIS, *supra.*, p. 10.

⁷¹³ HARRIS, *supra.*, p. 14.

⁷¹⁴ HARRIS, *supra.*, p. 11, citando a SYKES y PRYLES, *Australian Private International Law*, 3ra ed., Thompson Reuters, 1991, p. 711: *The topic of trust partakes of the character of contract...and of assignment.* Cf. LANGBEIN, «The Contractual Basis of Trusts....» *supra.*

⁷¹⁵ HARRIS, *supra.*, p. 11.

⁷¹⁶ Ver Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de la Conferencia de la Haya, aprobados el 19 de marzo de 2015, art. 1 (3) excluye el asunto de capacidad de las personas naturales. El art. 5 del Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías también excluye el asunto de capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes.

las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte⁷¹⁷.

Sin normativa europea que cubra el asunto de la capacidad para contratar, se ha de regir por el derecho local que en Inglaterra lo dicta el *common law*⁷¹⁸. DICEY y MORRIS entienden que la capacidad para contratar se determina por el Derecho del país con el que el contrato esté más estrechamente vinculado o por el Derecho del domicilio o residencia de la persona⁷¹⁹. Éstos ven el asunto de la capacidad como uno que emana del estado (*status*) de la persona, justificando así que aplique el Derecho del domicilio, pero consideran en la alternativa que también puede verse como un factor determinante sobre la validez del contrato, por lo que entonces se justifica aplicar el Derecho que objetivamente aplica al contrato⁷²⁰. No establecen, sin embargo, cuál de las dos calificaciones procede, aunque reconocen que en el mundo comercial moderno no es práctico que asuntos de capacidad se rijan por el Derecho del domicilio de las partes⁷²¹. Si el asunto en controversia fuera la capacidad para contraer matrimonio u otorgar capitulaciones matrimoniales, por ejemplo, apunta HARRIS⁷²² que el tema se aborda diferentemente, pues el

⁷¹⁷ HARRIS, *op. cit.*, p. 12, comenta que el art. 11 del Convenio de Roma, actual artículo 13 del Reglamento Roma I, es una disposición negativa que limita el rol de la *lex loci contractus* para proteger a los que de buena fe contratan con alguien que razonablemente creen capaz pero no dispone que el asunto de capacidad se rige por la *lex loci contractus*, que muy bien puede ser un lugar arbitrariamente escogido. El artículo 13 no puede utilizarse para invocar la incapacidad de la otra parte contratante, solamente de la propia.

⁷¹⁸ HARRIS, *op. cit.*, p. 12, citando SMITH, J., «Capacity in the Conflict of Laws—a Comparative Study», 1 *ICLQ* 446, 1952.

⁷¹⁹ HARRIS, *op. cit.*, p. 12 citando a DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, 13th ed, (Londres, Sweet & Maxwell 2000), pp. 1271-2, que también entienden que la capacidad del individuo para contratar emana de su *status*, con lo cual debería determinarse por el Derecho de su domicilio, o en la alternativa, que se considere un asunto de la validez del contrato a regirse por el Derecho aplicable o regente del contrato.

⁷²⁰ Debido a que el Convenio de Roma no aplica al tema de la capacidad de las personas físicas, salvo lo dispuesto en el artículo 13, este asunto en Inglaterra lo determina el *common law*. *Id.*, HARRIS, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁷²¹ HARRIS, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁷²² *Id.*, citando a *Viditz v. O'Hagan*, 2 Ch 87 (1900), donde una irlandesa de 18 años suscribió con un austriaco un acuerdo prenupcial que bajo el Derecho irlandés podía ratificarse cuando cumpliera

domicilio tiene mayor interés en controlar esos asuntos. Postula que en el ámbito comercial moderno en los asuntos contractuales el domicilio tiene menos fuerza a la hora de determinar la capacidad de las partes; el mismo razonamiento debe aplicar a la capacidad del constituyente de establecer un *trust inter vivos*⁷²³.

El lugar del otorgamiento del contrato tampoco es convincente por ser una selección muchas veces fortuita, lo que también aplica al caso de los *trusts* en tanto a que se presta a manipulación para evadir las consecuencias de la incapacidad⁷²⁴. No obstante, el lugar del otorgamiento, la selección del tribunal competente, el lugar donde se ejecutará el cumplimiento del contrato y la moneda en que se hará el pago son factores a considerarse a la hora de determinar el Derecho objetivamente aplicable⁷²⁵. Por otra parte, se ha sugerido que por ser análogas las cuestiones de capacidad y validez intrínseca, debe aplicarse la misma ley, aquella que escojan las partes del contrato y cuya ley valide el contrato⁷²⁶. HARRIS refuta esa postura en vista de que muchas reglas aplican solo a transacciones domésticas, entonces aquellas reglas que solo aplican a ciertas personas tendrán por lo general carácter imperativo y no deben estar sujetas a evasión al menos si la transacción no tiene una conexión con el otro Estado⁷²⁷.

Aunque la jurisprudencia no es clara en el asunto, HARRIS entiende que al menos bajo el Derecho inglés, la autonomía ilimitada en cuanto a la selección del Derecho aplicable al asunto de capacidad para contratar, no está admitida⁷²⁸. Tampoco

21 años. Al pasar cierto tiempo después de casados y pasar ese cumpleaños, ambos adquieren su domicilio en Austria, bajo cuyo derecho estaba proscrito el acuerdo. Años después el marido solicitó la revocación del acuerdo. El juez aplicó ambos derechos para concluir que cuando suscribió el acuerdo bajo el Derecho irlandés el acuerdo era anulable en su inicio, pero al cambiar su domicilio, bajo el Derecho austriaco quedó revocado.

⁷²³ HARRIS, *op. cit.*, p. 11.

⁷²⁴ HARRIS, *op. cit.*, p. 13 Critica la decisión de *Male v. Roberts*, 3 Esp. 163 (1800), decidida cuando se entendía que la *proper law* era la *lex loci contractus*.

⁷²⁵ HARRIS, *op. cit.*, p. 15.

⁷²⁶ HARRIS, *op. cit.*, p. 14, citando a SYKES y PRYLES, *Australian Private International Law...*, *supra.*, p. 614.

⁷²⁷ HARRIS, *op. cit.*, p. 14.

⁷²⁸ HARRIS, *op. cit.*, p. 15.

debe admitirse la autonomía de selección de la ley aplicable a la capacidad para disponer de la propiedad, dada la importancia y fuerte conexión que tiene para un Estado todo lo que concierne a la transmisibilidad de derechos de la propiedad ubicada en su territorio⁷²⁹. Concorre con CHECHIRE y NORTH que la ley escogida por las partes no es una opción viable. Estos fundamentos también aplican al tema de la capacidad para constituir un *trust*, que conlleva la transmisión de propiedad.

En el caso de un *trust* creado *inter vivos* bajo el Derecho inglés, se plantearía si el constituyente tenía la capacidad para transferir la propiedad en *trust* y si el constituyente ha traspasado válidamente el título (*legal title*) al *trustee* y el título en *equity* (*equitable title*) al beneficiario⁷³⁰. La capacidad para traspasar propiedad inmueble se rige por el Derecho del lugar donde radica la propiedad⁷³¹. En cuanto a bienes muebles tangibles, HARRIS entiende que aunque el *situs* no tiene un interés tan fuerte como en el caso de bienes inmuebles, dado el carácter imperativo de las reglas de capacidad, también debe regir el *lex situs* en estos casos, más aún que en cuanto a regular la validez intrínseca del acto del traspaso⁷³². Sobre los bienes muebles intangibles, entiende HARRIS que también la *lex situs* debe determinar la capacidad para traspasarlos, puesto que los intangibles tienen más visos de permanencia que los tangibles, no hay razón para que no les aplique el *lex situs*⁷³³. En todos estos casos si el constituyente es una corporación, su capacidad para traspasar la propiedad tampoco debe determinarse por la *lex domicilii*—lugar de incorporación--, por las mismas razones esbozadas con relación a las personas naturales, con lo que también debe aplicar la *lex situs*⁷³⁴.

⁷²⁹ *Id.*

⁷³⁰ Esto en el Derecho del *common law* implica que en los casos donde el constituyente se instituye a sí mismo *trustee*, no traspasa la titularidad del dominio, mas sí el de la *equity*. HARRIS, J., *The Hague Trust Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Hart Publishing, 2002, p. 6.

⁷³¹ *Bank of Africa v. Cohen*, 2 Ch. 129 (1909), una mujer domiciliada en Inglaterra otorgó en Inglaterra un documento de garantía hipotecaria sobre una finca en Sudáfrica para garantizar las deudas de su esposo. Bajo el derecho de Sudáfrica ella no tenía capacidad para otorgar esa transacción. Aunque no estaba claro si esa disposición que perseguía proteger a las mujeres casadas aplicaba a personas no domiciliadas, el tribunal aplicó el *lex situs* e invalidó la transacción.

⁷³² HARRIS, *supra.*, p. 16.

⁷³³ *Id.*

⁷³⁴ HARRIS, *supra.*, pp. 19-20.

La otra cuestión sobre la que versa el asunto de capacidad en la creación de un *trust* es la capacidad para crear la estructura del *trust*, una vez determinada la capacidad del constituyente de traspasar la propiedad en sí. En este punto es aceptable permitir la autonomía de la voluntad del constituyente para determinar la ley aplicable puesto que al *lex situs* le concierne el traspaso de la propiedad por alguien capaz, pero una vez resuelto eso no tiene tanto interés en si el traspaso fue definitivo o bajo la estructura de un *trust*⁷³⁵. No sería apropiado que se emplee la *lex domicilii*⁷³⁶ o la ley con la cual el *trust* tenga vínculos más estrechos, por ser inconveniente e incierta⁷³⁷. En ese caso se prefiere respaldar la **autonomía de la voluntad** del constituyente para **crear la estructura del *trust*** y escoger la *proper law* del trust, escogida objetivamente⁷³⁸.

En cuanto a los tipos de *trusts* creados por declaración unilateral del constituyente instituyéndose como *trustee*, entiende HARRIS que el asunto de la capacidad del constituyente de disponer de los beneficios en la *equity* al beneficiario encaja en el asunto de si tiene la capacidad para desprenderse de la propiedad «en cualquier caso» (*at all*), cuyo asunto también debe regirse por la *lex situs*. La cuestión de la capacidad de crear la estructura del *trust* una vez que la *lex situs* permite el traspaso o la creación del interés propietario en el beneficiario, aunque el constituyente retiene el título del dominio según lo entiende el Derecho inglés, el asunto de la creación de la estructura del *trust* debe regirse por la *proper law*⁷³⁹. Lo mismo aplica en cuanto a la capacidad de una corporación para la crear un *trust*. El Derecho del lugar de incorporación está tan relacionado al domicilio, considerando

⁷³⁵ HARRIS, *supra.*, p. 18.

⁷³⁶ *Id.*, citando a SYKES y PRYLES, *op. cit.*, p. 344: «*It would amount to allowing the itinerant domiciliary to carry around the disabling incapacity in his baggage and use it to escape liability for it in other jurisdictions, even those which do not recognize the status at all*».

⁷³⁷ HARRIS, *supra.*, p. 19.

⁷³⁸ HARRIS, *supra.*, p. 18.

⁷³⁹ HARRIS, *supra.*, pp. 19-21...*it is suggested that, in the case of the declaration of trust, one should ask (i) does the settlor have power to alienate any interest in his property by the lex situs; (ii) if so, does he have power to create a trust according to the proper law of the trust?* HARRIS, *supra.*, p. 19.

que estas entidades pueden escoger el Estado dónde incorporarse, cuyo Estado es análogo al del domicilio de los individuos, con lo cual la *lex situs* y no la *lex domicilii*, sigue siendo el Estado con más interés sobre la disposición de la propiedad dentro de su territorio⁷⁴⁰.

La capacidad general del *trustee* de recibir cualquier propiedad *inter vivos* debe regirse también por la *lex situs*, mientras que la capacidad específica de actuar como *trustee* sobre cualquier propiedad recibida conforme a la *lex situs*, se rige por la ley aplicable al *trust*—la *proper law*⁷⁴¹. De igual manera, el beneficiario requiere capacidad general para recibir beneficios «en cualquier caso»⁷⁴² y capacidad específica para recibir cualquier beneficio bajo la estructura del *trust*, o si tiene derecho a recibir en ese momento un beneficio⁷⁴³. Recomienda HARRIS que la primera se rija por la *lex situs*, y la segunda por la ley aplicable al *trust*, la *proper law*⁷⁴⁴.

En el Derecho inglés, HARRIS entiende que el análisis de la capacidad en cuanto a crear un *trust inter vivos* somete el asunto de la capacidad del constituyente de disponer un derecho de propiedad «en cualquier caso» a las reglas ordinarias del Derecho aplicable sobre la capacidad de disponer la propiedad, y que por analogía, en el caso de un traspaso por testamento eso llevaría a aplicar el Derecho del domicilio del testador probablemente al momento del otorgamiento del testamento puesto que favorece la certeza en estos actos en cuanto a bienes muebles, y en cuanto a los inmuebles, la *lex situs* determina si se puede disponer de la

⁷⁴⁰ HARRIS, *supra.*, p. 20.

⁷⁴¹ *Id.*

⁷⁴² Esto incluye el caso en que deba un tutor o curador recibir los beneficios en nombre de un beneficiario incapacitado.

⁷⁴³ Esto va ligado a los llamados *trusts* discrecionales, donde no se haya nombrado un beneficiario específico en el *trust*, sino que se deja a discreción del *trustee* el nombramiento de los beneficiarios o las distribuciones a éstos, tanto de los réditos como del capital.

⁷⁴⁴ HARRIS, *supra.*, p. 23. La naturaleza del interés del beneficiario es más compleja, particularmente en los *trusts* discrecionales y algunos Estados no le ven con un derecho en la propiedad en sí, sino un derecho a asegurarse que el *trust* se administra de acuerdo a sus términos. Indica HARRIS que es más factible ver cuál es el asunto concreto sobre capacidad del beneficiario para determinar cuál debe ser el Derecho aplicable, pues puede ser un asunto relacionado más al *trust*, cuyo asunto estará mejor regulado por el Derecho aplicable al *trust*.

propiedad⁷⁴⁵. Según HARRIS, de determinarse que el constituyente tiene capacidad de disponer la propiedad, por analogía con el traspaso *inter vivos*, la cuestión si el testador tiene la capacidad para crear la estructura del *trust* por la vía testamentaria se debe regir por la ley aplicable (*proper law*) al *trust*⁷⁴⁶.

En el Derecho estadounidense, en el caso de un *trust* testamentario, en primer lugar, debe ser válido el testamento por su Derecho regulador tanto en el aspecto formal como material⁷⁴⁷. Aún si el testamento es válido resta determinar si el *trust* en sí es válido. Causales de invalidez de un *trust* pueden provenir de no cumplirse una disposición de su Derecho regulador como la regla en contra de la perpetuidad o acumulaciones de ingresos, o alguna limitación para los *charitable trusts*. La capacidad de constituir un *trust* testamentario se analiza en torno a la capacidad para otorgar un testamento⁷⁴⁸, a base de lo que disponga la ley que gobierna la sucesión de los activos del testador con la dicotomía del Derecho aplicable a la sucesión escindida de bienes muebles o inmuebles⁷⁴⁹. Tanto la primera como la segunda reformulación del DIPr norteamericano someten todos los asuntos de sucesión testada o intestada de bienes inmuebles al Derecho que aplicaría el tribunal del *situs*, mientras que todos estos asuntos sobre sucesiones con relación a bienes muebles se someten al Derecho que aplicaría el tribunal del último domicilio del causante⁷⁵⁰. Esto es diferente a como lo hacen muchos países continentales donde la capacidad de las personas se rige por el estatuto personal

⁷⁴⁵ HARRIS, *supra.*, p. 52.

⁷⁴⁶ *Id.*

⁷⁴⁷ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-4.

⁷⁴⁸ *Id.*

⁷⁴⁹ SCOLLES, E.F., & RHEINSTEIN, M., *op. cit.*, 1956, pp. 499-532. SYMEONIDES, *Conflict of Laws: American, Comparative...*, *op. cit.*, p. 419, explica el trasfondo histórico de esta dicotomía que data de la época feudal tras la conquista normanda donde la sociedad no reconocía el dominio de propiedad inmueble a los individuos, lo que hacía su ubicación más importante que el domicilio del poseedor, citando a WOLFF: «*the feudal lords could not allow the descent of their land to be affected if one of their vassals should acquire a foreign domicile*». WOLFF, M., *Private International Law*, 2d ed., 1950, p. 567. Señala SYMEONIDES que el sistema europeo de unicidad de la sucesión garantiza que aplica un solo Derecho pero no que aplicará la *proper law*, pero cita el artículo 3 del Convenio de la Haya sobre sucesiones de 1989 y plantea si debe apoyarse la ratificación por EEUU. Las soluciones del convenio sucesorio son similares a las que provee el reglamento sucesorio europeo.

⁷⁵⁰ *Restatement Second, Conflicts* §§ 236, 239-42, 260-265.

(*lex patriae* o *lex domicilii*, o residencia habitual) al amparo del principio de unidad de la sucesión⁷⁵¹.

En el ámbito del Derecho sucesorio norteamericano, un caso importante donde surgió una controversia de en cuanto a la capacidad del testador⁷⁵² fue *Guidry v. Hardy*⁷⁵³. Bajo el Derecho de California, domicilio del testador, los demandantes establecieron que el testador carecía de capacidad por influencia indebida (*undue influence*--figura análoga al dolo) mientras que el Derecho de Luisiana, *situs* del inmueble en cuestión, requería una carga de prueba mayor para establecer *undue influence*, además de que la motivación del testador era irrelevante bajo el Derecho de Luisiana. Este estado obvió la anulación del testamento hecha en el estado de California, al menos en cuanto al inmueble ubicado en Luisiana. Esta decisión ha sido criticada por la doctrina, considerando que el resultado fue derrotar el interés legítimo de California en asegurarse que la voluntad de testar es libre y voluntaria en cuanto a un testador de California con herederos y legatarios californianos. ¿Qué interés podría concebirse que pudiese tener Luisiana en este asunto, aparte de que la propiedad de este testador ubica en su territorio, que justifique echar a un lado el Derecho de California⁷⁵⁴?

⁷⁵¹ SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 419.

⁷⁵² Hay que distinguir entre la capacidad de crear un *trust* sobre unos bienes concretos y la capacidad de obrar en general. La capacidad de crear el *trust* va ligada a la cuestión de la validez de la constitución del *trust* bajo su Derecho regulador y si el constituyente o testador, podía hacer las disposiciones de los bienes que pretendía hacer, partiendo de que tenía capacidad de obrar.

⁷⁵³ 254 So. 2d 675 (La. Ct App.), *writ refused*, 260 La. 454, 256 So. 2d 441 (1972). En *Guidry*, el último domicilio fue California, donde otorgó su testamento en el que dejó a sus hijos propiedades de escaso valor, el resto de sus bienes, independientemente de donde radicaran, los dejó a su viuda. En el procedimiento de *probate* en California, el hijo desheredado planteó la invalidez del testamento por *undue influence* por parte de la esposa. El veredicto del jurado fue la invalidez del testamento. El hijo acude a Luisiana y solicita sentencia declaratoria, entre otros argumentos, con base a que no se cumplieron las formalidades del Estado de Luisiana para el otorgamiento de un testamento; que el testador carecía de capacidad por la influencia indebida de su esposa; y que las disposiciones en vida del testador infringieron su legítima.

En cuanto a las formalidades del testamento el Tribunal de Luisiana, aplicando la ley del foro, dictaminó que se cumplieron porque las disposiciones de la ley del foro establecen que si se cumplen las formalidades del lugar del otorgamiento se cumple con este requisito. En cuanto a la capacidad para testar, cuya capacidad se presume, la carga de prueba al que la impugna es la misma que en casos penales: más allá de duda razonable. Por otra parte, indicó el Tribunal que en Luisiana la influencia indebida no es una razón suficiente para invalidar un testamento como lo es en California.

⁷⁵⁴ En *Guidry*, por razones técnicas, el tribunal de Luisiana no aplicó la cláusula constitucional de *full faith and credit* para reconocer la sentencia de California.

4.2.2. Validez material y formal

En el Derecho anglosajón una vez se determina que el constituyente tiene la capacidad para disponer de la propiedad en la estructura de *trust* hay que determinar si el título de la propiedad ha sido traspasado (*vesting of title*) efectivamente tanto al *trustee* sobre el dominio (*legal title*) como al beneficiario su titularidad en *equity* (*equitable title*). Está establecido que el traspaso del título tanto de bienes muebles como inmuebles al *trustee* se rige por la *lex situs*; sin embargo, el título en *equity*, de acuerdo a HARRIS, debe regirse su traspaso por la ley aplicable al *trust*, debido a que muchos países no reconocen traspasos en *equity*, con lo cual el asunto debe verse más bien como concerniente a la **administración del *trust***, parte de la **relación del *trustee* y el beneficiario**⁷⁵⁵. Es decir, en el ámbito de un *trust* con elementos extranjeros, lo que importa es que el *trustee* reciba la titularidad del dominio conforme al *lex situs*; el aspecto del beneficiario debe regirse por el Derecho aplicable al *trust*, que debe ser un lugar que conozca la figura del *trust*⁷⁵⁶. Aplicar el mismo Derecho del *lex situs* al traspaso de la titularidad del dominio al *trustee* y a la creación del interés del beneficiario llevaría al absurdo de que no pudiese crearse un *trust* en Inglaterra sobre propiedad situada en un Estado que no permite o reconoce el traspaso en *equity*, aun cuando el Derecho inglés rige las operaciones del *trust*⁷⁵⁷. El mismo razonamiento aplica cuando el constituyente se instituye a sí mismo *trustee* para manejar una propiedad para beneficio de otro⁷⁵⁸.

Tanto el Derecho inglés como el estadounidense estipulan que la **validez formal e intrínseca en el traspaso de bienes inmuebles** se rige por la *lex situs*. En el Derecho inglés el asunto de *Nelson v. Bridgeport*⁷⁵⁹ es el clásico sobre esta regla,

⁷⁵⁵ HARRIS, *supra.*, p. 25.

⁷⁵⁶ *Id.*

⁷⁵⁷ HARRIS, *supra.*, p. 24.

⁷⁵⁸ HARRIS, *supra.*, p. 25.

cuando Lord Nelson intentó infructuosamente traspasar una finca ubicada en Sicilia de manera que violaba el Derecho siciliano. En estos asuntos, dada la importancia de los traspasos de bienes inmuebles para el *lex situs*, debe aplicar la doctrina de *renvoi*⁷⁶⁰ donde el foro analiza el Derecho entero de la *lex situs* tal como lo haría un juzgador de ese Estado, tomando en cuenta las disposiciones de DIPr⁷⁶¹. HARRIS expresa que cuando aplica el *renvoi* –simple o doble– el Derecho que en última instancia se aplicará dependerá únicamente de si el DIP del propio Estado identificado aplicaría la doctrina de *renvoi* a los hechos⁷⁶².

Con relación a **bienes muebles tangibles** la problemática de la movilidad del *situs* el Derecho inglés lo resuelve aplicando la norma de que el título de propiedad se rige por el Derecho del **lugar del traspaso más reciente**⁷⁶³. La doctrina de *renvoi*

⁷⁵⁹ [1846] Beav. 547.. El Tribunal expresó: «*At the end of the day, only the law of the situs can control the way in which land, which constitutes part of the situs itself, is transferred*».

⁷⁶⁰ El *renvoi* simple lo ilustra el asunto de *In Re Duque of Wellington*, [1947] Ch. 506, sobre a quién correspondía suceder las fincas del duque ubicadas en España. Las reglas de DIPr de Inglaterra miran la *lex situs*, España; las reglas de DIPr españolas miran la nacionalidad del causante, Inglaterra, y ésta aplica su Derecho interno. Como España no aplica la doctrina de *renvoi* y mira al Derecho interno inglés, el tribunal inglés usa un *renvoi* sencillo al aplicar su Derecho interno. HARRIS, *supra.*, p. 27. Por otro lado, el *renvoi* doble lo ilustra el asunto de *In Re Annesley*, [1926] Ch. 692, donde una ciudadana inglesa fallece domiciliada en Francia, bajo los criterios de domicilio ingleses. Las reglas de DIPr inglesas sobre la sucesión de bienes muebles miran el Derecho del último domicilio, Francia. Bajo el Derecho francés, la causante se considera que falleció domiciliada en Inglaterra, y bajo las reglas de DIPr francesas, aplica el Derecho inglés. Sin embargo, Francia al mirar el Derecho inglés que le remite el asunto aceptaría el reenvío aplicando el Derecho francés, entonces el tribunal inglés hace lo propio y acepta el doble *renvoi* y aplica el Derecho francés.

⁷⁶¹ HARRIS, *supra.*, p. 26.

⁷⁶² HARRIS, *supra.*, p. 28,

⁷⁶³ HARRIS, *supra.*, p. 28. A quiere traspasar a B en el Estado X, donde la transacción sería válida, pero B mueve la propiedad al Estado Y donde no lo es. El traspaso sería válido pues ocurrió en el Estado X, independientemente que se movió posteriormente la propiedad a otro Estado o país. En *Cammell v. Sewell*, [1858] H & N 617, Cammel en Rusia adquirió título sobre madera que se envió a Inglaterra en un barco prusiano que se accidentó en las costas noruegas. El capitán vendió la madera a Sewell en Noruega y otorgó título bajo el Derecho noruego. Este trajo la madera a Inglaterra donde Cammel lo demandó. El tribunal falló a favor de Sewell bajo la *lex situs*. *op. cit.* En *Winkworth v. Christie*, [1980] Ch. 496 unos cuadros fueron robados en Inglaterra y llevados a Italia donde X los compró y los retornó a Inglaterra dándoselos a Y para subastarlos. Como no había ocurrido una transacción, todavía aplicaba el derecho italiano al asunto del título, prevaleció el título de X *erga omnes*. HARRIS, *supra.*, p. 29 El resultado fue necesario para la estabilidad del comercio y proteger a un comprador inocente, sin embargo, no está claro que el resultado sea distinto si el comprador no es de buena fe, con lo cual se recomienda al posible comprador rastrear el título de la propiedad en todos los lugares. *Id.*, p. 29. Excepciones a la regla se expresan en *Winkworth*: a) cuando las mercancías están en tránsito con una presencia casual o desconocida, b) cuando la aplicación de la *lex situs* es contraria al orden público inglés, c) cuando una ley inglesa estipula la

también aplica en el Derecho inglés sobre bienes muebles tangibles⁷⁶⁴.

Los **bienes muebles intangibles** también tienen *situs*. Las acciones tienen su *situs* en el país donde puedan ser manejadas entre el accionista y la corporación, como donde se lleva el registro de acciones, que se consideraría el Estado el *situs*, a menos que haya varios registros donde se permita el registro de traspasos, en cuyo caso será el sitio donde se lleva el registro en el curso ordinario de los negocios⁷⁶⁵. Otro bien mueble intangible es el derecho al cobro de una deuda bajo un contrato, que en general, tiene su *situs* en el Estado de la residencia del deudor, que en general es el lugar donde se ejecutaría la deuda en el curso ordinario del negocio, salvo que haya mediado pacto designando otro lugar de pago⁷⁶⁶. En el supuesto de que un deudor A residente del Estado X le debe €10.000 a B bajo un contrato que se rige por la ley inglesa, y éste bajo un contrato de cesión cuya ley aplicable es el Estado Y, quiera ceder su derecho al cobro a C en calidad de *trustee* para el beneficio de D, plantea si el derecho es o no cedible y si se constituyó un *trust*⁷⁶⁷. La cesión de un crédito está cubierta por el Reglamento Roma I, cuyo artículo 14 apunta a que aplica el Derecho inglés al contrato de cesión⁷⁶⁸. Sin

aplicación imperativa del Derecho inglés, d) cesiones generales en procedimientos de insolvencia o sucesiones que se rigen por el domicilio del insolvente o causante.

Cfr. Restatement First, Conflicts: §258 Moving Chattels into Another State; Effect on Title. An interest in a chattel acquired in accordance with the law of the state in which the chattel is at the time when the interest is acquired will be recognized in a state to which the chattel is subsequently taken.

⁷⁶⁴ HARRIS, *supra.*, p. 29, cita a DICEY & MORRIS a favor de *renvoi* sobre bienes muebles tangibles, y a LEWIN, *Lewin on Trusts*, Sweet & Maxwell Ltd, 17th Ed., London, 2000, p. 284, para la no aplicación de *renvoi* a los *trusts* testamentarios sobre bienes muebles tangibles, pero el argumento no es claro, a menos que sea que como la *lex situs* no aplica a la sucesión de bienes muebles mientras que aplicaría para determinar los efectos de un intento de traspaso *inter vivos*. *Id.*, p. 30.

⁷⁶⁵ HARRIS, *supra.*, p. 30.

⁷⁶⁶ *Id.*

⁷⁶⁷ HARRIS, *supra.*, p. 31, bajo el *common law*, la cuestión de si un derecho es transmisible se rige por el Derecho que regula la relación que dio origen a la deuda: el Derecho que regula el contrato original. Esta solución coincide con la del Reglamento Roma I.

⁷⁶⁸ Art. 14 Cesión de créditos y subrogación convencional.

1. Las relaciones entre el cedente y el cesionario, o entre el subrogante y el subrogado de un derecho contra otra persona («el deudor»), se regirán por la ley que, en virtud del presente Reglamento, se aplique al contrato que les ligue.

2. La ley que rijan el crédito objeto de cesión o subrogación determinará su transmisibilidad, las relaciones entre el cesionario o subrogado y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión o subrogación al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

embargo, como el Reglamento Roma I excluye de su aplicación los asuntos de *trusts*, ese particular se regirá por los principios del *common law*, que al igual que el Reglamento Roma I disponen que la transmisibilidad de un intangible se rige por la ley de donde surge el derecho, que en el caso de una deuda es el Derecho que rige el contrato original⁷⁶⁹. El asunto de si una deuda transmisible bajo su Derecho regulador haya sido cedida efectivamente debe regirse por el Derecho aplicable al contrato de cesión, que en el supuesto anterior será el Derecho del Estado Y.

En cuanto al asunto de si el cesionario advino titular de la deuda (*chose in action*) se plantea si debe aplicar el *lex situs* de la deuda—residencia del deudor—, o el Derecho bajo el cual se creó la deuda. Según HARRIS, una deuda es una forma de propiedad cuya existencia no debe desvincularse del contrato que la crea, con lo cual debe rechazarse la *lex situs* a favor de la ley reguladora del contrato de cesión⁷⁷⁰. Por otro lado, si la cesión se tramita por una donación, el asunto de si la deuda es o no transmisible se rige por el Derecho aplicable donde se haya creado la deuda. El asunto de si en efecto la cesión ha concluido debe regirse por el *lex situs*⁷⁷¹.

Un caso muy citado por la jurisprudencia que envuelve un ***trust inter vivos sobre bienes muebles***, es el caso *Hutchinson v. Ross*⁷⁷² que rechaza la *mobilia sequntum persona*. Un ciudadano canadiense creó un *trust inter vivos* en la Ciudad de Nueva York a favor de sus hijos y mujer canadienses. Traspasó propiedad mueble al *trust* que había creado en Nueva York y sería allí administrado, en consideración a que su mujer revocara los acuerdos habidos antes del matrimonio.

Cfr. *Restatement First, Conflicts: § 294 Validity of a trust of movables created inter vivos.(2) The validity of a trust of choses in action created by a settlement or other transaction inter vivos is determined by the law of the place where the transaction takes place.*

⁷⁶⁹ HARRIS, *supra.*, p. 31, citando a *Trendex v. Credit Swisse*, [1980] QB 629, donde una compañía suiza demandó en Inglaterra a un banco nigeriano y posteriormente cedió su derecho sobre el litigio a un banco suizo en Ginebra, después alegó que la cesión era nula bajo el derecho inglés, lo que el tribunal apelativo avaló por ser el litigio inglés la fuente del derecho cedido.

⁷⁷⁰ HARRIS, *supra.*, p. 32.

⁷⁷¹ HARRIS, *Id.*, citando a HAYTON, D., «Trusts and Forced Heirship Problems», *Journal of International Corporate Practice*, vol. 2, p. 3.

⁷⁷² 262 N.Y. 381, 187 N.E.65 (1953).

Pasados varios años durante los cuales el *trustee* en Nueva York manejaba el *trust*, el constituyente tuvo problemas económicos y al enterarse de que el *trust* no era válido en Quebec, hizo el planteamiento ante los tribunales de Nueva York que el *trust* era inválido bajo el Derecho de su domicilio, la provincia de Quebec, Canadá⁷⁷³. El Tribunal de Nueva York se alejó de la anterior normativa de que el Derecho del domicilio del constituyente controla las transacciones sobre bienes muebles de un *trust inter vivos* y decidió que aplicaba la ley de Nueva York, bajo la cual el *trust* sería válido. Dictaminó que la capacidad del constituyente en crear el *trust* y la validez del acto jurídico del traspaso de la propiedad al *trustee* creado *inter vivos* se rigen por la ley del lugar donde se hallen los bienes muebles al momento del traspaso. Rechazó el argumento de que se aplicara el Derecho del domicilio, cuyo Derecho es el que aplica en cuanto a la capacidad y validez del traspaso de bienes muebles por acto *mortis causa* y a los traspasos en *trust* por medio de acuerdos anteriores y en contemplación del matrimonio. Rechazó el argumento del demandante de que aplicara el Derecho de su domicilio debido a que el *trust* fue creado para proteger a su familia. El Tribunal se basó en que los constituyentes por lo general crean *trusts* de bienes muebles durante su vida y por muchas razones y que la residencia en tiempos modernos es un punto menos importante ya que los *trusts* generalmente se crean en centros de negocio lejos del lugar de la residencia de los constituyentes. Indicó que cuando un dueño de bienes muebles traspasa esos bienes a otro Estado que no es su domicilio o adquiere propiedad en otro Estado, debe entenderse que sabe que su propiedad caerá bajo la protección y reglamentación de las leyes a donde ha sido trasladada. Citó las secciones 275 y 277 del proyecto de la primera reformulación del DIPr estadounidense, que aplican el Derecho del lugar del traspaso *inter vivos* de bienes muebles a los asuntos de la capacidad y validez intrínseca del acto. También fundamentó su decisión en el Derecho mercantil internacional que regula el traspaso de aquellos bienes intangibles donde se evidencia la titularidad en el instrumento negociable, como son las acciones corporativas o bonos que se consideran bienes muebles, cuyo traspaso se regula por el Derecho del lugar donde ocurre y tienen su *situs* en un

⁷⁷³ La pareja residente de Québec otorgó capitulaciones matrimoniales que bajo el Derecho quebequés no podían variarse después del matrimonio. Años después variaron los acuerdos y se sustituyeron los derechos capitulados por los contenidos en el *trust* objeto del litigio, creado con posterioridad al matrimonio.

lugar diferente al domicilio de los dueños. Mencionó también que debe respetarse la intención del constituyente al crear el *trust* cuando elige como Derecho regulador del *trust* uno diferente de su domicilio.

No obstante la decisión en *Hutchison*, el Tribunal Supremo de Nueva York en *Murphy v. Murphy*⁷⁷⁴ aunque termina aplicando el Derecho del *situs* de la administración del *trust*, menciona varios otros factores, incluyendo el lugar de otorgamiento del instrumento del *trust*, la residencia del constituyente, que el *trustee* es una institución de ese otro estado, en fin, todos los contactos pertinentes apuntaban a otro Estado. En vez de ir directamente al *situs* de administración, el tribunal se enfocó en varios contactos que ya están considerados poco relevantes, como el caso del lugar del otorgamiento del *trust*, que en muchos casos es una selección fortuita. En términos generales, la validez de un *trust inter vivos* en cuanto a bienes muebles, los tribunales estadounidenses consideran varios elementos como la intención del constituyente, el lugar de administración del *trust*, el domicilio del constituyente, el *situs* de los bienes que integran el *corpus* y el lugar del otorgamiento del instrumento del *trust*, generalmente brindando mayor peso para el lugar de administración del *trust*⁷⁷⁵.

La validez de un ***trust testamentario sobre bienes muebles*** en EEUU se determina, por lo general, por el Derecho que apliquen los tribunales del Estado del último domicilio del testador⁷⁷⁶. En muchos casos el Derecho aplicable al *trust* es

⁷⁷⁴ 56 Misc. 2d 946, 290 N.Y.S. 2d 816 (Sup. Ct. 1968).

⁷⁷⁵ SCHOENBLUN, *supra.*, p. 17-20. Cfr. *Ford v. Newman*, 77 Ill.2d 335, 396 N. E. 2d 539 (1979), caso que demuestra la dificultad del empleo de la metodología de los contactos más significativos. El constituyente era domiciliado de Nueva York, donde se había otorgado el instrumento del *trust*. Los contactos con el foro era la ubicación de varias fincas del *trust* y el deseo de que todos los *trustees* fueran de Illinois, los *trustees* originales, el constituyente y sus dos hijos, eran residentes de California. Para determinar si los hijos adoptivos se consideraban descendientes, el tribunal determinó que el Derecho de Illinois controlaba por entender que Illinois tenía los contactos más significativos. Hubo una opinión disidente que hubiese escogido el Derecho de Nueva York

⁷⁷⁶ Primera reformulación del DIPr estadounidense: §295 *Validity of Trust Created by Will. The validity of a trust of movables created by a will is determined by the law of the testator's domicile at the time of his death.* §294 *Validity of a Trust of Movables Created Inter Vivos. (1) Except as stated in §263, the validity of a trust of chattels created by a settlement or other transaction inter vivos is determined as to each item by the law of the state in which the particular chattel is at the time of the creation of the trust. (2) The validity of a trust of choses in action created by a settlement or other transaction inter vivos is determined by the law of the place where the transaction takes place.*

distinto al Derecho del lugar de administración del *trust*. Cuando hay un conflicto de leyes donde el *trust* es válido en uno de esos Estados pero inválido en otro, se trata de hacer cumplir la voluntad del testador. Por ejemplo, se ha determinado que un *trust* testamentario de bienes muebles es válido si lo es bajo el Derecho del último domicilio del testador aunque no sea válido bajo el Derecho del lugar de administración del *trust*, particularmente si la invalidez radica sobre la regla en contra de perpetuidad (*rule against perpetuities*), que no se considera como una regla de una fuerte política pública del Estado⁷⁷⁷. También se han validado los *trusts* que fueran válidos bajo la ley del último domicilio del testador aunque inválido bajo el Derecho del lugar de administración del *trust* por violar reglas en contra de la acumulación de ingresos⁷⁷⁸. Por otro lado, se han encontrado *trusts* válidos bajo la ley del lugar de administración del *trust*, aunque fueran inválidos bajo el Derecho del último domicilio tanto por el tema de la regla contra perpetuidad⁷⁷⁹ como la regla de acumulación de ingresos⁷⁸⁰. No obstante, un tribunal puede hallar inválido un

La segunda reformulación del DIPr estadounidense dispone: § 269 *The validity of a trust of interests in movables created by will is determined (a) as to matters that affect the validity of the will as a testamentary disposition, by the law that would be applied by the courts of the state of the testator's domicile at death, and (b) as to matters that affect only the validity of the trust provisions, except when the provision is invalid under the strong public policy of the state of the testator's domicile at death, (i) by the local law of the state designated by the testator to govern the validity of the trust, provided that the state has a substantial relation to the trust, or (ii) if there is no such effective designation, by the local law of the state of the testator's domicile at death, except that the local law of the state where the trust is to be administered will be applied if application of the law is necessary to sustain the validity of the trust.*

⁷⁷⁷ *Whitney v. Dodge*, 105 Cal. 192, 38 P. 636 (1894); *Cross v. United States Trust Co.*, 131 N.Y. 330, 30 N.E. 125 (1892)(la regla contra perpetuidad de Rhode Island era más liberal que la de Nueva York); *Dammert v. Osborn*, 140 N.Y. 30, 35 N.E. 407 (1893), denegado argumento adicional 141 N.Y. 564, 35 N.E. 1088 (1894); *Bishop v. Bishop*, 257 N.Y. 40, 177 N.E. 302, 80 A.L.R. 1198 (1931); *Matter of Sherman*, 71 N.Y.S.2d 492 (1947); *In re Healy's Will*, 125 N.Y.S.2d 486 (1953); *Matter of Grant-Suttie*, 205 Misc. 940, 129 N.Y.S.2d 572 (1954); *Matter of Wernick*, 12 Misc.2d 276, 475, 177 N.Y.S.2d 153 (1958); *Matter of Brambeer*, 19 Misc.2d 922, 187 N.Y.S.2d 800 (1959); *Matter of Gridley*, 37 Misc.2d 355, 234 N.Y.S.2d 764 (1962); *Matter of Rogers*, 37 Misc.2d 366, 234 N.Y.S.2d 851 (1962).

⁷⁷⁸ *Guaranty Trust Co. of New York v. Leach (In re Bates' Will)*, 168 Misc. 526, 5 N.Y.S.2d 628 (1938); *Matter of Wernick*, 12 Misc.2d 276, 177 N.Y.S.2d 153 (1958); *Matter of Brambeer*, 19 Misc.2d 922, 187 N.Y.S.2d 800 (1959); *Rice Estate*, 8 D. & C.2d 379 (Pa.1956). Cf. *Matter of Clarkson*, 201 Misc. 943, 107 N.Y.S.2d 289 (1951).

⁷⁷⁹ *Hussey v. Sargent*, 116 Ky. 53, 75 S.W. 211(1903); *Amerige v. Attorney General*, 324 Mass. 648, 88 N.E.2d 126 (1949); *Hope v. Brewer*, 136 N.Y. 126, 32 N.E. 558(1892) (la regla de la perpetuidad, según el tribunal, sirve para controlar la duración del interés en la propiedad en Nueva York, pero si el *trust* va a tener efectos en otro Estado o país, no se considera tan importante); *In re Chappell's Estate*, 124 Wash. 128, 213 P. 684 (1923). Ver *Fordyce v. Bridges*, 2 Phil.Ch. 497 (1848).

⁷⁸⁰ *Equitable Trust Co. v. Ward*, 29 Del.Ch. 206, 48 A.2d 519 (1946); *Smith v. Mercantile Trust Co.*,

trust bajo el Derecho del último domicilio del testador, aun cuando sería válido bajo el Derecho interno del lugar de administración, si viola una política pública fuerte del Estado del último domicilio del testador⁷⁸¹.

En la **sucesión testada** la validez intrínseca de un *trust* testamentario tanto sobre bienes inmuebles como muebles, dependerá en primera instancia en la validez del testamento donde se establece el *trust*,⁷⁸² que pudiera ser la cuestión previa pertinente. La validez intrínseca se rige por el Derecho del domicilio del testador al momento del fallecimiento en cuanto a la propiedad mueble⁷⁸³, toda vez que no es hasta ese momento que el testamento deja de ser ambulatorio y es allí donde se administrará el caudal⁷⁸⁴. En cuanto a la validez intrínseca del traspaso por testamento de propiedad inmueble, rige la *lex situs* en el Derecho anglosajón. Señala HARRIS la importancia de que el Derecho aplicable al asunto de la validez del testamento y la capacidad de disponer de su propiedad, en cualquier caso, se determine por la *lex successionis*, el lugar del último domicilio del testador o la *lex*

199 Md. 264, 86 A.2d 504 (1952); *Matter of Grant*, 200 Misc. 35, 101 N.Y.S.2d 423 (1950); *Parkhurst v. Roy*, 7 Ont. App. 614 (1882). SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-8.

⁷⁸¹ *Matter of Agnew*, 11 Misc.2d 1006, 174 N.Y.S.2d 1008 (1957) (caso donde la disposición del testamento induce al divorcio, inválido en Nueva York, pero válido en Minnesota, tribunal rechazó dar validez, pues lo estimó contrario a una política pública fuerte del Estado de domicilio del testador); *San Antonio Independent School District v. Division of World Missions*, 161 Tex. 471, 341 S.W.2d 896 (1961) (la disposición testamentaria estaba encaminada a la ayuda de los pobres en China, el Tribunal Supremo de Texas, Estado del último domicilio del testador, decidió que debido al control del Partido Comunista en China no se llevarían a cabo los propósitos del *trust*; en vez de anular el *trust*, aplicó la doctrina de *cy pres* para buscar un propósito similar para ayudar a ciudadanos de Taiwan y Hong Kong); *In re Muckl's Estate*, 174 Misc. 35, 19 N.Y. S. 2d 1009 (Sur. Ct. 1940) (un legado para ayudar a los misioneros en Alemania se transformó para ayudar a los misioneros de la orden en EEUU, debido a los estragos de la Segunda Guerra Mundial); *Wilson v. Smith*, 373 S.W.2d 514 (Tex. Civ. App. 1963) (un tribunal en Texas anuló un *trust* creado por un domiciliado de Texas que sería administrado en Texas pero que aplicaría los fondos en un hospital de California utilizando técnicas de quiropráctica que no estaban permitidas en Texas).

⁷⁸² 5A SCOTT & FRATCHER, *The Law of Trusts* § 649, *supra.*, 1987. En el Derecho inglés la validez sustantiva de un testamento se rige por el Derecho del último domicilio del testador. *Re Annesley*, Ch. 692 (1926) donde un ciudadano británico muere domiciliado en Francia habiendo testado en Inglaterra, omitiendo del testamento unos legitimarios. Bajo el Derecho francés, el Derecho aplicable, el testamento solamente era válido en cuanto a un tercio de la herencia.

⁷⁸³ La primera reformulación del DIP estadounidense dispone:

§ 295. *Validity of a trust created by will. The validity of a trust of movables created by will is determined by the law of the testator's last domicile at the time of his death.*

⁷⁸⁴ HARRIS, *supra.*, p. 48, indica que el legatario debe ser capaz de recibir su disposición testamentaria de acuerdo al derecho de su domicilio al momento en que reclama su legado o por el Derecho del domicilio del testador al momento del fallecimiento, citando *Re Hellman's Will*, LR 2 Eq 363 (1866)

situs, más no el traspaso del derecho de *equity*, una vez traspasado válidamente el título del dominio al *trustee*, la validez del traspaso en *equity* se debe regir por la *proper law*⁷⁸⁵.

En cuanto al asunto de la validéz de la **revocación** de un testamento, dependerá de la manera en que se realiza: si es por acto físico, matrimonio subsiguiente, o testamento posterior. Si un testador destruye un testamento en un Estado diferente al del otorgamiento y posteriormente fallece domiciliado en otro Estado, es preferible que se tome en cuenta el Derecho del lugar del acto de revocación, aunque no está decidido por las autoridades pertinentes⁷⁸⁶. En cuanto a la revocación por acto posterior, el Derecho inglés no tiene autoridades concretas pero el resultado debe ser el mismo que en cuanto a bienes muebles⁷⁸⁷.

El matrimonio posterior como acto de revocación, salvo el testamento hecho en contemplación del matrimonio, bajo el Derecho inglés revoca un testamento anterior. ¿Cuál derecho determinará este particular: el derecho de sucesiones o el del régimen matrimonial? En *In Re Martin*⁷⁸⁸ bajo el Derecho inglés se optó por el Derecho que rige la sucesión: el Derecho del domicilio del testador al momento del matrimonio subsiguiente⁷⁸⁹. Tampoco están claras las autoridades inglesas en cuanto al matrimonio posterior pero debe favorecerse el Derecho del domicilio del testador al momento del matrimonio⁷⁹⁰. En cuanto al otorgamiento de un testamento posterior, en el Derecho inglés dependerá de si se cumplieron cualesquiera de las leyes que aplican a la validez formal o el Derecho aplicable a la validez formal del primer testamento⁷⁹¹.

⁷⁸⁵ HARRIS, *supra.*, p. 53.

⁷⁸⁶ HARRIS, *supra.*, p. 49.

⁷⁸⁷ *Id.*

⁷⁸⁸ P. 211 (1900).

⁷⁸⁹ HARRIS, *supra.*, p. 49.

⁷⁹⁰ *Id.*, p. 50, citando a CHESHIRE & NORTH, *supra.*, 1007-8.

⁷⁹¹ HARRIS, *supra.*, p. 50.

En Derecho inglés, en la **sucesión intestada** el Derecho del domicilio al momento del fallecimiento determina la sucesión de su propiedad mueble⁷⁹²; la sucesión de los bienes inmuebles se rige por el derecho de la *lex situs*⁷⁹³. La doctrina de *renvoi* aplica a la sucesión de bienes muebles e inmuebles, salvo que en el Derecho inglés el reenvío se excluye el tema de la validez formal⁷⁹⁴. La importancia de si el Estado que apuntan las reglas de DIPr acepta o no el reenvío es sobre todo en cuanto a las normas imperativas sobre legítimas⁷⁹⁵.

En términos generales, en cuanto a la **validez formal** de un testamento, en los EEUU, por lo general, se mira el Derecho del lugar del otorgamiento o el Derecho que brinde validez al testamento⁷⁹⁶. En el Derecho inglés la validez formal se rige por el Derecho del domicilio del testador o por la *lex situs*. Por su parte, el Convenio de La Haya en un principio incluía los requisitos formales dentro del artículo 8 que trata de los asuntos a ser cubiertos por el Derecho aplicable al *trust*. Esto fue eliminado en tanto en cuanto las formalidades forman parte de los actos preliminares mediante los cuales se traspasan los bienes al *trust*, cuyos actos han sido expresamente excluidos del Convenio de La Haya⁷⁹⁷. Sin embargo, hay que distinguir entre las formalidades que requiere el traspaso de la propiedad en sí, que naturalmente en un *trust mortis causa* se configuran en el testamento, y las formalidades específicas para crear la estructura de un *trust inter vivos*, que

⁷⁹² HARRIS, *supra.*, p. 51, aclara que si se tratase de *bona vacantia*, el título de la propiedad se rige por la *lex situs*, a menos que la Corona adquiera por sucesión como heredera y no porque la propiedad carece de dueño.

⁷⁹³ *Id.*, p. 52.

⁷⁹⁴ HARRIS, *supra.*, p. 52.

⁷⁹⁵ *Id.*, p. 52, recomienda que al asistir a un cliente sobre su planificación sucesoria, es importante determinar cuál sería la más probable última residencia habitual, domicilio o nacionalidad del testador y determinar que Estados aplican cuál de los tres criterios y cuál es el *situs* de las propiedades, así como determinar cuáles Estados operan con la dicotomía de bienes muebles e inmuebles, o son del tipo unitario que aplican una sola *lex successionis* para muebles e inmuebles.

⁷⁹⁶ *Uniform Probate Code §2-506 (1969) Section 2-506. [Choice of Law as to Execution.]*
A written will is valid if executed in compliance with Section 2-502 or 2-503 or if its execution complies with the law at the time of execution of the place where the will is executed, or of the law of the place where at the time of execution or at the time of death the testator is domiciled, has a place of abode or is a national.

⁷⁹⁷ HARRIS, *supra.*, p.273. Estos son los llamados actos que se comparan con el lanzamiento del cohete (actos preliminares) vs. el cohete en vuelo (*trust* debidamente constituido).

HARRIS entiende caen dentro del Convenio de La Haya y deben regirse por el Derecho aplicable *at trust*⁷⁹⁸. La *lex situs* no debe aplicar pues el Convenio de La Haya no favorece que aplique la *lex situs* a asuntos del *trust* en sí-- los llamados asuntos del «cohete en marcha». La ley personal de las partes es irrelevante pues los asuntos de formalidades no están ligados al estado de las personas. Una metodología que busque la ley de vínculos más estrechos, crea incertidumbre y es poco pragmática; el Derecho del lugar de administración tampoco es pertinente pues las formalidades no tienen relación con la gestión del *trust*; el lugar del otorgamiento superficialmente parecería pertinente, pero resulta arbitraria y con poca conexión con el *trust* en términos temporales y es susceptible de manipulación⁷⁹⁹. HARRIS rechazaría que se emule la solución liberal del Convenio de Roma, actual Reglamento Roma I, en cuanto a formalidades pues el Convenio de La Haya no es tan liberal al respecto. Concluye que el Derecho aplicable al asunto de validez formal (*trust specific formalities*) debe regirse exclusivamente por la *proper law* que regula el *trust*⁸⁰⁰.

4.2.3. Tratamiento de las leyes de carácter imperativo en el Derecho Internacional Privado frente al *trust*.

En materia de derecho mandatorio el asunto de las legítimas predomina en el DIPr. Abordando el tema de las legítimas hay que determinar a la hora de calificar el asunto, si se trata de un asunto de una reclamación que afecte la titularidad dominical del *trustee* o si la reclamación afecta la habilidad de crear la estructura

⁷⁹⁸ *Id.* En el caso de un *trust* testamentario el testamento viene a ser el acto preliminar que da o no validez al *trust*; sin embargo, en el *trust inter vivos*, es ese mismo instrumento el que tiene que tener validez formal para que el *trust* sea válido. HARRIS utiliza el siguiente ejemplo: un constituyente desea transferir una propiedad inmueble localizada en Utopia en *trust* a favor de B y hace una declaración oral transfiriendo dicha propiedad a T para beneficio de B, a regirse por el Derecho inglés. La transferencia en sí es válida si cumple con las formalidades del derecho de Utopía pero también tiene que cumplir con los requisitos formales para la creación de la estructura del *trust*. Si se aplica el Derecho aplicable, el inglés, sería inválido puesto que éste requiere que la declaración de *trust inter vivos* sobre bienes inmuebles sea por escrito, a pesar de que la *lex situs* no requiere esa formalidad para crear la estructura del *trust*. Por el contrario, un *trust* que se declara oralmente sobre un inmueble inglés puede ser válido si su Derecho aplicable es un Estado que no requiere una declaración escrita, y sería válido en Inglaterra pues el asunto pertinente a la *lex situs* es si el constituyente podía transferir la propiedad «en cualquier caso» y no se refiere a si podía crear la estructura de *trust*. *Id.*, p. 274.

⁷⁹⁹ HARRIS, *supra.*, p.274.

⁸⁰⁰ HARRIS, *supra.*, p. 276.

de *trust* en sí. HARRIS opina que si el asunto se califica como uno que afecta la creación de la estructura del *trust* estará cubierto por el Convenio y sujeto a las reglas de las legítimas por la vía del artículo 15 (1)(e) que preserva las normas imperativas del Derecho que regula la sucesión del testador constituyente. Si la calificación se entiende que restringe la capacidad de traspasar la propiedad «en cualquier caso», el asunto se sale del Convenio y se rige por las normas de DIPr que calificarían los asuntos de legítimas dentro del Derecho que rige la sucesión del causante que determina el alcance de las restricciones y si la disposición debe restringirse por estas reglas. Bajo el DIPr inglés las reclamaciones sobre legítimas se rigen en cuanto a bienes muebles por la ley del último domicilio, y por la *lex situs* en cuanto a inmuebles⁸⁰¹.

HARRIS entiende que bajo el Derecho inglés la validez de un *trust inter vivos* se sostendrá, aunque la *lex successionis* disponga que el mismo está sujeto a las disposiciones de la colación⁸⁰², debido a que el Derecho inglés aplica la *lex successionis* solo a la propiedad que forme parte del caudal al momento del fallecimiento, pero advierte, que lo mismo no ocurrirá si el asunto se plantea en un Estado que no conoce el *trust* con requisitos de colación⁸⁰³.

En EEUU es ilustrativo el asunto de *Estate of Renard*⁸⁰⁴, donde se planteó si en un

⁸⁰¹ HARRIS, *supra.*, p.55, citando a DUCKWORTH, A., «Forced Heirship and the Trust», en GLEASON, J., y GERAIN, T., eds., *International Trust Laws*, cap. B1, Bristol, Jordans, 2006 p. 32. Cita a SCOLES, HAY, BORCHERS & SYMEONIDES, *The Conflict of Laws*, 3d ed., West Group, St Paul, 2000, p. 1021: en cuanto a las reglas de las legítimas, «...reflect social policies reflective of, these policies strongly suggest the predominant relationship to, and concern of, the state of the decedent's presumed contribution, probable needs for support, and concepts of family fairness, all policies centering on the family, and its maintenance as a social and economic unit. In the conflict of laws setting domicile, the usual center of family life».

⁸⁰² HARRIS, J., *op. cit.*, p. 55.

⁸⁰³ *Id.*, p. 56, citando a HAYTON, D., «Cross Border Estates: Part 3: the Hague Conventions», *Private Client Businesses* 329, 334 (1994) sugiere que los *trustees* no deben permitir que los activos rastreados al *trust* se encuentren en países que no reconocen la institución ni deben sujetarse a la jurisdicción de estos países si tales jurisdicciones les pueden obligar a traer los activos a su territorio.

⁸⁰⁴ 108 Misc. 2d 31, 437 N.Y.S.2d 860; *affd.*, 85 AD 2d 501, 447 N.Y.S. 2d 573 (1st Dept. 1981). La testadora nació ciudadana francesa y vivió 30 años en Nueva York, donde advino ciudadana norteamericana. Años después, regresó a Francia, y otorgó testamento en las oficinas locales del bufete neoyorquino donde laboró por muchos años. En el testamento designó el derecho de Nueva York como ley aplicable, instruyendo que se presentara su testamento para *probate* en Nueva York. Le dejó un piso de París a su hijo, residente de California con doble nacionalidad estadounidense y

procedimiento de *probate*⁸⁰⁵ en Nueva York se aplicaría la ley francesa (último domicilio de la testadora) en cuanto a los bienes sitos en Nueva York de manera que se aplicasen las disposiciones de la legítima estipulada bajo la ley francesa. Bajo las reglas tradicionales estadounidenses de Derecho Internacional Privado, la sucesión de bienes muebles se rige por el Derecho del último domicilio del causante. Nueva York, sin embargo, añadió una disposición que permite a un testador elegir la ley de Nueva York, aunque no resida o esté domiciliado en ese Estado. El Tribunal aplicó la ley de Nueva York, pero expresó que aún sin esa nueva disposición que permite la elección de la ley local por un no residente, entendía que los contactos de la testadora con Nueva York eran tan abundantes comparados con los que tuvo con Francia, que ameritaba aplicar el Derecho neoyorquino. Enfatizó el Tribunal que ya el Estado en el famoso caso de *Babock v. Jackson*⁸⁰⁶ se había alejado de reglas tradicionales de Derecho Internacional Privado en el ámbito del Derecho de responsabilidad extracontractual, a favor del método del equilibrio de intereses. También comentó en *dictum* que el hijo era residente de California y había recientemente adquirido la nacionalidad francesa, implicando que lo hizo para valerse del Derecho francés y las disposiciones sobre la legítima.

El Tribunal rechazó la conveniencia de uniformidad (*unity of estate*) –utilizado en muchos países continentales--en el Derecho aplicable a la sucesión considerando que aún la teoría tradicional reconoce la necesidad de aplicar el Derecho del *situs* de los inmuebles, lo que hace que la administración múltiple sea inevitable en sucesiones multinacionales⁸⁰⁷. Reconoció que aún en las decisiones que envuelven elementos extranjeros el Derecho del domicilio del testador como regente de disposiciones de los bienes muebles, no se ha seguido en muchos casos particularmente cuando el Derecho que compite con el local es de un Estado civilista foráneo con disposiciones de legítimas. El tribunal señaló que de los 50

francesa, sujeto a un usufructo a favor de una amiga. El balance de su caudal lo dejó a una amiga francesa y a una institución caritativa francesa. El caudal hereditario consistía en cuentas bancarias en Nueva York y el piso en París.

⁸⁰⁵ <http://thelawdictionary.org/probate/>

⁸⁰⁶ Ver *supra.*, nota 696.

⁸⁰⁷ *Id.*

Estados sólo Louisiana⁸⁰⁸ tiene la limitación de las legítimas en el Derecho sucesorio y distinguió los casos donde las leyes encontradas tienen que ver con los Derechos del cónyuge a participar de una porción del patrimonio del otro al disolverse la sociedad de gananciales o el vínculo matrimonial por divorcio o muerte⁸⁰⁹. En esa comparación concluyó que los tribunales están más dispuestos a aceptar una ley foránea que tenga mayor consonancia con la ley local que las leyes sobre las legítimas de los descendientes que van en contra de la regla general de libertad de testar que está vigente en 49 Estados⁸¹⁰.

Hay que señalar que el Tribunal en *Renard* abordó la sección 6, subdivisión 2-- sobre sopesar las necesidades del sistema internacional-- en la segunda reformulación del Derecho Internacional Privado (*Restatement Second, Conflict of Laws*). En este caso el Tribunal miró las políticas detrás de las legítimas— protección de los descendientes del causante que residen en la jurisdicción con las legítimas. Como el hijo no era residente de Francia, no vio el Tribunal ningún interés de Francia en proteger la legítima de una persona que no reside en su territorio. Fue determinante que la testadora, a pesar de que falleció domiciliada en Francia, vivió 30 años en Nueva York y escogió esa ley para regir su testamento.

Otra norma de carácter imperativo en el Derecho anglosajón es la regla contra la perpetuidad (*rule against perpetuities*), que persigue prevenir el control que ejerce el testador sobre la propiedad inmueble por un término improcedente. Tienen igual peso independientemente del domicilio del testador puesto que opera en protección de la propiedad en sí. Cuando se crea un *trust* testamentario sobre propiedad inmueble, aunque la regla de contra la perpetuidad lo permita en el Estado de

⁸⁰⁸ En el año 1989 la legislatura de Luisiana limitó sustancialmente el alcance de las legítimas limitando los herederos forzosos a hijos menores de 23 años a la fecha del deceso del testador, a hijos incapaces o a nietos menores de 23 años hijos de un hijo premuerto. 1989 La. Acts, No. 367, § 2.

⁸⁰⁹ En el caso de los Estados norteamericanos que no existe el régimen matrimonial de la sociedad de gananciales el cónyuge tiene derecho a elegir una porción del caudal, el llamado *elected share*. Ver

⁸¹⁰ Si nos preguntamos por qué Estados Unidos no ha ratificado ninguno de los Convenios de La Haya sobre asuntos sucesorios, incluyendo el de los *trusts*, es posible que entiendan que las normas imperativas de otros países van en contra de las suyas, en este caso la libertad de testar.

administración del *trust* o el domicilio del testador ambos con una legislación de *trust* avanzada, si no lo permite en el Estado del *situs*, la validez del *trust* se va a cuestionar con alta probabilidad de éxito⁸¹¹.

Son imperativas muchas normas que rigen el régimen matrimonial. De no existir un acuerdo prematrimonial, los efectos del matrimonio se rigen en cuanto a los bienes muebles, en el Derecho inglés, por el domicilio matrimonial que los cónyuges hayan escogido implícitamente⁸¹². En cuanto a los bienes muebles aplica la *lex situs*. El régimen matrimonial antes o después del matrimonio puede afectar la propiedad de uno de los cónyuges como beneficiario de un *trust* antes del matrimonio y puede que requiera el consentimiento del otro cónyuge para crear un *trust* sobre la propiedad del matrimonio. El régimen matrimonial también puede influenciar o restringir la necesidad de aplicar las reglas de legítimas en Estados como Inglaterra que tienen disposiciones discrecionales disponibles a la muerte de uno de los cónyuges⁸¹³.

Como el régimen matrimonial se establece a la fecha del matrimonio, o antes si existe un acuerdo prematrimonial, y el Derecho aplicable a la sucesión se determina al momento del fallecimiento, el Derecho aplicable puede ser diferente, lo que puede tener la consecuencia de que el cónyuge supérstite tenga doble compensación si la *lex successionis* no reconoce la comunidad de bienes y emplea el derecho a una participación fija en el caudal⁸¹⁴. Lo contrario puede también ocurrir si la *lex successionis* no provee para el cónyuge supérstite partiendo de que recibirá vía lo que le corresponde por sociedad de gananciales, pero el derecho que rige el régimen matrimonial no dispone lo propio⁸¹⁵.

⁸¹¹ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-5.

⁸¹² Según *In Re Martin*, *supra.*, circa 1900, regía el derecho del domicilio del marido.

⁸¹³ HARRIS, *supra.*, p. 62.

⁸¹⁴ HARRIS, *supra.*, p. 64, citando a HAYTON, «Cross Border Estates...», *supra.*, p. 250.

⁸¹⁵ HARRIS, *supra.*, p. 64. Ver CRUZ TORRES, Z., *op. cit.*, «Reforma del Derecho Internacional Privado puertorriqueño en el matrimonio y su régimen económico», vol. 43, 2008, pp. 165-166, y FRATICELLI TORRES, M. (1995). "Un nuevo acercamiento a los regímenes económicos en el matrimonio: La sociedad legal de gananciales en el Derecho Puertorriqueños" *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 29(2) 2004, p. 113; FIGUEROA TORRES, M.,

Un caso muy citado es el asunto de *Wyatt v. Fulrath*⁸¹⁶. Durante la Guerra Civil española los Duques de Arion habían puesto sustanciosas sumas de dinero en cuentas bancarias en Nueva York, del tipo de cuenta que cuando fallece uno de los codueños pasa la titularidad de la totalidad al superviviente. Los duques habían firmado un formulario preimpreso—uno entre varias cuentas-- que indicaba que aplicaba, a esa cuenta concreta, la ley de Nueva York. Ambos cónyuges eran domiciliados de España y nunca habían estado en Nueva York. Bajo el Derecho español y el régimen de sociedad de gananciales, solamente la mitad de los bienes pasan al cónyuge superviviente y no estaba permitido que los cónyuges pactaran contrario a lo dispuesto por ley. El tribunal citó *Hutchinson v. Ross, supra.*, y aplicó el Derecho de Nueva York al reconocer la «sumisión física y legal de la propiedad a las leyes de Nueva York y el reconocimiento de ellos en cuanto a la estabilidad del gobierno de EEUU». Este tribunal y el de *Hutchinson*, entendieron que no deberían poner al *trustee* o a un banco en la posición de tener que cumplir con el Derecho de Nueva York y el Derecho del domicilio de todas las personas extranjeras o de otros Estados que tengan cuentas o propiedad mueble en el Estado, presumiblemente pensando en los intereses de la industria bancaria de Nueva York.

Wyatt fue criticada por BRILMAYER puesto que los argumentos del tribunal para desplazar la ley extranjera no fueron persuasivos. Una razón que da el tribunal, el sometimiento voluntario a la jurisdicción, no es relevante en cuanto a la decisión de aplicar una u otra ley. BRILMAYER entiende que la sumisión de la propiedad da poder al tribunal para adjudicar y aplicar el Derecho que entienda aplicable, pero no dictamina cuál debe ser ese Derecho. Tampoco la «intención» de los duques al escoger la ley de Nueva York—en un formulario bancario pre-impreso--debió ser la base para aplicar indirectamente un Derecho, de carácter imperativo en el domicilio de los duques, que no podían aplicar directamente⁸¹⁷.

Autonomía de la Voluntad y Pactos en Previsión de Ruptura: En España, Estados Unidos y Puerto Rico, 1ª ed., Dyckinson, S.L., Madrid, 2016.

⁸¹⁶ 38 Misc. 1012, 16 N.Y. 2d 169, 211 N. E. 2d 637 (1963).

⁸¹⁷ BRILMAYER, L., y GOLDSMITH, J., *Conflict of Laws Cases and Materials*, 5th ed., Aspen, New York, 2002, p. 108.

Se ha criticado *Wyatt* también en el aspecto de que Nueva York no debió desplazar el Derecho extranjero por razón del «interés» de Nueva York de atraer fondos de inversores extranjeros al Estado⁸¹⁸. El Derecho que debió aplicarse era el del domicilio de los cónyuges, España, cuya ley establece el Derecho aplicable al régimen matrimonial y los bienes habidos en el matrimonio, así como los derechos de los hijos a su legítima. España también, al ser un Estado que aboga por la unidad de la sucesión, tenía mayor competencia para regular la sucesión de sus nacionales y domiciliados. ¿Qué interés apremiante puede tener Nueva York para regular la sucesión de dos personas que ni siquiera han pisado su territorio⁸¹⁹? Nos preguntamos que hacía Nueva York dos años después de *Babcock* ignorando los mismos principios de Derecho Internacional Privado que tan claramente esbozó en plena «revolución» de Derecho conflictual. Tal vez si hubiese aplicado los principios generales de la § 6 de la segunda reformulación (todavía no estaba lista) otro hubiese sido el resultado.

Otro asunto que envuelve leyes de carácter imperativo es lo relativo a los derechos de los acreedores frente a los bienes del *trust* cuando estas leyes se interpreten con carácter de normas imperativas. Los *trusts* que pueden con más probabilidad tener problemas en esta área son los llamados *protective trusts*. En el Derecho inglés, por ejemplo, cuando el beneficiario de un *spenthrift trust* se encuentra en Estado de insolvencia, su derecho a recibir los ingresos del *trust* cesa y el *trust* se convierte en uno discrecional donde el quebrado no necesariamente va a continuar recibiendo los beneficios del *trust* que puedan estar al alcance de un síndico para embargar. Estos *trusts* se pueden ver afectados por las leyes que protegen los acreedores que los pudieran ver como contrario a al orden público del Derecho aplicable. HARRIS entiende que el artículo 15 (1)(d) del Convenio debe referirse cuando el insolvente es el beneficiario del *trust* y no el *trustee*, pues se vulneraría el principio básico del Derecho de *trust* sobre el patrimonio segregado⁸²⁰.

⁸¹⁸ BRILMAYER, L., y GOLDSMITH, J., *op. cit.*, p. 108.

⁸¹⁹ *Id.*

4.2.4. Interpretación de los términos del *trust*

Los efectos jurídicos (*legal effects*) en el Derecho anglosajón van dirigidos al significado jurídico de ciertas palabras y los efectos que conlleva ese significado. El ejemplo clásico del Derecho inglés es la regla en el asunto *Shelly*, donde se estableció que si un testador deja la propiedad “*to B, remainder to B’s heirs*,” ya jurídicamente se entiende que esa forma de traspaso, equivale a un traspaso en *fee simple absolute* y no un *life estate* con *vested remainder*⁸²¹. Estamos ante el empleo del testador o constituyente de terminología que contiene en el contexto jurídico un significado distinto al usual fuera del campo del Derecho. La interrogante de Derecho Internacional Privado será cuál derecho debe determinar los efectos jurídicos de los términos empleados en un testamento o disposición *inter vivos*. La determinación si el constituyente evidenció suficientemente la intención de crear el *trust* no debe regirse por la ley que determina la validez del traspaso, más bien debe regirse por el Derecho que escoja el constituyente para la interpretación de las palabras usadas al crear el *trust*, como es el caso de la intención de un testador *respecto a* su intención en el testamento⁸²².

La primera reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense establece el Derecho aplicable a la **interpretación** de un *trust*:

§ 296 *Interpretation of the Trust Instrument*

*The **meaning of the words** used in an instrument creating a trust of movables is, in the absence of controlling circumstances to the contrary, determined in accordance with the usage at the **domicil** of the **settlor** of the trust at the **time of the execution** of the instrument which created it.*

⁸²⁰ Ver HARRIS, *supra.*, p. 376, y KÖTZ, H., en HAYTON, D., *Modern International Developments in Trust Laws*, cap. 3, Kluwer Law International, 1999, pp. 44-6. Ver discusión del artículo 15 del Convenio, *infra*.

⁸²¹ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 14-44.

⁸²² HARRIS, *supra.*, p. 25.

En el Derecho inglés el propósito dentro del proceso de determinar el significado y la aplicación al asunto de las disposiciones del instrumento de *trust* (“*construction*”⁸²³) es determinar la intención del testador constituyente. En principio la *lex situs* no debe aplicar, siendo más pertinente el derecho del lugar del domicilio del testador al momento de otorgar el testamento, a menos que la construcción así hecha sea ilegal en la *lex sitae*, que prevalecerá en ese caso⁸²⁴.

En los asuntos de interpretación de un documento traslativo de propiedad, *inter vivos* o *mortis causa*, donde no hay evidencia admisible que arroje luz sobre la intención del constituyente o testador ni su intención surge del instrumento en sí— lo que conlleva al proceso de interpretación— el Derecho la *lex situs* no es apropiada para determinar el significado de las palabras del instrumento. En estos casos, la «construcción» del documento se debe regir por el Derecho seleccionado por el constituyente o testador, y en ausencia de una selección, se debe regir por el Derecho del domicilio al momento de constituir el testamento, esto porque es razonable presumir que el testador constituyente tuviera la intención de que la interpretación de su testamento se hiciera conforme a la ley de su domicilio, a menos que la interpretación sugerida sea ilegal en la *lex situs*⁸²⁵.

En cuanto al *trust* testamentario, un Derecho puede aplicar al testamento donde se declaró el *trust*, y otra ley puede regir putativamente el *trust* en sí. La ley que determina si el constituyente tenía la intención de crear el *trust*, debería ser la que expresara el testador constituyente, si se puede determinar, y si no, se puede presumir que debió querer que la interpretación de su intención en crear el *trust* se rigiese por el Derecho del lugar de su domicilio al momento de otorgar el testamento, que sería el Derecho que utilizaría un tribunal para interpretar el testamento⁸²⁶.

⁸²³ Para la diferencia entre «*interpretation*» y «*construction*» ver SOLUM, L., «The Interpretation-Construction Distinction, Constitutional Commentary», Vol. 27, pp. 95-118, 2010, Georgetown Public Law Research Paper No. 11-95.

⁸²⁴ HARRIS, *supra.*, p. 49.

⁸²⁵ HARRIS, *supra.*, p. 47-49.

⁸²⁶ HARRIS, *supra.*, p. 26.

Si el *trust* es creado *inter vivos* debe interpretarse por la ley que el constituyente escogiera para regular el *trust*. De no poderse determinar, entonces se debe presumir que aplica la *proper law*. La segunda reformulación del DIPr estadounidense provee lo siguiente sobre la interpretación de *trusts* testamentarios:

§ 268 *Construction of Trust Instrument*

- (1) A **will** or other instrument **creating a trust** of interests in **movables** is construed in accordance with the rules of construction of the state **designated for this purpose** in the instrument.
- (2) In the absence of such a designation, the instrument is construed
 - (a) as to **matters pertaining to administration**, in accordance with the rules of construction of the state whose **local law governs the administration of the trust**, and
 - (b) as to **matters not pertaining to administration**, in accordance with the rules of construction of the state which the **testator or settlor would probably have desired to be applicable**.

§ 277 *Construction of Trust Instrument*

- (1) A **will** or other instrument creating a trust of an interest in **land** is construed in accordance with the rules of construction of the state **designated for this purpose** in the instrument.
- (2) In the absence of such a designation, the instrument is construed in accordance with the rules of construction that would be applied by **the courts of the situs**.

4.2.5. Derecho aplicable

En los Estados norteamericanos generalmente se respeta la voluntad del constituyente sobre el Derecho aplicable, a menos que la designación esté reñida con el orden público de la jurisdicción con la relación más significativa con el asunto

o controversia en cuestión⁸²⁷. En ausencia de una designación de la ley aplicable, las leyes sobre *trusts* suelen aplicar el Derecho del Estado con la relación más significativa con el asunto y la controversia⁸²⁸. La política más importante que prevalece en la gran mayoría de los Estados en cuanto a asuntos del *trust* es dar efectos a la intención y propósitos del constituyente en crear el *trust*. Parte de la definición que ofrece el *Restatement Third, Trusts*, incluye una alusión a la manifestación de la intención del constituyente⁸²⁹. Esta política de hacer valer la intención y propósitos del constituyente en establecer el *trust* prevalece tanto en el Derecho de *trusts* como el Derecho Internacional Privado estadounidense aplicable para resolver la mayoría de las controversias interestatales e internacionales relacionadas con los intereses o actos sobre la propiedad de las partes⁸³⁰.

Antes de que se esparciera la doctrina de la relación más significativa, los tribunales estadounidenses pasaron por un proceso difícil en la búsqueda del Derecho aplicable al *trust*. *Wilmington Trust Co. v. Wilmington Trust Co.*⁸³¹, es una decisión judicial que ilustra esta dificultad con el tema de Derecho Internacional Privado aplicable a

⁸²⁷ *Restatement Second, Trusts* § 107.

⁸²⁸ *Restatement Second, Trusts* § 107; *Wyatt, supra.*, 38 Misc. 112, 16 N. Y. 2d 169, 211 N. E. 2d 637 (1963).

⁸²⁹ *Restatement Third, Trusts* §2.

⁸³⁰ SCOLES, E. F., «Choice of Law in Trusts: Uniform Trust Code», §§ 107 and 403», *supra*, pp. 216, citando a SCOTT, A. W. y FRATCHER, W. F., *The Law of Trusts*, § 555, 4ta ed. 1989, pp. 643-45; *Restatement Second-Conflicts* § 269 (1971).

⁸³¹ 26 Del. 397, 24 A. 2d 309 (1942). El Sr. W. Donner, domiciliado en Buffalo, NY, otorgó una escritura de constitución de *trust* entregando a su esposa como *trustee* unas acciones corporativas para beneficio de su esposa e hijos durante sus vidas. Disponía el *trust* que los ingresos del *trust* después de fallecer los hijos pasarían a quienes éstos designaran en vida mediante la figura del *power of appointment*. Los hijos beneficiarios estaban autorizados a cambiar el *trustee*, sujeto a su aprobación si estuviese vivo, a cualquier *trust* corporativo de cualquier Estado. La *trustee* y los beneficiarios, cuatro años después de acumularse en el *trust* una suma sustancial, nombraron como *trustee* al Wilmington Trust Company y le distribuyeron el principal del *trust* a las oficinas en Delaware y allí se estuvo administrando el *trust*. Al morir uno de los hijos beneficiarios, que ya había nombrado a sus dos hijos beneficiarios sucesores del ingreso del *trust*, se presenta su testamento a *probate* en Nueva York. Curiosamente, Wilmington, en su carácter de tutor de los niños menores se demanda a sí mismo en su carácter de *trustee* sucesor, para que rinda cuentas y pague las sumas que tiene en *trust* para beneficio del causante. El tribunal del *probate* aplicó el Derecho de Nueva York y dictaminó que el nombramiento que hizo el causante (hijo del constituyente original) en beneficio de sus hijos y futuros nietos violaba la *rule against perpetuities* del Estado, y por ende, fue un acto nulo. Un juez sustituto reevaluó el asunto y determinó que al momento del nombramiento, el *trust* creado por el padre estaba localizado en Delaware y bajo las leyes de ese Estado el nombramiento era válido. El tribunal apelativo confirmó esa decisión.

un *trust inter vivos* de bienes muebles⁸³². Sostuvo el tribunal que las partes contratantes, dentro de ciertas limitaciones, tienen alguna inherencia en cuanto a la selección del Derecho aplicable que va a regir un contrato. No vio el tribunal problema con que los constituyentes de *trusts* expresen su preferencia de la ley aplicable al *trust*, siempre que la jurisdicción seleccionada tenga una conexión material con la transacción. Aún si el instrumento mediante el cual se crea el *trust* guarda silencio, tampoco debe ignorarse el deseo del constituyente si su intención puede desprenderse de los hechos pertinentes y las circunstancias, siempre y cuando exista una conexión sustancial entre la transacción y la jurisdicción cuyo Derecho se determine aplicar. El tribunal hizo un ejercicio de interpretación⁸³³ del lenguaje del *trust* y de las circunstancias para concluir que la intención del constituyente fue que el *trustee* sucesor se considerara en todos los aspectos como el *trustee* original, sujeto a sus mismas condiciones y estatus. Razonó el tribunal que si *Willmington Trust* hubiese sido el *trustee* original, se hubiese sometido el *trust* al Derecho del Estado de Delaware.

Ante la disyuntiva de cuál ley aplicar al acto del nombramiento de beneficiarios que estaba autorizado en el *trust*, el tribunal determinó que la validez del nombramiento y los derechos o intereses de los beneficiarios nombrados emanan del instrumento del *trust* original, y, por ende, dependen del Derecho del Estado en que el *trust* tenga su sede al momento en que se ejerce el poder de nombramiento (*power of appointment*). Para determinar cuál era la sede del *trust* el Tribunal encontró que la jurisprudencia apuntaba a varios Estados como: el domicilio del constituyente, el lugar del otorgamiento del instrumento creador del *trust*, el *situs* de la propiedad, el lugar de administración del *trust*, el domicilio del *trustee*, el domicilio de los

⁸³² Expresó el Tribunal: *The diversity of judicial opinion with respect to the discovery of the jurisdiction under whose law the validity of a trust inter vivos of intangible personal property is to be determined is such that no useful purpose will be served by an attempted analysis of the decisions.*

⁸³³ Reglas sobre la interpretación o construcción del instrumento en el que se crea un *trust* fueron más tarde incluidas en la segunda reformulación del Derecho internacional privado estadounidense. Es importante señalar la diferencia de lo que se considera interpretación de lo que se entiende por «construcción» del instrumento. La interpretación va dirigida a discernir la intención de las partes de acuerdo a lo que dispone el documento conjuntamente con las circunstancias que se determinarán con la evidencia admisible en el tribunal. Las reglas de evidencia del foro servirán en el proceso. La «construcción», por su parte, se efectúa cuando no existe indicio de la intención del testador y no hay evidencia admisible pertinente.

beneficiarios, la intención o deseos del constituyente, o una combinación de los anteriores⁸³⁴.

El Tribunal le restó importancia al domicilio como factor importante que prevalecía en el Derecho, considerando los cambios tanto en los medios de transportación como en la economía de negocio, donde las personas ya no hacen negocio solo en el lugar en que residen, ni la tenencia de la propiedad está ligada a la residencia. Sí consideró el domicilio del constituyente un factor a tomarse en cuenta a la hora de determinar cuál es la sede de un *trust*, pero reconoció que los tribunales ya no están inclinados a perseguir una «doctrina abstracta», sino que cuentan con una visión más práctica y realista de del problema, donde el domicilio no es un factor decisivo. El lugar del otorgamiento de la escritura de *trust*, el domicilio del *trustee* y el lugar de administración del *trust*—que probablemente sea el mismo—son factores importantes, sin restar importancia a la intención del constituyente que consideró un factor enfatizado por la jurisprudencia.

En el mundo de tradición jurídica anglosajona, otra jurisdicción plurilegislativa es Australia⁸³⁵, que como lo es EEUU, también cuenta con legislación que indica la ley aplicable a los *trusts* que varía de provincia en provincia⁸³⁶. Por lo general, igual que EEUU e Inglaterra, en el caso de *trusts inter vivos*, el Derecho aplicable va a depender de si la propiedad objeto del *trust* es mueble o inmueble. Un *trust* sobre bienes muebles se registraría por la ley escogida por el constituyente y el *trustee* en el documento de constitución del *trust*, ya surja de los términos del *trust* o de las circunstancias de su creación y objeto⁸³⁷. Si el *trust* recae sobre bienes inmuebles aplica la teoría de la *lex rei sitae*; si la propiedad del *trust* es mixta, aunque no son uniformes las decisiones sobre el particular, generalmente aplica la *lex rei sitae* de

⁸³⁴ Lo que sí estaba claro era la ley aplicable en cuanto a un *trust* creado *mortis causa* sobre bienes inmuebles, que se rige por la ley del domicilio del testador.

⁸³⁵ WALLACE, A., «Choice of Law for Trusts in Australia and the United Kingdom», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol 36, N° 3, 1987, pp. 454-482.

⁸³⁶

http://www.stepjournal.org/jurisdictions/jurisdictional_summaries_2012/australia/3_trusts.aspx?link=tabLeft

⁸³⁷ *Id.*

los inmuebles. La ley aplicable para los *trusts mortis causa* en Australia es presuntamente la *lex domicillii* del testador⁸³⁸. Los tribunales australianos escogen el Derecho que, basado en una valoración objetiva, tenga vínculos más estrechos y verdaderos con el *trust*, considerando factores como el *situs* de la propiedad del *trust* a la fecha de su creación, la residencia del constituyente, la residencia del *trustee*, o la ley que gobierna asuntos relacionados con la administración del *trust*⁸³⁹.

Otro país plurilegislativo de raíz anglosajona es Canadá. Ejemplo de su legislación de Derecho internacional privado en el ámbito de *trusts* es el *Conflict of Laws Rules for Trusts Act* de *British Columbia*⁸⁴⁰. Dicha ley aplica si el Derecho aplicable según sus disposiciones es la de una provincia de Canadá y si el *International Trust Act*⁸⁴¹ no es aplicable al *trust*⁸⁴². Tampoco aplica dicha ley a los asuntos preliminares sobre la validez de los actos mediante los cuales se crease el *trust* en cuestión, ni tampoco aplica si el Derecho aplicable al *trust* conforme a dicha ley desconoce la institución⁸⁴³.

En la provincia canadiense de Columbia Británica, por ejemplo, el *trust* se gobierna por la ley escogida por el constituyente, haya sido la selección hecha expresa o implícitamente⁸⁴⁴. Si el constituyente no hizo una elección, o la ley escogida desconoce la figura del *trust*, no es efectiva su selección y gobernará la ley que tenga los vínculos más estrechos con el *trust*⁸⁴⁵. Dicha determinación se hace tomando en consideración el lugar de administración del *trust* según determinado

⁸³⁸

http://www.stepjournal.org/jurisdictions/jurisdictional_summaries_2012/australia/3_trusts.aspx?link=tabLeft

⁸³⁹ *Id.*

⁸⁴⁰ RSBC 1996, capítulo 65.

⁸⁴¹ RSBC 1996, capítulo 237. Esta ley es la que pone en vigor el Convenio de la Haya sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, *infra.*, en la provincia de *British Columbia*.

⁸⁴² RSBC 1996, capítulo 237, art. 2.

⁸⁴³ *Id.*

⁸⁴⁴ RSBC 1996, capítulo 237, art. 3.

⁸⁴⁵ RSBC 1996, capítulo 237, art. 3 (4).

por el constituyente expresa o implícitamente, el lugar de residencia del *trustee*, o si son varios *trustees*, el lugar en donde la administración se lleva a cabo mayormente⁸⁴⁶. Esta ley de Derecho Internacional Privado canadiense permite que distintos aspectos separables del *trust*, como la validez, interpretación, aspectos de administración de diversos activos se rijan por distintos derechos conforme al criterio de vínculos más estrechos⁸⁴⁷. El Derecho que gobierna la validez del *trust* determina si el asunto a resolver es uno de validez, interpretación o de administración, así como también el Derecho que gobierna la validez determinaría si el Derecho que rige la validez, administración u otro aspecto separable puede reemplazarse por otro Derecho⁸⁴⁸.

4.2.6. Asuntos administrativos del *trust*

La administración del caudal en un país anglosajón, como Inglaterra, se rige por el Derecho del país donde el administrador (*executor*), haya obtenido el auto judicial en el procedimiento de *probate* en la sucesión testada, o las cartas de administración en la sucesión intestada⁸⁴⁹. Una vez satisfechas las deudas del caudal, entonces se comienza con la administración de acuerdo al testamento o a las leyes de sucesión intestada. El comienzo de la administración de un *trust* testamentario, comenta HARRIS, es en muchos casos difícil de determinar, y puede haber conflicto con las disposiciones del Convenio de La Haya sobre *Trusts*, que dispone que el nombramiento del *trustee* y la administración son asuntos que se rigen por el Derecho aplicable al *trust*⁸⁵⁰.

Lo que supone la administración del *trust* por el *trustee* para llevar a cabo los deberes y responsabilidades impuestas en el instrumento constitutivo, incluye el tipo de inversiones que debe realizar, el tipo de interés o rédito esperado, a quién o quiénes debe pagar el ingreso del *trust*, a quién debe rendir cuentas, por ejemplo.

⁸⁴⁶ RSBC 1996, capítulo 237, art 3.

⁸⁴⁷ RSBC 1996, capítulo 237, art. 4.

⁸⁴⁸ RSBC 1996, capítulo 237, arts. 4 y 5.

⁸⁴⁹ HARRIS, *supra.*, p. 45.

⁸⁵⁰ HARRIS, *supra.*, p. 46.

La primera reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense dispone que la administración de un *trust inter vivos* sobre bienes muebles se lleva de acuerdo a las leyes del Estado donde el instrumento que crea el *trust* localiza la administración del *trust*⁸⁵¹. Si el *trust* fue creado en el testamento, la administración se lleva de acuerdo a las leyes del Estado donde el testador estaba domiciliado al momento de su fallecimiento, a menos que del testamento surja la intención que el *trust* se administre en otro Estado⁸⁵².

En cuanto a la administración de un *trust* de bienes inmuebles, en el Derecho inglés la ley del *situs* aplica para determinar si el *trustee* tiene poderes para vender, hipotecar o arrendar la propiedad⁸⁵³. Según la segunda reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense, la administración de un *trust* sobre bienes inmuebles es supervisada por los tribunales del *situs* siempre que la finca continúe sujeta al *trust*⁸⁵⁴.

Un asunto importante en el área de asuntos administrativos del *trust* son los poderes del *trustee*. Cada Estado tiene sus reglas con relación al alcance de la discreción que tiene el *trustee* a la hora de administrar los bienes del *trust*. En el caso de inversiones, en cuanto al tema de la estrategia de inversión y la diversificación, la voluntad del constituyente es determinante, quien debe establecer con precisión el alcance de los poderes del *trustee* sobre las inversiones⁸⁵⁵. El constituyente debe en el instrumento escoger el Derecho aplicable al asunto de las inversiones del *trust*, que puede ser cualquier Estado o país, aunque no tenga ese Estado conexión alguna con el *trust*⁸⁵⁶. En ausencia de una elección sobre ese particular, surgirá la interrogante de cuál debe ser el

⁸⁵¹ *Restatement First, Conflicts* § 297.

⁸⁵² *Restatement First, Conflicts* § 298.

⁸⁵³ *McLoughlin v. Shaw*, 95 Conn. 102, 111 A. 62 (1920).

⁸⁵⁴ *Restatement Second, Conflicts* § 276.

⁸⁵⁵ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-58, citando a SCOTT & FRATCHER, *The Law of Trusts* § 618 4th ed. (1987).

⁸⁵⁶ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-58.

Derecho aplicable, el domicilio del constituyente o el lugar de administración del *trust*. En el caso de un *trust inter vivos* el Derecho del lugar de administración del *trust* tiene preferencia⁸⁵⁷, más no es así en el caso del *trust* testamentario donde el domicilio del testador va a tener peso ya que todos los muebles del caudal se administrarán bajo ese Estado⁸⁵⁸. En algunos casos se ha determinado que el Derecho aplicable a la política de inversión pueda inadvertidamente cambiar, como sucedió en el caso de unos esposos canadienses en *In re Vanneck's Will*⁸⁵⁹.

Los términos del *trust* deben indicar cuáles son los poderes y responsabilidades del *trustee*. De surgir ambigüedades, entonces el asunto será determinar que Derecho rige la interpretación y «construcción» del *trust*, incluyendo el Derecho supletorio sobre relaciones fiduciarias⁸⁶⁰. Aún en el caso de que el *trust* contenga una cláusula que establezca el Derecho aplicable al *trust*, puede surgir duda en cuanto a que asuntos están cubiertos por dicha cláusula, si cubre asuntos del significado de los términos del *trust* o si se trata de un asunto de la administración adecuada⁸⁶¹. Sugiere SCHOENBLUM que se estipulen varias cláusulas de selección de Derecho regulador para cada asunto. Los Estados seleccionados en estas cláusulas sobre Derecho aplicable no tendrían que tener conexión con el *trust*, contrario a una cláusula que determine el Derecho aplicable a la validez del *trust*⁸⁶².

Los asuntos del manejo de las finanzas del *trust* como la facultad de vender activos, comprar, hipotecar, etc., generalmente se rigen por el Derecho que aplica a la administración del *trust*; sin embargo, hay Estados que en cuanto a los *trusts*

⁸⁵⁷ *In re Carter's Trust*, 13 Misc. 2d 1040, 178 N. Y. S. 2d 569 (Sup. Ct. 1958); *In re Lowman's Trust*, 92 N. Y. S. 2d 238 (Sup. Ct. 1949); *Irving Trust v. Natica, Lady Lister-Kaye*, 157 Misc. 32, 284 N. Y. S. 343 (Sup. Ct. 1935); *Stetson v. Morgan Guaranty Trust Co.*, 22 Conn. Supp. 158, 164 A. 2d 239 (1960)

⁸⁵⁸ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-58.

⁸⁵⁹ 158 Misc. 704, 286, N. Y. S. 489 (Sur. Ct. 1936). La esposa del constituyente, primera *trustee* tenía poderes para designar un *trustee* sucesor y nombró un *trustee* de Nueva York, quien solicitó al tribunal directriz en cuanto a las inversiones del *trust*. El tribunal decidió que como el lugar de administración del *trust* se había establecido en Nueva York, ese derecho controlaría el asunto.

⁸⁶⁰ SCHOENBLUM, J., *supra.*, pp. 17-59.

⁸⁶¹ *Id.*

⁸⁶² SCHOENBLUM, J., *supra.*, pp. 17-59.

testamentarios favorecen el último domicilio del testador si no se ha designado otro lugar de administración⁸⁶³. Por otra parte, los asuntos de distribución de los activos del *trust* caen dentro de los poderes del trustee, que de primera instancia parece un asunto de administración, mas, sin embargo, se han calificado como asuntos de «interpretación/construcción» de los términos del *trust*, entendiéndose que la cuestión es determinar la intención del constituyente sobre que recibirán los distintos beneficiarios y cómo distribuir o adjudicar el principal y el ingreso del *trust*⁸⁶⁴.

Otro asunto que puede crear conflictos es cuando el constituyente ha nombrado más de un *trustee* para que ejerzan sus funciones conjuntamente y surge la interrogante de si las decisiones deben ser unánimes o por mayoría. El instrumento constituyente del *trust* debe abordar esos asuntos, sin embargo, en ausencia de lenguaje al respecto o de surgir ambigüedades, habrá que determinar si el asunto es de la gestión de los activos o de su distribución, siendo el primer caso un asunto cercano al Derecho que rige la administración y el segundo uno que compete mas al Derecho que rige la interpretación o «construcción» del instrumento⁸⁶⁵.

El *trustee* puede incurrir en responsabilidad civil por varias razones, tales como autogestión, hacer demasiadas o riesgosas inversiones, desviarse de los poderes que surgen del instrumento de *trust*, o los que le atribuye la ley. En estos supuestos

⁸⁶³ SCHOENBLUM, J., *supra.*, p. 17-60.

⁸⁶⁴ SCHOENBLUM, J., *supra.*, p. 17-60, citando a SCOTT & FRATCHER, *The Law of Trusts* § 618-19 4th ed. (1987), plantea que si no surge dicha intención del instrumento—interpretación--se considera un asunto de «construcción», con su respectivo Derecho regulador, lo que deja manifiesta la importancia de una u otra calificación en resultado final. Apunta igualmente que esta dicotomía sobre la naturaleza de los poderes del trustee surge también en cuanto a si un *trustee* sucesor adviene a los poderes de administración o distribución del predecesor pues en algunos Estados se traspasan y en otros no y si el instrumento creador del *trust* guarda silencio surgirá la cuestión de cuál Derecho aplicar. Sugiere igual solución a determinarse si el asunto estriba sobre la supervivencia de los poderes de administración o los relativos a la distribución.

⁸⁶⁵ SCHOENBLUM., *op. cit.*, citando a SCOTT & FRATCHER, *supra.*, § 619, p. 383 que sugiere analizar el asunto que se encuentra para votación y si se relaciona a la gestión financiera de los bienes del trust gobierne el Derecho del lugar de administración, mientras que si es un asunto de distribución de los bienes, se debería mirar las normas de Derecho conflictual que controlan el tema de interpretación y «construcción».

surge la interrogante de bajo que Derecho se juzgará la conducta del *trustee*, si el lugar de administración u otro Derecho como el del domicilio del constituyente⁸⁶⁶. Puede surgir también una controversia de Derecho Internacional Privado si el Derecho de un Estado provee defensas o dispensas al *trustee* que haya actuado con justa causa, razonable y justamente, mientras que el Derecho del otro Estado con interés en el asunto no dispone lo mismo⁸⁶⁷. SCOTT entiende que el asunto debe regirse por el Derecho que aplica a la administración del *trust*, mas SCHOENBLUM consideraría primero la naturaleza de la actividad en que consistió el quebrantamiento a la fidelidad o deber y aplicar el Derecho que rige la actividad⁸⁶⁸.

Las cláusulas de relevo de responsabilidad por quebrantamiento del deber fiduciario no son favorecidas por ningún Estado, particularmente cuando el *trustee* actúa de mala fe, intencional, temeraria e imprudentemente; sin embargo, las cláusulas que limitan su responsabilidad por quebrantamiento negligente del deber fiduciario sí se han sostenido⁸⁶⁹. Las normas conflictuales que apliquen a la autogestión (*self-dealing*) serán similares y la selección del Derecho aplicable es crucial pues los actos que constituyen autogestión se definen de diversas formas en distintos Estados, que no necesariamente cubrirán cualquier inmunidad que se pretenda ofrecer al *trustee* en el instrumento de *trust*⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-63, sugiere una cláusula de Derecho aplicable que de acuerdo a la preferencia del constituyente, se aplica la ley del Estado que sea más rigurosa con el *trustee*, según la preferencia del constituyente, pero debería escogerse la ley para no caer en buscar cuál de los 50 Estados tiene la ley que mejor cualifique.

⁸⁶⁷ *Id.*, citando la § 19 del *Uniform Trust Act* que autoriza al tribunal competente a excusar a un trustee que ha quebrantado su deber si hubo actuado razonablemente y con honestidad y justificadamente.

⁸⁶⁸ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-63, pone de ejemplo si la controversia va sobre la responsabilidad por exceder sus poderes, el Derecho del domicilio pudiese ser el adecuado si el asunto se califica como uno de «construcción», mas si va sobre inversiones inadecuadas entonces el Derecho del lugar de administración por lo general sería el determinante.

⁸⁶⁹ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-63, p. 17-65, citando a SCOTT & FRATCHER, *supra.*, §622, p. 389, y la ley de Nueva York que prohíbe aún las cláusulas de limite de responsabilidad por negligencia, porque están en contra de la política pública del Estado de Nueva York.

⁸⁷⁰ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-66.

Los bancos que guardan fondos de *trusts*, los agentes que registran valores, los asesores del *trustee* y los corredores de valores del *trust*, también pueden ser responsables por participar en la violación de los deberes fiduciarios del *trustee* y serán directamente responsables frente a los beneficiarios del *trust*⁸⁷¹. Como algunos Estados imponen responsabilidad independientemente del conocimiento de estas partes, el asunto del Derecho aplicable es importante⁸⁷².

El *Uniform Act for Simplification of Fiduciary Security Transfers* de 1958, aprobado en la mitad de los Estados de EEUU limita la responsabilidad de bancos y agentes a lo prescrito por el Estado de su incorporación. Aunque ese Estado tenga una ley favorable, si aplica la doctrina de *renvoi*, se pueden encontrar con que aplica otro Derecho menos favorable al asunto⁸⁷³. Dependiendo de los hechos, los Estados varían en su posición en cuanto al grado de responsabilidad de los consultores del *trust*, que le asesoran en decisiones financieras sofisticadas cuando el portafolio del *trust* es variado y hay que tomar decisiones sobre inversiones⁸⁷⁴.

El deber de los asesores del *trustee* y si se consideran fiduciarios, también varía de Estado a Estado, lo que traerá consigo cuestiones de Derecho Internacional Privado sobre el Derecho aplicable, pues dependiendo de los hechos las normas de conducta varían de Estado a Estado y aún si no se considera un fiduciario pudiese responder por participar en el quebrantamiento, no obstante, si incurre en negligencia las reglas de Derecho Internacional Privado sobre negligencia deben ser aplicables⁸⁷⁵.

Por lo general la norma en cuanto a la compensación del *trustee* es la remuneración razonable, lo cual va a variar de Estado a Estado de acuerdo a lo que disponga el

⁸⁷¹ *Id.*, citando a SCOTT & FRATCHERT, *id.*, § 622, p. 389.

⁸⁷² SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-66.

⁸⁷³ *Id.*

⁸⁷⁴ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-67, citando a SCOTT & FRATCHER, *supra.*, § 623, p. 394.

⁸⁷⁵ *Id.*, citando a *Warner v. First National Bank*, 236 F. 2d 854 (8th Cir. 1956) que trataba de un *executor* de Florida y un consultor de Minnesota; el tribunal aplicó el término prescriptivo de Minnesota en cuanto a la acción de negligencia del consultor.

estatuto que regula el asunto. Otros asuntos que pueden surgir se relacionan a cómo distribuir la compensación entre varios *trustees* y si se basa en un porcentaje del ingreso o si se paga parcialmente del *corpus*⁸⁷⁶. Lo recomendable es que este tema se disponga en el instrumento constitutivo del *trust*, al menos la ley aplicable, o que el constituyente llegue a un acuerdo con los *trustees*. De no haberse hecho esta disposición de antemano, surgirán interrogantes de cuál Derecho aplicar al asunto si hay varios Estados envueltos, o sea, si la administración del *trust* está en un Estado y el *trustee* está en otro. Al ser la compensación un asunto de las finanzas del *trust*, se verá como uno de administración regulado por el Derecho que atiende los asuntos de administración del *trust*⁸⁷⁷. Por otra parte, aunque el asunto de compensación del *trustee* se califica generalmente como uno de administración del *trust*, puede que el testador-constituyente haya dispuesto expresa o implícitamente que el asunto se rija por un Derecho distinto, como el de su domicilio, por ejemplo, entonces la interrogante de si se trata de su domicilio al momento de constituir el *trust* o al momento de su fallecimiento⁸⁷⁸ habrá de contestarse buscando cuál fue su intención, lo que se va a inferir de varias fuentes de evidencia, tal como el domicilio del *trustee*, el lugar del procedimiento de *probate* del testamento, el lugar donde se emitan las cartas al *trustee* sobre su nombramiento⁸⁷⁹. De cambiar el lugar de administración del *trust*, cuyo Derecho originalmente determinaba el asunto de la compensación, la interrogante surgió en *In re Benedito's Estate* de si aplicaba entonces el estatuto que regula ese tema en el nuevo lugar de administración⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ SCOTT & FRATCHER, *supra.*, § 617, pp. 370-371.

⁸⁷⁷ *Id.*, p. 371.

⁸⁷⁸ SCOTT & FRATCHER, *supra.*, p. 371.

⁸⁷⁹ *Id.*, citando *In re Devoe's Estate*, 118 N. Y. S. 2d 432 (Sup. Ct. 1952).

⁸⁸⁰ 83 Misc. 2d 740, 370 N.Y.S. 2d 478 (Sur. Ct. 1975). Una testadora domiciliada en Nueva York creó un *trust* testamentario nombrando un banco de Nueva York como *trustee*. Los beneficiarios, la mayoría domiciliados en Florida, solicitaron mover el *corpus* a un banco en la Florida. Bajo la ley del Estado de Florida la compensación al *trustee* resultaba mayor que bajo la ley de Nueva York, con lo cual los activos del *trust* se verían afectados con el cambio en la compensación, resultado que podía verse como una desviación de lo que dispuso el testador sobre la distribución del *trust*, contrario a su intención sobre el asunto de disposición, además de que el *trust* indicaba que la compensación sería razonable y no excedería lo dispuesto por el estatuto. El tribunal entendió que esta restricción no se limitaba a lo que dispusiese el estatuto de Nueva York, ni tuvo problemas con

La sede de un *trust* puede necesitar cambiarse en algún momento durante la vida del *trust*, lo que va a ser más factible en los *trusts inter vivos* pues cuando el *trust* está bajo la supervisión del tribunal, como es el caso de los *trusts* testamentarios, va a requerir autorización judicial para mover la sede⁸⁸¹. Los *trusts inter vivos*, como generalmente no requieren supervisión judicial, tienen mayor libertad para cambiar de sede, aunque, los *trusts* sobre bienes muebles raras veces van a requerir cambio de sede⁸⁸².

En primer término, si el instrumento de *trust* permite el cambio de sede, la intención del constituyente se hará valer, sin embargo, el instrumento puede tener cláusulas que condicionan el cambio a circunstancias como muerte de algún beneficiario o *trustee*, traslado del beneficiario a otro Estado o país, principalmente por temas de inestabilidad política o económica o controles de divisas⁸⁸³. De no haber una autorización expresa para el cambio, podría inferirse de una cláusula que autoriza al nombramiento de un *trustee* sucesor localizado en otra jurisdicción, a menos que esté limitada al nombramiento de otro *trustee* local⁸⁸⁴.

Un asunto bastante planteado y controversial en el ámbito de *trusts* transnacionales es cuándo puede un beneficiario forzar la terminación del *trust*⁸⁸⁵. Muchos Estados lo permiten cuando, de ser varios beneficiarios adultos competentes, están todos de acuerdo y la terminación no derrotaría un propósito importante del *trust*, aunque algunos Estados de EEUU lo permitirían aún si se derrota el propósito del *trust*⁸⁸⁶.

el aumento en la compensación como resultado del cambio del lugar administración, cuyo cambio fue solicitado por los beneficiarios que no se opusieron al aumento en compensación.

⁸⁸¹ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-45.

⁸⁸² *Id.*

⁸⁸³ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-45.

⁸⁸⁴ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-45, indica que si el nombramiento del sucesor se limita a uno local la inferencia va a ser difícil, no obstante, si se autoriza el nombramiento de un *trustee* corporativo independientemente del lugar de incorporación, eso puede arrojar luz sobre la intención del constituyente de permitir el cambio del lugar de la administración. Ver *Willmington Trust*, *supra.*

⁸⁸⁵ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-45.

⁸⁸⁶ *Id.*

Un constituyente pudiese prohibir la terminación del *trust* en el documento constitutivo, pero en algunos Estados esa cláusula sería inexigible, lo que puede crear conflictos sobre el Derecho aplicable al asunto⁸⁸⁷. En ausencia de alguna objeción de orden público, SCHOENBLUM entiende que debería aplicarse el Derecho del Estado que más abone a lograr la intención del constituyente, ya sea el lugar de administración del *trust* o el Estado de su domicilio⁸⁸⁸. Otro asunto relacionado es si el *trust* ha sido debidamente revocado bajo el procedimiento establecido al respecto en el instrumento, o en ausencia de procedimiento determinar el Derecho aplicable, que generalmente será el del lugar de administración del *trust*⁸⁸⁹.

En el Derecho anglosajón los tribunales desempeñan un rol activo en varios aspectos de la administración de los *trusts* tales como: determinar la validez del *trust*, interpretar disposiciones del *trust*, definir los poderes y responsabilidades del *trustee*, solucionar controversias sobre quebrantamiento del deber fiduciario, reemplazo del *trustee* si no lo dispone el documento, cambio de los propósitos del *trust* si ya no son factibles o realizables, las terminación del *trust* y la distribución del principal con el rendimiento de cuentas correspondiente, y algunos Estados requieren que el *trustee* cualifique ante el tribunal previo al desempeño de sus funciones⁸⁹⁰.

Por lo general no hace falta autorización judicial para actuar como *trustee* en un *trust inter vivos*, ni supervisión directa del tribunal, salvo en casos donde se le requiera que nombre un *trustee*, y algunos Estados proveen mecanismos para sujetar un *trust* a la tutela judicial, como cambio de la sede del *trust* e instruir al *trustee*, beneficiarios y otras partes interesadas en cualquier asunto sobre la

⁸⁸⁷ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-64

⁸⁸⁸ *Id.*

⁸⁸⁹ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-65 cita el asunto de *Haase v. Title Guarantee & Trust Co.*, 269 A. D. 310, 55 N. Y. S. 2d 428 (1945), confirmado en 295 N. Y. 761, 66 N. E. 2d 126 (1946), donde una cláusula que expresaba que el *trust* se ejecutaría en todos los aspectos de acuerdo al Estado concreto con el cual el constituyente tenga alguna conexión, se interpretó como que cubría el aspecto de revocación y terminación del *trust*.

⁸⁹⁰ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-68.

administración del *trust*⁸⁹¹. Por otra parte, los *trusts* testamentarios generalmente no llevan la supervisión que acarrea la administración de un testamento, pero sí mayor que un *trust inter vivos*, tales como cumplir con las cualificaciones para aprobación judicial, nombrar un agente para recibir emplazamientos, prestar fianza salvo eximido por el testamento o someter informes periódicos al tribunal⁸⁹². Algunos Estados han eliminado el requisito de supervisión continua una vez ha terminado la administración del caudal, a menos que el testamento lo requiera⁸⁹³.

Un asunto que puede surgir con cierta frecuencia en el ámbito de los *trusts* testamentarios es si un *trustee* de otro Estado puede administrar un *trust* sin autorización judicial y en que Estado puede recibir la autorización. En *trusts* de bienes inmuebles el *situs* será el lugar donde deberá cualificar el *trustee*, aunque hay jurisprudencia que ha interpretado que también se requiere autorización en el Estado del domicilio del testador⁸⁹⁴. En algunos casos se ha permitido al *trustee* en otro Estado administrar una finca si el Estado de ubicación daría reciprocidad al otro en iguales circunstancias⁸⁹⁵. Con relación a bienes muebles de un *trust* testamentario, el enfoque va a ser el domicilio del testador ya que este es el lugar donde se administrarán los bienes muebles y el caudal. Muchos Estados requieren que el *trustee* cualifique tanto en ese Estado como en el Estado del lugar de administración del *trust*⁸⁹⁶. Para evitar tener que nombrar dos *trustees* bajo diferentes Estados sugiere SCHOENBLUM que el testador debe nombrar un

⁸⁹¹ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-69.

⁸⁹² *Id.*

⁸⁹³ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-69.

⁸⁹⁴ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-69, citando *Rotary Club v. Chaprales*, 160 Ariz. 362, 773 P. 2d 467 (1989).

⁸⁹⁵ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-69, citando a *In re Smith's Estate*, 2 Misc. 2d 755, 153 N. Y. S. 2d110 (Sup. Ct. 1956).

⁸⁹⁶ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 17-70, citando a 5A SCOTT & FRATCHER, *supra.*, § 561 y el Uniform Probate Code § 7-305. Esto trae el problema de si los muebles están en el último domicilio, el *executor* bajo ese derecho puede no estar permitido de transferir la propiedad al *trustee* de otro Estado que no haya cualificado en el otro Estado, citando *Rosenberg v. Bank of America, N.A.*, No. 05-02-01051-CV (Tex. Ct. App. Apr. 8, 2003).

trustee en el Estado de administración del *trust* y otro en el Estado de su domicilio⁸⁹⁷.

⁸⁹⁷ Refiere a la situación de Nueva York, cuya ley dispone que un *trust* de bienes muebles de un constituyente domiciliado en Nueva York se considera que tiene *situs* en Nueva York y le brinda facultad al juez a asumir o denegar jurisdicción sobre los bienes muebles, en cuyo caso el tribunal de Nueva York pudiese ordenar el traslado del *corpus* al *trustee* de Nueva York en vez de remitir la propiedad al *executor* en el domicilio del testador. Si hay bienes muebles en el domicilio un tribunal en ese Estado nombraría otro *trustee*.

Capítulo 5. El trust en la normativa internacional privatista en la Unión Europea y los problemas que genera su desconocimiento

I. Normativa sobre competencia judicial internacional y los trusts

5.1.0. Competencia judicial en la Unión Europea y el Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), y el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 21 de diciembre de 2007 (Lugano II)

El Convenio de Bruselas de 1968 estableció un régimen común para todos los Estados miembros de la Unión Europea sobre competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Sufrió varias versiones y en el año 2000 se incluyen sus disposiciones en el Reglamento 44/2001⁸⁹⁸, (en lo adelante «Bruselas I»), que sustituye las reglas contenidas en varias versiones del Convenio de Bruselas. Bruselas I fue refundido por el Reglamento 1215/2012 (en adelante «Bruselas I bis»)⁸⁹⁹, que está en vigor en 28 Estados miembros de la Unión Europea⁹⁰⁰. Establece foros de competencia

⁸⁹⁸ Bruselas I, entró en vigor el 1 de marzo de 2002. Fue posible mediante enmienda al Tratado de Ámsterdam entrado en vigor después del Tratado de Lisboa. HAYTON, *The International Trust*, 3d ed., *supra.*, pág. 6. El art. 81 del Tratado dispone en inglés: *The European Parliament and Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market.*

Otro cuerpo de reglas sobre esta materia se encuentra en la revisión del Convenio de Lugano entre Estados Miembros de la UE y los miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC o EFTA, por sus siglas en inglés), cuya última revisión armonizó su texto con Bruselas I. HAYTON, *supra.*, p. 8. Los Estados que se rigen por Lugano son Noruega, Islandia y Suiza.

⁸⁹⁹ La refundición aplica a los procedimientos instados a partir del 10 de enero de 2015; quedando derogado el anterior reglamento salvo para las sentencias emitidas en los procedimientos comenzados antes de esa fecha.

⁹⁰⁰ *Artículo 1.*

1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de la autoridad (*acta iure imperi*).

2. Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el Estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable; b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos; c) la seguridad social; d) el arbitraje; e) las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; f) los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte.

judicial internacional y provee un conjunto de reglas uniformes con el fin de simplificar los trámites para el reconocimiento y la ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales de los Estados miembros obligados por el Reglamento. Bruselas I bis establece un régimen de competencia general a favor el Estado parte donde tenga el domicilio el demandado⁹⁰¹. También se establecen normas de competencia especial y competencia exclusiva donde un demandado domiciliado en un Estado parte puede ser demandado en otro Estado parte distinto del de su domicilio.

5.1.1. Alcance del Reglamento

El ámbito de aplicación de estas normas, en lo que concierne a materias relevantes a los *trusts*, no alcanza los asuntos relacionados con reclamaciones sobre testamentos y sucesorios, por lo que no incluye las disputas sobre la validez o interpretación de los términos de un testamento donde se establece un *trust*, aunque el *trust* surta efecto con posterioridad al fallecimiento del constituyente testador⁹⁰². Lo mismo ocurre en cuanto a procedimientos sobre la aplicación o interpretación de disposiciones estatutarias que establecen *trusts* a favor de

⁹⁰¹ La flexibilidad del *trust* y su diversidad de funciones traen consigo el potencial de varias alternativas de domicilio del *trust* dependiendo del foro y el tema objeto de la controversia. Esto se complica cuando vemos que el domicilio como punto de conexión, al igual que ocurre con casi todos los puntos de conexión en el Derecho conflictual, produce dificultades pues los Estados vinculados con el pleito pueden dar distintos significados al término domicilio, como es el caso de Inglaterra con Estados Unidos y las variaciones en los países de la UE. Ver Informe SCHLOSSER, *supra.*, párrs. 71-75. En el continente europeo varía entre, por ejemplo, una dirección concreta, el pardon, o la conexión de la persona con con la comunidad dentro de determinado Estado. *Id.*, párr. 71. En EEUU, el domicilio no es un lugar concreto sino el Estado a donde la persona tiene la intención de regresar o permanecer. Sólo puede tener un domicilio, aunque tenga varias residencias.

⁹⁰² Ver párrafo 52 (b) del Informe sobre el Convenio para la admisión de Dinamarca, Irlanda, Reino Unido e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas sobre competencia y ejecución de resoluciones en asuntos de material civil y mercantil, del 9 de octubre de 1978, (en lo adelante, el "Informe SCHLOSSER"): *The expression 'wills and succession' covers all claims to testate or intestate succession to an estate. It includes disputes as to the validity or interpretation of the terms of a will setting up a trust, even where the trust takes effect on a date subsequent to the death of the testator. The same applies to proceedings in respect of the application and interpretation of statutory provisions establishing trusts in favor of persons or institutions as a result of a person dying intestate. The 1968 Convention does not, therefore apply to any disputes concerning the creation, interpretation and administration of trusts arising under the law of succession including wills. On the other hand, disputes concerning the relations of the trustee with persons other than beneficiaries, in other words, the 'external relations' of the trust, come within the scope of the Convention.* (énfasis suplido)

personas que fallecen intestadas⁹⁰³. Así pues, el Reglamento Bruselas I bis no se aplica a disputas sobre la creación, interpretación y administración de un *trust*, **que surjan del Derecho sucesorio**, incluyendo los testamentos⁹⁰⁴.

Hemos hallado cierta confusión en la doctrina sobre si Bruselas I bis cubre disputas en la relación interna de un *trust* testamentario o en el alcance de aplicación a la relación externa del *trust*⁹⁰⁵. Ahora bien, aunque la doctrina supone que esto significa que el Reglamento no se aplica a ninguna disputa que implique la **relación interna de un *trust* testamentario**, respetuosamente entendemos que no debe interpretarse la exclusión del Reglamento de esa manera tan amplia, puesto que pueden surgir reclamaciones de un beneficiario en contra del *trustee* que no están en absoluto relacionadas con el derecho sucesorio o la adjudicación de la herencia dejada a través de un *trust*, como los asuntos de administración de la herencia, sino

⁹⁰³ *Id.*

⁹⁰⁴ *Id.*

⁹⁰⁵ LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Cross Border Testamentary Trusts and the Conflict of Laws», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, a la pág.190. dice que “[*Internal relations of a trust—between settlor, trustees and beneficiaries—are not covered by provisions on jurisdiction under the Recast Regulation in the case of testamentary trusts, since they are not of a contractual nature*”. La conclusión de LAFUENTE puede haber surgido porque en el Informe SCHLOSSER en el párrafo segundo del 113 indica que la relación entre varios *trustees inter se*, o entre los *trustees* y el o los beneficiarios no son contractuales o que los *trustees* no se les permite pactar la prórroga de la competencia. Dice que ese problema se resolvería parcialmente aceptando la competencia elegida por el constituyente. Informe SCHLOSSER, *Id.* Acto seguido SCHLOSSER en el párrafo 114 discute la solución que se propone al problema basada en los argumentos de que los *trusts*, aunque no tengan personalidad jurídica, sí tienen un centro geográfico de operaciones. No hay mención de *trusts* testamentarios en el contexto del comentario de SCHLOSSER.

Por su parte, VIRGOS SORIANO, *op. cit.*, párr. 97, p. 88, reconoce que Bruselas I bis abarca las relaciones internas del *trust*, pero no las externas: “El foro [especial del artículo 5.6, nuevo 7(6)] sólo abarca las ‘relaciones internas,’ pero no a las ‘relaciones externas’; éstas, las relaciones del *trustee* con los terceros, siguen el régimen general de foros de competencia...Este foro es alternativo al foro general del domicilio del demandado: la ratio de este foro es poder demandar a las personas designadas (fundador, beneficiario o trustee) en el “foro del *trust*” pese a que el domicilio de aquellas esté en otro Estado. VIRGOS SORIANO, M., *El Trust y el Derecho Español*, Aranzadi, 2006, a la pág. 89. El párrafo 110 del Informe SCHLOSSER, señala: “*In his external relationships, ie. in legal dealings with persons who are not beneficiaries of the trust, the trustee acts like any other owner of property. He can dispose of and acquire rights, enter into commitments binding on the trust and acquire rights for its benefit. As far as these acts are concerned no adjustments to the 1968 Convention are necessary. Its provisions on jurisdiction are applicable, as in legal dealings between persons not acting as trustees. If a Belgian lessee of property situated in Belgium, but belonging to an English trust, sues to be allowed into occupation, Article 16 (1) [homólogo al artículo 24(1) de Bruselas I bis] is applicable, irrespective to the fact that the property belongs to a trust.*” En el Informe der SCHLOSSER no dice que el foro alternativo no esté disponible para una reclamación de un tercero contra de cualquiera de los componentes del *trust*.

relativas al **cumplimiento de obligaciones del trustee cuando se ha terminado el período de la administración sucesoria y el trust ya está operando**, una vez el *trust* tome efecto tras el pago de gastos funerales, deudas, contribuciones, las legítimas, entre otros⁹⁰⁶. Cualquier asunto que se quiera dilucidar relacionado a la sucesión en ese período de tiempo queda excluido de Bruselas I bis. Hay que tener bien presente que en un *trust* se configura una relación que perdura en el tiempo más allá de la administración sucesoria, que puede tener como duración varias décadas. Reclamaciones durante la vida de un *trust* constituido por testamento pueden ser relativas al manejo de las propiedades del *trust*, o reclamaciones sobre actuaciones impropias del *trustee* en quebrantamiento de su deber como *trustee*. La confusión en la doctrina pudo haber surgido del lenguaje «*on the other hand*» del párrafo 52 del Informe SCHLOSSER cuando contrasta la clara aplicación del Convenio a la relación externa comparando con los asuntos sucesorios de la relación interna⁹⁰⁷. No cabría duda de que, por otro lado, si durante la vida del *trust* con posterioridad al período de administración sucesoria surgiera una controversia sobre cualquier asunto sucesorio, también quedaría excluido. Explicación similar sobre la delimitación de la exclusión de asuntos sucesorios expresa HAYTON⁹⁰⁸:

*However, once the law of succession has operated so that ownership of property has duly passed to the person entitled under the law of succession, there is no further scope for the application of such law. Thus, if such person 20 years later is involved in a contractual or a delictual matter in relation to such inherited property or, is sued by a beneficiary for breach of trust, Regulation 44 of 2001⁹⁰⁹ already provides for recognition and enforcement of a judgment given such contractual or delictual or trust matter. Paragraph 3.4 of the Green Paper and its Question 24 **mistakenly assume testamentary trusts, unlike inter vivos trusts, are outside Regulation 44...***

⁹⁰⁶ HAYTON, D., «'Trusts' in Private International Law», *op. cit.*, p. 40. Indica HAYTON que una demanda por quebrantamiento de *trust* creado por testamento hace 10 años está igual de cubierto que una reclamación por daños que resulten del quebrantamiento de un contrato relacionado con una pintura valiosa heredada hace 10 años.

⁹⁰⁷ Ver nota anterior citando el párrafo 52 del Informe SCHLOSSER.

⁹⁰⁸ HAYTON, D., Appendix B, European Commission's Green Paper Consulting on Succession with an International Dimension.

⁹⁰⁹ Actual Reglamento Bruselas I bis.

Es obvio que las relaciones externas del *trust* nada tendrán que ver con asuntos sucesorios, como sería, por ejemplo, el asunto de la demanda de un inquilino de un bien inmueble del *trust* que demande para obtener posesión. Las relaciones internas del *trust*, por otro lado, en el caso de los *trusts* testamentarios en muchas ocasiones serán relativas a asuntos sucesorios que caerían bajo la competencia que brinda el Reglamento sucesorio de la Unión Europea que veremos más adelante, y no bajo Bruselas I bis. Hacer la distinción entre la relación interna *vis a vis* la externa sirve para visualizar que hay que tener cuidado cuando surge un asunto de la relación interna en un *trust* testamentario pues en la gran mayoría de éstos la controversia versará sobre asuntos sucesorios, lo que contrasta con asuntos de la relación externa que no lo tendrían. Determinar la competencia judicial bajo Bruselas I bis asumiendo que no hay competencia cuando la controversia gira en torno a la relación interna de un *trust* testamentario excluiría muchas disputas que no están relacionadas con la sucesión y, por tanto, tampoco caerían bajo el Reglamento sucesorio precisamente porque versan sobre otros asuntos que éste último no abarca. Ello potencialmente ocasionaría un estado de incertidumbre en cuanto al Derecho procesal de la Unión Europea, pues, como veremos más adelante, estaría la opción de otras normas de competencia bajo algún tratado, o en su defecto, las del Derecho interno en el Estado que conozca el asunto.

El Informe SCHLOSSER en la sección donde abunda sobre el *trust* discute el tema de las disputas internas del *trust*⁹¹⁰:

*112. The internal relationships of a trust are not **necessarily** covered by the 1968 Convention. They are excluded from its scope **when the trust deals with one of the matters referred to in the second paragraph of Article 1**⁹¹¹. Thus as a legal institution the trust plays a significant role **in connection with the law of succession**. If a trust has been established by a will, disputes arising from the internal relationships are outside the scope of the 1968 Convention (see*

⁹¹⁰ Informe SCHLOSSER, párrafo 112.

⁹¹¹ Article 1. The Convention shall not apply to: 1. the Status (sic) or legal capacity of natural persons, rights in property arising out of a matrimonial relationship, **wills and succession**; ... (énfasis suplido).

paragraph 52). (énfasis suplido)

Del citado lenguaje del informe, a *sensu contrario*, se debe interpretar que no todos los asuntos que impliquen la relación interna de un *trust* testamentario están *necesariamente* excluidos cuando no versan sobre asuntos del derecho sucesorio. Es por ello que en esta etapa es de suma importancia la calificación del asunto que está en controversia, que debe hacerse enfocando no en si el asunto cae ampliamente bajo una categoría de derecho, sino cuál es la verdadera controversia y las pretensiones de la parte que presenta la reclamación. De calificarse de manera amplia caeremos en el error de excluir de la competencia que provee Bruselas I aquellas controversias que deben estar cubiertas. Como ha señalado el TJUE en la jurisprudencia que veremos a continuación, el foco debe ser el objeto (*subject matter*) de la controversia.

El asunto de *Webb v Webb*⁹¹², resuelto en el TJUE en la sentencia del 17 de mayo de 1994, trataba de la competencia exclusiva que otorga artículo 24 de Bruselas I bis sobre asuntos de bienes inmuebles, ilustra la importancia de calificar correctamente con base en las pretensiones concretas. En *Webb*, el demandante inglés había comprado un piso en Francia a nombre de su hijo pero que era utilizado por toda la familia. Veinte años más tarde surgieron desavenencias entre ellos y el padre demandó al hijo en Inglaterra alegando que éste poseía el piso en calidad de *trustee* por virtud de un *resulting trust* y solicitaba del tribunal que le ordenara otorgar los documentos necesarios para traspasarle el título de propiedad⁹¹³. El

⁹¹² [1994] ERC I-1717 EJC.

⁹¹³ La modalidad relevante de *resulting trust* en este asunto era el que en el Derecho inglés surge por operación de ley para evitar un enriquecimiento injusto cuando el que compró la propiedad en cuestión no tenía la intención clara de hacer una donación, más bien se presume que retuvo el *equitable title*. En ese caso el padre retuvo el beneficio del uso de la propiedad junto al hijo. El que ostenta el *legal title* se considera que lo hace en calidad de *trustee* para beneficio del que compró la propiedad, con la obligación de restituirla. Este tipo de *trust* anglosajón, de tipo implícito (*implied trusts*), es de los que surgen por operación de ley, no por declaración de voluntad o acuerdo entre *settlor* y *trustee*. El otro *trust* de esta clase es el *constructive trust*. BOGERT los define: *A resulting trust exists because of inferred or presumed intent of a property owner, as distinguished from a trust based on intent which is directly and clearly expressed. A constructive trust is a remedial device of the court of equity for taking property from one who has acquired or retains it wrongfully and vesting title in another in order to prevent unjust enrichment. It is not based on intent of the parties, but rather is created by the court in order to achieve an equitable result.* BOGERT, *supra.*, p. 261.

hijo alegó la incompetencia del tribunal inglés debido a que bajo el artículo 16 (1) del Convenio de Bruselas (equivalente entonces al actual 24 (1) de Bruselas I *bis*) los tribunales franceses, el lugar donde ubica el inmueble objeto de la controversia, tienen jurisdicción exclusiva sobre el inmueble. El *High Court* falló a favor del padre. Indicó el Tribunal que bajo el artículo 16 (1) lo importante es cuál es el objeto principal del litigio (obligar personalmente al hijo a otorgar los documentos para traspasar el título) y no el propósito (advenir dueño de la propiedad). El hijo apeló con el mismo planteamiento sobre la incompetencia del tribunal inglés y el tribunal apelativo remite la cuestión al TJUE.

El TJUE determinó que la materia del litigio se refería a derechos de naturaleza personal dado que el padre solicitó una sentencia declaratoria para que se determinase si el hijo poseía la propiedad en calidad de *trustee* y que se le conminara a otorgar los documentos necesarios para que la propiedad material (*legal ownership*) figurara a nombre de su padre. No pretendía a partir de ese momento advenir en titular de prerrogativas directas sobre el inmueble y oponibles frente a todos, sino que únicamente invocaba derechos frente a su hijo, lo que significa, en opinión del Tribunal, que la acción no es real con arreglo al artículo 16 (1) como derechos *in rem*, sino que invocaba derechos personales contra su hijo, una acción *in personam* y por tanto fuera del Reglamento Bruselas I. Indicó el tribunal que la competencia exclusiva del artículo 16(1) en materia de derechos reales inmobiliarios del Estado de ubicación del inmueble se justifica por el hecho de que los litigios relativos a derechos reales inmobiliarios dan lugar a alegaciones y pruebas periciales que deben realizarse *in situ*. Entendió el Tribunal que la naturaleza inmobiliaria y la ubicación del bien que se posee con carácter fiduciario carecen de incidencia en la configuración del litigio principal⁹¹⁴.

El Tribunal calificó la controversia a la luz de la materia y objetivo principal sobre el cual rezaba la reclamación, enfatizando el requisito de interpretación restrictiva del artículo 16 de Bruselas I esbozado en el asunto *Sanders v. Van der Putte*⁹¹⁵. Ilustra

⁹¹⁴ *Webb v. Webb, supra.*, pp. I 1738-1739.

⁹¹⁵ [1977] ECR 2383. Otro caso que demuestra la interpretación restrictiva de Bruselas I *bis* es *Gómez v. Gómez-Monche Vives*, [2008] EWCA Civ. 1065, [2009] ch 245. Allí se interpretó restrictivamente el artículo 5 (6)—actual artículo 7(6) de Bruselas I *bis*-- del Reglamento 44 (Bruselas I) que establece el foro especial para disputas entre los miembros de la relación interna del *trust*: el

claramente *Webb* el problema de las calificaciones en la fase de determinar la competencia del tribunal y la importancia de precisar el alcance justo de la controversia.

Otro hubiese sido el resultado de *Webb*, sin embargo, si la acción se hubiese presentado en Francia donde estaba sito el inmueble y no se conoce la figura del *resulting trust*. El reto entonces hubiese sido cómo un tribunal francés hubiese calificado el asunto. Como en Francia no existe la figura del *resulting trust*, el padre hubiese tenido que alegar un negocio fiduciario o simulado pues el inmueble estaba inscrito a favor del hijo.

Webb también ilustra la importancia de conocer la naturaleza de la figura jurídica objeto del litigio. En este asunto estaba implicado un alegado *resulting trust*, institución con fines de evitar enriquecimiento injusto, que está bien arraigada en la *equity*. El tribunal entendió que la figura relevante en ese instante era una derivada de la relación fiduciaria entre las partes y que el padre no pedía la declaración de ser titular o la posesión, o rectificación de ningún registro. En Francia posiblemente hubiese tenido que solicitar la rectificación del registro.

Cabe resaltar que el Tribunal en *Webb* fue enfático en la doctrina que requiere que el significado de «*proceedings that have as their object rights in rem in immovable property*» tengan una definición europea independiente en el contexto de Derecho europeo para asegurar que los derechos y obligaciones que surjan de un Convenio sean lo más equitativo y uniforme posible para los Estados parte y los individuos implicados⁹¹⁶. Por establecerse a través del artículo 16, un foro diferente al que ordinariamente tendría jurisdicción (el domicillio del demandado), el Tribunal no debe brindar una interpretación más amplia que la necesaria para los objetivos

constituyente, el o los *trustees* y el o los beneficiarios. No quiso el Tribunal extender la cobertura de este foro para disputas en contra de los tenedores de poderes fiduciarios. Comenta HARRIS: «...it is equally clear that, if the intention evinced by SCHLOSSER was to ensure that all internal aspects of a trust can be litigated in the place where the trust is domiciled, then Article 5(6) does not do the job». HARRIS, J., “Jurisdiction in International Trust Litigation—Surveying the Landscape”, *Trusts and Trustees*, vol. 17, N° 4, May 2011, p. 38. En la revisión de Bruselas I se perdió una oportunidad de incluir estas otras partes que definitivamente participan internamente en el funcionamiento del *trust*, como son los protectores o apoderados fiduciarios.

⁹¹⁶ Ver *Reichert v. Dresdner Bank*, [1990] ECR I-27

requeridos, siendo la *ratio legis* el principio de proximidad el que justifica conferir competencia al lugar de ubicación del inmueble⁹¹⁷.

HAYTON ha criticado la decisión en *Webb* porque entiende que estos derechos en *equity* han sido tutelados en Inglaterra contra todo el mundo menos un adquirente de buena fe sin conocimiento y por causa onerosa. Ello significa que este derecho no es de naturaleza puramente personal⁹¹⁸. Por otra parte, según HAYTON, si se crea un *trust* en un Estado que conoce la institución, sobre propiedad inmueble localizada en un Estado miembro que no la conoce, este supuesto puede llevar a que un beneficiario deseando obtener el título de una propiedad inmueble, pueda alegar derechos en *equity* en la legislación del domicilio del *trust* evitando la aplicación del artículo 22 de Bruselas I o el 24 de la refundición, y después solicitar el derecho a terminar el *trust* y recibir todo el patrimonio del *trust* bajo la doctrina de *Saunders v. Vautier*⁹¹⁹. Esta vía no parece afín a la ratio del artículo 24, que los Estados tengan competencia exclusiva de la propiedad inmueble, consistente con la *lex rei sitae*.

Hay jurisprudencia inglesa que demuestra estos matices en la calificación en relación con el CB (actual Reglamento Bruselas I bis). Un caso decidido por el Chancery Division del tribunal inglés, *In re Hayward, (Deceased)*⁹²⁰ dentro de un procedimiento de quiebras, el síndico alegaba que tenía derecho a la mitad de una villa en Menorca y la viuda de uno de los titulares originales alegaba que le tocaba a ella en herencia. El planteamiento de falta de jurisdicción del tribunal inglés prosperó porque el objeto (*subject matter*) en controversia era la titularidad de la propiedad y la rectificación del registro español. Es un caso donde el Tribunal

⁹¹⁷ *Webb, supra.*, p. I-1722.

⁹¹⁸ HAYTON, *supra.*, pp. 14-15. Según HAYTON esta decisión crea problemas ya que se presta para que alguien que desee reclamar el dominio entero pueda alegar derechos en *equity* y después solicitar al *trustee* que le haga entrega del *corpus* bajo los principios de *Saunders v. Vautier* [1841] 4 Beav. 115, en los Estados que impera ese principio del Derecho común anglosajón, que permite a un único beneficiario mayor de edad y capacitado que tiene un interés en un *trust* solicitar del *trustee* la entrega del *corpus*.

⁹¹⁹ *supra.*

⁹²⁰ [1997] 1 Ch. 45.

entendió que el objeto de la controversia no iba ni sobre el procedimiento de quiebras ni sobre el derecho de sucesiones. Por lo tanto, no estaba excluido bajo el CB, y, por el contrario, sí le aplicaba el artículo 16 del CB.

El Tribunal de Apelaciones inglés en *Ashurst v. Pollard*⁹²¹ tuvo que distinguir a *Hayward*, y decidió siguiendo la línea de razonamiento de *Webb*. En *Ashurst* un matrimonio inglés era dueño de una villa en Portugal. Se acogieron a un procedimiento de quiebras en Inglaterra donde el síndico consiguió una orden del Tribunal para la venta de la propiedad portuguesa toda vez que la titularidad por virtud de la legislación inglesa de concurso de acreedores pasa automáticamente al síndico sin necesidad de ulteriores diligencias. Los esposos ingleses alegaron que el Tribunal carecía de jurisdicción porque a tenor con el artículo 16 (1) del CB los tribunales portugueses tenían jurisdicción exclusiva para atender la reclamación del síndico. El síndico alegaba que el CB no aplicaba porque se trataba de un proceso concursal excluido bajo el artículo 1 del CB. El tribunal estuvo de acuerdo con los esposos en cuanto al argumento de que el caso no caía bajo la exclusión de los casos concursales porque no se trataba de si el deudor estaba o no en quiebra, asunto que ya se había determinado, ni se pedía una tutela especial del derecho concursal, sino que era un asunto de derecho de propiedad. En el segundo planteamiento falló a favor del síndico basándose en el precedente *Webb v Webb*, reconociendo que la orden de venta perseguía tener efectos *erga omnes*, y en principio estaría desplazada por el artículo 16 (1). Razonó, sin embargo, que como el síndico no había perfeccionado su título, el deudor lo ostentaba para beneficio del síndico, por lo que la pretensión del síndico era llevar a cabo los actos necesarios para perfeccionar su título. Es decir, solicitaba una orden *in personam* contra los esposos sobre los cuales el Tribunal tenía jurisdicción por virtud de ser domiciliados ingleses.

⁹²¹ [2001] 2 WLR 722.

5.1.2. Domicilio en materia de *trusts*

Una vez establecido que aplica el Reglamento Bruselas I bis, el enfoque será buscar la norma de atribución de competencia aplicable al litigio. El régimen general viene a ser el domicilio del demandado. En el párrafo 113 del Informe SCHLOSSER precisamente se discute si es apropiado utilizar el domicilio del demandado en reclamaciones sobre la relación interna del *trust*:

113. *Where the 1968 Convention is applicable to the internal relationships of a trust, its provisions on jurisdiction in their original form are not always well adapted to this legal institution. To base jurisdiction on the domicile of the defendant trustee would not be appropriate in trust matters. A trust has no legal personality as such. If however, an action is brought against a defendant in his capacity as trustee, his domicile would not necessarily be a suitable basis for determining jurisdiction.* (énfasis suplido)

SCHLOSSER señala que los términos *trust*, *trustee* o domicilio no fueron traducidos en los Estados miembros originales de la UE, pues son relativos a una institución propia del Derecho anglosajón⁹²², que estos países pudieron haber incluido estas definiciones en la legislación interna para implantar la Convención⁹²³.

SCHLOSSER explica que, en el caso del *trust*, y particularmente en la relación interna cuando el asunto entra en el ámbito cubierto (asunto no sucesorio), la norma general de competencia atribuida al Estado del domicilio del demandado no funciona pues el *trust* no tiene personalidad jurídica como tal⁹²⁴. Para solucionar

⁹²² Es importante señalar que, en el Derecho de los *trusts*, como los *trusts* anglosajones no tienen personalidad jurídica, al referirse al *trust* como tal, en vez del término domicilio se debía emplear el término *situs* o sede, lo que contrasta con el empleo del término domicilio al referirse al que corresponde al *trustee*, al constituyente o a los beneficiarios, serán o personas físicas o jurídicas, lo que no tiene un *trust*. La normativa de competencia de la Unión Europea, sin embargo, emplea el término domicilio. Ver DANCY, K., «The State of a Trust's Situs», *Journal of Financial Service Professionals*, Nov. 2016. Un *trust* estadounidense puede tener varios *situs*: el administrativo, el de la competencia judicial, el fiscal y el de ubicación de los activos. Será relevante para la determinación del *situs* el asunto concreto que aborda la controversia.

⁹²³ Ver Informe SCHLOSSER, *supra.*, párr.116.

⁹²⁴ Informe sobre el Convenio para la admisión de Dinamarca, Irlanda, Reino Unido e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas, párr. 113. Si se demanda al *trustee* en esa capacidad, el domicilio de éste tampoco necesariamente va a ser el foro más apropiado SCHLOSSER presenta como ejemplo el de una persona natural que muda su domicilio del Reino Unido a Córcega. Si la acción

este asunto el artículo 5 (6) del Convenio de Bruselas, homólogo del artículo 7(6) de Bruselas I *bis*⁹²⁵, establece un foro especial, aunque no exclusivo, para pleitos de asuntos sobre *trusts* ante los tribunales del Estado en cuyo territorio estuviese domiciliado el *trust* para litigios entablados en contra el fundador, el *trustee* o beneficiario del *trust*. Este foro especial pretende solucionar la problemática de que el domicilio de cualquiera de estos componentes no se considera el más adecuado para incoar litigios sobre asuntos de *trusts*. Según SCHLOSSER, la solución del inciso 6 se basa en que, aunque los *trusts* no tienen personalidad jurídica, se entiende que tienen un centro geográfico donde se llevan a cabo las operaciones⁹²⁶ con relación a sus activos. Este concepto llena funciones similares a las de la sede de las sociedades de negocio que tampoco tienen personalidad jurídica⁹²⁷. Además, SCHLOSSER reconoce que el concepto de domicilio del *trust* no es totalmente desconocido en la práctica y teoría jurídica haciendo referencia a la definición del domicilio del *trust* esbozada por ANTON:

*The domicile of a trust is thought to be basically a matter depending upon the wishes of a trustor and his expressed intentions will usually be conclusive. In their absence the trustor's intentions will be inferred from such circumstances as the administrative centre of the trust, the place of residence of the trustees, the situs of the assets of the trust, the nature of the trust purposes and the place where these are to be fulfilled*⁹²⁸.

va contra él personalmente, en ausencia de otras disposiciones concretas de competencia, es razonable que las reclamaciones en su contra deben incoarse únicamente en Córcega. Por otra parte, si el demandado que se muda a Córcega y resulta ser un *trustee* o *cotrustee* de un *trust* cuya propiedad está ubicada en el Reino Unido, es administrada allí y los beneficiarios allí se encuentran, este demandado no debe tener expectativas de que algún otro *trustee* o los beneficiarios demandantes vayan a solicitar la tutela judicial en Córcega. Informe SCHLOSSER, *supra.*, pp. 111-113.

⁹²⁵ Artículo 7 sobre competencias especiales dispone: Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

...6) si se trata de litigios entablados contra el fundador, *trustee* o beneficiario de un *trust* constituido y en aplicación de la ley y por escrito o por un acuerdo verbal confirmado por escrito, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el *trust*.

⁹²⁶ Informe SCHLOSSER, párr. 114.

⁹²⁷ *Id.*

⁹²⁸ Informe SCHLOSSER, *supra.*, párr. 114, citando ANTON, A.E., *Private International Law*, 1967, p. 470. Recalca SCHLOSSER que esta disposición nueva no es exclusiva, además de que el constituyente puede determinar cuál sería la jurisdicción exclusiva. *Id.*, párr. 118.

Sobre la cuestión a determinar si una parte está domiciliada en el foro, el artículo 62 (1) de Bruselas I *bis* remite al Derecho interno del foro, para determinar si la parte tiene su domicilio en el Estado donde radica el tribunal que conoce del asunto⁹²⁹. En el artículo 62 del Reglamento Bruselas I *bis*, se adoptó el mismo criterio del artículo 60 del Reglamento Bruselas I, donde se entiende que el domicilio de una compañía debe ser la sede estatutaria, administración central o centro de actividad principal⁹³⁰. SCHLOSSER compara el *trust* con una compañía sin personalidad jurídica con un centro geográfico de sus operaciones, que llena funciones similares a la sede de las asociaciones de negocio sin personalidad jurídica. Viendo el *trust* análogo a una compañía sin personalidad jurídica, para determinar el domicilio del *trust*, el artículo 63 (1) de Bruselas I *bis* indica en la versión en la lengua inglesa, que para propósitos del Reglamento el domicilio de una asociación de personas naturales o jurídicas debe ser la sede estatutaria, el lugar de su administración central o el lugar en donde se llevan a cabo principalmente sus operaciones⁹³¹.

No obstante lo anterior, el artículo 63(3) de Bruselas I *bis*, dispone que para determinar cuál es el domicilio del *trust* hay que remitirse a las reglas conflictuales del foro que conoce del asunto⁹³², que no existirán en los Estados que desconocen

⁹²⁹ Art. 62.2 de Bruselas I *bis*: Cuando una parte no esté domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro.

⁹³⁰ Bruselas I *bis*: *Article 63 1. For the purposes of this Regulation, a company or other legal person or association of natural or legal persons is domiciled at the place where it has its: (a) statutory seat; (b) central administration; or (c) principal place of business.* El texto en español no incluyó la parte a nuestro entender importante que refiere a **asociación de personas naturales o jurídicas**: A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra: a) su sede estatutaria; b) su administración central, o c) su centro de actividad principal. (Énfasis suplido)

Para lo que se entiende por la sede o *situs* de un *trust* en EEUU ver MICHAELS, P. J., TWOMEY, L. "How, Why and When to Transfer the Situs of a Trust", *Estate Planning*, vol. 31, enero 2004.

⁹³¹ *Article 63 1. For the purposes of this Regulation, a company or other legal person or association of natural or legal persons is domiciled at the place where it has its: (a) statutory seat; (b) central administration; or (c) principal place of business.*

⁹³² Artículo 63.3 Para determinar si un *trust* está domiciliado en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocen del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará sus normas de Derecho Internacional Privado. En inglés: ...3. *In order to determine whether a trust is domiciled in the Member State whose courts are seised of the matter, the court shall apply its rules of private international law.*

el *trust*. Sin embargo, el vacío de normas conflictuales sobre el *trust* desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado español, por ejemplo, se beneficia de la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea. Recientemente el TJUE tuvo que interpretar la naturaleza del *trust* anglosajón a su vez brindando una definición autónoma europea a esa figura⁹³³.

El asunto de los *trusts Panayi* requirió que el Tribunal interpretara si el *trust* anglosajón se beneficia del artículo 49 del TFEU, el cual impone la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. De conformidad con el artículo 54 (1) del TFEU las **sociedades** constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya **sede social, administración central o centro de actividad principal** se encuentre dentro de la Unión, quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del TFEU relativas a la libertad de establecimiento, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por su parte según el artículo 54(2), por **sociedades** se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las **demás personas jurídicas de Derecho público o privado**, con excepción de las **que no persigan un fin lucrativo**. Para determinar si un *trust* puede ampararse en los derechos de libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales o la libre prestación de servicios el Tribunal tuvo que determinar si el *trust* cabe dentro de la definición de «**demás personas jurídicas**».

El tribunal decidió que el *trust* está cubierto por dicha expresión, pues esta figura **comprende una entidad que, en virtud del Derecho nacional, dispone de**

⁹³³ Asunto de *Trustees of Panayi v. Commissioners*, ECLI: 682 EUC: 2017, Sentencia del 14 de septiembre de 2017. En ese asunto el constituyente estableció varios *trusts* en Reino Unido nombrando a un *trustee* residente en Inglaterra, a sí mismo y más tarde a su esposa. Tiempo después se nombran unos *trustees* residentes de Chipre y los esposos trasladan su residencia habitual a Chipre. Bajo el derecho inglés se entendía que al cambiar la mayoría de los *trustees* su residencia habitual a Chipre, el *trust* automáticamente dejaba de estar habitualmente ubicado en Reino Unido y pasaba a ser un *trust* de Chipre. La Agencia Tributaria determinó que se debía un impuesto de plusvalía al momento del traslado por virtud de la legislación fiscal inglesa y que la contribución era pagadera a ese momento. Los activos del *trust* fueron vendidos con fecha posterior que si no fuera por una disposición legal no serían pagaderos hasta un año después. Los esposos impugnaron el impuesto pues era incompatible con la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales o la libre prestación de servicios bajo el TFEU.

derechos y obligaciones que le permiten actuar como tal en el tráfico jurídico de que se trate, pese a que carezca de una forma jurídica específica, y que persigue un fin lucrativo. En primer lugar, el Tribunal entendió que, en virtud del Derecho nacional de referencia, los bienes que se incluyen en el *trust* forman un patrimonio separado, independiente del patrimonio personal de los administradores fiduciarios (*trustees*), y, que estos últimos tienen el derecho y la obligación de gestionar los bienes y de disponer de ellos de conformidad con las condiciones estipuladas en el acto constitutivo del fideicomiso (*trust*) y con el Derecho nacional. En segundo lugar, dispuso que bajo el derecho nacional los administradores fiduciarios (*trustees*) son considerados por el Derecho nacional un órgano único y permanente de personas, diferenciado de las personas que tengan la condición de administradoras en cada momento.

Esta decisión del TJUE a nuestro entender deja claro que un *trust* anglosajón debe considerarse una entidad que, aunque no tiene personalidad jurídica bajo su derecho nacional, es un ente que actúa en el tráfico jurídico y como tal le amparan los derechos de libre establecimiento del TFUE. En esa actuación dentro del tráfico jurídico ha de tener una sede o centro de operaciones para propósitos del domicilio bajo el artículo 63 (2) del Reglamento Bruselas I bis⁹³⁴.

No obstante, el Tribunal tendrá que identificar esa sede, centro de operaciones o administración central a tenor con la normativa conflictual del foro. Cuando el Estado en que se pretende litigar un asunto de *trust* no tenga normas de Derecho Internacional Privado sobre *trusts*, para definir lo que comprende el domicilio del *trust*, según Bruselas I bis, el operador jurídico tendrá que recurrir al Derecho conflictual, lo que llevará a las metodologías conflictuales que abordan el problema de la calificación. El método utilizado con mayor frecuencia es el de la calificación funcional. Como en esa etapa se está atendiendo un asunto procesal, la competencia del foro, parecería acertado utilizar las normas de Derecho Internacional Privado del foro a la hora de definir el domicilio del *trust*. El demandante cuando tiene la posibilidad de escoger el foro, debe entonces

⁹³⁴ En *Panayi* las operaciones del *trust* se llevarían a cabo desde Chipre como consecuencia de la mudanza, no obstante que uno de los *trustees* se quedó en el Reino Unido.

asegurarse que efectivamente se cumplen los criterios del domicilio⁹³⁵ que disponga el foro en cuanto a las instituciones análogas al *trust* que se pretendan utilizar de acuerdo al caso concreto y el asunto en controversia. Hemos visto que el domicilio o *situs* de un *trust* debido a su multiplicidad de funciones puede variar si el tema es uno fiscal, de administración de los activos del *trust*, u otros⁹³⁶.

En el Reino Unido un *trust* está domiciliado en parte del RU solamente si el sistema jurídico de esa parte es el sistema con el cual el *trust* tenga sus vínculos más estrechos⁹³⁷. En *Gómez v. Gómez-Monche Vives* el Tribunal inglés decidió que cuando el derecho regulador del *trust* haya sido expresamente escogido, este Derecho casi siempre será el Derecho con el cual el *trust* tendrá sus vínculos más estrechos para propósitos de determinar su domicilio bajo el artículo 5(6) de Bruselas I/ 7(6) de Bruselas I bis⁹³⁸.

SCHLOSSER sugirió como opción factible, que para determinar el domicilio del *trust* se pudieran utilizar las normas de domicilio del Derecho aplicable al *trust*. Este Derecho puede haberse determinado en el instrumento que lo crea o de no haber tal selección, se debe buscar el Derecho con el cual el *trust* tenga vínculos más estrechos. Notamos que esta opción es la que se ha utilizado para hallar el Derecho regulador cuando son varios Estados los que tienen vínculos con la controversia. La definición de ANTON brinda criterios para determinar los vínculos

⁹³⁵ Artículo 63 (3) de Bruselas I bis: Para determinar si un *trust* está domiciliado en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocen del asunto, el órgano jurisdiccional *aplicará* sus normas de Derecho Internacional Privado.

⁹³⁶ VIRGOS SORIANO entiende que, en el caso de España, por analogía con los fondos de inversión, el domicilio del *trust* puede ser el domicilio del *trustee*⁹³⁶, sin embargo, vimos que el domicilio del *trustee* no necesariamente va a ser el foro idóneo en todos los supuestos que no necesariamente serán análogos al fondo de inversión o el domicilio del *trustee* es diferente al lugar donde se administra el *trust*, como el ejemplo que utiliza SCHLOSSER con el *trustee* que cambia su domicilio del Reino Unido a Córcega.

⁹³⁷ *A trust is domiciled in a part of the United Kingdom if and only if the system of law of that part is the system of law with which the trust has its closest and most real connection.* Civil Jurisdiction and Judgment Order SI 2001/3929, sch.1, para. 12. HARRIS, J., «Jurisdiction in International Trust Litigation—Surveying the Landscape», *Trusts and Trustees*, vol. 17, N° 4, May 2011, p. 241.

⁹³⁸ *Supra*. Expresó el Tribunal: En el párrafo 72, el Tribunal expresó: *Prima facie, the system of law with which a trust has its closest and most real connection is the governing system of law. That view is only fortified by considering that a trust consists of rights and obligations and powers and duties which in this case are governed by English legal principles.*

que serían relevantes a la hora de hallar el domicilio del *trust* en ausencia de expresión del constituyente: el centro de administración del *trust*, el lugar de residencia del *trustee*, el lugar de ubicación de los activos del *trust*, la naturaleza de los propósitos del *trust* y el lugar donde se llevarán a cabo. El Convenio de La Haya sobre *trusts* también tiene criterios muy similares para determinar el Derecho aplicable: el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente; el lugar donde se encuentren situados los bienes del *trust*; el lugar donde resida o ejerza sus actividades el *trustee*; los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse. Así también opina FERNÁNDEZ ROZAS, que encuentra como única solución razonable determinar el sistema más vinculado al *trust* con base en un conjunto de índices de localización: la voluntad del constituyente, el lugar de administración del *trust*, el domicilio del *trustee*, la situación de los bienes muebles o inmuebles, entre otros⁹³⁹.

La ventaja del Derecho regulador es que debe ser un lugar que conoce el *trust* y debería tener normas que designan el domicilio o sede del *trust*. Es difícil que un *trust* tenga su sede o domicilio establecido en un Estado que desconoce la institución, o por lo menos estaría un abogado exponiéndose a una acción de impericia profesional si aconsejara a un cliente esa vía. Al utilizarse las normas del Derecho regulador con base en el domicilio del *trust*, se cumpliría con la competencia judicial del tribunal y a su vez será un foro idóneo cuyo Derecho se aplicará a la mayoría de las controversias que envuelven los *trusts*.

En el aspecto de competencia sobre asuntos relacionados a derechos sobre bienes inmuebles, es importante en Bruselas I bis, el artículo 24 (1) que establece la competencia exclusiva de los tribunales del lugar de ubicación del inmueble para atender asuntos en materia de Derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por término mayor de 6 años⁹⁴⁰. El artículo 24

⁹³⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed, Thompson Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 698, citando a CHECA MARTÍNEZ, M., *op. cit.*

⁹⁴⁰ El texto en inglés reza: Artículo 24 Bruselas I bis: *The following courts of a Member State shall have exclusive jurisdiction, regardless of the domicile of the parties: (1) in proceedings which have*

dispone que son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito. Este artículo en el contexto de un *trust* sobre un bien inmueble resalta la problemática de cuál es la naturaleza del derecho de cada componente del *trust* y la problemática de la calificación.

El artículo 25 de Bruselas I bis también confiere competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro a los que el documento constitutivo de *trust* haya atribuido competencia para conocer una acción contra el fundador, el *trustee* o el beneficiario de un *trust* si se trata de relaciones entre estas personas o de sus derechos u obligaciones en el marco del *trust*; dentro de la relación interna del *trust*⁹⁴¹. En ningún caso podrá excluirse la competencia del órgano jurisdiccional donde esté ubicado un bien inmueble objeto del litigio⁹⁴².

Reclamaciones relacionadas al *trust* también podrían caer dentro del artículo 7 (3) que atribuye competencia a un foro especial para asuntos relacionados a obligaciones extra contractuales, delitos o cuasi-delitos, en los tribunales del lugar donde ocurre o pueda ocurrir el hecho dañoso. Según HARRIS, reclamaciones conocidas en el derecho inglés como *dishonest assistance* deben calificarse dentro de las acciones por daños y perjuicios (*torts*)⁹⁴³ bajo el artículo 5(3) de Bruselas I,

as their object rights in rem in immovable property or tenancies of immovable property, the courts of the Member State in which the property is situated.

However, in proceedings which have as their object tenancies of immovable property concluded for temporary private use for a maximum period of six consecutive months, the courts of the Member State in which the defendant is domiciled shall also have jurisdiction, provided that the tenant is a natural person and that the landlord and the tenant are domiciled in the same Member State;

⁹⁴¹ Artículo 25 (3).

⁹⁴² Artículo 25 (4).

⁹⁴³ Artículo 5(3) De Bruselas I o 7(2) de Bruselas I bis: *matters relating to **tort**, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur.* El equivalente en Bruselas I bis en español, se traduce como materia **delictual** o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. El tercer apartado del artículo 7 en inglés reza: *as regards a civil claim for damages or restitution which is based on an act giving rise to criminal proceedings, in the court seised of those proceedings, to the extent that that court has jurisdiction under its own law to entertain civil proceedings.* En español el mismo apartado tercero reza: si se trata de acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que dé lugar a un proceso penal, ante el órgano jurisdiccional que conozca de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil. La traducción correcta de *tort* para el inciso segundo no debe ser materia delictual, sino que es una acción por daños y perjuicios.

actual artículo 7 (2) de Bruselas I bis. La competencia se atribuye al tribunal del lugar donde haya ocurrido el evento dañoso o la asistencia deshonesto (*dishonest assistance*). Las reclamaciones sobre *knowing receipt of trust property* pudieran considerarse de daños y perjuicios (*torts*) o cuasidelictuales. Si se pretende, sin embargo recuperar la propiedad, el argumento más sólido a su entender es que se deben calificar como de enriquecimiento injusto. El artículo 5 (3) de Bruselas I/ 7(2) de Bruselas I bis no cubre reclamaciones por enriquecimiento injusto. En ese caso la competencia tendría que ser el Estado del domicilio del demandado.

PANAGOPOULOS también entiende que el caso de *Webb v. Webb*⁹⁴⁴ demuestra que es factible calificar los asuntos sobre *resulting trusts* dentro de la categoría del derecho de la restitución, pues surgen por operación de ley bajo la *equity* para revertir un enriquecimiento injusto⁹⁴⁵. Sugiere que para propósitos de Derecho Internacional Privado estos asuntos se califiquen como *in personam* con referencia el evento causal que ocasiona la necesidad de recurrir a la tutela judicial para atender un asunto sobre propiedad⁹⁴⁶. Señala PANAGOPOULOS: *Likewise, in those situations where a proprietary remedy is claimed in relation to wrongdoing, this should be characterized as a wrong, namely either a tort, breach of trust or an equitable wrong*⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ *Supra*.

⁹⁴⁵ PANAGOPOULOS, G., *Restitution in Private International Law*, Hart Publ., Oxford, 2000, pp. 72-73. HARRIS entiende que reclamaciones sobre «*dishonest assistance in breach of trust*» deben calificarse como asuntos de obligaciones extracontractuales «*torts*» bajo el artículo 7(2) y que los tribunales en donde ocurra el evento dañoso (la ayuda) serían competentes. Sin embargo, en cuanto a reclamaciones de «*knowing dishonest receipt of trust property*» aunque pueden calificarse como obligaciones extracontractuales, en la medida en que se pretenda la devolución del enriquecimiento por el valor recibido indebidamente, dicha calificación no está cubierta por el foro especial del artículo 7. Ver *Kleinwort Benson LTD v. Glasgow City Council* [1999] 1 A. C. 153. HARRIS, J., “Jurisdiction in International Trust Litigation—Surveying”, *op. cit.*, pp. 243-244. Igualmente opina PANAGOPOULOS, *op.cit.*, p. 199.

⁹⁴⁶ PANAGOPOULOS, G., *id.*, p.74, citando *Pettkus v. Becker* (1981)117 D.L.R. (3d) 257 donde el Tribunal Supremo de Canadá no calificó una reclamación sobre un *constructive trust* sobre propiedad inmueble como un asunto patrimonial, mas sí como de enriquecimiento injusto y debido a su naturaleza en la *equity* como *in personam* se puede calificar como una obligación personal. Ver *Chase Manhattan Benk v. Israel British Bank (London) Ltd.* [1981].

⁹⁴⁷ PANAGOPOULOS, G., *op. cit.*, p.74.

Otra materia relevante a los *trusts* que está excluida de Bruselas I *bis* es lo relativo al estado o la capacidad de las personas físicas, domicilio y nacionalidad⁹⁴⁸. Se excluyen también los asuntos sobre *trusts* cuyo objeto sea Derecho de familia (*i. e.*, *trusts* matrimoniales) tales como derechos de propiedad bajo el régimen matrimonial⁹⁴⁹. Igualmente, habrá que enfocar cuál es el objeto de la controversia para calificar si el asunto está verdaderamente excluido o admite una calificación fuera de las materias no cubiertas por Bruselas I *bis*.

Debido a la exclusión de los asuntos de *trust* cuyo objeto principal sea relacionado al derecho sucesorio y de familia⁹⁵⁰, estos asuntos al no quedar cubiertos por Bruselas I *bis* estarán sujetos al régimen general de foros de competencia en ausencia de que exista o aplique otro instrumento convencional o reglamentario (*e.g.*, Reglamento sucesorio europeo) de la UE⁹⁵¹. En el caso de España, por ejemplo, la Ley Orgánica 7/2015 de 22 de junio del Poder Judicial (LOPJ) fija la competencia internacional de los tribunales españoles en ausencia de convención, tratado o norma de la Unión Europea⁹⁵². Al no contener estas normas ninguna regla sobre el *trust*, son aplicables las reglas generales que establecen competente el tribunal por sumisión expresa o tácita (art. 22 *bis*), se conserva la competencia del foro donde radica el domicilio del demandado (art. 22 *ter*) y define el domicilio para las personas físicas la residencia habitual en España y para las personas jurídicas se entenderá que tienen su domicilio en España cuando radique allí su

⁹⁴⁸ Ver Informe Explicativo del Convenio de Bruselas sobre competencia y ejecución de resoluciones en asuntos de material civil y mercantil, del 9 de octubre de 1978, para la admisión de Dinamarca, Reino Unido, Irlanda del Norte, preparado por SCHLOSSER, P., *reporteur*, *Official Journal of the European Communities*, No. C59/71, párrs. 51 y 71.

⁹⁴⁹ Arts. 1, 5.6, y 23.4 de Bruselas I y artículos 7(6) y 25 de Bruselas I *bis*.

⁹⁵⁰ El *trust* es un mecanismo que se utiliza con cierta frecuencia en los países anglosajones y en aquellos que tienen una figura análoga, como medida para gestionar el patrimonio familiar, con lo cual los tribunales españoles puede que se encuentren lidiando con uno de estos tipos de *trusts*. Los asuntos que versan sobre el régimen matrimonial o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio, las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones de familia, parentesco, matrimonio o de afinidad quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis*, según el artículo 1, incisos (a) y (e).

⁹⁵¹ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 88-89.

⁹⁵² LOPJ Art. 21 y ss.

sede social, centro de administración o administración central o su centro de actividad principal.

La LOPJ establece los foros especiales por razón de la materia, donde distingue, por ejemplo, el ámbito personal y familiar (art. 22 quáter) del patrimonial (art. 22 quinquies). Según GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en el ámbito patrimonial se contempla su mayor relevancia práctica puesto que el Reglamento Bruselas I bis remite a las normas nacionales cuando el demandado está domiciliado en un tercer Estado⁹⁵³. La competencia judicial de los tribunales españoles frente a demandados con domicilio fuera de la UE, i.e., los EEUU, Australia, Canadá o países de Latinoamérica viene determinada por el artículo 22 *quinquies* de la LOPJ y no el Reglamento Bruselas I bis⁹⁵⁴.

En estos casos frente a demandados con domicilio en terceros Estados, los tribunales españoles serán competentes en materia de obligaciones contractuales (apartado a), cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España. El lugar de celebración del contrato ha dejado de ser fuente de atribución de competencia. También serán competentes los tribunales españoles en materias extracontractuales (apartado b), cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español, o en las acciones relativas a derechos reales sobre bienes muebles, si se encontraran en España al tiempo de la interposición de la demanda (apartado f).

La LOPJ establece foros de competencia exclusiva y excluyente que no permite derogación por las partes: derechos reales y contratos de arrendamiento⁹⁵⁵ sobre bienes inmuebles en España; validez, nulidad o disolución de sociedades españolas o respecto de las decisiones de sus órganos; inscripciones en un registro

⁹⁵³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Diario La Ley*, no. 8614, 2015, p. 8..

⁹⁵⁴ *Id.*

⁹⁵⁵ En cuanto a arrendamientos de temporada establece los órganos administrativos como foro alternativo.

español⁹⁵⁶; derechos de propiedad industrial registrados en España o; reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en España⁹⁵⁷.

Los asuntos de *trust*, particularmente los matrimoniales, excluida por el Reglamento Bruselas I bis y remitida a las normas locales, son los asuntos sobre relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro tribunal extranjero tenga competencia⁹⁵⁸.

5.2. Competencia judicial en la Unión Europea y el Reglamento número 650 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento sucesorio)

El Reglamento sucesorio en su segundo capítulo establece la competencia de los tribunales para atender asuntos en materia sucesoria⁹⁵⁹. Los tribunales del Estado en que el causante tuviera su residencia habitual al momento del fallecimiento serán competentes para resolver sobre la totalidad de la sucesión⁹⁶⁰. El Reglamento permite al causante elegir como Derecho aplicable a la sucesión, el del Estado de

⁹⁵⁶ Un caso como el de *In re Hayward (Deceased)*, *supra.*, donde estaba envuelto una entrada en el registro inmobiliario de la Isla de Menorca, de haber asumido competencia el tribunal inglés, hubiese sido de dudosa ejecución y reconocimiento en España.

⁹⁵⁷ En estos casos habría que mirar la aplicación del Reglamento sucesorio europeo.

⁹⁵⁸ Art 22 quáter inciso (c) Esto aplica cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al momento de interponer la demanda, o cuando hayan tenido allí su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o sea la residencia habitual del demandado o en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve menos de un año residiendo en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, o cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española.

⁹⁵⁹ Ver NAVARRO ALAPONT, C., «La determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento (UE) 650/2012», *Noticias Jurídicas*, 5 de enero de 2017; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. C., «Reglamento sucesorio europeo y la residencia habitual del causante», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, No 1, pp. 47-75; JIMÉNEZ CLAR, A., «Algunas consideraciones sobre el Reglamento Sucesorio Europeo y sobre sus efectos en la Sucesión Mortis Causa de los ciudadanos británicos en España», *Bitácora Millenium DIPr*, Nº 1, 2015.

⁹⁶⁰ Art. 4 sobre competencia general.

la nacionalidad que posea al momento de la selección o su fallecimiento, en cuyo caso las partes interesadas pueden acordar por escrito que dicho tribunal elegido tenga jurisdicción exclusiva para sustanciar cualquier causa en materia de sucesiones⁹⁶¹. Subsidiariamente, si el causante no tuviere su residencia habitual en un Estado miembro, los tribunales en el Estado miembro donde ubiquen los bienes de la herencia serán competentes para pronunciarse sobre la sucesión si el causante era nacional de dicho Estado al momento del fallecimiento, o en su defecto, si hubiese tenido su residencia habitual en dicho Estado siempre que en el momento en que se someta el asunto al tribunal no hayan transcurrido más de cinco años desde el cambio de residencia habitual⁹⁶².

Similar al artículo 54 de Bruselas I *bis*⁹⁶³, el artículo 31⁹⁶⁴ del Reglamento sucesorio dispone que si una persona invoca un derecho real que le corresponde en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado miembro en el que lo invoque no conozca ese derecho real en cuestión, este deberá en caso necesario y de ser posible, ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que aquel derecho real

⁹⁶¹ Art. 5 y art. 22. Hay que resaltar que el Reglamento sucesorio no permite al testador seleccionar libremente el Estado que deba regir su sucesión. Explica el Reglamento que ello se debe a garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida a los fines de evitar el fraude de ley en perjuicio de los derechos de los herederos legitimarios.

⁹⁶² Art. 10.

⁹⁶³ Dispone el considerando 27 de Bruselas I *bis* que, si una resolución contiene una medida u orden que no sea conocida en el ordenamiento del Estado miembro requerido, dicha medida u orden, así como todo derecho indicado en la misma, debe adaptarse, en lo posible, a una medida u orden que, en el ordenamiento de dicho Estado miembro, tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad similar. Corresponde a cada Estado miembro determinar cómo proceder a tal adaptación y quién debe realizarla.

⁹⁶⁴ Sobre la interacción de este artículo con el artículo 1, apartado 2, letras k) y l), ver *Petición de Aleksandra Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755. La testadora, residente de Alemania eligió su nacionalidad polaca para propósitos de la ley que habría de regir su sucesión. Conforme a ello pretendió dejar un legado vindicatorio en una propiedad inmueble localizada en Alemania. El causante podrá decidir, en testamento otorgado ante notario, que una persona determinada adquiera el objeto de un legado en el momento de la apertura de la sucesión (legado vindicatorio o legado con efecto real). Acudió la testadora a un notario en Polonia para hacer su testamento y éste se negó a incluir el legado vindicatorio porque en Alemania sólo se conoce el legado simple. Se planteó por el órgano jurisdiccional alemán si debían interpretarse los artículos 1, apartado 2, letras k) y l) o el artículo 31 del Reglamento sucesorio en el sentido de que permitan la denegación del reconocimiento de los efectos reales del legado vindicatorio (*legatum per vindicationem*) previsto por la ley sucesoria, cuando éste afecta a la propiedad de un inmueble situado en un Estado miembro cuya legislación no reconoce la institución del legado con efectos reales directos.

persiga y los efectos inherentes al mismo. Recientemente el TJUE en el caso de la *Petición de Kubicka* interpretó los artículos 1, apartado 2, letras k) y l), y 31 del Reglamento sucesorio de la UE. Decidió que estos artículos deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la denegación del reconocimiento por una autoridad de un Estado miembro de los efectos reales del legado vindicatorio, reconocido por el Derecho aplicable a la sucesión que el testador ha elegido con arreglo al artículo 22, apartado 1, del citado Reglamento, cuando la denegación se basa en que ese legado se refiere al derecho de propiedad de un inmueble situado en dicho Estado miembro, cuya legislación no reconoce la institución del legado con efecto real directo en la fecha de apertura de la sucesión. Esta decisión del TJUE es muy importante para los *trusts*, puesto que a la hora en que la controversia dependa de la inscripción o el reconocimiento de un derecho de propiedad con relación al título de propiedad del beneficiario, el artículo 31 obliga a los operadores jurídicos a procurar el reconocimiento y en su caso la inscripción de forma que se logren en la medida posible efectos similares a los que brinda la legislación de origen.

El Abogado General, cuyos argumentos fueron acogidos por el TJUE, expresó que la delimitación del ámbito de la ley sucesoria y de la ley sobre los derechos reales ha sido objeto de numerosas negociaciones⁹⁶⁵. El debate no atañe al derecho de propiedad que se transmitirá al legatario, que no se conoce en el Estado miembro en el que es invocado, sino a las **modalidades del reconocimiento de la transmisión de este derecho con vistas a su inscripción en un registro de la propiedad. La exclusión de las exigencias relativas a esta inscripción debe interpretarse de forma estricta**, y que, en consecuencia, en una situación como la del asunto *Kubicka*, **en aplicación del artículo 23 del Reglamento sucesorio, el legado de un derecho real, que el Estado miembro del lugar de situación del inmueble conoce, debe producir sus efectos respecto del legatario, con independencia del lugar en el que deba ser registrado, puesto que el derecho**

⁹⁶⁵ Citando a Bonomi, A., y Wautelet, P., *Le droit européen des successions, Commentaire du règlement (UE) n.o 650/2012, du 4 juillet 2012*, 2.a ed., Bruylant, Bruselas, 2016, puntos 105 y ss., p. 127. Véase también Bergquist, U., Damascelli, D., Frimston, R., Lagarde, P., Odersky, F., y Reinhartz, B., *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Dalloz, París, 2015, I, n.o 71, p. 44.

sobre el bien inmueble le ha sido transmitido directamente, en virtud de la ley sucesoria designada conforme al artículo 22 de dicho Reglamento. Aunque este trabajo no se enfoca en el asunto de reconocimiento del *trust*, lo cierto es que la decisión ha de tenerse bien en cuenta a la hora de enfrentarse a un *trust mortis causa* transfronterizo. En su día, dependiendo de cómo se califica bajo el derecho regulador de la sucesión, la naturaleza *in rem* o *in personam* del derecho del beneficiario, se haría la adaptación correspondiente en el derecho receptor.

En defecto de la aplicación del Reglamento sucesorio europeo, Convenio u otra fuente de competencia, en cuanto a la competencia judicial en materia sucesoria aplicaría la LOPJ. El artículo 22 quáter inciso (g) de la LOPJ atribuye competencia a los tribunales españoles en materia de sucesiones cuando el causante hubiera tenido su última residencia habitual en España o cuando los bienes se encuentren en España y el causante fuera español en el momento del fallecimiento. Si la ley aplicable a la sucesión es la española, los tribunales españoles serán competentes si las partes se someten a la jurisdicción. Si ningún tribunal extranjero es competente, el tribunal español lo será con relación a los bienes de la sucesión ubicados en España⁹⁶⁶.

II. Normativa de la Unión Europea sobre el Derecho aplicable a los *trusts*

No existe un Reglamento de la Unión Europea sobre la normativa de Derecho Internacional Privado para hallar el Derecho aplicable al *trust* que asista a los tribunales en la calificación inicial para determinar el Derecho regulador de esta institución. Representantes de varios Estados de la Unión Europea suscribieron el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento (“Convenio de La Haya”), el cual entró en vigor el 1 de enero de 1992. En el capítulo siguiente veremos este Convenio en detalle, pero basta decir ahora que no ha sido ratificado por la mayoría de los Estados de Europa continental. Es por esta razón que buscaremos soluciones en primera instancia dentro de la normativa europea para abordar el problema de la calificación de esta figura desconocida en los

⁹⁶⁶ Cfr. Reglamento sucesorio europeo, artículo 10, apartado segundo sobre competencia subsidiaria.

Estados que no hayan suscrito el Convenio de La Haya y ver en que medida esta normativa de la UE pueda asistir a la hora de hallar el derecho aplicable a controversias en materia de *trusts*.

5.3.1. Reglamento número 593 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

Una calificación contractual del *trust* llevaría a las normas de conflicto del foro aplicable a los contratos, sin embargo, el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales en los Estados miembros expresamente excluye al *trust* del ámbito de su aplicación en cuanto a la constitución del *trust*, las relaciones internas entre el constituyente, los administradores y beneficiarios⁹⁶⁷. No obstante esa exclusión, hay que resaltar lo que se expresan GIULIANO y LAGARDE en el inciso 8 del Informe Explicativo del Convenio de Roma⁹⁶⁸:

8. The exception in subparagraph (g) concerns 'trusts' in the sense in which they are understood in the common law countries. The English word 'trust' is properly used to define the scope of the exclusion. On the other hand, similar institutions under continental laws fall within the provisions of the Convention because they are normally contractual in origin. Nevertheless, it will be open to the judge to treat them in the same way as the institutions of the common law countries when they exhibit the same characteristics.

Igualmente, LUPOLI entiende que la exclusión del *trust* debe referirse cuando se mira el *trust* clásico inglés que no se considera contractual:

The Rome Convention excludes trusts from its sphere because, looking at the English-model trust, it does not consider it to be contractual. In all probability, however, trusts which belong to different models are included.... Also included are shapeless trusts which emerge from contracts. Both these types, which the Rome Convention considers to be trusts, are regulated twice in the area of applicable law: by The Hague Convention in that they are shapeless trusts, and by the Rome Convention, since they belong to the field of

⁹⁶⁷ Art. 1 (2) (h).

⁹⁶⁸ Official Journal of the European Communities of 31 October 1980 (OJ 1980 No C282/1).

*contractual obligations*⁹⁶⁹.

Por su parte, HUBER⁹⁷⁰ comenta:

51. *The exclusion of trusts from Rome II will likely be of minor practical relevance, as most obligations arising out of a trust that has been «created voluntarily» will be of a contractual nature and fall outside the scope of Rome II by virtue of this fact alone.*

La doctrina española es repetitiva en cuanto a que los *trusts* no se pueden equiparar a un contrato⁹⁷¹ y ello se debe a que igualmente están pensando en el *trust* tradicional inglés creado para realizar distribuciones patrimoniales mayormente cuando se hacen en un testamento. KAYE explica esta exclusión basándose en la teoría propietaria de la naturaleza del *trust*⁹⁷². Podemos reconciliar la teoría

⁹⁶⁹ LUPOI, M, *supra.*, *Trusts: A Comparative Study ...*, *op. cit.*, p. 344.

⁹⁷⁰ HUBER, P., ed., *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, p. 52.

⁹⁷¹ CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1998; GONZALEZ BEILFUSS, C., *op. cit.*, p. 80. Cf. *id.*, citando VIRGOS SORIANO, M., «Art.10.5» en ALBALADEJO, M., DIAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo I, vol. 2, Madrid, 2.ª ed. 1995, pp. 609-703.

⁹⁷² KAYE comenta la exclusión de los *trusts* en el Convenio de Roma:
The proprietary and internal relations of the trust are excluded from the Convention, as they should be. The mutual rights and liabilities of settlor, trustees and beneficiaries under a completely constituted trust are governed by the law of trusts, not contract. Similarly, the creation of an express or implied trust by declaration or otherwise is proprietary, not contractual (The 1986 Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition, given effect to in the United Kingdom by the Recognition of Trusts Act 1987, to which it is scheduled, would have to be accorded precedence under Article 21 of the Obligations Convention in any event, even if such internal matters were to be classified as contractual). (énfasis nuestro)

'Trust' is therefore to be given the English meaning, as a Convention concept. This will clearly exclude from the notion of trusts the continental doctrines whereby the contract in favor of a third party—Vertrag zugunsten Dritter (citas omitidas), stipulation au profit d'un tiers ou pour autrui (citas omitidas), stipulatione a favore di un terzo (citas omitidas) is given effect to on a purely contractual basis, as well as those cases in which English law itself is prepared to allow the third party to join the promisee as co-plaintiff, as trustee of the benefit of the contract, in an action against the promisor in favour of the third party. (énfasis nuestro)

....It would seem unlikely that the Auftrag (mandate), Treuhand (fiduciary holding) or Sicherungsübereignung (security transfer) could be regarded as equivalent to trusts, since the remedies they afford are essentially contractual in nature, while the Stiftung/foundation (foundation) is founded upon legal personality and rights and duties attached thereto... (citas omitidas)

KAYE, P., *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Dartmouth, Aldershot, 1993, pp. 131-133.

contractual y la propietaria desde la perspectiva internacional privatista, en tanto que los asuntos que versan sobre el traspaso de la propiedad del constituyente del *trust* se rigen por el Derecho que aborda esos temas, como es el Derecho sucesorio o de propiedad⁹⁷³. Aquí entrarían las controversias típicas de unos herederos legitimarios, por ejemplo, que no interesa se rijan por el Derecho contractual y es natural que no las cubra un Reglamento conflictual sobre ley aplicable a los contratos. Sin embargo, una controversia entre el *trustee* y el beneficiario o el constituyente-- aunque versa sobre la relación interna que Roma I excluye-- por violación a la política de inversión, por ejemplo, no tiene nada que ver con asuntos propietarios, sucesorios o de familia, sino con la obligación del *trustee* bajo el instrumento constituyente del *trust* que recoge los términos de lo que LANGBEIN llama el *trust deal* (negocio de *trust*). En esencia y sustancia, la controversia es contractual y por tanto resulta injustificado que se entienda excluido de un reglamento que regula los conflictos de leyes en materia contractual. Cuando la controversia gira en torno a asuntos fuera del ámbito de las otras materias excluidas, entonces no hay razón por la cual Roma I no pueda suplir la norma de conflicto para hallar el Derecho aplicable.

En un Estado que no haya ratificado el Convenio de La Haya y carezca de otras reglas de Derecho Internacional Privado sobre el *trust*, los operadores jurídicos deben poder valerse de Roma I cuando la controversia gira en torno a un asunto no relacionado con las materias sucesorias, de familia u otras excluidas también en el Convenio de La Haya. Instituciones análogas al *trust* bajo los Derechos internos continentales sí deberían estar cubiertos por el Reglamento Roma I en la medida en que son de origen, naturaleza o funcionalidad contractual. Un Estado miembro de tradición del *common law* que conoce el *trust* inglés y cuenta con su normativa de Derecho Internacional Privado sobre *trusts* no tendría sentido que se rija por Roma I, siempre y cuando el asunto concreto no se pueda enmarcar dentro de dicho Reglamento⁹⁷⁴. Igualmente, un Estado miembro civilista que haya adoptado

⁹⁷³ Más adelante veremos que esas materias también quedan excluidas del Convenio de La Haya por considerarse parte de lo que se refiere la doctrina como el proceso del lanzamiento del cohete llamado *trust*.

⁹⁷⁴ Cuando concluya, si eso ocurre, la retirada del Reino Unido de la Unión Europea sólo Irlanda quedará como Estados Miembro con tradición del *common law*.

el Convenio de La Haya sobre *trusts*, aplicará éste sobre el Reglamento Roma I cuando está ante una controversia sobre asuntos que versen estrictamente sobre el *trust*, como lo es el cumplimiento de los términos del instrumento constitutivo, o asuntos de administración de la propiedad. Eso no quiere decir, en nuestra opinión, que un Estado civilista que no haya adoptado el Convenio de La Haya de *trusts*, que tenga en su Derecho interno instituciones similares al *trust* que en un asunto concreto puedan servir de vías de transposición o adaptación del *trust*, no puedan valerse del Reglamento Roma I para propósitos de calificación, hallar el derecho regulador y brindarle reconocimiento.

Comenta HARRIS⁹⁷⁵ que la descripción de «*matters relating to contracts*» en cuanto al Convenio de Bruselas, art. 5(1), en *Jakob Handte GMBH v. Traitements Mecano-Chimiques Des Surfaces*⁹⁷⁶, se describieron como «*an undertaking freely entered into by one party in relation to another*», lo que en principio pudiese servir para incluir muchas áreas del Derecho de los *trusts* expresos. Reconoce que hay asuntos donde interaccionan el Reglamento Roma I y el Convenio de La Haya, que brindan complejidad al análisis. En el supuesto que narra se inclina a que el Convenio de Roma (recogido en el actual Reglamento Roma I) debe aplicar:

«...in the case of a contractual agreement to create a trust. In the event that such an obligation is breached, would an action brought by one contracting party, the promisee, against the promisor, be governed by the Rome Convention? On the one hand, the claim does involve the relationship between the putative settlor, trustee and beneficiary and the need to constitute the trust. On the other hand, the claim is not about constitution; rather, it is essentially one for breach of contract. It is effectively, a preliminary question prior to the operation of the trust, and hence, appears to be outside The Hague Convention. Again, if the remedy sought for breach of contract is specific performance, the claim is effectively one to enforce a trust, through reliance on a contractual right.... the fact remains that, without the contractual obligation, no claim would exist at all...»

⁹⁷⁵ HARRIS, J., *op. cit.*, p. 121.

⁹⁷⁶ [1992] ECR I- 3967, párr. 15.

Es significativo que la controversia en el supuesto que relata HARRIS versa sobre la violación de un acuerdo para crear un *trust*, que no debería haber duda que emana de una obligación contractual. No es una reclamación sobre la constitución del *trust*—que requiere traspasarle propiedades al *trust* y que el constituyente esté en posición de hacerlo, sino de unas obligaciones personales de crear y constituir un *trust* que, en el momento de la dotación (*funding*), deben cumplirse con las disposiciones de la ley aplicable para los traspasos de propiedad.

Retomando la teoría del profesor LANGBEIN de la Universidad de Yale, que abunda en la naturaleza contractual de las nuevas modalidades y funciones del *trust* expreso anglosajón en la sociedad moderna⁹⁷⁷, no vemos como el *trust* no pueda equipararse funcionalmente como un contrato al que pueda aplicar el Reglamento Roma I, en aquellos supuestos donde el *trust* opera como un contrato.

The contractarian account arises from two fundamental attributes of the trust. First, what I have been calling the trust deal, the deal between the settlor and the trustee that creates the trust, is voluntary. No one can be made to accept a trusteeship. Thus, the trust, like the contract, is a consensual juridical relationship. This feature has been present from the formative epoch and is what led MAITLAND to see the trust as a species of contract....

These two traits, consensual formation and party autonomy over the terms, are the defining characteristics of the law of contract.

As in contract, so in trust, the autonomy of the parties is not wholly unrestrained. There are obvious public policy prohibitions against trusts for illegal purposes...

*A key distinction between contract and gift is the standard of intention that governs the transaction. A donative transfer is commonly said to be unilateral, and accordingly, only the donor's intent, not the donee's, is relevant to ascertaining the validity and terms of the transfer.... However, **aspects of the trust deal that touch the interests, duties, and responsibilities of the trustee are bilateral concerns that import the***

⁹⁷⁷ LANGBEIN, J. «The Contractarian Basis ...», *supra.*, pp. 650-670. En palabras de LANGBEIN: ...when we ask how the Europeans function without the trust, we find that they achieve mostly by means of contract what the Anglo-American systems do through trust. ... when a transaction with multistate dimensions causes one of these nontrust legal systems to confront the Anglo-American trust, the European courts analogize trust mostly to contract. The easy correspondence of trust and contract in European law is further indication of how close in function the trust lies to contract in our own law.

contract norm of ascertaining the intentions of both parties, so the trustee's reasonable understanding of the deal should be as relevant as the settlor's.

Prominent trends in modern contract law are making it ever easier to account for the trust within the norms of contract. I need refer only briefly to these developments: (1) the routinization of specific performance; (2) the growing appreciation of relational contracting; and (3) the spread of the good faith requirement⁹⁷⁸. (énfasis suplido)

En otras palabras, el significado del término «*trust*» excluido en el Reglamento Roma I lleva consigo el significado bajo el Derecho tradicional inglés⁹⁷⁹. PLENDER también discute la exclusión del *trust* en el Convenio de Roma, ahora Reglamento Roma I. Explica que se debe al desconocimiento del *trust* en muchos de los Estados contratantes y la dificultad que él entiende conlleva definir la «prestación característica del contrato». Este concepto se halla en el decimonoveno considerando del Reglamento Roma I, que reza:

19. En defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato. **En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.** En el caso de un contrato cuyo objeto sea un **conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato**, la prestación característica del contrato debe determinarse **en función de su centro de gravedad**. (énfasis suplido)

Tenemos que discrepar con lo que señala PLENDER sobre la dificultad en definir la prestación característica del contrato. El considerando reconoce que existen varios tipos de contratos y que puede haber una relación jurídica cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato. Esta descripción coincide fielmente con la descripción de lo que es un *trust* y como lo

⁹⁷⁸ LANGBEIN, J. «The Contractarian Basis ...», *supra.*, pp. 650-670.

⁹⁷⁹ Ver PLENDER, R., *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 1991, pp. 76-78.

han calificado los tribunales continentales que se enfrentaron a esa figura entonces desconocida. Hay que señalar que igualmente existen varios tipos de *trusts*, incluyendo uno que se usa frecuentemente, donde el *trustee* se ha obligado a ejecutar varios servicios de supervisión de inversiones y preservación de capital, para cumplir con la encomienda del *trust*. No debe ser tan difícil determinar dónde se llevarán a cabo estos servicios, que casi siempre serán en la sede administrativa del *trust*. Ello conlleva calificar el tipo de *trust* implicado conforme a sus funciones y obligaciones y localizar la residencia habitual o el *situs* del *trust*⁹⁸⁰. Parece que la dificultad estriba en que el *trust* se conoce como una figura multifuncional, sin embargo, los contratos también pueden cubrir una amplia gama de funciones. Ello se observa, por ejemplo, en los artículos 1271 y 1272 del CC español, que permiten que se celebren contratos sobre todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras, y los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres. El margen como se ve, es bien amplio.

Reconocemos que es fuerte el argumento de que ante una exclusión tan clara no debe aplicarse Roma I⁹⁸¹. El propio HARRIS en una nota a pie de página al discutir la calificación contractual a la hora de calificar un *trust* para hallar el Derecho aplicable, indica que Roma I no determinará el Derecho regulador debido a la exclusión del artículo 1(2) (g)⁹⁸². Entendemos, sin embargo, que para los Estados sujetos al Reglamento Roma I que no hayan ratificado el Convenio de La Haya sobre *trusts*, si no cuentan con el *trust* al menos en una categoría de su Derecho Internacional Privado, resulta absurdo que no puedan recurrir al Reglamento Roma I que permite utilizar una metodología más amplia para hallar el derecho regulador. Ello abona a los propósitos de la normativa de la UE sobre DIPr que persigue dar continuidad y uniformidad a las relaciones de las personas. Por lo tanto, estamos más de acuerdo con la posición de LUPOLI de que los instrumentos análogos a los *trusts* deben estar cubiertos por el Reglamento Roma I en cuanto a asuntos de naturaleza contractual, no los aspectos del *trust* que se relacionen con la titularidad

⁹⁸⁰ Ver discusión sobre la naturaleza del *trust* como ente sin personalidad jurídica del TJUE en el asunto de los *trusts Panayi, supra*. El *trust* para propósitos del derecho de la UE, tiene un *situs* o centro de gravedad donde realiza sus operaciones en el tráfico jurídico.

⁹⁸¹ GONZALEZ BEILFUS, *op. cit.*, p. 80

⁹⁸² HARRIS, J., *The Hague Trust Convention...*, *op. cit.*, 2002, p. 332.

de los bienes, los modos de traspasar la propiedad, u otros aspectos del Derecho de propiedad, sucesorio o de familia, que son de los temas que entendemos persigue la exclusión.

En el caso de un *trust* tipo gestión ya creado que se está calificando en un *non-trust state*, para propósitos de hallar el Derecho regulador, si ese Estado no ha ratificado el Convenio de La Haya, entonces las opciones calificativas que le quedan son Roma I o las normas de Derecho Internacional Privado del foro, que pueden o no brindar una solución adecuada a un asunto que es de naturaleza consensual y no se relaciona con el traspaso de los bienes al *trust* o la constitución del mismo. Los documentos de *trust* de gestión en la época moderna están diseñados como los contratos, con múltiples estipulaciones acordadas por ambas partes pues son estipulaciones bilaterales negociadas por el constituyente y el *trustee*, como lo es, por ejemplo, la política de inversión, entre otras. Ejecutar esas disposiciones contractuales, por ejemplo, sería el fundamento de la reclamación, lo que realmente se persigue es tutelar los derechos que surgen de esa relación bilateral y de naturaleza contractual como el cumplimiento específico.

La solución que ofrece Roma es compatible con las soluciones del Convenio de La Haya sobre *trusts* y las que se han desarrollado en el Derecho anglosajón sobre los contratos en el ámbito conflictual, que a su vez han servido a la doctrina anglosajona en el análisis de ley aplicable a *trusts inter vivos*⁹⁸³. Por lo tanto, el modelo de *trust* que funciona como un contrato sí debería estar cubierto por el Reglamento Roma I. Las soluciones de Roma en la mayoría de los casos van a remitir a un Estado que conoce la institución. PLENDER discutiendo el tema de los *trusts* en el contexto del Convenio de Roma, reconoce que el Convenio (de La Haya sobre el *trust*)—que veremos en detalle más adelante-- «...follows in certain respects the pattern established by the Rome Convention. In particular, Article 6 provides that a trust shall be governed by the law chosen by the settlor, the choice

⁹⁸³ Ver HARRIS, J., *op. cit.*, p. 26, donde se discute cuál debería ser el derecho aplicable a un *trust inter vivos*, se considera el mismo criterio que para el caso de los contratos, la elegida por el constituyente y en su defecto, se rige por los criterios del Convenio de La Haya que determinan cuál sería la *proper law*. HARRIS, a la p. 11: ...[T]his section is confined to an examination of the law of capacity in areas where commercial considerations might be thought broadly analogous to those of the law of trusts, from which there may be important lessons to be drawn... y citando a SYKES y PRYLES, *op. cit.*, p. 711: «The topic of trust partakes the character of contract...and of assignment».

*being expressed or implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust; and Article 7 stipulates that in the absence of an express choice, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected*⁹⁸⁴».

Roma I aboga por la ley aplicable escogida por las partes del contrato (artículo 3, capítulo II de Roma I sobre libertad de elección). Esto en el ámbito de los *trusts* es compatible con la legislación y jurisprudencia norteamericana sobre *trusts* y el Convenio de la Haya sobre *trusts*. En ausencia de tal elección, Roma I establece unos puntos de conexión dependiendo del tipo de contrato. El contrato de prestación de servicios, por ejemplo, que puede ser análogo al *trust* de gestión patrimonial, según el artículo 4(1)(b) se rige por el lugar de donde el prestador del servicio (la parte que deba realizar la prestación característica del contrato—el *trustee* gestor, ya sea una persona natural o jurídica) tenga su residencia habitual.

El artículo 19 en el capítulo III de Roma I establece cuál es la residencia habitual. Según el inciso primero, segundo párrafo de dicho artículo, la residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional (como lo haría una persona natural que ejerza de *trustee*) será el lugar del establecimiento principal de dicha persona. Para determinar la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica (cuando el *trustee* sea una persona jurídica), el primer párrafo del inciso primero establece que será el lugar de su administración central. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, dispone el inciso segundo que se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado. La residencia habitual será la determinada, según el tercer inciso del artículo III, en el momento de la celebración del contrato. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a lo anterior, según los incisos 3 y 4 del artículo 4 de Roma I, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos⁹⁸⁵.

⁹⁸⁴ PLENDER, R., *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 1991, p. 78.

Como se verá más adelante, el Convenio de La Haya sobre *trusts* al determinar el Derecho aplicable al *trust* en primer lugar respeta la autonomía de la voluntad del constituyente, pero en ausencia de que el constituyente hubiese elegido el Derecho regulador el Convenio de la Haya remite al Estado con vínculos más estrechos, solución igualmente encontrada para el *trust* en los países anglosajones que lo conocen. Para Estados de la UE que no cuentan con la ratificación del Convenio de La Haya, deben contar con Roma I cuando el *trust* tiene características análogas a un contrato, incluyendo la modalidad del contrato de agencia.

La doctrina española mayoritariamente entiende que como el *trust* está excluido en el inciso 1(g) del Reglamento Roma I, no se puede utilizar por analogía. Aunque ha habido argumentos para su utilización por analogía con el artículo 19(2) *sensu contrario*⁹⁸⁶, algunos entienden que resulta difícil la aplicación analógica de Roma I y concluyen que debe aplicar la norma conflictual local sobre las relaciones contractuales del artículo 10.5 del CC español⁹⁸⁷. Dicho artículo como hemos visto provee una escala de puntos de conexión como la nacionalidad común, residencia habitual común, o la ley del lugar de celebración del contrato. Una vez designada la ley aplicable se procede de acuerdo a ese Derecho, el cual si conoce la figura no presentaría grandes problemas de distorsión. Esta calificación contractual que ofrece el CC español, sin embargo, se reconoce en la doctrina que no siempre conduce a la designación de un Estado cuyo Derecho conoce la institución, lo cual resulta contraproducente⁹⁸⁸. Utilizando los criterios de Roma I se pudieran evitar las dificultades que han pasado los tribunales continentales con los litigios en materia

⁹⁸⁵ El ámbito de la ley aplicable bajo el artículo 12 (1) de Roma I, *la lex causae* determina la interpretación (apartado a), cumplimiento de las obligaciones que genere (apartado b), las consecuencias del incumplimiento total o parcial de esas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas (apartado c), modos de extinción, prescripción o caducidad (apartado d), las consecuencias de la nulidad del contrato (apartado e). El inciso 2 del artículo 12 toca las modalidades del cumplimiento y las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, a tenor con la ley del país donde tenga el lugar el cumplimiento.

⁹⁸⁶ GONZALEZ BEILFUSS, *supra.*, p. 79, citando a BORRAS, A., «Les orders plurilegislatifs dans le Droit international privé actuel», *Recueil de La Haya*, 1994-V, pp. 171-173 y 304, y otros.

⁹⁸⁷ *Id.*

⁹⁸⁸ GONZALEZ BEILFUSS, *supra.*, p. 75.

de *trusts*.

5.3.2. Reglamento número 864 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 11 de julio de 2007 relativo la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

El Reglamento Roma II, en su artículo 1 sobre ámbito de aplicación excluye las obligaciones extracontractuales que se deriven de las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios de un *trust* creado de manera **voluntaria, los *trusts* expresos**⁹⁸⁹. Cuando se aprobó el Reglamento Roma II, se puso la exclusión a los *trusts* expresos para mantener consistencia con el Convenio de La Haya⁹⁹⁰ y a nuestro entender partiendo de la premisa de que el Convenio habría de brindar las soluciones adecuadas y que tendría mayor acogida.

Bajo el Convenio de La Haya, el Derecho regulador del *trust* aplicaría a los *trusts* creados voluntariamente. Los asuntos de responsabilidad extracontractual derivados de la relación interna del *trust* se regirán, según dispone el artículo 11(3)(d),⁹⁹¹ al amparo del derecho regulador del *trust*. Independientemente de que

⁹⁸⁹ *A sensu contrario*, los *trusts* que se crean bajo el Derecho de jurisdicciones consuetudinarias para resarcir un daño o enriquecimiento injusto (*i. e. constructive trusts*) deben estar cubiertos por Roma II, a menos que el Tribunal competente sea un Estado parte en el Convenio de La Haya que haya optado por incluir este tipo de *trusts*, pues en general, el Convenio de La Haya sólo aplica a *trusts* creados voluntariamente, pero el artículo 20 permite a los Estados declarar que el Convenio se extiende a los *trusts* creados por decisión judicial.

HUBER indica lo siguiente sobre este particular: *Trusts created by operation of law or by judicial decision are not within the scope of the exception and are therefore governed by the Rome Regulations (sic)*. HUBER, P., ed., *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 50-51.

⁹⁹⁰ Informe WALLIS sobre la propuesta para reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (COM (2003) 0427-C500338/2003-2003/0168 (COD)). En dicho informe sobre Roma II, se indica la justificación para la enmienda del inciso e) a las obligaciones extracontractuales entre los fideicomitentes, fiduciarios y fideicomisarios **creados de manera voluntaria** (énfasis en el texto original):

La segunda parte relativa a los fideicomisos pretende garantizar una mayor coherencia con el Convenio de La Haya de 1985 sobre el reconocimiento de fideicomisos y evitar que surjan dificultades o confusiones del empleo del fideicomiso en las jurisdicciones consuetudinarias como instrumento para tratar situaciones como el enriquecimiento sin causa

Texto en inglés:

Justification. The second limb relating to trusts is designed to ensure greater consistency with the 1985 Hague Convention on recognition of trusts and to avoid difficulty or confusion arising from the employment of the trust in common-law jurisdictions as a device for dealing with situations such as unjust enrichment

⁹⁹¹ Dicho artículo reza: En la medida en que la ley aplicable al *trust* así lo exija o establezca, este reconocimiento implicará en particular que se podrán reivindicar los bienes del *trust* en caso de que el *trustee*, con infracción de las obligaciones derivadas del *trust*, hubiere confundido los bienes del

la solución del Convenio sea o no acertada, el Convenio no ha sido ratificado por muchos de los Estados miembros de la UE. No entendemos por qué no abordó la opción de que aplicara Roma II a estos supuestos en ausencia de aplicación del Convenio. A nuestro entender el legislador de la UE ha dejado una laguna en el Derecho Internacional Privado. Por otro lado, pudiese argumentarse que el artículo 28(2) de Roma II cuando expresa que éste prevalece sobre convenios entre Estados miembros sobre materias reguladas por Roma II da vida al Reglamento en asuntos no cubiertos por el Convenio o que resulten en conflicto.

Independientemente de lo anterior, SCOTT después de exponer las razones del legislador para la exclusión del *trust* en cuanto a la consistencia con el Convenio y evitar confusiones a los países anglosajones, entiende que las reclamaciones por responsabilidad extracontractual dentro de la relación interna pueden caer en el Reglamento Roma II⁹⁹²:

In these circumstances, it seems likely that the legislature meant to include claims between a beneficiary and an unjustly enriched or wrongdoing trustee. (énfasis suplido) *For example, where a defendant receives a mistaken payment, and knows of the payor's mistake, a claim that the defendant holds the payment as trustee for the payor may arise in English law because the defendant's conscience is affected, or because he is unjustly enriched. On either view, the claim arises for reasons other than contract, and should attract the Regulation's [Rome II] application.* (énfasis suplido)

That the claim alleges an obligation to hold assets for another, and is thus proprietary in some sense, should not preclude the Regulation's application. The claim remains dependent upon the defendant's wrongdoing or unjust enrichment, and concerns the obligations that fall upon the defendant as a result. To put the point another way, the trust is a remedy responding to a cause of action based on noncontractual obligations, and thus pursuant to article 15(c)⁹⁹³, its availability is determined by the lex causae. It might be

trust con los suyos personales o hubiere procedido a su enajenación. Sin embargo, los derechos y obligaciones del tercero que ostente la posesión de bienes del *trust* seguirán rigiéndose por la ley que determinen las normas de conflicto del foro.

⁹⁹² SCOTT, Andrew, «The Scope of Non-Contractual Obligations», en *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, AHAM, J, y BINCHY, W., eds., Martinus Nijhoff Pubs., Leiden, Boston, 2009, p. 77.

added that where the relationship in question is one internal to the trust, that relationship likely concerns the trustee's obligations rather than proprietary rights (énfasis suplido). *But, even if a claimant argues that the claim is an equitable proprietary claim rather than one concerning obligations, that claim remains entirely dependent upon a cause of action arising from defendant's* (énfasis en el original) *conduct and based on his* (énfasis en el original) *non-contractual obligations: it ought, in principle, to attract the Regulation's [Rome II] application.*

Para analizar cómo operarían el Convenio de la Haya, Roma I y Roma II nos basaremos en unos supuestos hipotéticos de un demandante beneficiario de un *trust* que se rige por el derecho inglés que desee reivindicar unos bienes sustraídos por el *trustee* en quebrantamiento del *trust*, o cuando éste los traspasa a manos de un tercero ajeno a la relación. Asumiremos para estos propósitos que el foro competente es el español. El tribunal habrá de calificar la reclamación para hallar el derecho aplicable al fondo del litigio.

En el supuesto de una reclamación extracontractual del beneficiario en contra del *trustee*, como «surge de la relación interna», en principio parecería quedar excluido de Roma II. No obstante, como vimos anteriormente, dicha exclusión debería interpretarse restrictivamente y aplicarse solamente cuando el Convenio haya sido ratificado por los Estados miembros sujetos a Roma II o cuando estén en conflicto⁹⁹⁴. La normativa conflictual en el artículo 10 (1) de Roma II sobre enriquecimiento injusto, apunta al derecho que regula la relación, que en nuestro supuesto hipotético sería el Derecho inglés. Este resultado sería adecuado pues además de ser el Derecho que rige la relación, tiene un vínculo estrecho con la reclamación. Más significativo aún, ese derecho es afín a las expectativas de las partes que sus derechos y obligaciones se evalúen conforme a la ley que rige la relación. Como conforme a Roma II (artículo 15, apartado c) el derecho inglés rige la tutela judicial (indemnización solicitada o *the remedy claimed*), el tribunal español tendría que atenerse a ese derecho bajo el que presuntamente se enmarcaría la

⁹⁹³ La *lex causae* regula: «(c) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;» En inglés: (c) «*the existence, the nature and the assessment of damage or the remedy claimed;*»

⁹⁹⁴ Al margen de ello, actuaciones del *trustee* en quebrantamiento del *trust* directamente relacionadas con las obligaciones incurridas deben caer bajo Roma I, según la argumentación esbozada en la sección anterior.

reclamación⁹⁹⁵.

Una reclamación con base en la responsabilidad extracontractual que se deriva de un **hecho dañoso** en perjuicio del beneficiario producto de la **conducta delictiva o culposa** de un **tercero** ajeno a la relación podría enmarcarse o bien bajo el régimen del artículo 4⁹⁹⁶ pues no es una reclamación de naturaleza contractual ni surge de una relación preexistente⁹⁹⁷. El artículo 10 recoge las reclamaciones basadas en enriquecimiento injusto, en los apartados 2-4 caben los supuestos cuando no se dan las circunstancias del primer apartado, que se refiere a la relación existente entre las partes. En estos otros apartados se enmarcaría la reclamación del beneficiario de un *trust* en contra de un tercero ajeno a la relación.

La doctrina, sin embargo, apunta que cuando lo que se reclama es la reivindicación de la propiedad en manos del tercero, la *lex situs* debe desplazar la *lex causae* cuando está en controversia la titularidad de la propiedad. Esta solución es consistente con la que aporta el Convenio de La Haya en el artículo 11(3)(d) que remite esas cuestiones a las normas de DIPr del foro. Cuando son asuntos de derecho de propiedad, Roma II no los cubre, con lo cual aplicaría la norma de

⁹⁹⁵ Bajo el Derecho inglés existe un debate en la doctrina en que la naturaleza del derecho de restitución se ha mezclado con el derecho sobre enriquecimiento injusto y lleva a resultados errados a la hora de calificar. Ver CHONG, A, Choice of Law for Unjust Enrichment/Restitution and the Rome II Regulation, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, Nº 4, oct. 2008, pp. 863-898; TUDSRI, P., «Characterization of Proprietary Restitution in the Conflict of Laws», *Ottawa Law Rev.*, vol 44, 2012-1013, p. 261. También se ha discutido el carácter de la tutela judicial como asunto procesal que tradicionalmente cae bajo la *lex fori*, más se ha descartado aún que en el marco del derecho doméstico. Para propósitos de Roma II la *lex causae* regula esa tutela judicial (artículo 15 (c)).

⁹⁹⁶ Roma II contiene en el artículo 4 (1), una norma general para determinar la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso: la ley del país donde se haya producido el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean, el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, a menos que ambas partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produce el daño, en cuyo caso aplicará el derecho de ese país de residencia común (artículo 4 (2)). El artículo 4 (3) provee que, si de las circunstancias del hecho dañoso se desprende que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto a los anteriores, se aplicará el derecho de ese otro país. Sigue disponiendo dicho inciso e que un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país puede estar basado en una relación preexistente entre las partes, por ejemplo, un contrato, que esté estrechamente vinculado con el hecho dañoso en cuestión.

⁹⁹⁷ Ver SCOTT, A., «The Scope of Non-Contractual Obligations» *op. cit.*

conflicto sobre derecho de propiedad. En el caso del tribunal español, la normativa conflictual sobre derechos de propiedad⁹⁹⁸.

Ya hemos visto según la argumentación sostenida anteriormente, como el Reglamento Roma I debe aplicar a los asuntos de las reclamaciones del tipo contractual que surjan en la relación interna del *trust*. Roma II se diseñó para cubrir los asuntos que enmarcan relaciones extracontractuales, los cuales están fuera de Roma I. Estos dos reglamentos se deben interpretar en conjunto: un Reglamento cubre los aspectos contractuales y el otro lo que no abarcó Roma I: las obligaciones extracontractuales.

En cuanto a reclamaciones de enriquecimiento injusto, incluyendo el pago de lo indebido, cuando la obligación concierne a una relación existente entre las partes, como la derivada de un contrato o un hecho dañoso, estrechamente vinculada a ese enriquecimiento injusto, la ley aplicable será la que regule dicha relación (artículo 10(1)). Cuando la ley aplicable no se pueda determinar con base en los criterios del apartado 1 y las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produce el daño que da lugar al enriquecimiento injusto, aplicará la ley de dicho país o bien la ley en donde se produjo el enriquecimiento injusto. Todas estas opciones incluyen una tercera si las anteriores no funcionan y existe un Estado con vínculos más estrechos, aplicará la ley de dicho Estado.

Si analizamos este particular tomando las normas de Derecho Internacional Privado españolas aplicables a las obligaciones extracontractuales, encontraríamos lo siguiente esbozado en los artículos 9, 10 y 11 del CC español:

9. Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven.

⁹⁹⁸ Artículo 10.

1. La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen.

La misma ley será aplicable a los bienes muebles.

A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino.

La gestión de negocios se regulará por la ley del lugar donde el gestor realice la principal actividad.

En el **enriquecimiento sin causa** se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la **transferencia del valor patrimonial** en favor del enriquecido.

10. La ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción. Sin embargo, se aplicará la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de la ejecución que requieran intervención judicial o administrativa.

11. A la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas.

Cuando se comparan las soluciones del Derecho interno español con las de Roma II, vemos que las locales tienen correspondencia con la materia que pretenden atender, pero al no tener las opciones que ofrece Roma II pueden resultar una «camisa de fuerza» a la hora de buscar el Derecho aplicable a obligaciones extracontractuales. Veremos adelante las calificaciones fraccionadas que se han empleado en la jurisprudencia europea enfrentada con la figura desconocida del *trust* antes del Convenio de La Haya. Esto tiende a demostrar que la calificación analógica para encontrar el Derecho aplicable al *trust* no es siempre la solución más adecuada en la mayoría de los supuestos cuando se desvirtúa la figura de todo su contenido. La utilización de las normas de conflicto bilaterales de forma exclusiva también puede resultar una «camisa de fuerza» que no brindarán solución a los asuntos transfronterizos en todos los casos que envuelven la figura del *trust*. En el capítulo anterior se estudiaron las metodologías estadounidenses de DIPr desde sus comienzos con las reglas bilaterales, la llamada revolución que emplean reglas unilaterales y finalmente una metodología mixta. Se desprende de este análisis que las metodologías continentales que utilizan normas mixtas resultan ser más útiles a la hora de hallar el Derecho aplicable al *trust*, que a su vez son consistentes con la metodología que emplea el Convenio de la Haya sobre el Derecho aplicable al *trust*.

Dentro del campo de la recuperación de la propiedad enajenada en violación al *trust* o el resarcimiento de los daños, el *constructive trust* es uno de los mecanismos más importantes que se utiliza en las jurisdicciones consuetudinarias para hacer valer los derechos de un beneficiario del *trust*⁹⁹⁹. Consideramos importante abundar sobre el Derecho de la restitución desde la perspectiva internacional privatista inglesa. PANAGOPOULOS entiende que las reclamaciones de restitución que surgen de la nulidad o inefectividad de un contrato deben recibir una calificación independiente de la ley reguladora del contrato pues son asuntos lo suficientemente distintos como para necesitar una calificación diferente¹⁰⁰⁰. Como el contrato resultó inexistente, no es lógico aplicar una calificación contractual al asunto de la restitución ni para propósitos del Derecho doméstico ni internacional privado¹⁰⁰¹. Por otro lado, si el contrato era válido, pero se incumplieron sus términos, hubo frustración o liberación del cumplimiento, el argumento sería más sólido para utilizar la ley reguladora del contrato para determinar los derechos de las partes como consecuencia del incumplimiento, frustración o liberación¹⁰⁰². Sin embargo, cuando un contrato válido se anula o una parte es liberada del cumplimiento, las reclamaciones de restitución no surgen *ex contractu*, más bien surgen por operación de ley de manera independiente, aunque el contrato haya sido originalmente válido¹⁰⁰³. Se consideran bajo el Derecho doméstico como reclamaciones de restitución por enriquecimiento injusto, que según su criterio deben ser calificadas de acuerdo a la *lex fori* liberalizada (*enlightened lex fori*) flexibilizando la calificación de la *lex fori*¹⁰⁰⁴. DICEY & MORRIS también entienden que estos tipos de *trusts* deben calificarse dentro del Derecho de la restitución¹⁰⁰⁵.

⁹⁹⁹ LUPOI, M., *Trusts: A Comparative...*, *supra.*, pp. 22-57.

¹⁰⁰⁰ PANAGOPOULOS, *Restitution in Private International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2000, §1.1, pp. 48-53.

¹⁰⁰¹ PANAGOPOULOS, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁰² PANAGOPOULOS, *op. cit.*, p. 53, hace referencia a la reserva que hizo el Reino Unido a la aplicación del artículo 10 (1)(c) del Convenio de Roma por no considerar que la calificación de una reclamación basada en restitución como consecuencia de la nulidad del contrato debía calificarse contractual. Por otra parte, argumenta que la calificación de una reclamación por las consecuencias del incumplimiento o frustración caerían dentro de dicho artículo.

¹⁰⁰³ PANAGOPOULOS, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁰⁴ PANAGOPOULOS, *op. cit.*, p. 54.

Según éstos de los criterios que exponen entienden que la opción (2)(c) sería la más pertinente para cubrir reclamaciones bajo un *constructive trust* aparentemente bajo decisiones como *El Ajou v. Dollar Land Holdings* ¹⁰⁰⁶, aunque el pronunciamiento del Tribunal a favor de la norma correspondiente al Derecho del lugar del enriquecimiento injusto era *obiter dicta* puesto que no se había reclamado la aplicación de un Derecho foráneo.

CHONG también crítica del enfoque de DICEY & MORRIS presenta una tesis contundente en cuanto a que estos *trusts* deben calificarse no enfocando en la categoría jurídica que corresponde a la causa de acción, sino en cuál es la respuesta que el demandante solicita para la creación del *constructive trust*. Estos tipos de *trusts*, al no ser del tipo de *trusts* voluntarios no deben caer bajo las normas conflictuales que se utilizan en el Derecho Internacional Privado de los *trusts*, que son las normas de los contratos. Aboga por que para estos supuestos deben aplicar las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a los traspasos de propiedad. El razonamiento detrás de esta propuesta es que, aunque el tribunal esté actuando bajo la jurisdicción de la *equity* sobre la conciencia del demandado, la sentencia que declara la existencia del *constructive trust* en realidad está afectando la titularidad de una propiedad, declarando que el demandado no es el dueño de la propiedad, sino que detenta el dominio sujeto a los derechos del demandante como beneficiario del *constructive trust*. Reconoce que esta opción no está avalada por la jurisprudencia, pero demuestra que la jurisprudencia que

¹⁰⁰⁵ COLLINS, (gen. ed.), DICEY and MORRIS on the Conflict of Laws, 13 th ed, Sweet & Maxwell, London, 2000, par. 29-003, pp. 1087-8. La normativa que esbozan éstos reza: la regla 200 dispone:

- (1) *The obligation to restore the benefit of an enrichment obtained at another person's expense is governed by the proper law of the obligation;*
- (2) *The proper law of the obligation is (semble) determined as follows:*
 - a. *If the obligation arises in connection with a contract, its proper law is the law applicable to the contract;*
 - b. *If the obligation arises in connection with a transaction involving an immovable (land), its proper law is the law of the country where the immovable is situated (lex situs)*
 - c. *If it arises in other circumstances, its proper law is the law of the country where the enrichment occurs.*

¹⁰⁰⁶ [1993] 3 All ER 717. Además, *Chase Manhattan Bank v. Israel-British Bank (London) Ltd*, [1981] Ch 105, donde el asunto que tenía que resolver el Tribunal era si el Derecho en la *equity* de rastrear o reclamar el dinero pagado por error era de naturaleza sustantiva o procesal y las partes habían pactado a Nueva York como el Derecho regulador.

aparentemente apoya la tesis del enriquecimiento injusto a regirse por el Derecho regulador no es convincente ni apropiado aplicarla en esos casos.

En cuanto a los *constructive trusts*, hay otras posibilidades para hallar el Derecho regulador. Una es aplicar el Convenio de la Haya y utilizar el Derecho regulador del *trust* para resolver asuntos de un *constructive trust*. En primer lugar, estos *trusts* no están cubiertos por el Convenio de la Haya. Aunque lo estuvieran o el Estado hubiese optado por incluirlos, el Derecho regulador del *trust*, fundamentado en la autonomía de la voluntad del constituyente, estos *trusts* no surgen de la voluntad de un constituyente, sino por operación de ley como respuesta a unos supuestos que no son resultado de intenciones manifiestas de crearlos. Por ello el Derecho regulador del *trust* no es la mejor alternativa para regir estos asuntos donde la autonomía es menos importante frente a la posibilidad de la intervención de terceros reivindicando derechos de naturaleza propietaria.

Por otra parte, se han visto los asuntos de *constructive trusts* como aspectos procesales que persiguen brindar la tutela judicial y por ello deben abordarse de acuerdo a las normas de la *lex fori* «ilustrada» (*enlightened lex fori*). Esta tampoco es una vía adecuada pues una reclamación bajo un *trust* no debe considerarse de naturaleza procesal. En el caso de *Chase Manhattan Bank v. Israel-British Bank (London) Ltd*¹⁰⁰⁷ el tribunal rechazó el argumento de que como el *constructive trust* es una medida tutelar (*remedial measure*) debiera considerarse de naturaleza procesal sujeto a la *lex fori*. Se decidió que la imposición de un *constructive trust* era un asunto de derecho sustantivo regulado por el Derecho de Nueva York y no bajo el Derecho del foro inglés. La naturaleza tutelar de un *constructive trust* está supeditada a la reclamación en sí además de que no todos los asuntos de tutela judicial son puramente de naturaleza procesal, sino que sirven para reivindicar derechos sustantivos¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁷ [1981] Ch 105.

¹⁰⁰⁸ CHONG, A., «The Common Law Choice of Law Rules for Resulting and Constructive Trusts», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 855-884.

- 5.3.3. Reglamento número 650 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 4 de julio de 2012 relativo la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento sucesorio).

El Reglamento sucesorio de la Unión Europea¹⁰⁰⁹ en el caso de España sustituye el artículo 9.8 del CC español y al homólogo correspondiente en los Estados miembros de la Unión Europea que lo hayan aceptado¹⁰¹⁰. Este Reglamento se aplica a los *trusts* creados por testamento, pero solamente en cuanto a la ley aplicable a la cesión de los bienes y las cuotas hereditarias de los beneficiarios.

Igual que los demás Reglamentos de la Unión Europea el Reglamento sucesorio excluye del ámbito de aplicación el estado civil y la capacidad de las personas físicas. El artículo 26, sin embargo, cubre los asuntos de la capacidad del testador para disponer de su propiedad *mortis causa*. Por lo tanto, la capacidad del constituyente de disponer de su propiedad a través de un *trust mortis causa* se rige por la *lex successionis*. Por su parte el artículo 23 del mismo Reglamento dispone que la ley aplicable al asunto de la capacidad de suceder se rige por la misma ley que rige la sucesión, aunque esta ley no sea de un Estado miembro. En ese contexto la capacidad del *trustee* para recibir *mortis causa* bienes del testador a través de un *trust*, debe regirse también por la misma ley que regula su sucesión.

Por virtud del artículo 21(1) la regla general para determinar la ley aplicable a la totalidad de la sucesión, ha de ser el Derecho de la residencia habitual del causante al momento de su fallecimiento. De forma excepcional, si resultase claramente de todas las circunstancias del caso que el causante al momento del fallecimiento tenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto a su residencia habitual, aplicará la ley de ese Estado.

¹⁰⁰⁹ UE N° 650/2012 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos den material de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, entró en vigor el 15 de agosto de 2015.

¹⁰¹⁰ El Reino Unido está excluido de este reglamento.

Por otro lado, el artículo 22 ofrece una elección al testador para designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Si posee varias nacionalidades puede escoger una de ellas. Este Reglamento se aplica a los Estados miembros excepto Dinamarca, Reino Unido e Irlanda que no optaron por acogerse al mismo. Testadores extranjeros que residan en países como España, cuyo Derecho Internacional Privado sobre sucesiones, artículo 9.8, remite al Estado de la nacionalidad del constituyente, deberán revisar sus testamentos para asegurarse que la sucesión continúa rigiéndose por su ley nacional evitando que la sucesión se rija por el Derecho al que el Reglamento sucesorio remite en ausencia de elección, la residencia habitual¹⁰¹¹.

En cuanto a los *trusts inter vivos*, el artículo 1 (g) excluye los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga. Esta exclusión va dirigida a los mencionados *will substitutes*, que en la práctica incluyen los *trusts inter vivos*, aunque no se mencionen en la lista. Por otra parte, también ese Reglamento excluye la creación, administración y disolución de *trusts*. Siendo un Reglamento que opera para regular las disposiciones *mortis causa*, no es objetable que no cubra la creación, administración o disolución de los *trusts inter vivos*, los cuales, como vimos anteriormente en la argumentación planteada, pueden ser atendidos por los Reglamentos de Roma I y de Roma II y en el caso de ser aplicable, el Convenio de La Haya. Los *trusts* creados *mortis causa* deben operar bajo su Derecho regulador independientemente del testamento bajo el que se hubiesen establecido.

Esta disposición del artículo 1(g) también va dirigida a las disposiciones sobre las liberalidades hechas *inter vivos* que están sujetas a colación (*claw back*), que son contempladas en muchos ordenamientos jurídicos como España, pero no así en

¹⁰¹¹ Ver CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. C., «Reglamento sucesorio europeo y la residencia habitual del causante», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, No 1, 2016, pp. 47-75.

los países anglosajones. La *lex successionis* va a determinar si estas liberalidades que tengan por efecto la adquisición de un Derecho real *inter vivos* deberán ser reintegrados o tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de las cuotas hereditarias de los beneficiarios según la ley aplicable a la sucesión. Por no estar de acuerdo con el efecto de la institución de la colación, el Reino Unido objetó por temor a que afectara el tráfico jurídico inglés particularmente en cuanto a liberalidades efectuadas en un país que tiene una tradición cultural de liberalidades bien arraigada, además de valorar la libertad de testar sin sujetarla a las limitaciones de legítimas¹⁰¹².

El Reglamento sucesorio permite la creación de o transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión. No obstante, no debe afectar al número limitado (*numerus clausus*) de Derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros (considerando número 15). No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un Derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su ordenamiento jurídico desconoce ese Derecho. En el capítulo que cubre el Convenio de La Haya sobre *trusts* veremos que allí no se pretende añadir el *trust* al Derecho interno de un Estado que desconozca la figura.

Por otra parte, el Reglamento sucesorio en el artículo 31 dispone que para permitir que los beneficiarios en un Estado miembro disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante sucesión, el Reglamento prevé la adaptación de un Derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese otro Estado miembro. En el contexto de la adaptación se deben tener en cuenta los objetivos e intereses que persiga el Derecho real de que se trate y los efectos pretendidos. A fin de

¹⁰¹² Hay que señalar que los países anglosajones sí tienen disposiciones que protegen al cónyuge supérstite en cuanto les permiten elegir una cuota de la herencia. Sin embargo, la tradición en esos países es dejar la herencia al cónyuge supérstite o a entidades benéficas, lo cual choca con la institución de las legítimas del entorno civilista. La eliminación de la dicotomía del domicilio del testador para regular la sucesión de los bienes muebles y la tradicional *lex rei sitae* para a de los inmuebles recibió severas críticas de SCHOENBLUM en cuanto al Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la sucesión del 1 de agosto de 1989. Entiende, por ejemplo, que es un error desplazar los intereses del Estado de ubicación de la propiedad inmueble que siempre ha sido considerado el más interesado en los asuntos que repercuten sobre su territorio. Ver *Multistate and Multinational Estate Planning, supra.*, §15.07.

determinar el derecho real equivalente más cercano del Derecho nacional, se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuya ley se haya aplicado a la sucesión para obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese Derecho. Podrá recurrirse a las redes existentes en el ámbito de la cooperación jurídica en materia civil, así como a cualesquiera otros medios disponibles que faciliten la comprensión de la ley extranjera. La adaptación descrita en el Reglamento sucesorio no debe excluir otras formas de adaptación en el contexto de aplicación del Reglamento.

III. El problema de las calificaciones por desconocimiento de la figura jurídica en la búsqueda del Derecho regulador.

5.4.0. Introducción

La metodología tradicional del Derecho Internacional Privado, tanto estadounidense como continental consiste en tres etapas. La primera es determinar la categoría jurídica en que encaja la controversia. Una vez determinada la categoría, se localiza el Derecho aplicable con base al factor conector que suplen las reglas de Derecho Internacional Privado del foro: por ejemplo, el lugar de la ocurrencia del daño, el lugar de la celebración del contrato, el país de nacionalidad, el lugar de la celebración del matrimonio, entre otros. La última etapa consiste en determinar el contenido del Derecho aplicable localizado para determinar cuánto de ese Derecho es relevante al asunto, si hay excepciones, y si no las hay, aplicar el Derecho localizado. Como se ha visto en el capítulo anterior, los mecanismos de escape—orden público, leyes imperativas, renvío, entre otros, operan en esta etapa para sustituir el Derecho aplicable generalmente por el Derecho del foro.

Así dicho parecería un ejercicio simple. No lo es pues se le conoce como el «problema o conflicto de las calificaciones», frase empleada por primera vez por KAHN y BARTIN, en 1891 y 1897, respectiva e independientemente uno del otro¹⁰¹³. Pueden surgir interrogantes al determinar la categoría jurídica o en la

¹⁰¹³ LORENZEN, E.G., «Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws», *Yale Law Journal*, vol. 50, 1941, p. 742.

etapa de la determinación de los hechos pertinentes del factor conector, o en ambos, y algunos entienden que no es un problema exclusivo del Derecho Internacional Privado, más aún cuando es un ejercicio que se hace hasta inadvertidamente al aplicar el Derecho doméstico en controversias puramente locales. Lo explica el *Restatement Second, Conflicts* como sigue:

*Two aspects of characterization. Characterization is an integral part of legal thinking. In essence, it involves two things: (1) classification of a given factual situation under the appropriate legal categories and specific rules of law; and (2) definition or interpretation of the terms employed in the legal categories and rules of law. The factual situation must be classified to determine under what legal categories and rules of law it belongs. Likewise, the terms employed in the legal categories and rules of law must be interpreted in order that the factual situation may be placed under the appropriate categories and that the rules of law may be properly applied*¹⁰¹⁴.

El asunto es más complicado en el Derecho Internacional Privado pues se enfrenta a diferencias entre distintos derechos—local, municipal o foráneo—pero la distinción entre lo que es Derecho o cuestiones de hecho se confunde. Por ejemplo, si en un Estado el Derecho extranjero se considera una cuestión de hecho evidenciaria, mientras que otro Estado lo considera una de Derecho, si el asunto se considera una cuestión de Derecho o hecho, esto en sí es materia de calificación de hallar el significado del concepto o categoría en controversia. En el proceso de calificación se delimita el alcance, significado, distinguiendo las categorías analizadas. Como la distinción entre lo que es Derecho o hecho no existe al momento de enfrentar el análisis, surgirá mediante el proceso de calificación como resultado de una delimitación conceptual de la controversia de Derecho Internacional Privado en cuestión, para que los asuntos jurídicos ya calificados surjan como conceptos singulares en vez de intermezclados.

En el Derecho Internacional Privado tradicional, considerado bilateral¹⁰¹⁵, el proceso de calificación se hace al principio al analizar la regla pertinente. Esta

¹⁰¹⁴ *Restatement Second, Conflicts* § 7.

¹⁰¹⁵ Método que postula reglas de DIPr *a priori* que designan asuntos que caen dentro del alcance del Derecho doméstico o el foráneo. SYMEONODES, S. C., *Conflict of laws, American, Comparative, International...*, SYMEONIDES, *op.cit.*, p. 9.

metodología pone en paridad el Derecho doméstico con el foráneo y favorece la uniformidad de decisiones disminuyendo el *forum shopping*, al buscar resultados uniformes. Además, esta metodología favorece la predicibilidad, pero los tribunales se ven envueltos en la disyuntiva de aplicar una norma abstracta obligada que en muchos casos capta solamente una parte de los hechos relevantes, produciendo resultados arbitrarios.

En las metodologías «modernas», consideradas unilaterales, vistas en el capítulo anterior-- *i. e.* agrupación de contactos, centro de gravedad, equilibrio de intereses--, no delimitan hasta que termina el proceso de adjudicación ¹⁰¹⁶. Se puede pensar que estas metodologías eliminan el problema de la calificación porque no cuentan con reglas *a priori* y sus correspondientes categorías jurídicas, lo que en principio favorece que el Derecho aplicable refleje mejor los asuntos pertinentes. No obstante, esa aparente simplificación viene con la pérdida de predicibilidad. Por otra parte, no es correcto decir que se elimina el problema de la calificación, puesto que al enfocar el análisis en los «derechos en conflicto» sin aplicar reglas formales de DIPr, enfocando el contenido sustantivo de estos derechos, necesariamente habría que determinar como cuestión de hecho, que existe un conflicto real o uno falso¹⁰¹⁷. De existir un conflicto real, ambos derechos contienen asuntos de interés público y es menester determinar cuál de estos intereses quedará desplazado, lo que va a requerir el proceso de calificación para encontrar el Derecho que debe aplicar y cuál quedará desplazado.

Independientemente de la metodología pertinente, el problema de la calificación persistirá en el contexto de cuestiones previas como por ejemplo si el asunto es procesal o de Derecho sustantivo, o en la determinación de si el conflicto entre derechos es real o falso. Puesto que muchas de las categorías bajo análisis no se definen en términos idénticos en todos los Estados, o si una ley concreta califica en

¹⁰¹⁶ Esta metodología enfoca el asunto desde otro ángulo; en el Derecho de ambos Estados en juego y trata de determinar si el asunto en controversia cae dentro del alcance pretendido de uno u otro Derecho. SYMEONIDES. *Id.* El proponente de esta metodología utilizada en el continente europeo fue el romanista SAVIGNY, que se enfocaba en las disputas o relaciones jurídicas y procuraba identificar el Estado donde cada relación tuviese su «sede» o a que Estado le pertenecía la competencia legislativa. Ver nota 614, *supra.*, citando SYMEONIDES, *id.*, p. 13.

¹⁰¹⁷ Ver § 4.1.4, *supra.*

su contenido como de interés público, variará entre los Estados, la calificación es inevitable.

Aún en los Estados donde se ha incorporado alguna metodología moderna no han eliminado las categorías jurídicas y reglas de DIPr concretas. En el *Restatement Second, Conflicts* se conservan categorías jurídicas tradicionales para enmarcar las controversias jurídicas, particularmente en el ámbito de los derechos reales, derechos de familia, derechos hereditarios y del régimen matrimonial, a pesar de que mayormente incorpora las metodologías modernas que enfocan en el Derecho sustantivo y los intereses envueltos.

En la etapa de escoger el Derecho aplicable, la calificación primaria, aunque no se haya escogido el Derecho que regulará la relación jurídica, el juzgador se enfrenta con una relación establecida con la complicación del elemento foráneo utilizando conceptos encontrados, por ejemplo, dentro del alcance del conector provisto por la norma de conflicto del foro, o en el acuerdo de las partes, cuya relevancia debe evaluarse y establecerse. En la segunda etapa, una vez hallado el Derecho aplicable, la calificación secundaria es inevitable para entender el contenido de este derecho foráneo regulador.

El problema de las calificaciones, según GRAVESON, surge de cinco factores: el mismo término jurídico recibe distintos significados en distintos Estados¹⁰¹⁸; un mismo problema jurídico puede estar enmarcado en distintas categorías en cada sistema jurídico; distintos sistemas jurídicos emplean distintas combinaciones de hechos que constituirán la base fáctica para conceptos jurídicos y reglas similares; distintos sistemas jurídicos utilizan distinta metodología para llegar al mismo resultado; o distintos Estados contienen conceptos desconocidos para uno o ambos sistemas¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ El ejemplo clásico es la definición de lo que se considera bienes muebles/inmuebles o *real/personal property*. Si de acuerdo a la *lex fori* el bien es mueble, pero el derecho al que apunta la norma, *la lex causae*, lo entiende como inmueble.

¹⁰¹⁹ GRAVESON, R. H., «Conflict of Laws. Private International Law», *Revue internationale de droit compare*, vol. 27, no. 1, 1975.

Como cuestión previa en asuntos transfronterizos se aborda la interrogante de que ordenamiento jurídico controlará el proceso de calificación. Se han desarrollado tres teorías principales para abordar el problema de las calificaciones: la calificación conforme a la *lex fori*; la calificación conforme a la *lex causae* (el Estado con la conexión más estrecha con la relación jurídica); la calificación con base al Derecho comparado brindando a los términos de las reglas un significado autónomo y universal, independientemente de lo que disponga la *lex fori* o la *lex causae*; una calificación mixta abogada por ROBERTSON¹⁰²⁰, donde se utilizan las categorías de la *lex fori* para determinar cual es la norma de DIPr del foro que aplica para identificar la *lex causae* y aplicar las categorías de la *lex causae* para delimitar el alcance de ésta. Otra teoría, de FALCONBRIDGE¹⁰²¹, es comenzar con las categorías del foro, pero también considerar las categorías de cualquier Derecho potencialmente aplicable.

La calificación conforme a la *lex fori* fue propuesta inicialmente por KAHN y BARTIN¹⁰²². No hay disputa en que el Derecho Internacional Privado no es Derecho Internacional en el sentido del Derecho de las naciones o el Derecho Internacional Público, sino que es parte del sistema jurídico del Estado donde radica el foro judicial que atiende el asunto, la *lex fori*. Las reglas de Derecho Internacional Privado son de origen nacional cuya fuente proviene de la legislatura, la jurisprudencia, la doctrina y al ser parte integral de un sistema jurídico están sujetas a la jerarquía de las fuentes, normalmente a la Constitución. Además de la fuente nacional de estas normas, están las que provienen de la cooperación internacional entre varios Estados para resolver disputas y problemas jurídicos de carácter internacional, como son las normas adoptadas por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, que actualmente ha producido 40 conferencias de

¹⁰²⁰ ROBERTSON, A.H., *Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard Univ. Press, Cambridge, xxix, 1940, p. 301.

¹⁰²¹ FALCONBRIDGE, «Characterization in the Conflict of Laws», vol. 53, *Law Quarterly Rev.*, 1937, p. 235.

¹⁰²² KAHN, *Gesetzeskollisionen: ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, 1891; BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, Clunet, 1897; Ver PASCAL, «Characterization as an Approach to the Conflict of Laws», *Louisiana Law Rev.*, vol. 2, 1940, p. 715.

diversos temas de Derecho conflictual, ratificadas por distintos Estados miembros. La Unión Europea también ha producido directrices y reglamentación de Derecho Internacional Privado, que suplanta la normativa nacional y configura un poderoso Derecho Internacional Privado de la Unión Europea.

La doctrina, en términos generales, así como los tribunales de la mayoría de los países prefieren calificar los asuntos jurídicos conforme a la *lex fori*, aunque con ciertas reservas y excepciones¹⁰²³. Las reglas de Derecho Internacional Privado se establecen primordialmente para satisfacer los intereses del foro. Es de interés primordial para el foro asegurar que en los asuntos con elementos internacionales se llegue a soluciones justas, adecuadas y razonables, para crear un andamiaje jurídico que conduzca a conservar relaciones familiares estables y funcionales, la fidelidad en los contratos y brindar compensación razonable de las víctimas de daños y perjuicios. Calificar conforme al Derecho del foro parece la solución obvia considerando que la calificación es el proceso de interpretación de la normativa conflictual del foro, según aprobadas por el legislador o juez, que deben estar limitados en su proceso de interpretación sólo la letra de la regla y sus propósitos, además de otros principios de interpretación aceptados en el foro¹⁰²⁴. No obstante, no se justifica que siempre se califique conforme a la *lex fori* pues el legislador no siempre tiene la intención de que los términos definiendo el alcance en una categoría jurídica de la una regla conflictual se entienda que acarrea el mismo significado que tiene en el Derecho sustantivo doméstico, pues en su interpretación se debe tomar en consideración el contexto internacional y el hecho de que la norma conflictual tiene un propósito concreto que difiere en función de las disposiciones de Derecho sustantivo del foro¹⁰²⁵.

Otra crítica del empleo de la *lex fori* es que restringe los intentos de unificar el Derecho Internacional Privado y se asocia a la falta de certeza, puesto que al momento de crearse una relación jurídica las partes no sabrán exactamente cuál

¹⁰²³ YASSEEN, M.F., *id.*, pp 438-446.

¹⁰²⁴ PHILLIP, A., «General Course on Private International Law», *Recueil des Cours*, vol. 160, 1978, pp. 20-21, 39.

¹⁰²⁵ YASSEEN, M.F., *op. cit.*, 443-444.

será su derecho regulador, salvo que se haya pactado. LORENZEN apoya la calificación conforme al Derecho interno del foro puesto que un tribunal solamente puede utilizar los conceptos del derecho doméstico, salvo que conozca los conceptos e instituciones del Derecho foráneo¹⁰²⁶. No obstante, entiende que la calificación secundaria debe ser conforme al derecho regulador.

Los problemas de la calificación se agudizan particularmente cuando la calificación conforme a la *lex fori* envuelve figuras jurídicas desconocidas en el foro¹⁰²⁷. El *mahr* islámico-- una suma monetaria que el novio aporta en el contrato de matrimonio para la esposa—se pudiera interpretar dentro del ámbito de la norma conflictual sobre manutención, ampliando así el concepto de manutención del concepto en el Derecho de familia del foro; pudiese tratarse el *mahr* dentro de la categoría del régimen matrimonial, ampliando así también el concepto manutención que ordinariamente se conoce en un Estado no islámico; y también cabe la calificación del asunto dentro de la categoría del contrato, o si la esposa reclama el *mahr* después de fallecido su esposo, como dentro del derecho que regula la sucesión¹⁰²⁸.

La calificación conforme a la *lex causae*, propuesta por WOLF¹⁰²⁹, entre otros, se basa en la premisa de que toda norma jurídica se califica de acuerdo a la totalidad del ordenamiento jurídico al que pertenece, aquel sistema jurídico más próximo. Implica que una controversia debe calificarse como dentro de una categoría si bajo el Derecho regulador se considera dentro de esa categoría. La manera de calificar se entiende que forma parte de cómo un ordenamiento jurídico entiende una controversia o asunto. La crítica principal es la trampa circular de que una relación jurídica no puede calificarse por la *lex causae* si todavía no se ha determinado cuál

¹⁰²⁶ LORENZEN, E.G., «Qualification, Classification...», *op. cit.*, p. 761.

¹⁰²⁷ *Id.*, p 447.

¹⁰²⁸ Sentencia del Tribunal federal alemán de 28 de enero de 1987, ver JAYME, E., «Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des cours*, vol. 251, 1995, pp. 114-115.

¹⁰²⁹ *French law classifies French legal rules, Italian law Italian rules, and an English court examining the applicability of French rules will have to take the French classification into consideration.* WOLFF, M., *Private International Law*, 2d ed., Oxford, 1950, 54-155.

es. En la etapa de la calificación primaria todavía se desconoce el Derecho regulador, lo que se empeora si el asunto tiene proximidad con varios Estados. Hay consenso en la doctrina de que la calificación de conceptos de la *lex causae* una vez seleccionada, se hace conforme a el derecho regulador.

La llamada calificación autónoma, abogada por RABEL¹⁰³⁰, se considera adecuada para las necesidades de un mundo globalizado y es bien relevante en los acuerdos de cooperación internacional como los convenios internacionales, así como lo son las normas uniformes dentro de la normativa europea de DIPr. Esta calificación reconoce que los conceptos jurídicos que aparecen en las reglas de DIPr no tienen el mismo peso que estos conceptos en el Derecho sustantivo doméstico puesto que las normas de DIPr se relacionan con la necesidad de brindar una calificación adecuada a instituciones jurídicas de distintos Estados. Se obtiene esta calificación generalizando los conceptos de varios sistemas jurídicos foráneos, todo producto del Derecho comparado. El alcance de esta normativa conflictual se expresa de conceptos jurídicos generalizados comunes a distintos ordenamientos jurídicos. Los críticos de esta teoría sostienen que en algunas situaciones será difícil encontrar el denominador común o la dificultad de emprender en una investigación que abarque en el Derecho comparado cada vez que un operador jurídico se enfrenta a un problema de esta naturaleza¹⁰³¹.

5.4.1. Calificaciones con respecto a los *trusts*

Por el principio de *non licet* los jueces de un foro que desconoce la figura del *trust* están obligados a resolver controversias que envuelvan un *trust* si previamente han resultado competentes en virtud de las normas de competencia judicial internacional¹⁰³². Dentro de la disciplina internacional privatista en lo que concierne

¹⁰³⁰ RABEL, E., «Das Problem der Qualifikation». *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1931, p. 283.

¹⁰³¹ YASSEEN, M. F., «Principes généraux de droit international privé», *Recueil des Cours*, vol.116, 1965, pp.448-450.

¹⁰³² GONZALEZ BEILFUS, C, *supra.*, p. 66, citando el Artículo 1.7 del CC español, que dispone que los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

a este trabajo resalta la problemática de la aplicación del Derecho extranjero en un país que desconoce la figura. El *trust* anglosajón es un reto precisamente porque en los propios países de raíces anglosajonas que dieron su origen al *trust*, no definen esta figura; más bien la describen. Ello dificulta el ejercicio de Derecho internacional privado de subsumir el *trust* en una categoría concreta. Ejemplo de ello es que en la sección de definiciones del *Uniform Trust Code* (en lo adelante, el “UTC”) -- texto jurídico que sirve de modelo para los Estados estadounidenses que opten por adoptarlo en su legislación—no hay una definición del *trust*¹⁰³³. Se puede deducir su naturaleza y funciones por medio de las definiciones de lo que es un *settlor*¹⁰³⁴, el beneficiario¹⁰³⁵, el fiduciario o *trustee*¹⁰³⁶ y las amplias facultades y funciones del *trustee* sobre la propiedad del *trust*. No obstante la falta de definición, el UTC incorpora por referencia el Derecho común de *trusts* y los principios de la *Equity*, salvo que hayan sido modificados por el UTC o legislación del Estado concreto¹⁰³⁷.

Por su parte, la tercera reformulación del Derecho estadounidense de *trusts* (*Restatement Third, Trusts*) norteamericana lo describe como una relación fiduciaria sobre propiedad, cuya relación surge de la manifestación de la intención de crear dicha relación y que sujeta al titular a unas obligaciones o deberes de manejar la propiedad en beneficio de una causa caritativa o de una o más personas, donde al menos una de éstas no es el único *trustee*¹⁰³⁸. Vistos los componentes

¹⁰³³ *Uniform Trust Code*, § 103, revisión de 2005. Ver capítulo 2, § 2.1, *supra*.

¹⁰³⁴ (14) «*Settlor*» means a person, including a testator, who creates, or contributes property to, a trust. If more than one person creates or contributes property to a trust, each person is a settlor of the portion of the trust property attributable to that person's contribution except to the extent another person has the power to revoke or withdraw that portion. *Id.* §103(14).

¹⁰³⁵ (3) «*Beneficiary*» means a person that: (A) has a present or future beneficial interest in a trust, vested or contingent; or (B) in a capacity other than that of trustee, holds a power of appointment over trust property.

¹⁰³⁶ El término *trustee* no está siquiera definido: (19) «*trustee*» includes an original, additional, and successor trustee, and a cotrustee. *Id.* § 103 (19)

¹⁰³⁷ SECTION 106. COMMON LAW OF TRUSTS; PRINCIPLES OF EQUITY. The common law of trusts and principles of equity supplement this [Code], except to the extent modified by this [Code] or another statute of this State.

¹⁰³⁸ Traducción nuestra, ver nota 159, *supra*.

del *trust*, sus funciones de administración y la segregación del patrimonio, si tomamos a España como referente de un país que desconoce la figura podríamos afirmar que no hay parangón idóneo en el ordenamiento español¹⁰³⁹, particularmente en vista de que el *trust* es una figura multifuncional.

Una de las principales funciones del Derecho Internacional Privado es determinar el Derecho regulador de la relación jurídica en controversias con elemento internacional. Este ejercicio se complica en los países que desconocen la figura objeto de la controversia pues no cuentan con normas de Derecho Internacional Privado para guiar a sus tribunales en el proceso de la calificación primaria y buscar cuál es la norma aplicable del Derecho Internacional Privado del foro para determinar la ley nacional que regirá el asunto. Al encontrar un vacío jurídico, estos países proceden a la metodología tradicional de la calificación funcional con el fin de que una vez engranada la figura desconocida dentro de una figura análoga conocida de su Derecho interno, puedan hacer uso de las normas de Derecho internacional privado que apliquen a la figura así conocida. Veremos las complicaciones que surgen de este ejercicio, que en muchos casos se desvirtúa la figura en cuestión con las consabidas consecuencias negativas e inesperadas por las partes envueltas en la controversia. Esto ocurre principalmente, a nuestro entender, cuando la calificación se hace conforme a las normas de Derecho Internacional Privado del foro en situaciones donde la remisión sea inadecuada. Es

¹⁰³⁹ Hay que mencionar la ley que establece en España el régimen del patrimonio de discapacitados, núm. 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Mediante la Ley 25/2010 de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia, el título II, capítulo VII incorpora al Derecho catalán la figura del patrimonio protegido, que conlleva la afectación de bienes aportados a título gratuito por la persona constituyente, así como de sus rendimientos y bienes subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona afectada por discapacidad psíquica o física de una cierta gravedad o por una situación de dependencia igualmente severa. Señala la exposición de motivos que pese a los beneficios fiscales establecidos por la legislación estatal, los casos en que familias catalanas que han utilizado este instrumento son pocos, por lo cual con el objetivo de ofrecer una protección patrimonial a la persona beneficiaria, se afecta el patrimonio protegido a esta finalidad y dicho patrimonio no responde de las obligaciones de la persona beneficiaria, ni tampoco de las de la persona constituyente o de quien hizo aportaciones, sino que únicamente queda vinculado por las obligaciones contraídas por el administrador para atender a las necesidades vitales de la persona protegida. Como complemento de esta figura, se diseñó el régimen de administración y de supervisión de la actividad del administrador sobre el patrimonio protegido y se crea y regula el Registro de patrimonios protegidos.

por ello que la metodología a emplear no ha de ser la exclusiva conforme a la *lex fori*.

Las alternativas que cita la doctrina como disponible a los Estados que desconocen la institución son tres: 1) no reconocer la institución desconocida; 2) adaptar o transponer el *trust* a instituciones del Derecho interno; o 3) insertar la categoría del *trust* en el Derecho internacional privado de los Estados que desconocen la institución y a partir de ahí establecer un tratamiento autónomo, cuya metodología ha sido la escogida por el Convenio de La Haya de la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento (el Convenio), que veremos más adelante¹⁰⁴⁰.

La primera opción, el no reconocimiento, no es aceptable en la medida en que la función del Derecho Internacional Privado es precisamente dar continuidad a las relaciones jurídicas en situaciones internacionales; tender puentes o vías de comunicación entre el ordenamiento jurídico del foro y relaciones jurídicas extranjeras que no han sido creadas al amparo del Derecho del foro y que por ello responden a estructuras institucionales intrínsecamente desconocidas¹⁰⁴¹. El propio SAVIGNY, quien propuso la institución desconocida como una de las dos instancias, al igual que el orden público, que debería dispensar el reconocimiento de una institución, tampoco supo diferenciar el concepto de institución desconocida de la excepción del orden público¹⁰⁴².

La doctrina es clara en cuanto a que la figura del *trust* no vulnera el orden público internacional¹⁰⁴³, por lo que difícilmente un tribunal pueda ampararse en ello para descartar un *trust* que sea objeto de la controversia. Como la figura es desconocida

¹⁰⁴⁰ GONZALEZ BEILFUSS, p. 59, *El Trust: La Institución Angloamericana y el Derecho Internacional Privado Español*, BOSCH, Barcelona (1997), citando a LIPSTEIN, K., «Trusts», *International Encyclopedia of Comparative Law*, pp. 16-17.

¹⁰⁴¹ *Id.*, p. 61

¹⁰⁴² *Id.*, citando a GARDE CASTILLO, J., *La institución desconocida en Derecho internacional privado*, Valladolid 1947; LAGARDE, P., «Public Policy», Cap. 11, Vol. III de la *International Encyclopedia of Comparative Law*, p. 5

¹⁰⁴³ UBERTAZZI, B., «El *Trust* en el Derecho internacional privado italiano y español», del III Congreso del Derecho Civil catalán «Los patrimonios fiduciarios y el *trust*», los días 20 y 21 de octubre de 2005

no habrá normas de DIPr en el foro que dirijan un tribunal a un derecho nacional concreto y que asistan al tribunal en el proceso de calificación¹⁰⁴⁴. En un país que no haya ratificado el Convenio de La Haya sobre *trusts*, el operador jurídico tendrá que resolver preliminarmente la cuestión de cuál es la norma de conflicto del sistema del foro que deba ser utilizada. Este proceso de identificar la norma de conflicto aplicable, a su vez serviría la importante función del reconocimiento de relaciones constituidas y derechos adquiridos conforme a una ley extranjera¹⁰⁴⁵.

Para resolver el asunto preliminar de calificación de figura desconocida, la metodología tradicional utilizada en el Derecho comparado continental es la calificación funcional o analógica partiendo del análisis del Derecho extranjero al amparo del cual se ha creado la figura, en este caso el *trust*, y de ahí deducir la función que ejerce¹⁰⁴⁶. Se califica en función del punto de conexión en donde se atiende al resultado del proceso y se intenta que este corresponda a los intereses del Derecho Internacional Privado. Debe centrarse la calificación en los atributos de la relación o institución extranjera en cuestión--contenido y función--independientemente del nombre, ubicación sistemática o calificación que el propio Derecho extranjero les dé, aunque puedan ser índices, pero no datos determinantes de la decisión sobre la norma de conflicto a aplicar¹⁰⁴⁷.

VIRGOS SORIANO indica que la calificación es una operación interpretativa especial que consiste en poner en correspondencia la realidad enjuiciada, el asunto concreto, con el supuesto de hecho de la norma conflictual para decidir sobre su inserción o no en el mismo y por tanto sobre la aplicación o no de la norma¹⁰⁴⁸. La

¹⁰⁴⁴ Hemos visto que en términos generales, la calificación se hace de acuerdo a las disposiciones de la ley del foro, e.g., artículo 12.1 del CC español, dispone que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española. La «ley española» se entiende en la jurisprudencia y por la doctrina que incluye no tan solo el derecho material español, sino las propias normas de Derecho internacional privado español; la calificación es determinada no por las normas materiales sino por las normas de conflicto. *Id.*, p. 97, citando a RABEL, E., *Das Problem der Qualification*, 1931, pp. 241, 249 y ss.

¹⁰⁴⁵ UBERTAZZI, *id.* p. 93.

¹⁰⁴⁶ GONZALEZ BEILFUSS, C., *supra.*, p.70 y ss.

¹⁰⁴⁷ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 97.

¹⁰⁴⁸ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 96 y ss.

primera etapa del proceso calificativo se hace conforme a los parámetros interpretativos de la ley del foro interpretando y delimitando el supuesto de hecho de la norma de conflicto y los conceptos normativos que emplea¹⁰⁴⁹. En la segunda etapa se analizan los atributos de la institución o relación objeto de calificación, en contenido y función cuyo análisis debe hacerse siempre a la luz de un Derecho nacional determinado, sea el Derecho nacional o extranjero en el que se basa la acción o se localiza la institución¹⁰⁵⁰. La tercera etapa se valora si los atributos de la institución o relación objeto de análisis se corresponden con el supuesto de hecho de la norma del foro y la institución es por tanto subsumible en ella¹⁰⁵¹.

El *trust* al ser un negocio complejo que, como se ha visto en el capítulo anterior, está dotado de amplia flexibilidad presenta una multitud de funciones, obliga a considerar la función que tiene encomendada y a analizar en cada asunto su estructura y contenido concreto a efectos de la calificación¹⁰⁵². VIRGOS SORIANO ve el *trust* como calificable ya sea como un contrato complejo que combina elementos de gestión fiduciaria y de un negocio indirecto, o como un patrimonio organizado por los que se afectan bienes a un fin determinado¹⁰⁵³. En los casos de un *trust inter vivos* señala que puede verse la figura como una donación indirecta con elementos de gestión patrimonial¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁴⁹ *Id.*

¹⁰⁵⁰ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 98.

¹⁰⁵¹ *Id.*

¹⁰⁵² VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 99.

¹⁰⁵³ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 99.

¹⁰⁵⁴ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 99, define donación indirecta como una liberalidad que se efectúa por medio de un negocio jurídico que no es una donación propiamente dicha.

5.4.1.0. Doctrina y jurisprudencia continental

5.4.1.1. Calificación contractual

Mediante la operación de transposición el Tribunal suizo en el asunto *Harrison v. Schweizerische Kreditanstalt*¹⁰⁵⁵, tuvo que establecer cuáles eran los tipos contractuales concretos del Derecho suizo que equivaldrían al *trust*, pues serían las normas rectoras de dichos contratos las que determinarían la posibilidad de dar al *trust* el efecto querido por las partes¹⁰⁵⁶. En ese caso el Tribunal calificó el *trust* como un contrato atípico, lo que llevó a que se aplicase la norma de conflicto suiza que designaba el lugar en el que estuviese establecida la parte que deba brindar la prestación característica del contrato--el Credit Suisse. La equiparación de la relación de constituyente y *trustee* a la del contrato de representación en opinión de GONZALEZ BEILFUS resulta en una desnaturalización de la relación toda vez que en el *trust* el constituyente generalmente no tiene facultades de instrucción¹⁰⁵⁷ y dicha relación termina con la muerte del representado o con la revocación, resultado que tampoco ocurre con la mayoría de los *trusts*¹⁰⁵⁸. El Tribunal interpretó la posición del *trustee* como la de un fiduciario en la *fiducia cum amico* (titular de la propiedad). La relación del *trustee* y los beneficiarios la equiparó a un contrato en beneficio de tercero y la transmisión de la propiedad a los beneficiarios la equiparó

¹⁰⁵⁵ Sentencia del Tribunal federal suizo de 29 de enero de 1970, ATF 96 II 79. El constituyente, Sr. Harrison, ciudadano estadounidense, cuyo último domicilio fue en EEUU, quiso establecer un *trust* en forma de contrato para beneficio de su ex mujer y tres hijos nombrando al banco Credit Suisse como *trustee*. El instrumento contenía una cláusula estableciendo la ley suiza para prórroga de competencia. El Sr. Harrison contrajo nuevas nupcias y a su muerte su viuda solicitó al tribunal en Zurich declarase nulo el *trust* bajo el Derecho suizo para que los activos del *trust* pasasen al caudal suizo de su fenecido esposo.

¹⁰⁵⁶ GONZALEZ BEILFUSS, *supra.*, p. 77.

¹⁰⁵⁷ Vid. LUPOI, M., *Trusts: A Comparative Study, supra.*, pp. 95-200, en el caso del *trust* modelo inglés el constituyente se desvincula completamente de la toma de decisiones o instrucciones al *trustee*. No obstante, las facultades de instrucción las ejerció previamente el constituyente al momento de establecer el *trust*. Es el instrumento de *trust* el que faculta al fiduciario a actuar bajo las instrucciones que surgen del instrumento.

¹⁰⁵⁸ GONZALEZ BEILFUSS, *supra.*, pp. 77-78. Como bajo el Derecho suizo un contrato de representación termina con la muerte del representado, el tribunal rechazó ese efecto del Derecho suizo al tomar en cuenta el resto de los acuerdos de las partes en el *trust*, y acabó adaptando el Derecho suizo al extranjero que ya había descartado, una especie de aplicación de la teoría alemana de los escalones. *Id.*

a una donación¹⁰⁵⁹. En ese caso concreto, sin embargo, estaba en juego la validez del *trust*, que se logró con la complicada serie de calificaciones que hizo el tribunal. Hubiese sido interesante ver la transposición o adaptación si la controversia hubiese girado en torno a los derechos de acreedores del *trustee* o los derechos de un tercero que recibiese la propiedad en violación a los términos del *trust*.

De haberse planteado la situación en un Estado como España, la normativa de conflicto contractual del artículo 10.5 del CC, lleva a la aplicación subsidiaria de la ley escogida expresamente por las partes en el documento de constitución; en defecto de tal elección dicho articulado provee una escala de puntos de conexión como la nacionalidad común, residencia habitual común, o la ley del lugar de celebración del contrato, presumiéndose que el lugar de celebración es el lugar de la oferta en caso de no existir un lugar concreto. En el asunto de *Harrison*, las partes pactaron la ley suiza como prórroga de la competencia, que no es una selección de ley aplicable, pero puede ser un indicio de la intención a esos efectos. No obstante, en otros casos donde no hay punto de conexión como mutuo acuerdo, nacionalidad o residencia habitual común, restaría determinar el lugar de celebración del contrato. Como hemos visto en la discusión de la metodología conflictual estadounidense, el lugar de celebración del contrato tampoco es adecuado para determinar la ley aplicable, pues puede que haya sido un lugar temporal o fortuito que nada tiene que ver con la relación jurídica entre las partes o la función del *trust*.

Si bien es cierto que el tribunal suizo hizo malabares para reconocer el *trust*, no es menos cierto que ese ejercicio es preferible a descartar de plano el *trust*. Aunque la calificación hecha resultó en el fraccionamiento del *trust* en distintas figuras jurídicas, el resultado al que llegó el tribunal fue la aplicación de un solo Derecho. GONZALEZ BEILFUSS teme que el fraccionamiento conduzca a la aplicación de varios derechos materiales forzando al juez a enfrentarse a los problemas de

¹⁰⁵⁹ En este asunto GONZALEZ BEILFUSS entiende que se desvirtúa el *trust* en cuanto a que el fiduciario podía disponer de la propiedad en perjuicio de los beneficiarios, o que la posición del beneficiario como tercero beneficiario se debilita en la medida en que el patrimonio queda expuesto a los acreedores del fiduciario *trustee*. Más grave resultaría el requisito de aceptación de la donación, pues los *trusts* no requieren la aceptación por los beneficiarios. *Id. Cf.*, VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 113, que entiende que no serían aplicables los requisitos de forma de la donación.

transposición y adaptación de estos derechos¹⁰⁶⁰. A esto podemos responder que, si fuese el caso de que no se lograra una solución factible y viable, el *dépeçage* no se debe descartar cuando la aplicación de varios derechos no es contraproducente. En los derechos consuetudinarios como el anglosajón es usual utilizar el *dépeçage*, particularmente cuando se resuelven los asuntos con enfoque en las controversias (*issue-by-issue-analysis*)¹⁰⁶¹. En el derecho conflictual relativo a los *trusts*, como hemos podido observar, el *dépeçage* es prácticamente una necesidad. El asunto de capacidad para crear la estructura de *trust* no puede calificarse ni decidirse bajo el mismo Derecho que el asunto de la capacidad. Cuando estudiamos el Convenio de La Haya, así como otros Convenios europeos en materia de Derecho conflictual vemos que es inevitable someter distintos asuntos a su correspondiente Derecho regulador para precisamente crear la armonía que se necesita en la resolución de problemas transfronterizos respetando los aspectos del Derecho imperativo, mandatorio y de orden público internacional.

¹⁰⁶⁰ GONZALEZ BEILFUSS, *supra.*, p. 81.

¹⁰⁶¹ SYMEONIDES nos ilustra como sigue:

As the preceding discussion illustrates, «issue-by-issue» analysis is critical in any effort to intelligently resolve contemporary complex conflicts. This mode of analysis is one of the few breakthroughs of choice-of-law thinking in the United States. It is based on the elementary realization that, in many cases, the involved states may have closer connections with, or be interested in different aspects of, a case, and that very often the conflict is confined to only some aspects or «issues» of the case. Consequently, rather than seeking to choose a law as if all aspects of the case were in dispute, one should focus on the narrow issues with regard to which a conflict exists and proceed accordingly. This issue by issue analysis has become an integral feature of all approaches comprising or produced by the revolution. It is a return to the familiar schemes of common law decision making—temporarily submerged by Bealian systematics—which is characterized by small, cautious steps of inductive reasoning. At least in the abstract, such analysis is more conducive to a nuanced, individualized, and thus more rational, resolution of conflicts problems....[Dépeçage] is not a goal of the choice-of-law process but rather the result, often unintended, of the abandonment of the traditional theories broad categories and the adoption of issue-by-issue analysis.....

However, the fact that in some cases issue-by-issue analysis may lead to dépeçage and in some of those cases the dépeçage may be inappropriate is not a good reason to reject issue-by-issue analysis in advance and return to the wholesale choices of the traditional system.....

*[Avoidance of inappropriate dépeçage] is easy in the United States because the general absence of statutory or other inflexible choice-of-law rules leaves the courts considerable flexibility. The perceived lack of such flexibility in many codified systems, including the European ones, explains in part their hostility toward issue-by-issue analysis and dépeçage. Ironically, however, these systems do not—because they cannot—avoid dépeçage. Indeed, as soon as a system adopts statutory rules that apply to anything less than the entire tort or contract, these systems tie themselves to the possibility of dépeçage. SYMEONIDES, S. C., «Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect», *Univ. of Toledo Law Rev.* vol. 45, 2013, SYMEONIDES, S. C., «The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons», *Tulane Law Review*, vol. 82, no. 5, 2008; SYMEONIDES, S. C., «Rome II and the Tort Conflicts: A Missed Opportunity», *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, p. 173,*

Si aplicamos el Reglamento Roma I al supuesto de hechos en *Harrison*, éste nos dirige al Derecho suizo, el lugar donde está establecida la parte que deba proporcionar la prestación característica del contrato, con la consecuencia de que el resultado hubiese sido el mismo.

El Tribunal civil de Paris en sentencia de 10 de enero de 1970 validó un *trust* redactado en inglés y otorgado ante el cónsul americano donde las partes habían manifestado la aplicación del Derecho americano y solo afectaba propiedad en suelo americano¹⁰⁶². Se caracterizó el *trust* como un contrato sinalagmático que se regía no por la ley de sucesiones sino por el Derecho francés elegido por las partes para regir el «contrato»¹⁰⁶³. Enfatizó el Tribunal que ni bajo un *trust* o cualquier figura similar se permitirá que se vulneren derechos de familia sobre la legítima¹⁰⁶⁴.

5.4.1.2. Calificación como mandato

En cuanto a asuntos de administración del *trust* los tribunales de países civilistas han sido más receptivos. Al *trustee* se le permite lograr como agente todo aquello que puede hacer como *trustee* y por tanto es de poca trascendencia quién es el titular formal¹⁰⁶⁵. Sin embargo, los sistemas civilistas no han desarrollado una postura teórica coherente sobre este punto y se puede resaltar que hay una actitud mixta sobre los poderes y discreción del *trustee* como agente o mandatario¹⁰⁶⁶. A los *trustees* se les ha permitido representar los intereses del beneficiario en los tribunales, así como también se les ha permitido vender el *corpus* bajo los términos del *trust* y ejecutar hipotecas establecidas mediante *trust*¹⁰⁶⁷. Hubo un caso, sin

¹⁰⁶² *Courtois v. Consorts de Ganay*, Court d'appel de Paris, 10 enero 1970, *Revue Critique du Droit International Privé*, vol. 43, 1971, p. 525, Dalloz 1972.122 ; Clunet 1973.207; SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-80., citando a BATIFFOL & LAGARDE, *Droit International Privé*, 6th ed. 1976, p. 344, n. 12.

¹⁰⁶³ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-80

¹⁰⁶⁴ *Id.*

¹⁰⁶⁵ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-82.

¹⁰⁶⁶ *Id.*

¹⁰⁶⁷ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-82, citando Note, «Common law Trusts».....,1030, 1042.

embargo, donde al *trustee* no se le permitió hacer valer las disposiciones del *trust* cuando el beneficiario dispuso de unos cuadros que estaban bajo el régimen de *trust*¹⁰⁶⁸. El beneficiario fue tratado como dueño titular de los cuadros y el *trustee* un mero agente que no tenía derecho a interferir con los derechos del dueño¹⁰⁶⁹. Siguiendo esa línea de análisis, los tribunales franceses no han querido proteger al beneficiario de sus acreedores, a pesar de estar envuelto un *trust* de los *spendthrift trusts*¹⁰⁷⁰ y otras medidas de protección que prohibían la cesión anticipada de capital e ingresos o el embargo de la propiedad del *trust*¹⁰⁷¹. Esta posición es consistente con la visión de que el *trustee* no puede recuperar la propiedad una vez haya sido enajenada por el beneficiario¹⁰⁷².

Se observa un patrón en el cual se espera que los *trustees* representen al beneficiario y gestionen la propiedad legada en *trust*, pero generalmente no pueden actuar derogando los derechos del beneficiario a hacer lo mismo¹⁰⁷³. Según SCHOENBLUM este patrón no es claro y hay muchas interrogantes sin contestar, como por ejemplo: la compensación del *trustee*; si se le debe hacer responsable de los mismos estándares que se espera de los fiduciarios franceses en cuanto a la autogestión (*self dealing*) y conflicto de intereses; cuánto riesgo se puede esperar que tome el *trustee* en sus inversiones en beneficio del o los beneficiarios; cuál sería el rol de los tribunales; si estarán dispuestos los tribunales continentales a obligar al *trustee* al rendimiento de cuentas o a hacer valer las instrucciones solicitadas por el *trustee* como lo hacen los tribunales anglosajones de la *equity*; y si puede un tribunal nombrar un *trustee* sustituto o sucesor¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁶⁸ Asunto Sir Robert Peel, Trib. Civ. Seine, 28 junio 1901, D.P. 1902 II 361.

¹⁰⁶⁹ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-82. Asunto del Baron Robert Peel, quien vendió el cuadro activo sujeto al *trust* a un comerciante en Paris. Trib. Civ. Siene 28 jun. 1901 D.P. II 361.

¹⁰⁷⁰ *Spendthrift trust* es un *trust* creado para proteger a un pródigo.

¹⁰⁷¹ SCHOENBLUM, *supra.*, citando CA Paris 18 abril 1929 *Rev. Crit. DIP* 1935, 149

¹⁰⁷² SCHOENBLUM, *supra.*, 18-82 citando Trib. Civ. Siene 18 junio 1901, D.P. 1902 II 361.

¹⁰⁷³ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-82.

¹⁰⁷⁴ SCHOENBLUM, *supra.*, p.18-83, citando, Note, «Common Law Trusts...», *op. cit.*, 1042-43 (1954) y NUSSBAUM, A., «Sociological and Comparative Aspects...», *op. cit.*, 408, 412 (1938.)

SCHOENBLUM entiende que predecir la *ratio* que un tribunal civil va a adoptar en asuntos de administración resulta bien difícil¹⁰⁷⁵. Por un lado, el tribunal se puede aferrar en la titularidad y decidir que la titularidad yace inequívocamente en el beneficiario del *trust* y a la vez un tribunal puede ver al *trustee* como un agente capaz de por sí de disponer la propiedad en *trust*¹⁰⁷⁶. Si un *trustee* dispone de la propiedad en violación a los términos del *trust*, no está claro si se puede perseguir la propiedad; aunque pueda recuperarse en una acción *in personam* presentada por el beneficiario, el tribunal tal vez no permita que recupere la propiedad en sí y ello sería consistente con la política tradicional civilista a favor de la libre alienabilidad y se sostendrá con toda probabilidad si la propiedad ya ha sido enajenada por el comprador inicial¹⁰⁷⁷.

5.4.1.3. Calificación como negocio fiduciario a favor de tercero

Una forma de calificar el *trust*, según VIRGOS SORIANO, sería como un negocio fiduciario en beneficio de tercero que da lugar a una relación tripartita--relación de fundador-constituyente y *trustee*--de cobertura, y relación entre el *trustee* y el beneficiario--el tercero en la relación de cobertura; la relación del fundador constituyente y el beneficiario como relación de *valuta*¹⁰⁷⁸. La relación de cobertura es una relación contractual atípica que combina elementos de un mandato y contrato en beneficio de tercero, siendo el *trustee* el promitente y la causa sería la atribución patrimonial que hace el constituyente al *trustee*¹⁰⁷⁹. La relación del *trustee* con el beneficiario, cae dentro de la relación de cobertura y por ende se debe regir por el mismo Derecho que la relación entre el constituyente y el *trustee*¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁵ SCHOENBLUM, *supra.*, p.18-83.

¹⁰⁷⁶ *Id.*

¹⁰⁷⁷ SCHOENBLUM, *supra.*p.18-83. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *Operaciones fiduciarias y el trust...*, *op. cit.*, pp. 1810-1814 y 1824-1827.

¹⁰⁷⁸ SCHOENBLUM, *supra.*, p.18-83.

¹⁰⁷⁹ VIRGOS SORIANO, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁸⁰ VIRGOS SORIANO, *op. cit.*, p. 111.

Señala VIRGOS SORIANO, que la relación de *valuta* que implica una liberalidad tendría una *causa donandi* calificable como donación indirecta; el *trustee* en ningún caso se vería como donatario toda vez que no existe el enriquecimiento y empobrecimiento correspondientes en una donación, pues los fondos del *trust* aunque sobre los cuales el *trustee* ejerce facultades de dueño, se mantienen como un fondo separado del suyo personal, por lo que no hay donación hacia el *trustee* ni jurídicamente entran los fondos en el patrimonio del *trustee*¹⁰⁸¹. La relación entre el beneficiario y el constituyente, de *valuta*, al tener *causa donandi* su calificación sería como donación. En el caso de España la norma de Derecho Internacional Privado que determina el artículo 10.7 del CC las rige por la ley nacional del donante¹⁰⁸². Como no hay un acto directo entre constituyente y beneficiario VIRGOS SORIANO indica que no son aplicables las reglas positivas de la donación--las de requisitos formales y sustanciales de validez de la donación--, pero sí las reglas negativas relativas al fondo --las que atienden a la tutela de terceros frente a atribuciones patrimoniales gratuitas y las relativas a revocaciones y reducciones--siendo éstas importantes a la hora de proteger terceros o legitimarios¹⁰⁸³. A este análisis hemos de referirnos a la teoría de la titularidad fiduciaria estudiada en profundidad por CÁMARA LAPUENTE, cuya teoría complementaría este análisis para brindar protección a los terceros beneficiarios, sea el propio constituyente u otros¹⁰⁸⁴.

5.4.1.4. Calificación como donación *inter vivos*

En los casos que se presenten en tribunales españoles, por ejemplo, donde la controversia gire en torno a la creación de un *trust inter vivos* sobre bienes muebles o inmuebles, el artículo 10.1 y 2 del CC establece como punto de conexión la *lex rei sitae*¹⁰⁸⁵. Según VIRGOS SORIANO la aplicación de la *lex rei sitae* a bienes

¹⁰⁸¹ VIRGOS SORIANO, *op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁸² VIRGOS SORIANO, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁸³ VIRGOS SORIANO, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁸⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., *Operaciones fiduciarias o trusts en el Derecho español, op. cit.*, 1999.

inmuebles objeto del *trust* no es satisfactoria y acaba desvirtuando significativamente la figura del *trust* en un Estado que desconoce la figura. Los efectos jurídico reales del contrato--transmisión de la propiedad, constitución o no de un Derecho real y el tipo de Derecho real, de regir la ley de un Estado civilista que desconoce la figura del *trust* y sus efectos reales, ese derecho solo puede hacerse valer o desplegar efectos de un modo consistente con el sistema de Derechos reales del Estado de situación del inmueble¹⁰⁸⁶. Como se ha visto anteriormente¹⁰⁸⁷, un Estado que siga el modelo de *numerus clausus* de Derechos reales que no admite formas atípicas de propiedad, hace necesaria la transposición a alguna de las fórmulas existentes, lo cual desvirtuará la figura original. El beneficiario tendría un derecho personal, no real sobre los terceros adquirentes del inmueble, los acreedores del *trustee* o del propio beneficiario tendrían las protecciones de la ley¹⁰⁸⁸. De nuevo, la teoría del negocio fiduciario y el traspaso de la titularidad fiduciaria podrían atajar el escollo aludido.

Al calificar el traspaso como una donación *inter vivos*, aplicaría el Derecho de la nacionalidad o domicilio del constituyente, que si es un Estado que conoce el *trust* deberá surtir efectos el traspaso, no obstante, tienen que cumplirse los requisitos de la *lex sitae* para la inscripción correspondiente o efectuar el traspaso. Para ello se puede constituir una sociedad o corporación cuyas acciones las posea el *trustee*, quién comparecerá a otorgar las escrituras públicas que se requieran para el acceso al Registro de la Propiedad.

Con relación a disposiciones de *trust inter vivos* sobre propiedad mueble, existen muchas decisiones sobre calificación, principalmente en Francia¹⁰⁸⁹. Aunque el

¹⁰⁸⁵ 1. La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. 2. La misma ley será aplicable a los bienes muebles.

¹⁰⁸⁶ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p 109.

¹⁰⁸⁷ Ver notas 346-347, *supra.* y su texto.

¹⁰⁸⁸ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 109. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *op.cit.*, pp. 1825-1826, que favorece la doctrina de *numerus apertus*, particularmente cuando el ordenamiento positivo lo contempla, citando el art. 1.255 del CC, el art. 2,2º de la LH y el art. 7 del Reglamento Hipotecario.

¹⁰⁸⁹ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-79. Otros tribunales europeos han validado *trusts inter vivos* de propiedad mueble. Ver SEIDL-HOHENVELDERN, I., *American-Austrian Private International Law*,

incentivo hacia una única ley no es tan grande como en el caso de un *trust* por testamento, el hecho de existir bienes muebles implicados generalmente resultará en deferencia hacia el Estado de domicilio o de nacionalidad, mas aún cuando los muebles se encuentran fuera del foro; no es tan claro cuando los muebles radican en un Estado civilista¹⁰⁹⁰. Es ilustrativo el caso de la viuda del magnate del imperio Singer, quien dos días antes de contraer su segundo matrimonio, puso acciones del negocio familiar que recibió de su primer marido en *trust* a su favor durante su futuro segundo matrimonio y durante lo largo de su vida y a su deceso para beneficio de sus hijos o de quien ella designase en el futuro¹⁰⁹¹. Enfatizando en la nacionalidad americana de la constituyente y su domicilio inglés, el tribunal encontró apropiado aplicar el *common law* y calificó el asunto como de *estatus* para

Oceana, New York, 1963, p. 32. En Grecia sentencia no. 1286/1977, Areios Pagos, la jurisprudencia sostuvo el carácter de un *tottem trust* creado en Nueva York por constituyente con doble nacionalidad; el tribunal rechazó el argumento de que el *trust* como contrato al carecer de *consideration* no era válido y encontró que la fuente del *trust* estaba en el derecho de la *equity*; en dos decisiones del Bundesgerichtshof en Alemania se confirmaron unos *tottem trusts* regidos por el derecho norteamericano, *e. g.*, uno fue establecido en un banco neoyorquino y enfatizó que el dueño de la cuenta sometió el *trust* a la ley del principal lugar de negocios del banco, Sentencia de 10 junio 1968, BGHZ, DNotZ, 1969, 300 y sentencia de 15 abril 1959, BGHZ, NJW 1959,1317. Comenta SCHOENBLUM, p. 18-80 que estas sentencias han sido criticadas porque las transferencias eran en esencia donaciones *mortis causa* y debieron formar parte del caudal, citando a DROBNIG, U., *American-German Private International Law*, 2d ed., 1972, pp.184-185. No obstante, se advierte que la validación de estos *trusts* dependerá no solo en el Derecho que regula el contrato, sino también en la ubicación de los activos del *trust* y la del *trustee*, de acuerdo con el Derecho de la jurisdicción cuya ley aplique el foro. SCHOENBLUM, *supra*, p. 18-80.

Tribunales austriacos han reconocido efectos a un *trust* de Lichtenstein creado bajo el modelo anglosajón. SCHOENBLUM, *supra*, p. 18-80.

La jurisprudencia suiza, en concreto el caso de *Harrison, supra.*, se sostuvo la validez de un *trust inter vivos* por analogía con varios tipos de contratos. En *OD-Bank v. Bankrupt's Estate WKR*, ZR 1999 225 num. 52, aunque el *trust* organizado en la Isla de Guernsey era inválido por considerarlo un subterfugio—el constituyente describió los activos como propios y se comportaba como dueño—, el tribunal entendió que en principio podría reconocer el *trust*, por analogía con una entidad del Derecho suizo a la cual más se asemeje; en ese caso concreto a un *holding company* o a una «unidad económica organizada,» a tenor con la sec. 154 de la ley de Derecho internacional privado suizo que aplica el Derecho del lugar de incorporación; en *NDG v. C. Trust Co. (Jersey) Ltd* se revocó el caso de *Harrison* a la luz de las disposiciones posteriormente aprobadas del artículo 154 de la Ley de DIP suiza, bajo la teoría de incorporación se aplicó el Derecho de Jersey.

Ver HAUSMANN, N., «Swiss Courts and the Recognition of Foreign Trusts», 2 *Trusts E Attivita Fiduciare*, 2001, p. 237. Por otro lado, Suiza ha ratificado el Convenio de La Haya sobre Reconocimiento del *Trust* y los Convenios de Lugano de 16 de septiembre de 1988, 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, donde se reconoce el concepto del *trust* en el Derecho internacional privado.

¹⁰⁹⁰ SCHOENBLUM, *supra*, p. 18-79.

¹⁰⁹¹ Trib. Civ. Seine, 16 mayo 1906, Clunet 1910.1229.

la organización de su propio patrimonio en contemplación de un nuevo matrimonio, y no como sustitución prohibida, donación *mortis causa*, ni pacto sobre sucesión futura¹⁰⁹².

5.4.1.5. Calificación como patrimonio organizado, asociación o persona jurídica

Según VIRGOS SORIANO, el *trust* podría calificarse como un patrimonio organizado en los casos donde el *trust* no tenga finalidad de distribución patrimonial sucesoria, donde la afectación a un fin propio y distinto distingue los *trust* de esta categoría, incluyendo entidades análogas a los *business trusts* y *purpose trusts*¹⁰⁹³. En el caso de España la analogía sería con el negocio fundacional, mas, sin embargo, por limitación constitucional indica que no pueden estar sujetos estos bienes a fines de interés privado¹⁰⁹⁴; en principio solo cabría analogía con los llamados *charitable trusts*¹⁰⁹⁵. Entendemos, sin embargo, que los *trust*, más aún foráneos, deben poder calificarse como un fondo patrimonial de afectación o patrimonio de destino, aunque se hayan creado con motivo de una distribución patrimonial sucesoria o fin privado. El mandato constitucional español sobre la finalidad pública de las fundaciones no debe ser óbice para la creación de patrimonios de afectación. Las fundaciones son entidades autónomas reguladas por ley que son fácilmente distinguibles del patrimonio establecido en un negocio fiduciario. En la fundación se ha traspasado la titularidad del dominio sin reservas ni limitaciones, lo que no ocurre con la titularidad fiduciaria del negocio fiduciario. Igualmente existen en el ordenamiento civilista patrimonios autónomos como la comunidad de gananciales, la herencia yacente, la fiducia sucesoria, empresas mercantiles de responsabilidad limitada, sociedades comerciales, avalados como tales por la doctrina y la jurisprudencia como patrimonios destinados a un fin¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² SCHOENBLUM, *supra*, p. 18-79.

¹⁰⁹³ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 114.

¹⁰⁹⁴ Art. 34.1 de la Constitución española; ver Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

¹⁰⁹⁵ Como se ha visto anteriormente, en la mayoría de los países latinoamericanos que han adoptado el fideicomiso como un patrimonio separado y autónomo, muchos de estos Estados permiten tener como destino un fin privado y familiar.

Otra analogía aplicando la norma española de Derecho Internacional Privado sería la relativa a las personas jurídicas, esbozada en el artículo 9.11 del CC que dispone que la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. La doctrina y la jurisprudencia entienden que la nacionalidad de las personas jurídicas se refiere a la ley del Estado bajo el cual hubieran sido creados--el modelo de constitución¹⁰⁹⁷. Sin embargo, el ordenamiento español atribuye a la sede social--en el caso de las fundaciones, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada-- un criterio determinante de la nacionalidad de las personas jurídicas¹⁰⁹⁸. Esto puede crear problemas de conflictos entre la ley elegida por la sociedad para su constitución y la ley de su sede comercial, lo cual no se haya sin potenciales problemas de conflicto de leyes¹⁰⁹⁹.

Cuando se pueda establecer una analogía con el negocio fundacional, VIRGOS SORIANO entiende que la conexión con la norma relativa a personas jurídicas sería

¹⁰⁹⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1780-81, nota 80. Apunta CÁMARA LAPUENTE lo siguiente: Una vez consolidada la noción moderna de titularidad fiduciaria, tras un tortuoso camino, quizás no resulte descabellado, dando un paso más, añadirle la idea de «patrimonio de afectación» (*Zweckvermögen, Zwecksatzungen*) o «patrimonio destinado a un fin». La suma de ambas ideas situaría el negocio fiduciario español en una esfera muy cercana al *trust* internacional confeccionado por la Conferencia de La Haya de 1985. Así, con el negocio fiduciario, se constituiría un patrimonio destinado a una concreta finalidad, de garantía o de gestión, de manera que el fiduciario ostentaría sobre el mismo tan solo una titularidad formal o fiduciaria, de carácter funcional y transitorio, pero no ingresaría en su propio patrimonio. Los rasgos de estos patrimonios se aplicarían al patrimonio fiduciario, en el sentido de constituir una universalidad jurídica, cuya unidad provendría del destino a un fin concreto, en el cual operaría el principio de subrogación real y responsabilidad autónoma, que dejaría de existir al desaparecer la base jurídica. Aunque solo minoritariamente, este diseño ha sido ratificado por la jurisprudencia (citas omitidas). Por lo demás, la idea de «patrimonio de afectación» no resulta desconocida en el ordenamiento positivo español. *Id.*

¹⁰⁹⁷ VIRGOS SORIANO, *supra.*, pp. 115-116, citando a GARCÍAMARTÍN, «Conflicto de Leyes y Derecho de sociedades: una aproximación contractual», Madrid 2002.

¹⁰⁹⁸ GONZALEZ BEILFUS, *supra.*, pp. 98-99

¹⁰⁹⁹ En el Derecho Internacional Privado suizo en su artículo 150 dispone que toda unión de personas organizada y todo patrimonio organizado constituye una sociedad; en el art 154 el estatuto personal de las sociedades se someten al Estado de incorporación o conforme a la ley bajo la cual se ha constituido, que puede bien haber sido la elegida por las partes, GONZALEZ BEILFUS, *supra.*, pp. 98-99, citando a VISCHER, F., «Art. 150» en HEINI-KELLER-SIEHR_VISVHER-VOLKEN: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*, Zurich, 1993, pp. 1320-1328, p. 1325.

viable. Esta solución es ventajosa porque respeta mejor la unidad intrínseca del *trust*¹¹⁰⁰ y permite agrupar bajo un fondo único bienes que pueden encontrarse dispersos en diferentes jurisdicciones¹¹⁰¹. Si el Estado donde se constituyó el *trust* conoce la institución y conforme a ese ordenamiento jurídico el patrimonio del *trust* se considera un patrimonio separado o autónomo, un juez civilista al aplicar ese Derecho estaría brindando a su vez reconocimiento a dicha institución desconocida en el foro. Un escollo que encontraría un juez, sin embargo, es que en la mayoría de los Estados que conocen la institución, ésta carece de personalidad jurídica, lo cual podría dificultar aplicar el artículo 9.11 como norma de Derecho Internacional Privado a una figura que no la tiene en su propio ordenamiento¹¹⁰². Tomemos el asunto de la capacidad, por ejemplo. El *trust* no actúa independientemente del *trustee*, que es el gestor en la mayoría de sus funciones, o meramente tenedor de una propiedad. Entonces no estaríamos hablando de una persona jurídica, a menos que el *trustee* de hecho sea una persona jurídica, que es fundamental en muchos casos, como lo es una entidad bancaria, que en algunos países solo se admite como *trustee*. La nacionalidad de esa entidad bancaria, sin embargo, puede que no tenga nada que ver con los asuntos relacionados al *trust* en controversia, y con toda probabilidad esa entidad bancaria administra muchos otros patrimonios autónomos sometidos a régimen de *trust*. GONZALEZ BEILFUS señala que no sería suficiente una calificación del *trust* como persona jurídica, sino asimilarlo a una sociedad personal, de capital o fundación, que son estructuralmente diferentes al *trust*¹¹⁰³.

A pesar de las críticas que esta calificación de entidad jurídica ha recibido en la doctrina española, el punto de conexión que se utiliza en EEUU para situaciones análogas es la sede o *situs* del *trust*. En estos casos no es relevante que un *trust*

¹¹⁰⁰ VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 115.

¹¹⁰¹ *Id.*, p. 117.

¹¹⁰² Cf. cita de HANSMANN/KAUFMAN, «The Essential Role of Organizational Law», *Yale L. J.*, p.25, citado por VIRGOS SORIANO, *supra.*, p. 117: «...while it is sometimes said that the common law trust lacks legal personality, in our view it is, on the contrary, quite clearly a legal entity, and Trust law is consequently a form of organizational law». Ver SCHWARCZ, «Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery», *Business. Lawyer*, vol. 58, 2003, p. 574.

¹¹⁰³ GONZALEZ BEILFUS, *supra.*, p. 98.

no se considere una entidad con personalidad jurídica, si se puede identificar el *situs* que en la mayoría de los casos es el principal lugar de administración de los negocios relacionados a los fines del *trust*¹¹⁰⁴. Este análisis probablemente remita a un Estado que conoce la institución, lo cual es favorable desde el enfoque del Derecho conflictual.

5.4.1.6 Calificación como institución sucesoria.

En países civilistas se ha calificado el *trust* como una institución sucesoria en los *trusts* creados *mortis causa*,¹¹⁰⁵ que por definición son creados por testamento. Hemos visto anteriormente que a nuestro entender el Reglamento sucesorio de la Unión Europea, 650/2012 de 4 de julio de 2012, se debe aplicar en asuntos concretos que impliquen *trusts mortis causa*. En lo adelante ilustramos la

¹¹⁰⁴ En EEUU, el *Uniform Trust Code*, el modelo de legislación que han adoptado algunos Estados, provee para la designación de la ley aplicable al *trust*:

§ 107 GOVERNING LAW. *The meaning and effect of the terms of a trust are determined by: (1) the law of the jurisdiction designated in the terms unless the designation of that jurisdiction's law is contrary to a strong public policy of the jurisdiction having the most significant relationship to the matter at issue; or (2) in the absence of a controlling designation in the terms of the trust, the law of the jurisdiction having the most significant relationship to the matter at issue.*

§ 108 PRINCIPAL PLACE OF ADMINISTRATION.

(a) *Without precluding other means for establishing a sufficient connection with the designated jurisdiction, terms of a trust designating the principal place of administration are valid and controlling if: (1) a trustee's principal place of business is located in or a trustee is a resident of the designated jurisdiction; or (2) all or part of the administration occurs in the designated jurisdiction.*

(b) *A trustee is under a continuing duty to administer the trust at a place appropriate to its purposes, its administration, and the interests of the beneficiaries.*

(c) *Without precluding the right of the court to order, approve, or disapprove a transfer, the trustee, in furtherance of the duty prescribed by subsection (b), may transfer the trust's principal place of administration to another State or to a jurisdiction outside of the United States.*

(d) *The trustee shall notify the qualified beneficiaries of a proposed transfer of a trust's principal place of administration not less than 60 days before initiating the transfer. The notice of proposed transfer must include: (1) the name of the jurisdiction to which the principal place of administration is to be transferred; (2) the address and telephone number at the new location at which the can be contacted; (3) an explanation of the reasons for the proposed transfer; (4) the date on which the proposed transfer is anticipated to occur; and (5) the date, not less than 60 days after the giving of the notice, by which the qualified beneficiary must notify the trustee of an objection to the proposed transfer.*

(e) *The authority of a trustee under this section to transfer a trust's principal place of administration terminates if a qualified beneficiary notifies the trustee of an objection to the proposed transfer on or before the date specified in the notice.*

(f) *In connection with a transfer of the trust's principal place of administration, the trustee may transfer some or all of the trust property to a successor trustee designated in the terms of the trust or appointed pursuant to § 704.*

¹¹⁰⁵ UBERTAZZI, B., *supra.*, p 214, citando ARROYO i AMAYUELAS, «La regulación quebequesa del *trust*», *La Notaria* 2001, p. 11; GONZALEZ BEILFUS, *supra.*, p. 81 citando a DREYER, D.A., *Le trust en droit suisse*, Geneve, 1982, p. 119

jurisprudencia europea como cuestión histórica para exponer las dificultades que enfrentaron los tribunales continentales cuando les tocó abordar un *trust mortis causa* y como trasfondo al problema de la calificación en el contexto de Derecho sucesorio conflictual.

A diferencia del Derecho civil, el Derecho y doctrina anglosajona es necesario distinguir entre cuestiones relativas a la validez del testamento y las cuestiones relativas a la validez de las disposiciones de la ley reguladora del *trust*¹¹⁰⁶. De encontrarse el testamento inválido al amparo de la ley que lo rige, entonces el *trust* allí creado no habría sido constituido válidamente¹¹⁰⁷ y no va a tener eficacia de la cual poder dar efectos. Los asuntos relativos a *trusts* que se plantean en Estados que desconocen la institución, sin embargo, versan más bien sobre asuntos de las relaciones externas e internas del *trust* y no tanto de la validez intrínseca del *trust*¹¹⁰⁸. Los supuestos más comunes son los que surgen de la apertura de una herencia en el extranjero y la autorización del *trustee* extranjero para enajenar bienes inmuebles situados en un Estado que desconoce el *trust*¹¹⁰⁹, o asuntos sobre reclamaciones de derechos de herencia sobre bienes objeto del *trust*¹¹¹⁰.

Un punto importante de Derecho comparado en el área de Derechos sucesorio e Internacional Privado, es que, a la hora de determinar el Derecho aplicable a un asunto de la sucesión de un causante, los países continentales emplean la metodología de la unicidad del caudal y aplican un solo Derecho, aún cuando la *lex rei sitae* apunte a otra ley dentro de ese caudal de bienes. La doctrina

¹¹⁰⁶ DICEY & MORRIS, J.H.C., *The Conflict of Laws*, vol 2, 11 ed, London, 1987 pp. 1072-1083.

¹¹⁰⁷ UBERTAZZI, B., *supra.*, p. 368.

¹¹⁰⁸ Como se vera en el capitulo siguiente sobre el Convenio de la Haya sobre *trusts*, cuestiones sobre la validez del *trust* y las cuestiones previas sobre el mismo tema no están cubiertas por el Convenio.

¹¹⁰⁹ UBERTAZZI, *supra.*, p. 212, citando a GAILLAARD Y TRAUTMAN, «Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and The Hague Convention on Trusts», *The American Journal of Comp. Law*, vol. 35, no. 2, 1987, pp. 308-310.

¹¹¹⁰ Ver DROZ, G., « Liberalites, testaments, donaltions et trust *J. Cl. Dr. International*, Fasc. 557 B; BOULANGER, F., «Les successions internationales»; REVILLARD, M.L., «La liquidation d'une succession internationale»; LOUSSOUARN, «L'administration des successions en droit international prive», Cl. 1970.

norteamericana de Derecho Internacional Privado sobre Derecho sucesorio establece que aplica la ley del *situs* a las cuestiones sobre bienes inmuebles¹¹¹¹, lo que produce un fraccionamiento de Derechos aplicables a la sucesión, compatible con la tradición de derechos de carácter consuetudinario que analizan los asuntos controversia por controversia, donde el *dépeçage* se utiliza con frecuencia sin mayores preocupaciones. Esto contrasta con la ley de muchas jurisdicciones europeas que, como es el caso de España¹¹¹², miran a la ley de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del causante independientemente de que haya inmuebles en la sucesión. El Reglamento sucesorio europeo sobre la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*, discutido anteriormente¹¹¹³, en términos generales establece la ley de residencia habitual como ley aplicable en ausencia de elección de la ley nacional.

Otro punto a considerar que ha ocasionado dificultades en los países civilistas a la hora de enfrentar un *trust* es el principio de unicidad del patrimonio frente a la dualidad de titulares en un *trust* anglosajón¹¹¹⁴. En Bélgica, por ejemplo, cuyo Derecho sigue el modelo napoleónico, no se reconoce la separación entre el título de dominio y el de la *equity* sobre la propiedad, por ser contrario al principio de la unicidad de la propiedad¹¹¹⁵. En el asunto de *Evans v. Evans*,¹¹¹⁶ un tribunal belga, sin embargo, validó un *trust* testamentario hecho por un nacional inglés creando un *trust* cuyo *corpus* consistía en propiedad ubicada en Bélgica. El tribunal aplicó el

¹¹¹¹ SCHOENBLUM, J. A., *Multistate and Multinational Estate Planning, supra.*, 2009, CCH Inc., 2008, p. 18-73, 2009.

¹¹¹² SCHOENBLUM, J. A *supra.*, p. 18-74.

¹¹¹³ Ver la sección 5.2.3, *supra.*

¹¹¹⁴ *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Operaciones fiduciarias...» *op. cit.*, pp. 1824-1825, que entiendo que esto se elude con el recurso a la noción de la titularidad fiduciaria y la delimitación de su ámbito, con el declive del concepto clásico napoleónico de la propiedad debido a atemperaciones constitucionales (art. 33, 2 CE), y la introducción de figuras que ponen en entredicho ese concepto clásico, aparte de la figura del censo, por la introducción de figuras como la multipropiedad. También cabe mencionar el derecho de superficie.

¹¹¹⁵ SCHOENBLUM, J. A *supra.*, p. 18-74, citando a Note, «Common Law Trusts in Civil Law Courts,» 67 *Harv. L. Rev.* 1030, 1035 (1954).

¹¹¹⁶ Sentencia de 27 de noviembre de 1947 Trib civil (6 cap) Bruselas 1948 *Pasiecrisie Belge*, III 51.

Derecho inglés, apartándose de los principios de Derecho internacional privado belga que aplicarían la *lex rei sitae*. El Derecho belga, por otra parte, también persigue validar la intención del testador en ausencia de violación al orden público¹¹¹⁷. No se halló violación al orden público porque la titularidad se le atribuyó al beneficiario y el *trustee* fue considerado como un mero mandatario; no obstante, el tribunal protegió el derecho del hijo a su legítima y rehusó dar efecto al interés legado a los nietos no nacidos o concebidos a la muerte del testador, aplicando los principios que prohíben las sustituciones¹¹¹⁸. Esta decisión ha sido fuertemente criticada en vista de que el testador estaba domiciliado en Bélgica y los inmuebles estaban situados en Bélgica¹¹¹⁹. Juristas belgas reconocen esta postura como un término medio entre el reconocimiento absoluto y no reconocimiento, mientras que otros juristas han recomendado que debiese reconocerse la titularidad en el *trustee*, o que el *corpus* pueda asimilarse a una fundación incompleta, entidad distinta del *trustee*¹¹²⁰. Otro enfoque, más o menos seguido en *Evans*, que considera a los beneficiarios como dueños, también ha sido criticado por ser incompatible con situaciones donde el *trustee*, contrario al beneficiario, ha sido dotado con amplios poderes para manejar la propiedad¹¹²¹.

Los tribunales franceses han seguido el enfoque belga pero las decisiones judiciales no han sido consistentes¹¹²²; tienden a reconocer al beneficiario como dueño absoluto, rehúsan dar efecto al *trust* como tal y consideran al *trustee* como un mandatario¹¹²³. No obstante, en *Courtois v. De Ganay*¹¹²⁴, el tribunal en vez de

¹¹¹⁷ SCHOENBLUM, J. A., *supra.*, citando Note, «Common Law Trusts...», *supra.*, nota. 518.

¹¹¹⁸ SCHOENBLUM, J. A *supra.*, p. 18-74.

¹¹¹⁹ *Id.*, citando a RABEL, E., DROBNIG, U., BERNSTEIN, H., *The Conflict of Laws: A Comparative Study, Property Bills and Notes: Inheritance: Trusts: Application of Foreign Law: Intertemporal Relations*, 2d ed., vol. 4, 2d ed., Univ. of Mich. Press, Ann Arbor, 1958, p. 466.

¹¹²⁰ SCHOENBLUM, J. A *supra.*, p. 18-74., p.18-74, nota 498.

¹¹²¹ *Id.*

¹¹²² SCHOENBLUM, J. A *supra.*, p. 18-74., citando a GOLDSMITH, J, C., «Trusts in France», *Trusts and Trustees*, Vol. 2, no. 6, Oxford Univ. Press, 1996, p. 6.

¹¹²³ *Id.*

¹¹²⁴ Ver nota 1014, *supra.*, Cour d'appel, Paris, 10 de enero de 1970.

reconocer el *trust* como mandato, lo calificó como un contrato atípico gobernado por la *proper law*, a ser prohibido sólo si violaba el orden público¹¹²⁵.

Comenta SCHOENBLUM¹¹²⁶ que el reconocimiento de los *trusts* en Francia se hace difícil por las disposiciones de su CC, artículo 896 sobre sustituciones fideicomisarias, prácticamente prohibidas, así como por los artículos 1130 y 1600 en cuanto a disposiciones sobre herencia futura¹¹²⁷. Por otra parte, BERAUDO señala que la tendencia de los tribunales franceses ha sido asimilar el *trustee* al *exécuteur testamentaire*¹¹²⁸ con más poderes que un *administrateur* o un mandatario, de manera que sea tratado como dueño de la propiedad¹¹²⁹ y que gracias a la técnica de *l'assimilation*, son raras las circunstancias en que un tribunal francés haya rehusado dar **efectos** a un *trust* creado en el extranjero¹¹³⁰.

En el caso de *MacCalmont*¹¹³¹ un tribunal francés tuvo que calificar un *trust* creado por un nacional británico sobre un inmueble localizado en Francia. El testador pretendió crear a través del *trust* un Derecho de propiedad en *equity* del tipo *equitable estate tail*. Los herederos impugnaron el *trust*, pero el tribunal les falló en contra y decidió que el beneficiario del *trust* era el dueño. A pesar de que el interés del beneficiario era de naturaleza *estate tail* y que ese tipo de derecho de propiedad

¹¹²⁵ SCHOENBLUM, J. A *supra.*, p. 18-75, cita a LANGBEIN, *supra.*, «The Contractarian Basis....». Señala que en este caso como no estaba envuelto el derecho de legitimarios, tal vez otro hubiese sido el resultado.

¹¹²⁶ SCHOENBLUM, J. A *supra.*, p. 18-75.

¹¹²⁷ *Id.*

¹¹²⁸ Tribunal civil de Niza, 2 mayo de 1905, Cl. 1911 p. 278; Tribunal de la Seine, 22 marzo 1967 R. 1968 p.503; ordenanza del presidente del tribunal de gran instancia de Bayona, 28 abril 1975, R. 1976, p. 331.

¹¹²⁹ *En effet, le trustee est propriétaire (legal owner) des biens qui lui sont remis et il jouit de prérogatives plus larges que l'exécuteur testamentaire du droit français. De dernier, meme si la saisine lui a été donnée, n'a sur les biens que les pouvoirs d'un mandataire... Enfin, la mission de l'exécuteur testamentaire est limitée à l'exécution d'un testament c'est-à-dire à la liquidation d'une succession.* BERAUDO, J.P., *Les Trusts Anglo-Saxons et le Droit Français*, LGDJ, Paris 1992, citando decisión del Tribunal de Grande Instance de Bayona, del 28 de abril de 1975.

¹¹³⁰ *Id.*, p. 195. BERAUDO indica que no se han reconocido en ciertos casos de *trusts* matrimoniales y los de efectos sucesorios.

¹¹³¹ Tribunal Niza, 3 mayo 1905, 38 Clunet 1911.

limitado iba en contra del orden público francés, razonó que bajo la ley inglesa constituía en efecto un *estate in fee simple* (concepto con efectos parecidos a los de la nuda propiedad) y por tanto podía admitirse¹¹³².

En *Delorme v. Mallinson*¹¹³³ los parientes del causante fueron nombrados *trustees* para beneficio de la nieta del testador en un *trust* creado cuyo *corpus* incluía propiedad inmueble localizada en Francia. La disposición testamentaria estaba sujeta a una condición disolutiva (*condition subsequent*) a los efectos de que, si la beneficiaria moría sin casarse, la propiedad iría a los sobrinos y sobrinas del testador. Bajo el Derecho francés la nieta era legitimaria, por lo que el tribunal determinó que ese derecho no podía coartarse y por tanto la consideró dueña del equivalente a nuda propiedad en vez de ser una mera beneficiaria del uso o disfrute, además de determinar que esta propiedad estaría libre de la condición resolutoria provista en el instrumento del *trust*. Con relación a la porción restante del *corpus* del *trust* el tribunal trató a la beneficiaria como dueña absoluta pero este vez su interés estaría sujeto a la condición resolutoria del *trust*¹¹³⁴.

En el famoso asunto de la herencia de la actriz norteamericana Leslie Caron¹¹³⁵, su padre, un ciudadano francés, emigró a América y se naturalizó ciudadano estadounidense tomando residencia permanente en EEUU, de manera que la sucesión de sus bienes muebles se rigiese por las normas del *common law*. Organizó una corporación que compró un bien inmueble en Francia y transfirió las acciones a sí mismo como *trustee* para su propio beneficio, el de los esposos Odell y una entidad caritativa. Caron por testamento dejó toda su propiedad a los Odell y nada a su hija. La corte de casación entendió que se cometió fraude y manipulación del DIP para desheredar a su hija y convertir propiedad inmueble en mueble. Muchos notarios en Francia han entendido que este caso se limita a circunstancias especiales donde hubo un esquema craso para defraudar un

¹¹³² SCHOENBLUM, J. A., *supra.*, p. 18-75.

¹¹³³ Trib. Civ. Rouen, 19 de diciembre de 1927, 55 Clunet 1928, 1927.

¹¹³⁴ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-75.

¹¹³⁵ *Caron v. Odell*, Tribunal de Casación, 20 marzo 1985.

heredero y que la compra de un inmueble por una corporación de por sí no se debe entender fraudulenta, particularmente cuando un testador en la planificación de su sucesión intenta hacer una distribución justa para beneficio de su familia¹¹³⁶.

En Alemania la jurisprudencia tampoco ha sido clara en cuanto a la calificación de los *trusts* testamentarios sobre bienes inmuebles¹¹³⁷. En un principio cabe la suposición, aunque con incertidumbre, de que un tribunal alemán aplique el Derecho extranjero a un testador extranjero, mas, sin embargo, como allí aplica la doctrina del reenvío, aún si un extranjero crease un *trust*, un tribunal alemán podría invalidarlo bajo la ley alemana, cuando la ley nacional del testador se dirija hacia la ley interna del *situs*; no está claro si los tribunales alemanes atribuirían titularidad a los beneficiarios, al *trustee* o a los herederos—de resultar inválida la disposición¹¹³⁸. No obstante, SCHOENBLUM argumenta que un nacional alemán debería poder crear un *trust* testamentario sobre propiedad foránea ya que la normativa alemana de Derecho internacional privado en asuntos sucesorios aplicaría el Derecho extranjero donde haya disposiciones concretas¹¹³⁹.

En Italia, *Piercy v. Agency for Sardinian Agricultural and Land Reform*¹¹⁴⁰, asunto de expropiación de una propiedad perteneciente al comandante Benjamin H. Piercy, en que éste había indicado en su testamento que deseaba que se interpretase su testamento en lo posible como si el testador nunca se hubiera marchado de Inglaterra y puso una cantidad sustancial de su caudal en un *trust* para beneficio de sus hijos o nieto, con el nombramiento de tres *trustees*: la Sra.

¹¹³⁶ HAYTON, *The International Trust*, 3ra ed., (2011), p. 186-187.

¹¹³⁷ SCHOENBLUM, J. A., *supra.*, p. 18-76.

¹¹³⁸ SCHOENBLUM, J. A., *supra.*, p. 18-76, sin embargo, cita a MAKAROV, que le aseguró a RABEL que no existe caso alguno en Alemania que establezca si un nacional de un país civilista pueda establecer un *trust* en Alemania o ningún otro país. RABEL, E., *The Conflict of Laws: A Comparative Study, Property Bills and Notes: Inheritance: Trusts: Application of Foreign Law: Intertemporal Relations*, 2d ed., Vol. 4, Univ. of Mich. Press, Ann Arbor, 1958, p. 465 n. 67.

¹¹³⁹ SCHOENBLUM, J. A., *supra.*, p. 18-76, nota 505 citando BFH, 5 de abril de 1968, NJW 1968, 1571, que refiere al art. 3(3) del Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), normativa conflictual alemana. *Cfr.* Reglamento sucesorio europeo, *supra.*

¹¹⁴⁰ Trib. Oristano (1955), traducción y transcripción en MERRYMAN & CARK, *Comparative Law: Western Europe and Latin American Legal Systems* 929 (1978).

Piercy y dos de sus hijos. La controversia planteada en el tribunal italiano fue si la expropiación fue válida al nombrarse en la orden de expropiación a la Sra. Piercy como dueña, o si los hijos beneficiarios del *trust* debían haberse considerados dueños. Estos solicitaron a la agencia correspondiente que devolviera el bien expropiado. El tribunal no reconoció la dualidad de la titularidad por entender que afectaba el orden público italiano sobre la tenencia de la propiedad y por tanto estaba reñido con principios fundamentales e inderogables del Derecho italiano¹¹⁴¹. El rechazo al *trust* no significó que la agencia prevaleció en el litigio, pues había que determinar la titularidad de la propiedad. Cabía la posibilidad de aplicar la sucesión intestada italiana, la ley nacional del causante que bajo el DIP italiano era de aplicarse y heredaban los hijos. El Tribunal, sin embargo, determinó que los verdaderos dueños de la propiedad eran los beneficiarios, basándose en que esa debió ser la voluntad del testador¹¹⁴². El Tribunal vio al *trustee* como un administrador y lo asimiló a un fiduciario o *testamentary executor* con poderes de gestión para beneficio de los dueños, los beneficiarios¹¹⁴³.

Una vez Italia reconoció el Convenio de la La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y su Reconocimiento, en *Casani v. Mattei*¹¹⁴⁴, las opiniones de LUPOI fueron avaladas por el tribunal italiano¹¹⁴⁵. En ese caso un individuo con nacionalidad estadounidense e italiana, creó un *trust* por testamento en el Estado de Kentucky sobre propiedad inmueble localizada en Italia. Su hija impugnó el testamento alegando que era una sustitución fideicomisaria prohibida. El Tribunal rechazó el planteamiento por entender que lo que se creó fue un *trust* del *common law* y no una sustitución fideicomisaria. Aunque el tribunal pudo haberse negado a reconocer el *trust* como una sustitución prohibida, sin embargo, a la luz de que Italia adoptó el Convenio de la Haya sobre *trusts*, el tribunal entendió que Italia acordó

¹¹⁴¹SCHOENBLUM, J. A., *supra.*, p. 18-76, citando Trib. Oristano, *op. cit.*

¹¹⁴² *Id.*

¹¹⁴³ SCHOENBLUM, J. A., *supra.*, p. 18-76. 18-77. Indica SCHOENBLUM que el resultado de Piercy hubiese sido distinto bajo la Convención de la Haya, que posteriormente ratificó Italia.

¹¹⁴⁴ Foro ital., 1998, I, 2007.

¹¹⁴⁵SCHOENBLUM, J. A., *supra.*, citando a LUPOI, M., «The Domestic Trust Theory Upheld in Italy», *Trusts and Trustees*, Oct 1998, p. 24; LUPOI, M., *Introduzione al trusts: diritto inglese, Convenzione dell'AJA, diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1994.

reconocer el *trust*¹¹⁴⁶. El Convenio no prohíbe que un ciudadano de un país civilista establezca un *trust*, aunque no reconoce los intentos de vulnerar legítimas; bajo el Convenio el *trust* subsistiría sujeto a una reducción por la cantidad de la legítima¹¹⁴⁷.

Las disposiciones por testamento en cuanto a bienes muebles, según SCHOENBLUM tendrían mayor posibilidad de ser reconocidas bajo las normas del *common law* en los países de raíz civilista¹¹⁴⁸. La preocupación de los Estados civilistas sobre la propiedad inmueble no está presente en estos asuntos; sin embargo, sí persiste la deseabilidad de que sea una sola ley la que regule la administración del caudal¹¹⁴⁹. El tribunal de primera instancia de Bayona¹¹⁵⁰ validó un *trust* creado por un constituyente domiciliado en Inglaterra y determinó que el *trustee*, una entidad bancaria, era el dueño del *corpus*, sujeto a las limitaciones halladas en el instrumento de *trust* y las normas del *equity*¹¹⁵¹. Enfatizó el Tribunal que no se trataba de una sustitución prohibida más sí una división de la tenencia de la propiedad¹¹⁵². No obstante, la mayoría de los tribunales no han llegado tan lejos ya que el *trust* mas bien se encajará dentro de una figura conocida del Derecho civil y no se tratará como un *trust* propiamente¹¹⁵³. El beneficiario se tratará como dueño y el *trustee* como mandatario y, de haber una persona que interviene con un interés propietario de por vida, como un *life estate*, se le aplicaría por analogía el

¹¹⁴⁶ SCHOENBLUM, J. A., *supra.* 18-77

¹¹⁴⁷ Apunta SCHOENBLUM que está de acuerdo con lo señalado por LUPOLI en el sentido de que será difícil determinar la responsabilidad de la porción de la legítima en vista de que el Derecho civil requiere una metodología diferente que está en desarrollo. *Id.* Como bajo la visión civilista el *trustee* no es dueño de nada y por ende no debería responder de nada y, por otro lado, si los beneficiarios responden, entonces, hay que establecer cómo se determinan sus respectivas participaciones, particularmente si algunas aún no han sido determinadas o si bajo el *trust* el *trustee* tiene discreción para hacer las distribuciones. *Id.*, pp. 18-77-78. Señala además SCHOENBLUM que como este tipo de arreglo no se reconoce en el derecho italiano, un *trust* puramente italiano sin conexiones foráneas, *quare* si sería válido cuando no le aplique el Convenio. *Id.* p. 18-78.

¹¹⁴⁸ SCHOENBLUM, J. A., *supra.*, p. 18-78

¹¹⁴⁹ *Id.*

¹¹⁵⁰ T.G.I. Bayonne, 28 abril 1975, J.C.P. 1975. II 18,168.

¹¹⁵¹ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-78.

¹¹⁵² *Id.*

¹¹⁵³ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-78.

tratamiento del usufructo u otra figura del Derecho civil, con miras a preservar el interés originalmente creado¹¹⁵⁴. Por otra parte, entiende SCHOENBLUM que un *trust* tiene más oportunidades de surtir efectos si las partes del arreglo son extranjeros con domicilios foráneos y la propiedad ubica fuera del Estado civilista¹¹⁵⁵.

Parecería que la deferencia que ha recibido el principio de unidad sucesoria en los *trusts* testamentarios sobre propiedad inmueble en países civilistas no sea tan relevante en cuanto a trasposos *inter vivos*, debido a que en esos casos no existiría la necesidad de que se administre un caudal bajo un solo derecho¹¹⁵⁶. La realidad, según SCHOENBLUM, es que tampoco se han reconocido los *trusts* testamentarios *qua trusts* en los países civilistas, salvo escasas excepciones y considerando la ratificación del Convenio. Entiende que aunque el Derecho internacional privado señale la ley nacional de un extranjero como la ley aplicable, los mismos argumentos sobre orden público como los esbozados en el asunto *Piercy* pudiesen levantarse en un tribunal civilista en una jurisdicción que no haya ratificado el Convenio¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁴ Esto fue lo que hizo el tribunal en el asunto Trib. Civ. Seine, 19 diciembre 1916, Clunet 1917, 1069, donde un testador inglés dejó un *life estate* en *trust* a su hijo con el *remainder* a sus nietos que hubiesen llegado a la mayoría de edad al momento de su muerte y a las nietas que se hubiesen casado. El hijo impugnó el interés de los nietos por ser una sustitución ilegal independientemente de que él o el *trustee* se considerara legatario original. En general, para evitar la sustitución ilegal todos los nietos tendrían que haber adquirido su derecho; pero en ese caso su derecho estaba condicionado. Si se consideraba al *trustee* como legatario original también habría una sustitución ilegal en tanto que los que finalmente recibirían no eran los nietos del *trustee*. El tribunal evitó el problema considerando a los nietos como los primeros herederos, al hijo le dio un derecho a rentas sobre la propiedad y el *trustee* se consideró como mandatario o agente. *Id.*, p. 18-79, nota 517, citando Note, «Common Law Trusts...» *op. cit.*, 1954, pp. 1030-1031, 1041; RABEL, E., DROBNIG, U., BERNSTEIN, H., *The Conflict of Laws: A Comparative Study, Property Bills and Notes: Inheritance: Trusts: Application of Foreign Law: Intertemporal Relations*, 2d ed., Vol. 4, Univ. of Mich. Press, Ann Arbor, 1958, p. 466.

¹¹⁵⁵ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-78, nota 516.

¹¹⁵⁶ SCHOENBLUM, J., *supra.*, p. 18-78, citando Note, «Common Law Trusts in Civil Law Courts», *supra.*, p. 1030.

¹¹⁵⁷ *Id.*

Capítulo 6. Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a los trusts y a su reconocimiento de 1 de julio de 1985.

6.1. Introducción

El Convenio de La Haya sobre *Trusts* y su Reconocimiento surge en la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado de 1980, donde se tomó la decisión de establecer un Convenio sobre *trusts*¹¹⁵⁸. DYER y VAN LOON prepararon un Informe Preliminar detallando las funciones del *trust* en los países que lo conocen y los problemas que han tenido con esta figura los países que no la conocen¹¹⁵⁹. Seguido de este informe surgieron varias reuniones de Comisiones Especiales del 1982 al 1984. En 1982 se creó un Comité de Redacción *ad hoc* y en octubre de 1983 la Comisión Especial aprobó un borrador preliminar del Convenio. En la Decimoquinta sesión del Convenio del 8-20 de octubre de 1984, en la Segunda Comisión se formó un Comité de Redacción y un subcomité sobre cláusulas generales y finales. El borrador del Convenio fue aprobado unánimemente el 19 de octubre de 1984, firmándose el 20 de octubre de ese mismo año¹¹⁶⁰.

Según el Profesor Albert E. Von OVERBECK, *reporteur* del Convenio, éste difiere de los Convenios internacionales anteriores en que éstos trabajaron con figuras tales como la adopción, el divorcio, contratos de venta, obligaciones de manutención, conocidas por los países implicados pero con divergencia de normas de Derecho Internacional Privado, mientras que el Convenio atiende una figura que

¹¹⁵⁸ VON OVERBECK, A., E., Explanatory Report on The Hague Conference on Private International Law, Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, concluded on July 1, 1985.

¹¹⁵⁹ Informe DYER & VAN LOON DYER y van LOON, Report on Trusts and Analogous Institutions. (1982) 2 Hague Conference on Private International Law, Actes et Documents (1985).

¹¹⁶⁰ El Convenio ha sido ratificado y entrado en vigor en Australia, Canadá (8 provincias), Hong Kong, Italia, Malta, Países Bajos, Luxemburgo, Mónaco, Suiza y en el Reino Unido, donde se extendió a bases soberanas británicas en la isla de Chipre--Acrotiri y Dhekelia--, a Bermuda, Territorio Antártico Británico, Islas Vírgenes Británicas, Islas Malvinas, Gibraltar, Guernsey, Isla de Man, Monserrat, St. Helena y sus dependencias, Islas South Georgia y South Sandwich, Islas Turcos y Caicos. La Isla de Jersey advino parte de la conferencia y ajustó su legislación con los términos del Convenio. Ha sido firmado, aunque sin ratificar, por Chipre, Francia y los Estados Unidos de América. Ver <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=59>. para el estatus del Convenio.

es conocida en países del *common law*, pero desconocida por los países miembros de tradición civilista¹¹⁶¹. El propósito de las convenciones anteriores fue reconciliar los principios de nacionalidad o domicilio, mas la conferencia de *trusts* pretendió servir de puente de enlace entre los países del *common law* y los de Derecho civil¹¹⁶². Los miembros del Convenio se dividieron en dos grupos: aquellos que conocen los *trusts* o instituciones análogas y aquellos que no cuentan con ninguna de estas instituciones, ambos grupos con intereses distintos en la ratificación del Convenio. Los primeros interesaban que los *trusts* creados al amparo de sus leyes fuesen ratificados por otros países, pero además se beneficiaron de las reglas establecidas toda vez que existen diferencias en sus sistemas jurídicos de Derecho Internacional Privado¹¹⁶³.

Los Estados que no conocen la institución, aunque no estaban tan claros sus intereses, sí se benefician en la medida que el Convenio provee a sus jueces de herramientas para manejar esta institución, particularmente cuando estos Estados que no conocen el *trust* carecen de reglas de Derecho internacional privado sobre la ley aplicable al *trust*. El Convenio precisamente introduce reglas de Derecho internacional privado sobre *trust* en el Derecho interno de estos países¹¹⁶⁴. Les resulta particularmente interesante ya que estos Estados han tenido dificultades frecuentes con asuntos relacionados con el caudal hereditario de extranjeros domiciliados en sus países¹¹⁶⁵. El informe DYER y VAN LOON señala lo siguiente:

Can the trust, this corpus alienum, be recognized at all? And if so, under what category or categories of the law should the trust or the different legal relationships it creates be arranged: under the law of successions, the law of contract, the law of property, the law of foundations or associations, or any other branch of the law? And if this problem of characterization or classification has been solved, and

¹¹⁶¹ VON OVERBECK, A., E., Explanatory Report, *supra.*, parr. 12.

¹¹⁶² *Id.*

¹¹⁶³ VON OVERBECK, A., E., Explanatory Report, *supra.*, parr. 14

¹¹⁶⁴ *Id.*

¹¹⁶⁵ VON OVERBECK, A., E., Explanatory Report, *supra.*, parr. 14. Resalta el caso de Suiza, país que permite a sus domiciliados foráneos someter la sucesión de su caudal hereditario a su ley nacional. Esto también ocurriría con España que utiliza la ley nacional como punto de conexión, Art. 9.8 del CC.

*the applicable law has been determined, further questions of adaptation or conversion into civil law institutions may have to be faced... The result is that, when it comes to litigation, the outcome may be highly unpredictable, as the parties and the courts will frequently be in the dark as to the way the trusts should be handled*¹¹⁶⁶.

El problema de las calificaciones surge tanto en la creación del *trust* como cuando un constituyente va a transferir activos de un país civilista a un *trust* en un país del *Common law*, como si un beneficiario de un *trust* inglés quiere terminar el *trust* y que le traspasen los activos a un país civilista, o si un *trustee* reside en un país civilista y se requiere la tutela judicial en ese país por quebrantamiento de deberes del *trustee* y la necesidad de ejecutar cualquier sentencia relacionada a un *trust*, con el riesgo de que el tribunal en la obligada traducción de la figura desconocida distorsione los derechos, poderes y obligaciones inherentes en la relación fiduciaria existente en el *trust*¹¹⁶⁷. Mayor problema es la dificultad conceptual en la titularidad doble existente en el *trust* anglosajón donde los activos del *trust* son un fondo separado inaccesible a los acreedores del *trustee*, aunque ese concepto de inmunidad de activos no sea ajeno a los países civilistas¹¹⁶⁸.

El Convenio ha servido como instrumento de acercamiento no sólo de sistemas jurídicos, sino que ha servido para educar a los delegados de los países de Derecho civil, que manifestaron gran preocupación por el uso indebido que se pudiese dar al *trust* para propósitos fraudulentos. Los delegados del *Common law* se esforzaron en demostrarle a sus colegas que en esencia el *trust* es una institución bien útil y que sujeto a las debidas precauciones, se evitan abusos potenciales¹¹⁶⁹. Se insertaron unas cláusulas de escape que a su vez no resultaron excesivas desde el criterio de los delegados de países del *Common Law*¹¹⁷⁰. Además de estas cláusulas de escape, las disposiciones sobre reconocimiento del *trust* ofrecen

¹¹⁶⁶ Informe DYER & VAN LOON DYER y van LOON, Report on Trusts and Analogous Institutions. párr. 115, p. 67, (1982) 2 Hague Conference on Private International Law, Actes et Documents (1985).

¹¹⁶⁷ HARRIS, *supra.*, p. 83.

¹¹⁶⁸ *Id.*

¹¹⁶⁹ VON OVERBECK, A., E., Explanatory Report, *supra.*, párr. 17

¹¹⁷⁰ *Id.*

garantías adicionales ya que los efectos de reconocimiento están limitados y supeditados en aquellas materias sobre las cuales no se admite por acto voluntario contravención a la norma¹¹⁷¹.

Para los países civilistas un beneficio importante del Convenio es que les ayuda a entender el concepto del *trust* de manera que puedan trabajar con *trusts* transnacionales a fin de que puedan llenarse las expectativas del constituyente y todas las partes del *trust*¹¹⁷². Para un abogado del *Common law*, disminuye la poca conveniencia de crear un *trust* sobre propiedades que se encuentren en un Estado civilista al proveer un mecanismo para el reconocimiento del *trust* en un Estado contratante y también codifica las reglas de Derecho Internacional Privado que aplican los Estados del *Common law*¹¹⁷³. La armonización de las reglas de Derecho Internacional Privado también tiene un impacto positivo sobre el Derecho de jurisdicción y competencia, reduciendo así los incentivos para ir en búsqueda del foro adecuado (*forum shopping*)¹¹⁷⁴.

Por otro lado, señala SCHOENBLUM¹¹⁷⁵, uno de sus más duros críticos¹¹⁷⁵, que el Convenio ha tenido poca acogida debido a que es un anacronismo que se reduce a un ejercicio académico abstracto de teoría de Derecho Internacional Privado y aunque la necesidad de crear leyes sobre esta materia es importante, ya varias jurisdicciones de ultramar se habían adelantado, después de haber consultado expertos en la materia, adoptando leyes que verdaderamente responden a las necesidades mundiales de individuos o entidades que a través del mundo utilizan el *trust* para la gestión de sus fortunas¹¹⁷⁶. Entiende SCHOENBLUM que lejos de cubrir esas necesidades, el Convenio les es perjudicial¹¹⁷⁷. Señala que al ser el

¹¹⁷¹ *Id.*, citando el Artículo 15, *infra.*, del Convenio sobre reglas imperativas del foro.

¹¹⁷² HARRIS, *supra.*, p.84.

¹¹⁷³ *Id.*

¹¹⁷⁴ HARRIS, *supra.*, p. 84.

¹¹⁷⁵ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-86.

¹¹⁷⁶ *Id.*

producto de desafortunados, aunque necesarios compromisos para lograr su ratificación por países civilistas, no logra aclarar la naturaleza del *trust* y el Derecho aplicable para resolver controversias en foros civilistas¹¹⁷⁸. Veremos si esas críticas son fundadas.

El primer capítulo del Convenio establece lo que es el enfoque: establecer cuál será la ley aplicable al *trust* y el alcance de su reconocimiento. En el preámbulo se menciona que el Convenio se refiere al *trust* como una institución jurídica específica, tal como ha sido desarrollada por los tribunales de la *equity* en los países de *Common Law*, adoptado con ciertas modificaciones por otros países. Más adelante se verá que el Convenio es también de aplicación a instituciones análogas. Las reglas de selección de ley aplicable (*choice of law rules*) aclaran, codifican y armonizan el método de determinar la ley aplicable en países que conocen la institución, donde con mayor probabilidad tendrán lugar los litigios relacionados a un *trust*¹¹⁷⁹.

En principio se dice que la ventaja de las reglas del Convenio para un Estado que no conoce la institución es que ya no tienen que pasar por el dificultoso proceso de calificación de una figura desconocida, traducirla a otra análoga del Derecho interno para luego buscar la normativa de Derecho Internacional Privado del foro que le dirija a la ley aplicable. Una vez identificado un *trust*—que para ello el Convenio intenta describirlo con cierta precisión—de los que describe el Convenio, se aplicarían las reglas de Derecho Internacional Privado del Convenio para llegar directamente a la ley aplicable. No obstante, veremos que el Convenio no eliminó del todo el problema de las calificaciones.

¹¹⁷⁷ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-86, citando a WALTER, H., DIAMOND, *et als*, *International Trust Laws and Analysis* (1998), DUCKWORTH, A., «The Offshore Trust in Transition», *International Estate Planning: Principles and Strategies*, 129, 139 (Donald Kozusko y Jeffrey Schoenblum, editores, 1991).

¹¹⁷⁸ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-86, nota 556, señala que el informe de VON OBERBECK, párr. 70, es ilustrativo cuando hace referencia al compromiso sobre la interpretación del artículo 7, que se deja libre a que cada Estado lo aplique de manera diferente.

¹¹⁷⁹ HARRIS, J., *The Hague Trust Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 100.

El otro aspecto importante del Convenio es el reconocimiento de los *trusts*. HARRIS encuentra desafortunado el empleo del término reconocimiento pues resulta ambiguo a la luz de la acepción en el contexto de reconocimiento de sentencias extranjeras¹¹⁸⁰. Entiende que si el propósito del Convenio es establecer reglas que lleven a la identificación de una ley aplicable que sea obligatoria para los Estados miembros, necesariamente estos Estados tienen que en su jurisdicción dar los efectos pretendidos en el país de origen, que es realmente de lo que trata el proceso del Derecho Internacional Privado¹¹⁸¹. No obstante, es importante que los jueces sepan las consecuencias de aceptar una ley aplicable en cuanto a cuáles son los efectos que aplicar la ley tendría en el Estado que no conoce la institución.

6.2. Características y tipos de *trusts* cubiertos

El Convenio no pretende definir lo que es un *trust* o su naturaleza, sin embargo, establece unas características que deben existir para que los operadores jurídicos reconozcan que están abordando la figura del *trust* convencional¹¹⁸². Según el Convenio, un *trust* se refiere a las relaciones jurídicas¹¹⁸³ creadas—por acto *inter vivos* o *mortis causa*—por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado¹¹⁸⁴. Como características principales están: que los bienes del *trust*

¹¹⁸⁰ HARRIS, J., *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁸¹ *Id.*

¹¹⁸² Cf., RAYMOND, C., « Reflexions de Droit Comparé sur la Convention de La Haye sur le Trust », *LXVIII Revue de Droit International et de Droit Comparé*, p. 7, 13 (1991).

¹¹⁸³ Señala VON OVERBECK, *supra.*, en el párr. 40, que, aunque la fórmula de la «relación legal» se inspira el derecho americano e inglés conocido por relaciones fiduciarias, se optó no incluirlo por la objeción de países civilistas, particularmente en Francia donde el término *fiduciaire* no tenía significado jurídico. Se optó también por el uso del plural para evitar confusión con relaciones tripartitas que se encuentran en relaciones de mandato (*agency*) ya que la esencia del *trust* radica en la relación del *trustee* con el o los beneficiarios.

¹¹⁸⁴ Article 2

Aux fins de la présente Convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes: a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee; b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee; c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.

constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*; el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*, y éste tiene la facultad y la obligación, por lo que ha de rendir cuentas, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga¹¹⁸⁵. El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*¹¹⁸⁶.

El *trust* expreso del Derecho anglosajón es el que claramente encaja en la descripción del Convenio¹¹⁸⁷. Originalmente el Convenio iba dirigido a cubrir solamente los *trusts* creados bajo el modelo tradicional anglosajón¹¹⁸⁸ sin embargo, es la intención del Convenio que instituciones análogas del Derecho civil que comparten sus características esenciales también queden cubiertas¹¹⁸⁹. Hay que resaltar que se contempla que el Convenio incluya *trusts* establecidos en países donde no se reconozca la doble titularidad que separe el dominio legal (*legal title*) del título en la *equity* (*equitable title*), como ocurre en el Derecho anglosajón clásico¹¹⁹⁰. La tutela judicial que alberga al beneficiario no depende de que tenga derechos sobre la propiedad cuya titularidad ostente el *trustee*, o el llamado *equitable title* del beneficiario. Cabe señalar también que estas instituciones análogas al *trust* para que queden cubiertas por el Convenio deben de ser

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

¹¹⁸⁵ Convenio, art. 2.

¹¹⁸⁶ *Id.*

¹¹⁸⁷ HARRIS, J., *supra.*, p.104, citando a LUIPOI, M., «The Shapeless Trust», (1995) 1(3) *Trusts and Trustees* 15.

¹¹⁸⁸ LUIPOI, M., *supra.*, p. 331, citando *Conference de La Haye de droit international privé—Hague Conference on private international law, Actes et documents de la Quinzième session—Proceedings of the Fifteenth Session, II, Imprimerie Nationale, The Hague, 1985.* («Actes»), pp.141-4.

¹¹⁸⁹ LUIPOI, M., *supra.*, p. 331.

¹¹⁹⁰ LUIPOI, M., *supra.*, p. 331, cita los ejemplos de India, Sur Africa y Escocia que refiere HAYTON, D., de GLASSON, J., *International Trust Laws*, cap. C 3, 6 y comenta que una distinción en la titularidad hubiese presentado problema para Escocia, en cuyos *trusts* caritativos el dominio se transfiere de manera limitada para aplicar el fondo de manera singular.

estructuralmente análogas, ya que las que solo son análogas funcionalmente no están cubiertas¹¹⁹¹. Las instituciones cubiertas y llamadas «análogas» son las que LAPOI llama el «*trust* amorfo» (*shapeless trust*) del Convenio, y se cuestiona cuán análoga puede ser una institución que carezca de la relación fiduciaria tan fundamental en el Derecho anglosajón¹¹⁹². Este hubiese preferido que se hablase más en términos de instituciones homólogas al *trust* en la medida en que tengan las características fundamentales del *trust* anglosajón, tales como la transferencia de título, la protección a los activos del *trust* contra las reclamaciones de acreedores del *trustee* y del beneficiario y fundamentalmente, la relación fiduciaria¹¹⁹³.

Se pensaría que el Convenio elimina los problemas de la calificación precisamente porque no define lo que es un *trust* y sólo describe sus características, sin embargo, el hecho de que no haya una definición no significa que los tribunales puedan evitar el proceso de calificación para determinar a cuál relación jurídica debe aplicar el Convenio¹¹⁹⁴. En este proceso no necesariamente llevará a la conclusión de que la figura valorada es un *trust* de los que le aplica el Convenio, sin embargo, aunque la uniformidad en la práctica de interpretación judicial es deseable en esta área, la realidad es que es una empresa casi imposible cuando se trata de una materia donde hay poco entendimiento común¹¹⁹⁵. Resultaría indeseable, por otra parte, que la misma institución sea calificada de formas distintas dependiendo de los tribunales del Estado donde se haga la valoración y calificación; sin embargo, esto demuestra la importancia de aspirar por la uniformidad en el proceso de calificación¹¹⁹⁶. HARRIS sugiere varios enfoques para calificar la figura que se

¹¹⁹¹ VON OVERBECK, Explanatory Report, *supra.*, p. 13.

¹¹⁹² HARRIS, *supra.*, p. 111, citando a LUPOI, «The Shapeless Trust», *Trusts and Trustees*, 15,16 (1995).

¹¹⁹³ *Id.*, p. 111.

¹¹⁹⁴ HARRIS, *supra.*, p. 116.

¹¹⁹⁵ *Id.* Apunta HARRIS que en diversos instrumentos convencionales han logrado cierto grado de armonización al Derecho Internacional Privado a través de los significados autónomos de algunos conceptos como «asuntos relacionados a contratos» o el alcance uniforme del Convenio de Bruselas en su aplicación jurisdiccional materia civil y comercial.

¹¹⁹⁶ HARRIS, *supra.*, p. 116.

presenta como un *trust* desde el punto de vista de un tribunal anglosajón como foro¹¹⁹⁷.

En un primer enfoque el tribunal podría determinar **si de acuerdo al Derecho interno de la *lex fori*, está ante un *trust***. Esta opción no es aceptable toda vez que el propósito del Convenio es lograr el reconocimiento de *trusts* que cumplan con los criterios del artículo 2, provenientes de distintos sistemas jurídicos, no sólo el tipo de sistema que haya en un foro inglés, por ejemplo.¹¹⁹⁸ HARRIS apunta que esta alternativa carece de credibilidad puesto que un tribunal inglés no debe rehusar aplicar el Convenio a una figura que satisfaga las características del artículo 2, solamente porque no cumple con los criterios del Derecho interno inglés sobre *trusts*; sería como no dar reconocimiento a un contrato foráneo porque no medió el *consideration* del *Common law*¹¹⁹⁹.

En otra opción el tribunal determinaría de acuerdo a las **reglas de Derecho Internacional Privado del foro, si la relación es un *trust***. Un tribunal de raíz anglosajona, de acuerdo a su entendimiento de su Derecho conflictual sobre el *trust*, aplicaría las reglas del Convenio a la relación jurídica que cae en esa categoría, partiendo de la premisa de que cumple también con los criterios del artículo 2 del Convenio¹²⁰⁰. Esto llevará a aplicar el Convenio solamente a los *trusts* de sistemas angloamericanos del *Common law*, pero arriesgando no aplicarlo a otras figuras de Estados civilistas que cumplen los criterios del artículo 2, yendo en contra de la intención del Convenio que es aplicarlo a estos otros tipos de *trusts*. Según HARRIS, en principio solo cualificarían los *trusts* de países como la India, Escocia, o Sudáfrica¹²⁰¹.

¹¹⁹⁷ HARRIS, *supra.*, pp. 117-120.

¹¹⁹⁸ *Id.*

¹¹⁹⁹ HARRIS, *supra.*, pp. 117-120.

¹²⁰⁰ *Id.*

¹²⁰¹ HARRIS, *supra.*, pp. 117-120.

Otro método de calificación, sería que el tribunal determine si de acuerdo a la ***lex causae*** la relación allí se considera la de un ***trust***. Este enfoque se ha tachado de circular puesto que no se sabrá cuál es la *lex causae* hasta que no se haya calificado. No obstante, se hace una calificación preliminar de la relación jurídica de acuerdo a la *lex fori* como una a la cual el Convenio pudiese aplicar y encontrar la *lex causae* putativa¹²⁰². La calificación bajo la *lex causae* es inevitable puesto que si se alega que una figura civilista es suficientemente análoga al *trust* que para propósitos del Derecho Internacional Privado deba calificarse como tal, debe examinarse en su contexto, con referencia al sistema jurídico que la regula¹²⁰³. El problema con este enfoque es que una vez identificada la *lex causae*, es ésta la que debe determinar concluyentemente que se trata de un *trust* para propósitos del Convenio y como en el Derecho interno de un Estado civilista no existe una figura llamada «*trust*» para propósitos domésticos y en muchos la jurisprudencia es inadecuada, será imposible determinar si ese Estado trataría la figura como un *trust* para propósitos del Convenio. Preguntarse cómo, para propósitos de Derecho Internacional Privado, el Estado de la *lex causea* calificaría la figura en cuestión, también atribuye demasiado control sobre el proceso de calificación a la *lex causae*, mientras que el tribunal del foro, particularmente un foro de raíz anglosajona, en principio debe analizar la figura en su propio entorno para el tribunal determinar por sí mismo si en su opinión está ante un *trust* convencional¹²⁰⁴. No obstante, en un foro civilista que carece de la institución, calificar bajo la *lex causae* putativa no sería una opción equivocada cuando bajo ese Derecho se regula la institución. En ese caso el tribunal puede servirse del Convenio para entender las características principales del *trust* que le ayuden a determinar si la figura las tiene.

El tribunal puede determinar, **de acuerdo a la *lex causae*, las características de la relación jurídica en cuestión y valorar si comparte suficientes características halladas en la estructura del *trust* anglosajón.** HARRIS

¹²⁰² HARRIS, *supra.*, p. 118, considera HARRIS que también es cierto que no es hasta que se determina la *lex causae* que aplica a una relación jurídica que se pueden determinar las implicaciones totales de la relación y concluir que cumple con los criterios del artículo 2.

¹²⁰³ HARRIS, *supra.*, p. 118.

¹²⁰⁴ *Id.*

entiende que este método, de tres etapas, es el más recomendable para un foro anglosajón¹²⁰⁵ y a nuestro entender también vale para un foro civilista. En la primera etapa se determina preliminarmente si la figura civilista en el Derecho interno de un país de tradición civilista tiene suficientes características del *trust* del *common law* como para poder identificar la *lex causae* de acuerdo al Convenio¹²⁰⁶. En su segunda etapa se consideran los términos de la relación, cuyos términos pudiesen estar en controversia, con lo cual, en vez de asumir la validez de los términos, el tribunal preliminarmente se plantearía si éstos en efecto se considerarían parte de una relación jurídica y que ésta aparenta ser válida de acuerdo con la que sería la *lex causae*¹²⁰⁷. Hecho esto, se determinan los derechos y obligaciones creados por la figura civilista con referencia a la ley aplicable. Finalmente se puede valorar si la figura civilista tiene suficientes similitudes con un *common law trust* como para caer bajo el alcance del Convenio. Este método tiene la ventaja y la desventaja de dejar mucha discreción a manos del juez; esta discreción, sin embargo, parece apropiada debido a la inexactitud del artículo 2 y puede recoger aquellas relaciones donde, por ejemplo, un fondo separado se ha establecido bajo el control de una persona, pero los derechos y responsabilidades son irreconocibles desde el punto de vista de un *trust* anglosajón, evitando así que se materialice el llamado *trust* amorfo que critica LUPOI¹²⁰⁸. Reconoce que el Convenio interesa captar figuras fuera del modelo tradicional inglés, pero a la vez sería consistente con el preámbulo del Convenio, donde el *trust* del *Common law* es la preocupación principal y, además, como también reconoce LUPOI, hay numerosas instituciones civilistas que son verdaderamente homologables al *trust* anglosajón que entran en la esfera del Convenio¹²⁰⁹. Es inevitable que bajo esta metodología surjan aplicaciones inconsistentes del Convenio en distintos países,

¹²⁰⁵ HARRIS, *supra.*, pp. 118-119.

¹²⁰⁶ *Id.*

¹²⁰⁷ HARRIS, *supra.*, pp. 118-119.

¹²⁰⁸ HARRIS, *supra.*, pp. 118-119.

¹²⁰⁹ HARRIS, *supra.*, pp., p. 119.

pero también eso no es justificación para no buscar la mayor uniformidad posible¹²¹⁰.

Por último, otra alternativa sería que un tribunal determine las **características de la relación jurídica en cuestión y decida si cumple con todas las características del artículo 2 del Convenio, para entonces aplicar automáticamente las reglas del Convenio**¹²¹¹. Este enfoque, que en principio parece atractivo, si la disputa es precisamente si aplica o no el Convenio a la figura en cuestión, el tribunal, como quiera tendrá que determinar si una figura civilista alegadamente gobernada por el Derecho del país civilista, se trata de un asunto al que el Convenio pudiera aplicar. Para ello deberá mirar primero los términos del arreglo para formarse una idea preliminar sobre el Derecho aplicable y una vez escogido, ver los componentes de ese Derecho para finalmente determinar si cumple con las características esbozadas en el artículo 2 y concluir que la figura es un *trust* para propósitos del Convenio. Como esta alternativa aporta una definición autónoma¹²¹² del *trust*, eliminaría el problema de la calificación y no deja mucho margen de discreción judicial; sin embargo, cuando las características del artículo 2 se convierten en una especie de definición del *trust* y base firme para la calificación, que si bien es cierto que favorece el objetivo de la uniformidad y reduce las disputas sobre la aplicación del Convenio, hará sentir todas las implicaciones del *trust* amorfo con la correspondiente incertidumbre y aprehensión que ocasionará en los Estados que estén considerando el Convenio y las consecuencias de ratificarlo, consiguiendo también el desconcierto de un tribunal inglés que tenga que reconocer un mandato del Derecho civil como un *trust* del *common law*¹²¹³.

¹²¹⁰ *Id.*

¹²¹¹ HARRIS, *supra.*, p. 120.

¹²¹² Esto iría a la par con la tendencia del Derecho internacional europeo en tratar de simplificar el proceso de calificación a través de instrumentos internacionales, donde se habla del «significado europeo autónomo» de ciertos términos, poniendo de ejemplo el Convenio de Bruselas y el concepto de «materia contractual». HARRIS, *supra.*, p. 116.

¹²¹³ HARRIS, *supra.*, p. 120.

El **artículo 2** establece un grupo de patrones de hechos, las llamadas características, contra los cuales hay que comparar la figura a valorar para determinar si encaja en el Convenio¹²¹⁴: Para que exista un *trust* es suficiente que los bienes «*ont été placés sous le contrôle*¹²¹⁵ *d'un trustee*»¹²¹⁶. Esta versión según LUPOI, puede incluir muchas estructuras civilistas como en Colombia la fiducia mercantil y los negocios fiduciarios¹²¹⁷. En fin, el Convenio aplica al *trust* anglosajón y a todas las figuras jurídicas que encajen con el patrón de hechos de las características enumeradas en el artículo 2¹²¹⁸. Este traspaso de control, según el artículo 2.1, ocurre «*dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé*», que destaca LUPOI, aparte de los *trusts* para fines caritativos muy limitados (*charitable trusts*) son en principio nulos bajo el modelo tradicional inglés¹²¹⁹.

¹²¹⁴ LUPOI, M., *supra.*, p. 333.

¹²¹⁵ HARRIS, *supra.*, p. 106, opina que es desafortunada la selección del modelo de poner bienes bajo el «control» del *trustee* puesto que puede confundir con una relación de agencia o mandato. Cita a LUPOI, M., *Trusts: A Comparative Study*, 334, donde éste expresa que utilizar el término «control» por temor a perturbar los países civilistas es ridículo, aunque probablemente el temor haya estado fundado. Menciona también que HAYTON opina que ni el mandato o agencia estarían cubiertos por el Convenio en vista de que el Artículo 2(2)(a) requiere que los activos del *trust* sean un fondo separado. HAYTON, «The Developing European Dimension of Trust Law», 11 *KCLJ* 48, 52 (2000). No obstante, señala que el artículo 2(2)(b) al indicar que los activos pueden estar «en nombre de otra persona por cuenta del *trustee*», apoyaría ese punto porque los fondos serían separados precisamente porque el constituyente sigue siendo dueño.

¹²¹⁶ El lenguaje de que los bienes del *trust* se ponen bajo el control del *trustee* hace factible encajar la figura del *berwind* holandés, que se recibió en Sur África, donde la titularidad de los bienes del *trust* radica en el beneficiario. La legislación surafricana describe el *trust* como sigue:

Act 57 of 1988 §1 ...'*trust*' means the arrangement through which the ownership in property of one person is by virtue of a trust instrument made over or bequeathed –(a) to another person, the trustee, in whole or in part, to be administered or disposed of according to the provisions of the trust instrument for the benefit of the person or class of persons designated in the trust instrument or for the achievement of the object stated in the trust instrument; or (b) to the beneficiaries designated in the trust instrument, which property is placed under the control of another person, the trustee, to be administered or disposed of according to the provisions of the trust instrument for the benefit of the person or class of persons designated in the trust instrument or for the achievement of the object stated in the trust instrument. (énfasis suplido).

¹²¹⁷ LUPOI, M., *supra.*, p. 334, citando la Circular Unica Jurídica núm. 7 de 1996, que establece dos formulaciones que caen bajo esta estructura: 'se entienden por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriendo o no la propiedad de los mismos.... Si hay una transferencia de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil...fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de bienes'.

¹²¹⁸ LUPOI, M., *supra.*, p. 334.

¹²¹⁹ *Id.*

El *trust* amorfo se aleja del modelo tradicional en dos áreas fundamentales: el traspaso de los bienes y la titularidad del dominio, que es esencial en el *trust* anglosajón--a menos que se trate del caso en que el constituyente se denomina a sí mismo como *trustee*¹²²⁰ (*declaration of trust*) --, y el hecho que este *trust* amorfo permite los *trusts* para un propósito determinado, más no tan concreto como el modelo inglés.

En su versión final, dispone el Convenio que « *lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee* », sustituye la versión anterior que ofrecía la alternativa de « *lorsque des biens sont transférées à ou retenus par une personne, le trustee* ». Este cambio, en la opinión de LUPOLI, tuvo el propósito de dejar fuera del Convenio la *negotia* de las declaraciones del constituyente denominándose *trustee* (*declaration of trust*), también aceptadas en el modelo del *trust* anglosajón, así como los actos mediante los cuales se traspasan los bienes al *trustee*¹²²¹. LUPOLI no hubiese dejado fuera del Convenio este tipo de *trust*. HARRIS entiende que deberían estar cubiertos siempre y cuando hayan sido válidamente constituidos puesto que el Convenio no aplica a la fase preliminar anterior a la creación del *trust*, por lo que no es importante cómo haya sido creado si el proceso se llevó a cabo adecuadamente para lograrlo¹²²².

Otro elemento fundamental al que no alude el Convenio es la naturaleza o la dimensión de la relación fiduciaria, que se refiere al encargo de confianza (*entrusting*), esencial en un *trust*. Se eliminó también la frase « *d'utiliser les biens du trust à des fins fiduciaires, dont il est responsable* », particularmente por objeción de la delegación francesa para quienes el término de *fiduciaire* no tenía un

¹²²⁰ Resulta interesante, sin embargo, la descripción del derecho del *trustee* (el *entitlement*) sobre la materia del *trust* en el *trust* tradicional inglés que brinda LUPOLI a la declaración del *trust* donde el constituyente retiene la titularidad del dominio, pero traspasa el título en cuanto a los beneficios económicos o sus derechos en la *equity* para beneficio del beneficiario o el propósito determinado. LUPOLI, *supra.*, pp. 178-183.

¹²²¹ LUPOLI, M., *supra.*, p. 335.

¹²²² HARRIS, *supra.*, p. 108.

significado en su Derecho¹²²³. Se dejó la descripción como que el *trust* « *visé les relations juridiques créées par une personne, le constituant...* ». Con esto no queda claro que alcance tienen las reglas de Derecho Internacional Privado y de reconocimiento del Convenio hacia los deberes fiduciarios del *trustee*, lo que está en consonancia con el concepto del *trust* amorfo que se extiende más allá del *trust* tradicional anglosajón sin explicar la relación del *trustee* con las otras partes del *trust*, ni clarifica el alcance de su habilidad para traspasar título a las otras partes¹²²⁴.

El Convenio no define si las relaciones entre las partes envueltas en un *trust* son trilaterales o bilaterales, y, si son bilaterales, si los componentes de la relación bilateral son el *trustee* y el constituyente o el *trustee* y el beneficiario¹²²⁵. Concentrarse en la relación del *trustee* y el constituyente expande los límites del *trust* amorfo donde en vez de hablar de un traspaso de derechos se habla de traspasar el control, lo que abre un camino peligroso puesto que si el constituyente retiene el derecho y solamente se desprende del ejercicio del derecho creando una relación duradera entre el constituyente y el *trustee*, eso se aleja sustancialmente del *trust* tradicional inglés y lo asemeja a otras numerosas instituciones de otros sistemas jurídicos¹²²⁶.

El artículo 2 (c) del Convenio describe otra característica como: *le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi*. La falta de aclaración de las relaciones entre las partes se ilustra con esta característica donde no señala a quién debe rendir cuentas el *trustee*¹²²⁷.

¹²²³ HARRIS, *supra.*, p. 105. Cf. La *fiducie* en Francia, adoptada después del Convenio.

¹²²⁴ HARRIS, *supra.*, p. 105, citando a LUPOI, pp. 334-335.

¹²²⁵ LUPOI, *supra.*, p. 336.

¹²²⁶ *Id.*

¹²²⁷ LUPOI, *supra.*, p. 336.

Dispone el Convenio que el hecho de que el constituyente retenga ciertos derechos y poderes (traducido al francés como *prérogatives*) o que el *trustee* disfrute de ciertos derechos en calidad de beneficiario no es incompatible con el *trust*. Aquí también LUPOI señala las diferencias en la traducción, donde los términos «poderes y deberes» son más técnicos comparado con el término más común de «*prérogatives*»¹²²⁸. Esto deja abiertas las posibilidades para la expansión del *trust* amorfo. La referencia al traspaso de control en vez del derecho levanta inquietud sobre el asunto de la separación efectiva entre el constituyente y el *trustee*, asuntos que ya tanto el Derecho inglés como el modelo internacional del *trust* han resuelto¹²²⁹. Entiende LUPOI que, al faltar una definición más concreta con relación a estos dos supuestos atípicos del *trust*, carece el Convenio de las herramientas para determinar el alcance en que estas características confligen o no con la noción del *trust*; sin una definición viable no hay manera de valorar si en circunstancias donde el constituyente haya retenido ciertos poderes o prerrogativas o el *trustee* tenga beneficios, la relación jurídica es o no un *trust*¹²³⁰. Tampoco, según LUPOI, se puede evaluar utilizando la ley aplicable pues primero hay que determinar si la relación es un *trust*, y para propósitos del reconocimiento es el Convenio, no la ley aplicable, que determina lo que es un *trust* convencional¹²³¹. HARRIS no está de acuerdo con esa interpretación de LUPOI, porque el Convenio no pretende definir el *trust* ni provee una definición autónoma que pueda aplicarse automáticamente. El Convenio describe cuáles son las características claves del *trust*, y si los factores del artículo 2-- que sirven guía y no son exhaustivos -- son suficientes para que un operador jurídico pueda determinar si está en la presencia de un *trust* convencional¹²³².

¹²²⁸ LUPOI, *supra.*, p. 338.

¹²²⁹ LUPOI, *supra.*, pp. 338-339.

¹²³⁰ *Id.*

¹²³¹ HARRIS, *supra.*, p. 118, citando a LUPOI, *op. cit.*, p. 338. HARRIS discrepa de esta opinión de LUPOI pues el artículo 2 describe las características claves del *trust* sin pretender definirlo; en palabras de HARRIS, el Estado que deba aplicar el Convenio tiene la obligación de determinar por sí mismo si se encuentra ante un *trust*, «el artículo 2 es una guía, no una biblia».

¹²³² HARRIS, *supra.*, p. 116.

Otros de los elementos del patrón fáctico que conforma el *trust* convencional es que los bienes del *trust* constituyen un fondo separado de los bienes propios del *trustee* por lo que no forman parte de su patrimonio. No obstante que haya un fondo separado, no se requiere que la titularidad del dominio y la del *equity* existan separadamente o que el concepto de la propiedad en *equity* sea conocido¹²³³. Tampoco es necesario que los beneficiarios tengan derechos *in rem*, calificados en los países del *Common law* como derechos en la *equity*¹²³⁴.

HARRIS señala que el concepto del fondo separado no es ajeno a los países civilistas¹²³⁵, tales como las cuentas de los clientes de abogados, cuyos fondos están inmunes a reclamaciones de acreedores personales del abogado en los Países Bajos, Dinamarca y Alemania, o los activos adquiridos por una compañía de inversión en Alemania con fondos del cliente, que están inmune a las reclamaciones de los acreedores de la compañía¹²³⁶. Estructuras que proveen para un fondo separado sin el elemento de la titularidad en la *equity* resaltan los ejemplos del fideicomiso de los países hispanoamericanos y la *fiducie* de Québec, la *Treuhandverwaltung* alemana, discutidos anteriormente, que son estructuras que entran dentro del Convenio pero que tampoco tienen el concepto de la doble titularidad del *trust* anglosajón¹²³⁷.

LUPOI aclara que el texto francés da la impresión de que el *trust* es un tipo de «entidad» pues utiliza los términos «*les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee*», que es distinto del texto,

¹²³³ HARRIS, *supra.*, p. 107.

¹²³⁴ *Id.*

¹²³⁵ HARRIS, *supra.*, p. 107., citando a HAYTON, D., *Modern International Developments in Trust Law*, cap. 2,23. Resalta que el concepto de un fondo separado es un rasgo que se encuentra en países civilistas que a no ser dentro del contexto del artículo 2 del Convenio, no se considerarían Estados que conocen la institución.

¹²³⁶ HARRIS, *supra.*, p. 107.

¹²³⁷ La *fiducie* quebequés es otra estructura similar con fondo separado. Ver WATERS, D., «Unification or Harmonization? Experience with the Trust Concept» en STOFFEL, W. y VOLKEN, P., (editores) *Conflicts et Harmoniozation: Mélanges en l'honneur d' Alfred von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire* (Fribourg, Éditions Universitaires, 1990, p. 591; *Royal Trust Co v. Tucker* (1982) 1 SCR 250.

también oficial, en inglés «*the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate*». El texto francés se refiere a un patrimonio separado que excluye los bienes del patrimonio del *trustee*, mientras que el texto inglés se refiere al fenómeno de la segregación, que incluye los bienes en el patrimonio del *trustee*, pero los separa de su propio patrimonio (*its own estate*), concepto que sólo se entiende en el contexto del *trust* anglosajón con las teorías de la *equity*¹²³⁸. Su mayor crítica es que el Convenio se concentra más en los «bienes» que en lo que LUPOI describe como el *entitlement* o el derecho incompleto del *trustee*¹²³⁹.

El texto del Convenio refiere que sólo aplican los *trusts* creados voluntariamente y que consten por escrito¹²⁴⁰. El artículo requiere que la prueba del *trust* sea un escrito, pero no indica si el constituyente debe haber firmado ni si debe contener los términos y condiciones del *trust*. Lo importante, según HARRIS, es que del escrito surja la intención del constituyente de crear el *trust* y la firma del constituyente será clave para evidenciar esa intención, aunque no es requerido si la evidencia de la intención surge del escrito en sí; sin embargo, las reglas de evidencia pueden prohibir el empleo de evidencia extrínseca para probar la intención, lo que hace el requisito de la firma necesario para mayor seguridad. El Derecho aplicable a este punto serán las reglas de evidencia del foro. Según LEWIN, para que el *trust* caiga dentro del Convenio, el escrito puede tener fecha posterior a la declaración oral del *trust* pero antes de que se vaya a ejecutar¹²⁴¹.

¹²³⁸ LUPOI, *supra.*, pp. 178-193, refiere a su visión de la titularidad del *trustee vis à vis* el beneficiario. El *trustee* no ostenta un derecho reconocido bajo el *common law*, sino el derecho a un «*entitlement*», que, aunque se traduce redundantemente a un derecho, es más específico el significado: *an individual's right to receive a value or benefit provided by law*. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/entitlement>. Este *entitlement* puede haberse recibido sin *consideration*, por acto *inter vivos*, a título oneroso, adquirido de otra forma que después se sujeta a un *trust*—i. e. *resulting trusts*—, o por la vía judicial con el fin de que el *trustee* ejecute un *munus*. Desde el punto del Derecho de *equity*, el título del *trustee* se considera incompleto según LUPOI. *Id.*, p. 178-193.

¹²³⁹ LUPOI, *supra.*, p. 337.

¹²⁴⁰ Article 3. *La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.*

¹²⁴¹ HARRIS, J., *supra.*, p.123, citando *Lewin on Trusts, supra.*, 17th edn., p. 287.

En cuanto a los «términos del *trust*», el único término que debe figurar por escrito es la selección del Derecho aplicable que contiene el artículo 6: *Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause*. Fuera de esto en el Convenio no hay otro requisito de formalidad sobre los términos y condiciones. El artículo 8¹²⁴², que dispone sobre la ley aplicable para determinar la validez del *trust*, sin embargo, puede o no tener requisitos formales. No obstante, se sugiere que como mínimo, en vista del riesgo de que un tribunal no permita evidencia extrínseca sobre el documento, el escrito debe contener la certeza de la intención de crear el *trust*, la materia y objeto del *trust* y además los otros términos importantes como los deberes y responsabilidades del *trustee*¹²⁴³.

El término «*voluntary trusts*» nos dice LUPOLI es una categoría inventada por el Convenio que no existe en el Derecho inglés¹²⁴⁴. Éste los llamaría «*trusts* creados expresamente» (*expressly created trusts*¹²⁴⁵), que no es lo mismo que los *express trusts*¹²⁴⁶ del Derecho inglés. Se refiere a la intención de excluir los *trusts* involuntarios, hecho incomprensible para LUPOLI y para la delegación inglesa, ya que muchísimas propiedades inglesas están bajo el régimen de *trusts* que no son tipo *express*,¹²⁴⁷ tales como los *statutory created trusts*¹²⁴⁸, *constructive trusts* y los

¹²⁴² *La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.*

¹²⁴³ HARRIS., *supra.*, p. 124.

¹²⁴⁴ LUPOLI, *supra.*, p. 341.

¹²⁴⁵ Refiere LUPOLI que el delegado holandés sugirió ese término pero no fué adoptado, citando *Actes*, p. 146. LUPOLI, *supra.*, p. 341.

¹²⁴⁶ El *trust* creado por declaración expresa de la voluntad del constituyente suficiente para constituir el *trust*.

¹²⁴⁷ LUPOLI, *supra.*, p. 341.

¹²⁴⁸ LUPOLI, *supra.*, p. 341, menciona los *statutory trusts* como los *trusts for sale* donde unos comuneros son a la vez *trustees* y beneficiarios, que permite a uno dividir la propiedad; los *trusts ex lege* sobre el caudal para el caso de sucesión intestada, el *trustee* nombrado por el tribunal se encarga de dividir y traspasar los activos a los herederos del causante después de pagadas las deudas, cuyos *trusts* tanto LUPOLI como HARRIS entienden que son fácilmente ejecutables en el extranjero y no se explican por qué éstos y otros creados por ley fueron excluidos del Convenio. También está el *trustee* en el procedimiento de concurso de acreedores (*Bankruptcy*), los *trusts* creados por ley cuyos fondos se entregan a un abogado o agente como intermediario para un traspaso de propiedad.

*resulting trusts*¹²⁴⁹.

Los *resulting trusts* que aparentemente están cubiertos por el Convenio son los de tipo automático, más no están cubiertos los que surgen de una presunción de intención de crear un *trust*¹²⁵⁰. Los automáticos son los que se crearon expresamente, pero fallaron en algún momento. STEVENS argumenta que el Derecho que determina que un *trust* expreso falla debe determinar las consecuencias de esto¹²⁵¹ y si la misma ley aplica, es mejor que el reconocimiento de ambos caiga bajo el Convenio¹²⁵². Los que se basan en presunciones se pueden ilustrar como sigue: S y T compran una propiedad en Inglaterra que se traspassa sólo a nombre de T, quien reinvierte el producto en una finca en un país civilista contratante del Convenio¹²⁵³. Un tribunal inglés podrá decidir que surgió una presunción de un *resulting trust*¹²⁵⁴. Si S reclama ser beneficiario del *trust* bajo el presunto *resulting trust*, surge la cuestión de si ese país civilista debe reconocer el *trust* bajo el Convenio. HARRIS ve difícil que aplique el Convenio si el *trust* no consta por escrito¹²⁵⁵.

Los *constructive trusts* en principio estarían excluidos del Convenio pues son declarados por un tribunal para evitar un enriquecimiento injusto. LUPOI sugiere

¹²⁴⁹ Ver *supra.*, pp. 45-46.

¹²⁵⁰ HARRIS, J., *supra.*, pp. 126-127.

¹²⁵¹ *Id.*, p. 126, citando a STEVENS, R., «Resulting Trusts in Conflict of Laws», en BIRKS & ROSE, editores, *Restitution and Equity*, vol. 1: *Resulting Trusts and Equitable Compensation* (London, Mansfield Press, 2000).

¹²⁵² HARRIS, J., *supra.*, p. 127.

¹²⁵³ HARRIS, *supra.*, p. 127, citando a HAYTON, D., 36 *ICLQ* 260, 264 (1987), HAYTON, D., UNDERHILL & HAYTON, *Law of Trusts and Trustees*, 15th ed., 1995, p. 944.

¹²⁵⁴ HARRIS, *supra.*, p. 127.

¹²⁵⁵ HARRIS, *supra.*, p. 127. HAYTON, sin embargo, entiende que la frase inglesa «*evidenced in writing*» («*dont la preuve est apportée par écrit*», en el texto francés) impone un requisito de suficiencia de evidencia y no uno de formalidad estricta. *Id.* El tribunal del Estado civilista no va a escuchar evidencia oral sobre la intención de S, pero argumenta HAYTON que el escrito es la sentencia inglesa donde se establece el *resulting trust*, de manera que este escenario cae dentro del Convenio. HARRIS no está convencido de la naturaleza voluntaria de este tipo de *trust* además de que le parece claro que el artículo 3 requiere que el *trust* mismo conste por escrito y sea creado voluntariamente, no por una ficción de ley. *Id.*

que cuando hay una declaración escrita de obligaciones asumidas por una parte que no cumple los requisitos de una declaración de *trust*, tales como las obligaciones de un vendedor que no se incluyen en el contrato final de venta, cualquier *constructive trust* que se imponga a esa parte debería estar cubierto por el Convenio¹²⁵⁶. HAYTON alega que el Convenio debe aplicar cuando las personas que voluntariamente crean un *trust* que no llega a surtir efectos por no cumplir con las formalidades de ley, pero que un tribunal declara un *constructive trust* para evitar que el *trustee* putativo se quede con la propiedad.¹²⁵⁷ Esto es consistente con la aplicación que tiene el Convenio a los *resulting trusts* de tipo automático¹²⁵⁸. HARRIS distingue el caso de *resulting trusts* automáticos en que éstos ya fueron válidamente constituidos como *express trusts*, pero para prevenir que los derechos del beneficio queden en un vacío se establece el *constructive trust*¹²⁵⁹. También debe estar cubierto cuando los bienes del *trust* expreso son sustituidos durante la vida del *trust*¹²⁶⁰.

HAYTON también alega que los *constructive trusts* que surgen cuando un *trustee* de un *express trust* se queda indebidamente con la propiedad del *trust* o la ha traspasado a un tercero, deben estar cubiertos por el Convenio ya que la habilidad de recuperar la propiedad es fundamental en el *trust* del *Common law*¹²⁶¹. HARRIS tampoco está de acuerdo con este argumento puesto que el Convenio requiere que el *trust* sea creado voluntariamente y no forzado por el tribunal; sin embargo, también reconoce que para propósitos del Convenio y el artículo 11(3)(d)¹²⁶², cuyo

¹²⁵⁶ LUIPOI, M., *supra.*, pp.342-3.

¹²⁵⁷ HARRIS, *supra.*, p. 130, citando a HAYTON, D., 36 *ICLQ* 260, 266 (1987) y a MATTHEWS, P., «Constructive Trusteeship: Proprietary Claims, Personal Claims and The Hague Convention», 1 *Trusts and Trustees* 7 (1995).

¹²⁵⁸ *Id.*

¹²⁵⁹ HARRIS, *supra.*, p. 130.

¹²⁶⁰ HARRIS, *supra.*, p. 129.

¹²⁶¹ HARRIS, *supra.*, p. 128, citando a HAYTON, D., *ICLQ*, vol. 36, 266 1987, p. 260, 265.

¹²⁶² *Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment: d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens*

artículo no es absoluto, podría argumentarse que el hecho de que se mencione en el Convenio las reclamaciones contra terceros implica que ese tipo de *constructive trust* está cubierto por el Convenio¹²⁶³. HARRIS indica que el alcance del Convenio al *constructive trust* en ese contexto solo aplica cuando el Estado ha hecho una extensión del alcance del Convenio conforme al artículo 20¹²⁶⁴. El argumento sería que en ese contexto el *constructive trust* es una incidencia del *express trust* inicialmente creado bajo el Convenio y que debería estar cubierto¹²⁶⁵.

HARRIS difiere de HAYTON sobre si los *trusts* secretos¹²⁶⁶ deben estar cubiertos por el Convenio. Aunque el *trust* se creara voluntariamente, si la evidencia de que fue creado es que un tribunal así lo estableció, se estaría ampliando demasiado el alcance del artículo 3, lo que dificultaría el trabajo de un tribunal civilista en una reclamación de que un *trust* secreto surgió por la ley inglesa aplicable de un alegado *trust*¹²⁶⁷. Por otro lado, los *trusts* «cuasi-secretos»¹²⁶⁸, pudiesen estar cubiertos por el Convenio. HARRIS sugiere incluirlos siempre y cuando los términos hayan sido comunicados de acuerdo a los requisitos del Derecho putativamente aplicable-- los términos necesarios para establecer la validez del *trust* son eventualmente comunicados o evidenciados por escrito, son suficientemente certeros, y el *trust* quedó debidamente constituido¹²⁶⁹.

personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

¹²⁶³ HARRIS, *supra.*, p. 129.

¹²⁶⁴ *Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.*

¹²⁶⁵ HARRIS, *supra.*, p. 129.

¹²⁶⁶ Aquellos donde el beneficiario de un testamento acuerda en vida que retendrá la herencia en *trust* para beneficio de un tercero.

¹²⁶⁷ HARRIS, *supra.*, p. 131, HARRIS, *supra.*, p. 128, citando a HAYTON, D., *ICLQ*, vol., 36 265, 1987, p. 260.

¹²⁶⁸ En estos casos la existencia del *trust* aparece en el testamento, pero no aparecen sus términos, lo que plantea cuánto de los términos tenían que estar por escrito y si fue creado «voluntariamente», o cuánto del *trust* tiene que estar por escrito.

¹²⁶⁹ HARRIS, J., *supra.*, p. 131.

Hubo controversia sobre si debían incluirse los *trusts* creados por un tribunal y el argumento para esto fue que los *trusts* expresos respetan la intención de las partes mientras que en los otros no hay tal garantía, además de que pudieran intervenir con otras soluciones que se utilizan en los Estados civilistas, como por ejemplo, las que abordan el enriquecimiento injusto¹²⁷⁰. Sin embargo, entiende HARRIS que la intervención de un tribunal al imponer o confirmar un *trust* conducirá a obligaciones más claras y razonables que las que surgen de un *trust* expreso. Citando a JAUFFRET-SPINOSI: «...*tells sont des trusts sains, et nonfrauduleux, qu'étant soumis à la lex magistratus, il n'y a pas de crainte que le constituant ait frauduleusement choisi une loi étrangère*»¹²⁷¹. Algunos pensaban que incluirlos iba a abrir la caja de Pandora del reconocimiento de sentencias extranjeras y las bases para reconocer o controvertir el reconocimiento¹²⁷². Von OVERBECK, sin embargo, entiende que como los Estados de la Unión Europea tienen que reconocer las sentencias de otros Estados Miembros del Convenio de Bruselas, no debían quejarse de reconocer *trusts* judiciales creados en otros Estados Miembros del Convenio de Bruselas¹²⁷³. Por otro lado, HARRIS no está de acuerdo con ninguno de éstos pues entiende que el Convenio de La Haya no crea reglas sobre el reconocimiento de sentencias foráneas, sino que expone a un tribunal a las típicas consecuencias de dar efectos a un *trust* que cae dentro del alcance del Convenio de La Haya; incluir un *trust* creado judicialmente en Inglaterra no resulta en que dicha decisión tenga que ser reconocida en un Estado civilista¹²⁷⁴. HARRIS entiende que, si estos *trusts* estuviesen cubiertos por el Convenio, un tribunal civilista tendría la obligación de reconocerlos solamente si las reglas internas de reconocimiento de sentencias foráneas fuesen satisfechas; el Convenio de Bruselas obliga a reconocer la sentencia creando el *trust* inglés pero no impone un requisito de que un convenio sobre reglas de Derecho Internacional Privado deba

¹²⁷⁰ *Id.*, p.134.

¹²⁷¹ HARRIS, J., *supra.*, pp. 134-5, JAUFFRET-SPINOSI, C., « La Convention de La Haye Relative à la Loi Applicable au Trust et à sa Reconnaissance (1er Juillet 1985)», *Journal du Droit International*, vol. 114, 1987, pp. 23, 33.

¹²⁷² HARRIS, J., *supra.*, p. 135, citando a HAYTON y Von OVERBECK.

¹²⁷³ HARRIS, J., *supra.*, p. 135.

¹²⁷⁴ *Id.*, p. 136.

cubrir *trusts* creados judicialmente¹²⁷⁵. Sin embargo, el Convenio de La Haya podría requerir que un tribunal civilista competente tenga que determinar que deba crearse un *trust* por decreto judicial como lo haría un juez inglés, además del reconocimiento de los efectos del *trust*¹²⁷⁶. Esto es lo que HARRIS entiende es la verdadera razón para excluir *trusts* creados por decreto judicial¹²⁷⁷.

En resumen, los *trusts* cubiertos son los que reflejan la voluntad del constituyente, aunque no haya sido declarada expresamente al constituirlo, y excluye los *trusts* impuestos por un tribunal y los creados por ley; mientras que no se excluyen los *trusts* que se crean voluntariamente para descargar una obligación de manutención¹²⁷⁸. Tampoco están excluidos los que requieran intervención judicial, como para el nombramiento del *trustee* o, por ejemplo, bajo la doctrina *cy pres* en los de beneficencia¹²⁷⁹. El artículo 14¹²⁸⁰ va en consonancia con el artículo 20¹²⁸¹ que permite a un Estado extender la aplicación del Convenio a tipos de *trusts* no cubiertos por el Convenio, como lo son los *constructive trusts*.

6.3. Alcance del Convenio

El Convenio no aplica a las cuestiones preliminares relativas a la validez de los testamentos u otros actos jurídicos en virtud de los cuales se transfieren bienes al *trustee*¹²⁸². Esta etapa previa a la creación del *trust* se describió como materias

¹²⁷⁵ HARRIS, J., *supra.*, p. 136.

¹²⁷⁶ *Id.*

¹²⁷⁷ HARRIS, J., *supra.*, p. 136.

¹²⁷⁸ HARRIS, J., *supra.*, p. 125, citando el VON OBERBECK Explanatory Report, parr. 49, p. 380.

¹²⁷⁹ *Id.*

¹²⁸⁰ *Article 14. La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.*

¹²⁸¹ *Article 20. Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice. Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification. L'article 31 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.*

¹²⁸² *Article 4. La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité*

relativas al «lanzamiento del cohete—*rocket launching*--», comparando el *trust* con un cohete en vuelo y las cuestiones preliminares a todo lo necesario para que se logre el lanzamiento¹²⁸³. VON OBERBECK explica que las cuestiones sobre las formalidades del acto de transferencia de activos al *trustee* o la naturaleza sustantiva del acto mediante el cual el constituyente se declara a sí mismo *trustee* son parte del lanzamiento y por tanto quedan excluidas del Convenio¹²⁸⁴. Si la transferencia no es efectiva bajo la ley aplicable a dicho acto jurídico, es irrelevante que el *trust* sea válido bajo la ley putativamente aplicable al *trust*¹²⁸⁵. Un ejemplo de esto es el asunto de la capacidad, lo cual trajo divisiones entre los Estados de Derecho Civil-- consideran el factor de conexión del asunto separadamente-- y de los de *Common law*¹²⁸⁶ que lo consideran como parte del asunto sobre la validez del acto en cuestión¹²⁸⁷. El consenso a que llegaron en el Convenio fue excluir los asuntos sobre capacidad general e incluir los de capacidad específica para ser *trustee*¹²⁸⁸.

La analogía del lanzamiento y el cohete en vuelo sirve para mantener la pureza de los elementos constitutivos del *trust*, que envuelven tanto asuntos de traspaso de propiedad como de constitución del *trust* y a su vez apaciguar a los países civilistas temerosos de que se utilice la figura para cometer fraude¹²⁸⁹. Según GAILLARD y TRAUTMAN, la idea era facilitar que las reglas uniformes de Derecho Internacional Privado sobre *trusts* coexistan con las reglas conflictuales del foro¹²⁹⁰. No obstante, HARRIS reconoce que en la práctica será difícil hacer la distinción entre lo que pertenece al lanzamiento o al cohete en marcha, ya que las normas que limitan el

des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee.

¹²⁸³ HARRIS, J., *supra.*, p. 3, citando el Explanatory Report, parr. 53.

¹²⁸⁴ VON OBERBECK, Explanatory Report, párr. 54-57.

¹²⁸⁵ HARRIS, *supra.*, pp. 151-152.

¹²⁸⁶ *Id.*

¹²⁸⁷ HARRIS, *supra.*, p. 152, citando el pár. 59 del Explanatory Report, *supra.*

¹²⁸⁸ *Id.*

¹²⁸⁹ HARRIS, *supra.*, p. 152.

¹²⁹⁰ HARRIS, *supra.*, p. 152, citando GAILLARD y TRAUTMAN, «Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and The Hague Convention on Trust», «35 *Am J. Comp. Law*, 307, 329.

derecho a traspasar la propiedad se pueden ver como normas que afectan la cuestión preliminar de la habilidad de traspasar definitivamente la propiedad al *trustee* (lanzamiento) o a la habilidad de crear la estructura del *trust* (el cohete--que se rige por la ley que establece el Convenio¹²⁹¹).

En este proceso de calificación no debe comenzarse el análisis indagando si la legislación concreta, i.e., las legítimas, regula un asunto de *trust* (cohete) o preliminar (lanzamiento), sino desglosar el análisis de la **controversia** por separado, comenzando con identificar la categoría del derecho con base a las normas de Derecho Internacional Privado del foro para remisión al Derecho aplicable a esa controversia concreta—derecho sucesorio. En esa etapa se indaga si ese derecho restringe la libre disposición de la propiedad «en cualquier caso». Si no hay tal restricción entonces se mira la ley aplicable al *trust* para determinar si ésta restringe la capacidad de crear la estructura del *trust*. Interpretando la norma en su contexto adecuado se determinaría si las normas van dirigidas al derecho a traspasar definitivamente la propiedad, las que quedan fuera del Convenio, o si son normas de creación de la estructura del *trust*, en cuyo caso están dentro del Convenio sujeto a las restricciones del mismo en cuanto a las reglas imperativas del foro y las de orden publico internacional¹²⁹².

SCHOENBLUM es bien crítico del artículo 4 del Convenio pues entiende que un traspaso de propiedad en trust en un país civilista no prosperará porque la institución

¹²⁹¹ HARRIS, *supra.*, p. 154, cita críticamente el ejemplo de HAYTON sobre la calificación de la *rule against perpetuities* que puede verse como un asunto tanto de lanzamiento como de cohete en marcha. Un testador domiciliado en Inglaterra hace un testamento en la forma inglesa creando un *trust* a regirse por la ley de Manitoba, sobre bienes muebles ubicados en Manitoba para beneficio de la descendencia de su hermano, residente de Manitoba. HAYTON favorece la clasificación de «cohete» porque entiende que el Derecho inglés no tiene un interés fuerte en negar la aplicación del Derecho de Manitoba sobre regla contra legados a perpetuidad. HARRIS no está de acuerdo con ese análisis de «intereses estatales» pues entiende que no tiene mucho apoyo en el Derecho internacional privatista inglés. Para éste lo importante es ver si la calificación debe ser de lanzamiento o cohete lanzado, en función de la regla concreta que se pretende aplicar: si es una norma que pretende limitar el derecho del testador a transferir su propiedad de cierta manera por determinado tiempo, o si se trata del derecho de limitar la duración de la estructura del *trust* así creado. La cuestión la ve como de interpretación legislativa del derecho en cuestión para determinar su naturaleza. Es importante determinar si la ley en cuestión afecta el derecho a transmitir la propiedad en general, o si se trata de una limitación al derecho a transmitir en *trust*, en particular, lo que debe regirse por el derecho aplicable a dicha transferencia.

¹²⁹² HARRIS, *supra.*, p. 154.

es allí desconocida. HARRIS responde que a la *lex situs* civilista le compete decidir si el constituyente puede disponer de la propiedad «en cualquier caso», y si lo permite, compete a la ley aplicable al *trust* determinar si puede crear la estructura del *trust*¹²⁹³. Alega también SCHOENBRUN que un constituyente en un Estado civilista no podrá allí constituir un *trust* si la *lex successionis* (i.e. su domicilio civilista) no reconoce la validez del traspaso, por lo que el Convenio no sirve para ayudar a una persona de un Estado civilista crear un *trust* testamentario puesto que la validez del testamento se rige por la ley del domicilio o nacionalidad¹²⁹⁴. HARRIS responde a este argumento indicando que el propósito del Convenio no es facilitar la creación de *trusts* por personas domiciliadas en Estados que no conocen la institución pues esto hubiese disminuido los prospectos de ratificación, además de que éste ve el asunto mas bien de si la *lex successionis* reconoce el derecho a disponer de la propiedad, no de que manera lo ha de hacer¹²⁹⁵. La capacidad del constituyente de crear la estructura del *trust* y traspasar la propiedad se rigen por las reglas tradicionales de Derecho Internacional Privado, con el posible resultado de que un foro en un Estado que conoce la institución negarle el reconocimiento a un *trust* creado por un constituyente, ya sea sobre un bien inmueble ubicado en un Estado civilista o por un testador cuya ley personal no le permite el traspaso¹²⁹⁶. Resulta difícil asumir que un constituyente cuya *lex succesionis* no le permita disponer de ciertas propiedades, pueda lograr su objetivo escogiendo una ley que sí se lo permita, esto va a estar reñido con el artículo 15(1)(c) que preserva la aplicación de las reglas imperativas de la *lex successionis*¹²⁹⁷.

¹²⁹³ HARRIS, *supra.*, p. 152.

¹²⁹⁴ A SCHOENBLUM le preocupa

¹²⁹⁵ HARRIS, *supra.*, p. 153.

¹²⁹⁶ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-87. También éste ve dificultades en el traspaso de activos intangibles a un *trust*, como lo son las acciones corporativas, cuya ley regente puede prohibir que un *trust* tenga la propiedad sobre acciones corporativas. Si el portafolio está lleno de acciones corporativas de distintos países, entonces sería bien complicado manejar esa multiplicidad de domicilios, que algunos serán Estados que no reconocen el *trust*. *Id.*

¹²⁹⁷ *Id.*

El artículo 5¹²⁹⁸ del Convenio excluye de su aplicación aquellos *trusts* cuya ley aplicable conforme al capítulo II sea un Derecho que «no provee para» la figura del *trust* o la categoría del *trust* envuelto (los «*non-trust states*»). Se entiende que estos supuestos serán bien escasos ya que no se imaginan a que constituyente se le ocurriría crear un *trust* al amparo de un Derecho que desconoce la figura¹²⁹⁹. No sería suficiente que el Estado «provea para los *trusts*» si ha firmado el Convenio adoptando las normas de Derecho Internacional Privado sobre *trusts*¹³⁰⁰, sino que el Derecho interno del Estado al que apuntan las normas de Derecho Internacional Privado debe conocer la figura¹³⁰¹. Habría que preguntarse cuál es el significado del término *trust* en el contexto del artículo 5¹³⁰². Si incluye el *trust* amorfo del artículo 2 entonces pocos serían los casos donde no se encuentren instituciones análogas¹³⁰³. El problema será a la hora de que se hagan valer los efectos de ese *trust* amorfo en un Estado cuya ley interna no lo regula y que se verá obligado a traducir dicho «*trust*» a la institución civilista más análoga¹³⁰⁴. También será complicado encontrar que en la jurisdicción civilista el *trust* amorfo reúna todos los requisitos mínimos del Convenio¹³⁰⁵.

Tampoco aplica el Convenio si el Estado al que apuntan las normas de Derecho Internacional Privado no cuenta con la categoría del *trust* en particular. HARRIS puntualiza el problema de calificaciones que ocasionará interpretar las distintas categorías de *trusts*: si se refiere a *trusts* expresos vs. implícitos, si son los que surgen de la intención, o los que surgen independientemente de la intención del constituyente; si se trata de un *resulting trust*, si es del tipo automático o de

¹²⁹⁸ Article 5. *La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.*

¹²⁹⁹ HARRIS, *supra.*, p. 158.

¹³⁰⁰ *Id.*

¹³⁰¹ HARRIS, *supra.*, p. 158.

¹³⁰² HARRIS, *supra.*, p. 159.

¹³⁰³ *Id.*

¹³⁰⁴ HARRIS, *supra.*, p. 159.

¹³⁰⁵ *Id.*

presunción¹³⁰⁶. Se contempla que habrá distintas formas de calificar las categorías de *trusts* que variarán de país en país y para evitar esto HARRIS sugiere que se utilicen las categorías de la ley putativamente aplicable en vez de las del foro, a menos que no haya evidencia de las categorías de la ley putativamente aplicable. Si la categoría existe bajo la ley putativamente aplicable, aumentan las posibilidades de que bajo ese mismo Derecho el *trust* sea válido¹³⁰⁷. Si no existe la categoría del *trust* en el Derecho putativamente aplicable, se puede tratar de buscar la ley del Estado con mayores vínculos donde sea válido el *trust*.

Otra posibilidad sugerida por HARRIS sería crear categorías autónomas en el Convenio: *trusts* creados expresamente para beneficiarios, para propósitos caritativos, para propósitos no caritativos, los que surgen de la intención de las partes, los que surgen por operación de ley independientemente de la intención de las partes, y los que surgen de la discreción judicial¹³⁰⁸. El problema con estas categorías, es que un tribunal pudiera aceptar la selección de un Estado que se entienda que cumple con una categoría autónoma, para después encontrar que bajo el Derecho interno de ese Estado el *trust* no es válido¹³⁰⁹. Entiende que la

¹³⁰⁶ Un ejemplo que presta HARRIS, *op. cit.*, pp. 163-164, de la situación que puede surgir con el tema de calificación de las categorías es si un constituyente quiere crear un *charitable purpose trust* a gobernarse por la ley de Narnia, que reconoce la categoría de *trusts* expresos del tipo *purpose trusts*--siempre que haya nombrado un «*enforcer*»--una persona que se encargue de velar por la ejecución del *trust*, requisito *sine qua non* para su validez--, pero no provee para los *trusts* caritativos, entonces se pudiera argumentar que el *trust* propuesto no está cubierto por el Convenio. En Inglaterra los *trusts* para propósitos no caritativos por lo general no son válidos, por ejemplo, y si se califica de manera limitada pocos *trusts* estarían cubiertos. Por otro lado, si se ve la categoría ampliamente también es problemático puesto que si, por ejemplo, un *charitable purpose trust* indica que se gobierna por el Derecho de Narnia, si un tribunal inglés determina que los *trusts* caritativos no están permitidos por el Derecho de Narnia, sin embargo, una categoría más amplia, como *purpose trust* sí se permiten, entonces el foro sostendrá la selección de Narnia, bajo cuyo Derecho interno pudiera hallarse inválido el *trust* porque lo categoriza como un *trust* caritativo. Entonces el tribunal inglés tendría que dictaminar que esa categoría no existe, rechazar la selección del Derecho de Narnia y seguir en la búsqueda del Derecho aplicable en ausencia de selección expresa. Otra pregunta que surge, de acuerdo a HARRIS es bajo que Estado van a evaluarse las categorías de *trust*, si las del foro inglés, por ejemplo, o las del Estado cuyo derecho es el putativamente aplicable *Id.*, p. 163-5. El problema surge cuando el tribunal inglés usando sus propias categorías acepta la selección del Derecho de Narnia, pero a la hora de aplicar el artículo 8 sobre la validez del *trust* resulta inválido bajo el Derecho de Narnia por no tener la categoría de *trust*. HARRIS recomienda utilizar las categorías del Derecho putativamente aplicable pues si la categoría existe en ese Derecho, probablemente resultará válido el *trust* bajo ese Derecho.

¹³⁰⁷ HARRIS, *supra.*, p. 165.

¹³⁰⁸ *Id.*

solución es que el asunto de definir la categoría del *trust* se determine no por la *lex fori* o una calificación autónoma, sino por la *lex causae* putativa.

6.4. Derecho aplicable al *trust*

Una vez determinada la cuestión preliminar de si el Convenio aplica al tipo de institución considerado un *trust* acogido por el Convenio y que cumple con las formalidades que provee el Convenio, se puede proceder a buscar la ley aplicable a dicho *trust*. Como primera opción el Convenio considera como ley aplicable aquella que haya escogido el constituyente, honrando así el principio de la autonomía de la voluntad. Se contempla que la selección del Derecho aplicable al *trust* haya sido de manera expresa o implícita¹³¹⁰, que resulte de las disposiciones del instrumento por el que se crea, o se prueba su existencia, interpretado a la luz de las circunstancias del caso¹³¹¹. Cuando no haya ley aplicable elegida, o la ley elegida no conoce la institución del *trust*, o la categoría de que se trate¹³¹², se aplicará la ley con la que el *trust* esté más estrechamente vinculado¹³¹³. Esta ley regirá la validez del *trust*, su interpretación, sus efectos, así como su administración¹³¹⁴.

¹³⁰⁹ HARRIS, *supra.*, p. 163-164.

¹³¹⁰ La determinación de la selección implícita está sujeta a factores subjetivos para hallar la verdadera intención del constituyente. Esto se distingue, para propósitos del Convenio, de los factores objetivos para hallar el derecho con vínculos más estrechos y el derecho aplicable en ausencia de selección expresa. Buscar la intención en las circunstancias externas al documento de *trust* se limita a «si es necesario» y solamente si arroja luz sobre los términos del instrumento. Se debe admitir evidencia extrínseca cuando sugiere una fuerte inferencia de la intención de que aplicase un derecho concreto, o para negar la intención de que aplique un derecho. HARRIS, *op.cit.*, pp. 191-214.

¹³¹¹ *Article 6. Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.*

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

¹³¹² Convenio, art. 6.

¹³¹³ Convenio, art 7, *infra*.

¹³¹⁴ Convenio, art. 8. No obstante, el artículo 9 permite el *dépeçage* en aquellas áreas susceptibles de ser separables, como lo es la administración del *trust*.

El Convenio ofrece mucha flexibilidad a la hora de un testador o constituyente determinar la ley aplicable al *trust*¹³¹⁵. Esta libertad de opciones es consistente con la práctica en muchos países civilistas¹³¹⁶, lo que difiere de jurisdicciones del *Common law* como EEUU que requieren que el Derecho aplicable tenga vínculos sustanciales con el *trust*¹³¹⁷. Se ha visto un paralelo entre el Derecho contractual que permite la autonomía a la hora de elegir el Derecho aplicable, y lo que se refiere a un *trust inter vivos*, dada la naturaleza voluntaria de ambas instituciones¹³¹⁸. Hay que recordar que la validez del acto de traspaso de los bienes ya se habrá determinado por el derecho regulador de ese asunto, ie., *lex situs*, y una vez que esté el cohete ya en marcha, la creación de la estructura del *trust* es menos importante para ese Estado, entonces los asuntos de la creación de la estructura del *trust* se deben regir por la ley elegida, así como también debe regir las operaciones del *trust* ya en marcha¹³¹⁹. Plantea HARRIS, sin embargo, que la figura del *trust* tiene características contractuales, pero también propietarias¹³²⁰. En la medida en que el *trust* crea derechos y obligaciones entre el *trustee* y el beneficiario con relación a una propiedad, no se puede decir que el Estado de ubicación deba estar ajeno, ya que diferencias entre el Estado del *situs* y del Derecho escogido sobre el alcance del derecho a retener los bienes, o el derecho del beneficiario a terminar el *trust* y reclamar la propiedad absolutamente, por ejemplo, pueden resultar en problemas a la hora de ejecutar tales derechos en el *situs*, que aplicará su Derecho y no el Derecho regulador del *trust*¹³²¹. Igualmente,

¹³¹⁵ Convenio, art. 6, *supra*.

¹³¹⁶ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-88, nota 563, citando a DYER & van LOON, Report on Trusts and Analogous Institutions. párrs. 173,177 (1982) 2 Hague Conference on Private International Law, Actes et Documents (1985), entiende que la razón para esta mayor flexibilidad radica en la tendencia de los tribunales a ver el *trust* como análogo a un contrato, en cuyo Derecho se permite la elección de la ley aplicable prácticamente sin limitaciones. En Australia no parece que se requieran vínculos entre el derecho seleccionado y el *trust*. *Trustees Executors Agency Co. v. Margottini*, [1960] V. R. 417.

¹³¹⁷ *Id.*, citando *Restatement Second, Conflicts* § 270 (a) y el comentario b (1971).

¹³¹⁸ HARRIS, *supra.*, p.167.

¹³¹⁹ *Id.*

¹³²⁰ HARRIS, *supra.*, p.168.

¹³²¹ *Id.*

si el asunto es uno de administración del *trust*, el Derecho del lugar de residencia del *trustee* será pertinente a la hora de reclamarle al *trustee* y hacer efectiva una sentencia en el Estado de su residencia habitual, donde estaría el tribunal competente. En cualquier caso, el Derecho seleccionado por el constituyente ha predominado tanto en los países de *Common law* como en el Convenio¹³²².

El requisito de contactos sustanciales entre el Derecho elegido y el *trust* fue expresamente rechazado por los delegados del Convenio, a quienes les preocupaba la dificultad que enfrentaría un juez hacer dicha determinación sin criterios más precisos sobre lo que se consideraría conexión sustancial¹³²³. A SCHOENBLUM le parece curiosa la preocupación a la luz de la amplia discreción que el Convenio otorga a los jueces en los artículos 7, 13, 15, 16 y 18, por ejemplo¹³²⁴. Por otra parte, el artículo 9¹³²⁵ acepta el *dépeçage*, y permite que una parte separable del *trust* pueda gobernarse por una ley diferente, una práctica los países civilistas vieron con suspicacia¹³²⁶. Señala dicho autor que estas ventajas resultan ilusorias si se considera que el Convenio provee muchas cláusulas de escape de las que se pueden servir los Estados que tengan una predisposición negativa con relación al *trust*, situación que debe provocar incertidumbre a la hora de crear un *trust* y puede exponer a una acción de impericia profesional a un abogado que no advierte a su cliente de la posibilidad de que el *trust* no surta efectos¹³²⁷.

En ausencia del constituyente haber hecho una selección de ley aplicable, el artículo 7 provee la fórmula¹³²⁸ con un listado no exhaustivo ni jerárquico de

¹³²² HARRIS, *supra.*, p.168.

¹³²³ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-88, nota 564.

¹³²⁴ *Id.*

¹³²⁵ Convenio, art. 9: Para la aplicación del presente capítulo, cualquier elemento del *trust* que sea separable, en particular lo que respecta a su administración, podrá regirse por una ley distinta.

¹³²⁶ VON OVERBECK, Explanatory Report, *supra.*, párr. 92.

¹³²⁷ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-88. Refiere al asunto de *First National Bank v. Daggett*, 242 Neb. 734, 497 N.W. 2d 358 (1993), donde el Tribunal Supremo del Estado de Nebraska rechazó varias cláusulas sobre derecho aplicable en un documento de *trust inter vivos*, por ser contrario a la política del *situs* sobre *trusts* de bienes raíces.

opciones. Sirven también estas opciones para el caso raro de que un constituyente haya optado por crear un *trust* al amparo de un Derecho que no conoce el *trust*, que caería fuera del Convenio pero que pudiese salvarse ya que el artículo 6 en su último párrafo permite referirse al artículo 7 para ver si el *trust* está estrechamente vinculado con algún Estado que tenga la figura. Esta opción ha sido criticada pues si el propio constituyente no se preocupó por hacer valer el negocio que pretendía, el Convenio no tiene que ser el instrumento para crear el *trust*. Será raro el caso donde el lanzamiento del cohete pudiese haber sido exitoso en tal Estado escogido por el constituyente para regir el *trust*. En cualquier caso, va a ser difícil para ese *trust* poder funcionar día a día en dicho Estado, que carece de los mecanismos y herramientas para mantenimiento del cohete. Según SCHOENBLUM, comentando el artículo 8¹³²⁹ del Convenio, ve con dificultad el funcionamiento diario de la figura en un *non-trust state* donde individuos, entidades y agencias gubernamentales carecen de experiencia o guías en cuanto a cómo atender asuntos relacionados con un *trust*¹³³⁰. En su opinión debió adoptarse de manera unilateral, una

¹³²⁸ Article 7. *Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.*

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

- a) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant ;*
- b) de la situation des biens du trust ;*
- c) de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee ;*
- d) des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.*

¹³²⁹ Article 8. *La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.*

Cette loi régit notamment:

- a) la désignation, la démission et la révocation du trustee, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee ainsi que la transmission des fonctions de trustee ;*
- b) les droits et obligations des trustees entre eux ;*
- c) le droit du trustee de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs ;*
- d) les pouvoirs du trustee d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux ;*
- e) les pouvoirs du trustee de faire des investissements ; f) les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust ; g) les relations entre le trustee et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du trustee envers les bénéficiaires ; h) la modification ou la cessation du trust ; i) la répartition des biens du trust ; j) l'obligation du trustee de rendre compte de sa gestion.*

¹³³⁰ SCHOENBLUM, *supra.*, p. 18-95, citando a ALBISINNI y GAMBINO, Italy as a Potential Trust Jurisdiction, in Euro-Trusts: The New European Dimension for Trusts 173,180 (Barry McCutcheon y Patrick Soares, editores, 1993: *The convention does not provide for a competent authority with responsibility for recognizing the trust, nor does it provide a 'recognition' procedure. Therefore, the use of the term 'recognition' does not appear to solve the problem of how a trustee of a trust created in a common law jurisdiction can operate, in practice in a civil law jurisdiction such as Italy.*

reformulación del Derecho de *trusts* o un código uniforme, de manera que pudiese lograr uniformidad en las soluciones, una necesidad imperiosa en el mundo de *trusts* internacionales con sin número de activos dispersos¹³³¹. A esta crítica HARRIS contesta como sigue:

*...this may be a necessary price to pay for the introduction of the trust into the private international law of non-trust states. Doubtless, they will find ways to accommodate the trust qua trust; and once they do, the path to introduction of the trust into their domestic legal systems (should they desire this), will be smoothed.*¹³³²

6.5. Asuntos cubiertos por el Derecho aplicable

El artículo 8 establece que los asuntos de validez, efectos y «construcción» del *trust* se rigen por la ley indicada por los artículos 6 (la escogida) o 7 (vínculos estrechos). El informe de Von OVERBECK indica que el listado de los asuntos que se rigen por la ley determinada por los artículos 6 y 7, no es exhaustivo¹³³³.

La **capacidad general del trustee** para recibir la propiedad sigue siendo un asunto del lanzamiento del cohete que se rige por el Derecho que regula los Derechos de propiedad, generalmente por la *lex situs*. Lo que cubre el artículo 8 es la **capacidad específica** para actuar como *trustee*¹³³⁴. Es un asunto que ha sido excluido de los convenios de Roma y Bruselas y no se entiende que sea apropiado que se rija por la ley aplicable, puesto que tiene visos de derecho imperativo, con lo cual si la ley personal no confiere capacidad, no es apropiado que el constituyente seleccione un Derecho que no tiene conexión objetiva con el asunto y cuyo Derecho haga capaz al *trustee*¹³³⁵.

¹³³¹ *Id.*

¹³³² HARRIS, J., *supra.*, p. 336.

¹³³³ Informe Von OVERBECK, párr. 81, p. 387-388

¹³³⁴ HARRIS., *supra.*, p. 238.

¹³³⁵ *Id.*

El asunto de la **capacidad del constituyente y la del beneficiario** han quedado fuera del Convenio como cuestiones del lanzamiento del cohete, mientras que sí se permite la selección de la ley aplicable a la capacidad del *trustee*, cuando este recibe la titularidad del dominio de la propiedad¹³³⁶. La explicación está en que lo que está cubierto por el Convenio es la capacidad del *trustee* de actuar *qua trustee* y no la capacidad general de adquirir la propiedad, que se rige por el Derecho que regula los traspasos de propiedad, la *lex situs*: *[it] is not obvious that a person who would not have capacity to receive property outright by the lex situs should be able to receive property on trust, thereby bypassing that law*¹³³⁷.

Los asuntos relativos a la **relación interna de los trustees** cuando se han nombrado varios *co-trustees*, es razonable que se traten bajo la ley aplicable al *trust*, por ser el Derecho vigente al éstos aceptar el cargo con relación a un *trust* gobernado por una ley concreta. Por ello no es irrazonable concluir que hayan anticipado que sus actuaciones y consecuencias se rijan por ese mismo Derecho; sin embargo, no todas las controversias sobre los derechos y deberes de los *trustees* entre ellos caerán claramente dentro de la categoría del Derecho de *trusts*¹³³⁸. Si el asunto no es una materia sobre el funcionamiento del *trust*, por ejemplo, no ha de regirse necesariamente por la ley que lo gobierna. Tal es el caso del derecho de contribución entre *co-trustees*, que en principio debiera regirse por la ley que aplica al Derecho de restitución, generalmente la ley del foro; sin embargo, la mejor opción es que en supuestos donde surge responsabilidad de los *co-trustees*, hace sentido que las consecuencias entre ellos se rijan por el mismo derecho regulador del *trust*¹³³⁹.

¹³³⁶ HARRIS., *supra.*, p. 238.

¹³³⁷ HARRIS., *supra.*, p. 239.

¹³³⁸ HARRIS., *supra.*, p. 239. El Convenio aclara que los asuntos relacionados con el nombramiento o destitución del *trustee* no son procesales a regirse por el Derecho del foro. La jurisprudencia inglesa, *Chellaram v. Chellaram*, [1985] Ch. 409, había decidido que estos asuntos eran procesales y aplicaba el Derecho del foro. Sería contraproducente que el Derecho aplicable rija los poderes y deberes del *trustee*, pero no las circunstancias de su destitución. HARRIS lo ve como un asunto más del Derecho sustantivo de solicitar la destitución de un *trustee* para proteger los derechos como beneficiario.

¹³³⁹ HARRIS., *supra.*, p. 240.

El derecho del *trustee* a **delegar sus funciones** se rige por la ley aplicable al *trust*, más no dispone el artículo 8 que ley rige las consecuencias de esa delegación y la responsabilidad personal o vicaria del *trustee* al delegar¹³⁴⁰. La **responsabilidad personal** del *trustee* frente al beneficiario se rige por la ley aplicable; a menos que esta ley permita la delegación y limite la responsabilidad del *trustee*, su responsabilidad subsiste. Las consecuencias de la delegación deben regirse por la misma ley aplicable al *trust*. La responsabilidad primaria del *trustee* surge del instrumento de *trust*, pero la **responsabilidad vicaria** por las actuaciones del delegado se complica si la relación surgió de un contrato, en el caso de que se haya limitado la responsabilidad del *trustee* por las actuaciones del delegado, más aún si el contrato se rige por una ley diferente. No obstante, aunque la ley aplicable al *trust* deba determinar frente al beneficiario y el constituyente la responsabilidad vicaria del *trustee* por las actuaciones del delegado, el Derecho aplicable a la relación *trustee*-delegado debe regirse por el Derecho que regula esa relación¹³⁴¹.

Los **asuntos de administración del *trust*** son los principales candidatos para aplicar la doctrina del *dépeçage*¹³⁴² que permite el artículo 9 del Convenio. La mayoría de los asuntos administrativos del *trust* se van a regir por el Derecho que gobierna el *trust*¹³⁴³. En cuanto a los poderes del *trustee* para adquirir y gravar

¹³⁴⁰ HARRIS., *supra.*, p. 240.

¹³⁴¹ HARRIS., *supra.*, p. 240.

¹³⁴² Dispone el artículo 9: *Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte.* El Convenio menciona que los asuntos administrativos del *trust* se prestan para el *dépeçage*, sin embargo, rechazaron una propuesta de que sólo aplicase el *dépeçage* a asuntos de administración, con lo cual la posibilidad de su empleo es más amplia pero no ilimitada, puesto que también rechazaron una propuesta norteamericana de que cada asunto se debía regir por la ley de vínculos más estrechos. HARRIS, *supra.*, p. 281. Es importante para el *dépeçage* que sea permitido solamente en cuanto a aspectos del *trust* que puedan ser sujetos a un derecho diferente sin entrar en contradicciones. La división puede ser vertical (un documento crea dos *trusts* sujetos a distintos derechos) u horizontal (un *trust* sujeta distintos asuntos a distintos derechos. *Id.*, p. 283, citando a MATTHEWS, P., *Trusts: Migration and Change of Proper Law*, 60, Key Haven, London, 1997, que define el aspecto separable del *trust* (*severable aspect*): '*severable*' must be either a qualitative difference in the type of exercise being done, e.g., «construction of the substantive provisions as opposed to matters of administration, or a physical division of the trust into two or more parts, each having separate assets and being governed by separate substantive provisions, for example, like separate appointments constituting separate trusts for capital gains tax purposes». HARRIS, *supra.*, p. 281.

¹³⁴³ En el caso de Inglaterra, hay jurisprudencia que determina que un *trust* gobernado por ley foránea cuyo *trustee* ha sido nombrado por un tribunal inglés, sus poderes se van a regir por las disposiciones de un estatuto inglés sobre los poderes del *trustee*. *Id.*, p. 241 citando *Re Wilks*, Ch.

bienes del *trust*, es importante definir los límites entre la *lex situs* y la ley aplicable al *trust*¹³⁴⁴. Si de acuerdo al Derecho aplicable al *trust* el *trustee* tiene poder para disponer de los bienes del *trust*, el asunto de si el título ha sido debidamente traspasado al recipiente se rige por la *lex situs*, de igual forma si el *trustee* pretende crear un gravamen sobre los bienes, ese asunto se determina por el Derecho aplicable al *trust*. Sin embargo, el asunto de si en efecto el Derecho de propiedad ha sido traspasado al adquirente se resuelve de acuerdo a la *lex situs*. Si el *trustee* pretende adquirir nuevos bienes para el *trust*, ello significa que derechos de propiedad pasarían de un tercero al *trustee*, lo cual es una cuestión de si el título ha sido debidamente traspasado al *trustee*, asunto que compete a la *lex situs*¹³⁴⁵. Consistente con la regla de que el asunto preliminar de traspasos de bienes al *trustee* se rigen por la *lex situs*, siempre y cuando el *trustee* haya recibido la titularidad del dominio según ese Derecho, es inconsecuente que el *lex situs* desconozca el concepto del título de la *equity* del *trustee*, pues los nuevos bienes se sujetaran a los propósitos y términos que dispone el *trust* y su Derecho aplicable¹³⁴⁶.

Para la debida administración de un *trust* los **poderes del *trustee* para invertir** los fondos y bienes del *trust* son esenciales. Cualquier Derecho que regule los asuntos administrativos también debe gobernar los poderes de inversión del *trustee* y las consecuencias de una inversión indebida o desatender la obligación de invertir bajo

645 (1935), *Re Kehr*, Ch. 26, (1952), *Re Ker's Settlement Trusts*, Ch. 553 (1963), *Chellaram v. Chellaram*, Ch. 409, (1985). Estos casos apuntan a que se trata de calificar los poderes de venta, mantenimiento y fomento (*sale, maintenance and advancement*) como asuntos más bien de administración de caudales y no de *trusts*. HARRIS no está de acuerdo con esta jurisprudencia ya que los poderes que surgen de un *trust* válido, como no parten del proceso del lanzamiento, sino del propio *trust* ya en marcha, debe aplicarles el Convenio a estos asuntos. Por otro lado, cuestiones sobre la facultad del *trustee* para disponer o gravar bienes, pudieran tratarse como imperativas bajo el artículo 16-- aunque el alcance de este artículo debe ser limitado para mantener la integridad de las reglas de Derecho internacional privado del Convenio-- acorde al artículo 8 y aplicar el Derecho foráneo como lo haría el correspondiente tribunal foráneo, y no se ve la necesidad imperante de que los poderes de venta, mantenimiento y fomento se sujeten rutinariamente al Derecho inglés por un tribunal inglés. HARRIS, *Id.*, p. 242, pone de ejemplo el supuesto de si los poderes que otorga el Derecho aplicable al *trustee* sobre los intereses de un menor de edad se entendieran inaceptables, siempre se puede acudir a las disposiciones al amparo del orden público del artículo 18; de lo contrario, debe aplicarse el Derecho que gobierna el *trust*.

¹³⁴⁴ HARRIS, *supra.*, p. 281.

¹³⁴⁵ HARRIS, *supra.*, p. 243.

¹³⁴⁶ *Id.*

la norma de diligencia apropiada¹³⁴⁷. Asuntos sobre **restricciones a la acumulación de ingresos del *trust* y la duración del mismo** se pueden calificar o bien como de la creación de la estructura de *trust* o su análoga (sujetos al Convenio), o asuntos de la creación de un derecho de propiedad (asunto preliminar fuera del Convenio)¹³⁴⁸. Como estos asuntos son relevantes en el Derecho anglosajón, se deben considerar asuntos de *trust* solamente si la ley aplicable es la inglesa puesto que el Derecho inglés tiene una disposición que afecta todo tipo de transferencias sujetas a restricciones de acumulación excesiva de ingresos¹³⁴⁹.

La responsabilidad del *trustee* de compensar a los beneficiarios por **violación al deber fiduciario** y la responsabilidad vicaria por los actos de un delegado deben someterse al Derecho aplicable al *trust*¹³⁵⁰. Igualmente, las alegaciones de que un *trustee* ejerció su discreción indebidamente se deben calificar como pertenecientes a la relación entre los beneficiarios y el *trustee* a regirse por el Derecho aplicable al *trust* que cubre las obligaciones del *trustee*. Sin embargo, si el *trust* se rige por un Derecho y la administración por otro, asuntos sobre derechos de los beneficiarios potenciales a las distribuciones conforme a un *trust* discrecional no deben calificarse como de administración y sí de validez intrínseca, a pues estaría en juego los respectivos derechos de los beneficiarios, aunque parezca que el ejercicio de discreción del *trustee* pueda verse como el ejercicio del poder de gestionar el *trust*¹³⁵¹.

¹³⁴⁷ HARRIS, *supra.*, p. 243.

¹³⁴⁸ HARRIS, *supra.*, p. 245. El asunto de las acumulaciones de ingresos en Inglaterra se complica porque una disposición del Derecho de propiedad da a entender que la restricción aplica a todo tipo de traspaso de propiedad, pero en la práctica solo aplica a los *trusts*. Señala HARRIS que, dado que estas reglas persiguen promulgar la alienabilidad de la propiedad, el tribunal puede entender que violan la política pública inglesa que favorece la alienabilidad de la propiedad. Se plantea ¿que debe hacer un tribunal inglés si un *trust* que se gobierna por el Derecho de un Estado que considera el periodo de acumulación válido sobre una propiedad ubicada en Inglaterra—que lo considera inválido? En ese caso argumentarían que esto viola la política pública inglesa.

¹³⁴⁹ *Id.*, p. 245.

¹³⁵⁰ HARRIS, *supra.*, p. 246.

¹³⁵¹ *Id.*

Hay argumentos en contra de aplicar el Derecho del *trust* en el contexto del deber fiduciario, considerando que el cargo de *trustee* comprende dos tipos de obligaciones: las que surgen del *trust* y las del Derecho general de responsabilidad fiduciaria que generalmente se rigen por las normas aplicables al derecho de la restitución. Esto lleva a plantearse si estos aspectos deban calificarse separadamente para que se rijan por sus propias reglas de Derecho internacional privado¹³⁵². Como la relación que se crea bajo un *trust* jurídicamente incorpora la relación fiduciaria que de otra forma no surgiría¹³⁵³, esto justifica que los deberes fiduciarios del *trustee* se sujeten totalmente al Derecho regulador del *trust* y debe prevalecer sobre cualquier Derecho que regule reclamaciones generales en contra de un fiduciario¹³⁵⁴.

Otra vertiente del asunto del derecho regulador de la relación fiduciaria surge cuando el constituyente seleccionó un derecho distinto para regular los asuntos de administración del *trust*. La cuestión sería determinar cuál de estos derechos debe aplicar a una reclamación por violación al deber fiduciario. Los deberes fiduciarios no se relacionan a la manera en que se ejecutan los términos del *trust*—administración-- sino a la identificación y alcance de los derechos del beneficiario, tales como el derecho de lealtad y de recuperación de las ganancias indebidas o a ser compensado por las pérdidas, todos los cuales no deben estar en el dominio del derecho regulador de la administración del *trust*, de ser uno diferente al *proper law*¹³⁵⁵.

¹³⁵² HARRIS, *supra.*, p. 248.

¹³⁵³ HARRIS, *op. cit.*, p. 249.

¹³⁵⁴ *Id.*, p. 249. HARRIS entiende que cuando concurren acciones de naturaleza contractual con extracontractual, i.e., accidente laboral por negligencia en el mantenimiento de un lugar seguro de trabajo, no procede que se excluya una a favor de la otra y el reclamante debe ser capaz de escoger una o la otra, ya que legalmente estas reclamaciones son independientes, contrario al asunto de una relación fiduciaria dentro de un *trust* donde la relación de *trust* por ley crea esa relación fiduciaria que sin el *trust* no existiría, lo que justifica que aplique la ley que gobierna el *trust*. *Id.* Se puede distinguir esa situación de un caso donde una persona sufre daños en una instalación, su derecho a recuperar por los daños existe independientemente de que hubiese un contrato de empleo que cubra la relación y que el Derecho laboral le acoja.

¹³⁵⁵ *Id.*, p. 253.

Otro asunto sobre el Derecho de *trusts* que cubre el Convenio es el deber del *trustee* de **rendir cuentas**. Se entiende por rendir cuentas el mantener las cuentas de la administración, permitir la inspección de la documentación del *trust*, y en caso de varios *co-trustees*, ejercer su discreción adecuada y unánimemente; también el término «*account*» comprende la tutela judicial de la *equity* (*equitable remedy*) que en la lengua inglesa se conoce como «*accounting for profits*¹³⁵⁶». Se arguye que para propósitos de Derecho internacional privado este asunto debe regirse por las normas aplicables al Derecho de la restitución, sin embargo, como la responsabilidad surge de las obligaciones fiduciarias bajo un *trust*, debe regirse también por el Derecho aplicable al *trust*, considerando los argumentos antes esbozados de que los derechos fiduciarios del *trustee* se deben regir por el derecho regulador del *trust*¹³⁵⁷. Esto más aún cuando la obligación de rendir cuentas surge del quebrantamiento del *trust* (*breach of trust*).

El Derecho que regula el *trust* también debe regular la **tutela judicial** para remediar el quebrantamiento del deber fiduciario y la responsabilidad del *trustee*. La responsabilidad está expresamente cubierta en el artículo 8, pero no menciona la tutela judicial, por ejemplo, en caso de apropiación indebida de fondos del *trust*; ¿que derecho determina la compensación o resarcimiento o si el *trustee* se considerará que detenta esos fondos en un *constructive trust* o tiene responsabilidad personal de compensar por el valor de éstos¹³⁵⁸? Un planteamiento sería que estos asuntos se deban regir por las normas de DIPr del derecho de restitución. Sin embargo, si la responsabilidad surge del quebrantamiento de un deber que nace de un *trust*, las consecuencias deben regirse por el derecho aplicable al *trust*.

¹³⁵⁶ Se refiere a que rinda cuentas sobre ganancias indebidamente devengadas para su propio beneficio en contra de sus obligaciones y deberes como *trustee*, en cuyo procedimiento judicial se obtiene una sentencia obligando al demandado a pagar las sumas de dinero indebidamente obtenidas. Ver EICHENGRUN, J., «Remedying the Remedy of Accounting», *Wake Forest Univ. School of Law*, vol. 60, 1985, p. 463, no.3.
<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2180&context=ilj>.

¹³⁵⁷ HARRIS, J., *The Hague Trust Convention...*, *supra.*, p. 272.

¹³⁵⁸ *Id.*

Los asuntos de tutela judicial en el Derecho inglés se han calificado como procesales regulados por el Derecho del foro. Sin embargo, el remedio debe armonizar con el derecho de acuerdo a su naturaleza y alcance conforme a su derecho regulador¹³⁵⁹. El derecho regulador del *trust* debe determinar si el reclamante tiene disponible el derecho a compensación monetaria o restitución¹³⁶⁰.

El Convenio no cubre la **responsabilidad del trustee hacia terceros** cuando, por ejemplo, el *trustee* se apropia de su propiedad. Como éstos no son parte de relación de *trust* no deben sus derechos estar afectados por lo que se relacione al *trust*¹³⁶¹. Por otro lado, si un tercero recibe propiedad del *trust* indebidamente, la responsabilidad del *trustee* por haberle entregado la propiedad está cubierta por el Convenio, mas no la responsabilidad personal del tercero, que tampoco debe regirse por el Derecho que aplica al *trust*, principalmente porque su obligación no nace del *trust*, sino del Derecho sobre pago de lo indebido y el enriquecimiento injusto¹³⁶².

Bajo el artículo 11(3) d del Convenio se puede recuperar la propiedad en manos de un tercero si el derecho aplicable lo dispone y sujeto a las normas de DIPr del foro. Si este fuese un tercero de buena fe por causa onerosa, desde su perspectiva el asunto de si recibió buen título, debe regirse por lo que disponga la *lex situs*. Si el asunto es sobre la **responsabilidad de ese tercero**, el Convenio no lo atiende. La responsabilidad del *trustee* lo determina el Derecho aplicable bajo el Convenio, más la responsabilidad del tercero por recibir propiedad ajena a sabiendas o gratuitamente no es un asunto del Derecho de *trusts* ni está cubierto por el Convenio o el derecho regulador del *trust*. Esa reclamación es más una de enriquecimiento injusto y puede argumentarse que no debe regirse por el derecho que regula el *trust*

¹³⁵⁹ HARRIS, *supra.*, p. 253., citando a *Chase Manhattan Bank v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, [1981] Ch 105 y *El Ajou v. Dollar Land Holdings Ltd.*, [1993] 3 All ER 717, donde la imposición de un *constructive trust* se interpretó como correspondiente al derecho regulador.

¹³⁶⁰ HARRIS, *supra.*, p. 254. Si la tutela judicial solicitada es una reclamación de daños monetarios, un tribunal ingles aplicaría la *lex fori* para determinar la cuantía de daños.

¹³⁶¹ HARRIS, *supra.*, p. 254., citando el Informe Von OVERBECK, párr. 87.

¹³⁶² HARRIS, *supra.*, p. 255.

puesto que no es un *trust claim*¹³⁶³. En el caso de la UE, la reclamación debiera estar cubierta por Roma II¹³⁶⁴.

Una vez un *trust* ha sido establecido válidamente, el Derecho que lo gobierna también aplica para los **cambios en los términos del *trust***, incluso de su Derecho aplicable. Este asunto de variación de los términos del *trust* puede tener un escollo con el Derecho inglés que tiene unas leyes que brindan competencia sobre la materia al tribunal inglés para variar los términos de ciertos *settlements*, particularmente en los *trusts* matrimoniales. El asunto en controversia va a ser si esa ley especial se califica como procesal y aplique a un *trust* foráneo con prevalencia sobre el Derecho regulador del *trust*. En el asunto de *Chellaram v. Chellaram*¹³⁶⁵, los beneficiarios solicitaron la destitución y reemplazo del *trustee* de un *trust* regulado por el derecho de la India. El tribunal, para justificar que el nombramiento y restitución del *trustee* es un asunto procesal regulado por el derecho del foro, hizo una distinción entre los aspectos sustantivos de «identificación y alcance de los derechos de los beneficiarios» y los asuntos procesales sobre la «maquinaria de la ejecución de esos derechos»¹³⁶⁶. No obstante, las disposiciones del Derecho regulador del *trust* sobre variaciones deben considerarse materias de Derecho sustantivo y *prima facie* aplicar ese derecho conforme al artículo 8(2)(h) del Convenio¹³⁶⁷.

El artículo 8(2)(h) cubre los derechos del beneficiario y del *trustee* para **terminar el *trust***. El traspaso final (*vesting*) de la propiedad a nombre del beneficiario se rige, según HARRIS, por el Derecho aplicable al *trust* y no por la *lex situs*¹³⁶⁸. Entiende

¹³⁶³ *Id.*

¹³⁶⁴ Artículo 10 de Roma II sobre ley aplicable a asuntos de enriquecimiento injusto.

¹³⁶⁵ [1985] 1 Ch 409

¹³⁶⁶ HARRIS, *op. cit.*, p. 258.

¹³⁶⁷ *Id.* En el caso concreto de Inglaterra y sus leyes de variación, entiende HARRIS que no debe suplantarse el derecho foráneo aplicable, además de que se debe considerar el artículo 15 para determinar si la variación se contempla en el Derecho inglés y si es meritorio, a manera de excepción, suplantar el Derecho foráneo. El juez debe emplear su discreción mayormente cuando existen conexiones fuertes con Inglaterra.

¹³⁶⁸ HARRIS, *op. cit.*, p. 270.

que no debe ser la *lex situs* la ley reguladora porque los bienes fueron traspasados al *trustee* para mantenerlos bajo los términos del *trust* y sujetos a la ley aplicable al *trust*, cuyos términos incluye el derecho a terminar el *trust*; la *lex situs* aprueba el traspaso original del constituyente al *trustee* en el lanzamiento original, con lo que no cree que sea obvio que deba también aplicar al *vesting* en el beneficiario, cuando se ejerce el derecho a terminar; la consecuencia de ejercer ese derecho que bajo los términos del *trust* recae en el beneficiario como destinatario final, debe determinarse por la ley que ha regulado el *trust*¹³⁶⁹.

En el caso de que la validez del *trust* se rija por la ley de un Estado diferente al que rige la administración del *trust*, la variación de los términos o la terminación dependerán de cómo se califiquen estos eventos¹³⁷⁰. El poder de variar los términos o terminar el *trust*, puede verse como un acto dentro de los poderes administrativos del *trustee*—inversión, manutención o adelantos de capital— o también el poder de alterar los poderes administrativos del *trustee*. Sin embargo, si se trata de los efectos del acto sobre los derechos e intereses del beneficiario va más cercano a un traspaso de un interés en la *equity* (*equitable interest*) que debe regirse por el Derecho aplicable a la validez del *trust*¹³⁷¹.

Otra de las funciones que ejerce el *trustee* es la de distribuir el ingreso del *trust* o el capital a los beneficiarios, según dispone el instrumento de *trust*. Además de la acepción de la palabra «distribución» en cuanto a los pagos que reciba el beneficiario para su manutención, está también el concepto de distribución en el contexto de un *trust* discrecional, donde el *trustee* determina a quiénes de una clase de beneficiarios y en que proporciones (incluyendo distribución de principal o intereses) se harán las correspondientes distribuciones en *trust*¹³⁷². Este asunto se rige por el Derecho aplicable al *trust*, mas, sin embargo, dependiendo del asunto atendido, se puede regir por otros Derechos como cuestiones previas, como sería

¹³⁶⁹ HARRIS, *op. cit.*, p. 270.

¹³⁷⁰ HARRIS, *op. cit.*, p. 271.

¹³⁷¹ *Id.*

¹³⁷² *Id.*, p. 271.

el caso de determinar quiénes son los «hijos legítimos» del constituyente, su «cónyuge supersite», materias que se van a regir por la ley personal de las partes envueltas¹³⁷³.

En algunos países el cambio de Derecho aplicable solo se permite si todos los beneficiarios están de acuerdo¹³⁷⁴. No está claro si se contemplan cambios implícitos en el Derecho aplicable si el constituyente en efecto tuvo la intención de que se efectuara el cambio¹³⁷⁵. El Convenio en este aspecto es menos liberal que el Convenio de Roma¹³⁷⁶ y el Reglamento actual Roma I, que permite que las partes pueden acordar someter el contrato a otro derecho que el previamente acordado, mientras que el Convenio de La Haya, mediante una regla de Derecho internacional privado indirectamente lo permite si el Derecho que esa regla determine establece la validez del cambio¹³⁷⁷. Además de que el cambio se permita en el Derecho que aplicaba antes del cambio, el Derecho que se quiere sustituir también debe admitir el cambio como válido¹³⁷⁸.

Es importante tener en cuenta a la hora de cambiar el Derecho aplicable, que hay argumentos sólidos de que el *trust* entero se transforma en un nuevo *trust* al cambiar de Derecho aplicable toda vez que los términos de un *trust* se miran a la luz de un sistema jurídico concreto y cuando ese sistema cambia, será difícil entender que el *trust* no cambie también¹³⁷⁹. Este tipo de cambio puede implicar

¹³⁷³ HARRIS, *op. cit.*, p. 271.

¹³⁷⁴ HARRIS., *supra.*, p. 297.

¹³⁷⁵ HARRIS., *supra.*, p. 297, citando a CASTEL, J.G., *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed., Butterworths, Toronto and Vancouver, 1997, quien sugiere que bajo el *common law* el cambio sólo se admite por el poder expreso reservado por el constituyente, por acuerdo entre todos los beneficiarios o por orden judicial.

¹³⁷⁶ Artículo 3(2): *the parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it.*

¹³⁷⁷ HARRIS., *supra.*, p. 298.

¹³⁷⁸ HARRIS., *supra.*, p. 302.

¹³⁷⁹ HARRIS., *supra.*, p. 305.

consecuencias fiscales no esperadas puesto que la variación de un *trust* se puede entender como la creación de un nuevo *trust* para propósitos fiscales¹³⁸⁰.

6.6. Reconocimiento y efectos

El artículo 11¹³⁸¹ sobre reconocimiento de los *trust* es uno de los más importantes, sino el mas importante del Convenio puesto que la idea principal detrás del Convenio es facilitar que los Estados que desconocen la figura puedan reconocerla¹³⁸² y por tanto que el *trust* surta todos los efectos pretendidos en el país receptor. El reconocimiento persigue que en principio se le brinde al *trust* todos los efectos que el Derecho foráneo que lo gobierna le confiere¹³⁸³. Si el Convenio se rige bajo la ley inglesa, por ejemplo, es ese el Derecho que va a determinar los efectos y naturaleza del *trust* precisamente por ser el Derecho aplicable¹³⁸⁴. Si un contrato se rige por el Derecho francés, un tribunal inglés no se planteará si debe reconocer el contrato, sino que determina su validez y efectos de acuerdo al Derecho francés¹³⁸⁵. Si de acuerdo a la ley aplicable el *trust* tiene los efectos del artículo 11, debe surtir esos efectos en cada Estado contratante del Convenio¹³⁸⁶.

¹³⁸⁰ HARRIS., *supra.*, p. 305, citando a WATERS, D., «The Concept Called 'the Trust'», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 53,1999, p. 118.

¹³⁸¹ *Article 11. Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.*

La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique. Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment : a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust ; b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci ; c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee ; d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

¹³⁸² HARRIS., *supra.*, p. 311.

¹³⁸³ HARRIS., *supra.*, p. 312, citando a KÖTZ, H., en HAYTON, D., ed., *Modern International Developments in Trust*, cap. 3, 1999, p. 44.

¹³⁸⁴ HARRIS., *supra.*, p. 312.

¹³⁸⁵ *Id.*

Por otro lado, la ley aplicable no tiene que ser el Derecho de un Estado contratante, pero si ese Estado no conoce la institución, entonces el asunto se sale del Convenio, por virtud del artículo 5¹³⁸⁷.

Al establecer unos requisitos mínimos para el reconocimiento, el artículo 11(2) hasta cierto punto crea un Derecho sustantivo uniforme¹³⁸⁸. Esto es, por ejemplo, según apunta HARRIS¹³⁸⁹, aunque el requisito del fondo separado es común en todos los *trust* dentro del Convenio (por vía del requisito del artículo 2), pudiese ser que el Derecho aplicable no reconoce el derecho del *trustee* a demandar en los tribunales o a comparecer ante notario o autoridades públicas; sin embargo, esos requisitos tienen que surtir efectos a la luz del artículo 11(2), por lo que todos los *trusts* convencionales que cualifican para reconocimiento tendrán esos efectos¹³⁹⁰.

Por otro lado, el artículo 11(3) indica cuatro consecuencias del reconocimiento del *trust* que podrían verse como normas autónomas independientes de la ley aplicable; mas, sin embargo, estas disposiciones indican los requisitos básicos de un *trust*, a manera de clarificarlo para beneficio de los Estados que no conocen el *trust*¹³⁹¹. No obstante, los requisitos del 11(3) dependen de que la ley aplicable provea para ello o lo requiera¹³⁹². HARRIS comenta que estos requisitos son la consecuencia natural de tratar el fondo como separado de los bienes del *trustee*, que no beneficiaran a sus acreedores personales ni al síndico de un procedimiento de quiebras o insolvencia, ni forman parte de la propiedad sujeta a su régimen matrimonial o caudal hereditario del *trustee*¹³⁹³.

¹³⁸⁶ HARRIS., *supra.*, p. 313.

¹³⁸⁷ *Id.*

¹³⁸⁸ HARRIS., *supra.*, p. 313, citando a LIPSTEIN, K., «Trusts», *International Encyclopedia of Comparative Law*, chaps. 23, 27.

¹³⁸⁹ HARRIS., *supra.*, p. 313., citando a LUPOI, *Trusts: A Comparative Study*, *supra.*, p. 354.

¹³⁹⁰ HARRIS, *supra.*, p. 313.

¹³⁹¹ HARRIS, *supra.*, p. 314, citando a GAILLARD y TRAUTMAN, «Trusts in Non-Trust Countries...», *35 Am. J. Comp. Law* (1987), pp. 332-333.

¹³⁹² HARRIS, *supra.*, p. 314.

¹³⁹³ HARRIS, *supra.*, p. 314, citando a VON OVERBECK, *supra.*, párr. 112.

Si bien es cierto que el artículo 11(3) es claro en cuanto a que los bienes del *trust* no están disponibles para los acreedores personales del *trustee*, no lo es tan claro, en cuanto a si los bienes del *trust* estarán o no disponible para satisfacer acreencias del constituyente. HARRIS entiende que deben estar así protegidos en el caso de que el constituyente se haya despojado de la titularidad del dominio y de *equity*; sin embargo, sugiere cautela particularmente de cara a que la ley aplicable sea un Estado que desconoce el *trust* en tanto en cuanto el Convenio permite que el constituyente se reserve algunos derechos con relación a los activos entregados bajo el control del *trustee*, con lo cual un *non-trust state* pudiese permitir que los bienes del *trust* estuviesen disponible para beneficio de los acreedores del constituyente si este puso los bienes “bajo el control” del *trustee* sin traspasarle el título¹³⁹⁴.

Cabe señalar que el artículo 11 está sujeto a las disposiciones de los artículos 15¹³⁹⁵ y 16¹³⁹⁶. El artículo 15¹³⁹⁷ pretende preservar las reglas inderogables del

¹³⁹⁴ HARRIS, *supra.*, p. 314-15, citando a LUPOI, *supra.*, p. 339.

¹³⁹⁵ Article 15. La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes: a) la protection des mineurs et des incapables ; b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage ; c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve ; d) le transfert de propriété et les sûretés réelles ; e) la protection des créanciers en cas d'insolvabilité ; f) la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

¹³⁹⁶ Article 16. La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.

A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

¹³⁹⁷ Article 15. La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes: a) la protection des mineurs et des incapables; b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage; c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve; d) le transfert de propriété et les sûretés réelles; e) la protection des créanciers en cas d'insolvabilité; f) la protection des tiers de bonne foi à d'autres regards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge

Se plantea la incógnita de si el requisito de que la propiedad del *trust* sea separada del patrimonio del *trustee*, de por sí se pueda considerar que va en contra de una disposición inderogable o imperativa del Estado que apuntan las normas del foro¹⁴⁰⁵. A críticas de que lo que el reconocimiento que por virtud del artículo 11 recibe el *trust*, los artículos 15 y 16 retiran, KOPPENOL-LAFOERCE interpretan que el Convenio requiere el reconocimiento de la naturaleza separada del fondo en *trust* y que el Convenio cubre el lapso entre países *trust* y *non-trust*¹⁴⁰⁶. La naturaleza separada del fondo, descrita en el artículo 2, es la característica esencial del *trust*, que es reforzada por el artículo 11 donde se enfatiza que el fondo está protegido de reclamaciones de acreedores personales del *trustee*¹⁴⁰⁷. El artículo 15 preserva las normas señaladas por el DIPr del foro sobre asuntos que no son susceptibles de derogación por acuerdo voluntario. Este artículo 15 protege la aplicación de esas normas inderogables en la medida en que afectan los intereses del beneficiario bajo el *trust*, mas no aplica a los intereses del *trustee* en el patrimonio fiduciario del *trust*—salvo que éste sea también uno de los beneficiarios-

¹⁴⁰⁵ HARRIS, *supra.*, p. 315, citando a PATON y GROSSO: *Italian property law contains two fundamental principles: (1). The principle of the indivisibility of ownership in property, considered as fundamental to the Roman legal system and faithfully reflected in the present Italian Civil Code; (2) the principle that rights in rem form a numerus clausus, limited to the categories contained in the Civil Code. These do not include fiduciary relationships which, to the limited extent recognised, form part of the category of rights in personam.*

.... As equitable rights such as are found in a trust are considered by scholars to be closer to the Italian law of obligations, at best in the nature of enforceable extra-contractual rights, one can see the difficulty that beneficiaries would have in protecting their interests were, for example, a trustee to become bankrupt. PATON, A. y GROSSO, R., «The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition: Implementation in Italy», *ICLQ*, vol. 43 654, 1994, p. 656, también señalan que los tribunales italianos, aún antes del Convenio ratificarse en Italia ya habían atribuido efectos a *trusts* extranjeros, citando el asunto de *Piercy v. EFTAS*, *supra*, sentencia Tribunal Oristano 15 de marzo de 1956 y otro decidido por la *Corte di Cassazione*, 14 de octubre de 1997, donde se dio reconocimiento al concepto de separación de fondos, sobre unos valores no registrados— que por ende eran aparentemente de la compañía fiduciaria que los administraba— eran en la realidad fondos de sus clientes. ALBISINNI explica que la idea de la relación fiduciaria sí existe en Italia y es visto como la interacción de dos acuerdos. El primero es de naturaleza externa, un acto voluntario válido y oponible a terceros; el segundo acto es interno y personal—modifica el acuerdo externo en la medida en que puede obligar a un tercer adquirente respetar las obligaciones asumidas con relación al transmitente; sin embargo, el resarcimiento por violación al acuerdo interno está limitado a acciones contra el fiduciario. HARRIS, p. 316, nota 1125, citando a ALBISINNI, F., «National Digest for Italy», en GLEASON, *International Trust Laws*, cap. A 51, 75.

¹⁴⁰⁶ HARRIS, nota 1139, p. 318, citando a KOPPENOL-LAFOERCE, *Het Haagse Trustverdrag*, 276

¹⁴⁰⁷ HARRIS, *supra.*, p. 318.

-, puesto que no se afecta la segregación de los bienes del *trust* de los bienes personales del *trustee*, requisito fundamental del *trust*¹⁴⁰⁸.

Una de las disposiciones más importantes del artículo 11 es la relativa al derecho de perseguir los bienes indebidamente transmitidos a un tercero o mezclados con los bienes del *trustee*: el llamado *tracing* del Derecho anglosajón. Este derecho es una consecuencia natural del reconocimiento del *trust*, pero en cuanto al Convenio, solo en la medida de que el derecho aplicable lo contemple¹⁴⁰⁹. El artículo 11 (3)(d) se refiere a la recuperación de la propiedad y la confusión del patrimonio del *trust* con el propio del *trustee*, pero no está claro si cubre la confusión con el patrimonio de un tercero. Cubre el rastreo del traspaso de los bienes al tercero, pero no menciona lo que ocurre si el tercero los mezcla con sus propios fondos o si se configura una subrogación. Sería bien detrimental para la operación del Convenio si no cubre esas circunstancias, además de que la mayoría de los países reconocen la subrogación cuando hay a un fondo separado para un fin particular¹⁴¹⁰. En cualquier caso, cuando bajo el artículo 11(3)(d) se pretenda recuperar la propiedad en manos de un tercero, los derechos y obligaciones de éste estarán sujetos a las normas de DIPr del foro (que por lo general apuntarán a la *lex sitae*), lo que va más allá del mismo artículo 15, pues no se limita a la aplicación de las normas inderogables del Derecho que regule los derechos de propiedad del tercero, ni depende de que haya o no una relación contractual entre el tercero y el *trustee*¹⁴¹¹.

Por otro lado, no está claro si el asunto de si los bienes del *trust* o su valor pueden rastrearse a un fondo mixto en manos de un tercero deba regularse por otro derecho que no sea el regulador del *trust*—si se califica como asunto procesal o de derecho de restitución, por ejemplo. Considerando que el *tracing* de la primera parte del artículo 11 (3)(d), es solo un proceso de identificar bienes y no tiene nada

¹⁴⁰⁸ *Id.*, citando a HAYTON, «The Neatherlands Implementation of The Hague Trust Convention» *Journal Inter. Corp.*, vol. 5, 1996, pp. 127, 128, añade que en Inglaterra si el traspaso de bienes fue hecho en fraude de acreedores, éstos pueden perseguir los activos del *trust* directamente.

¹⁴⁰⁹ HARRIS, *supra.*, pp. 321-24.

¹⁴¹⁰ *Id.*

¹⁴¹¹ HARRIS, *supra.*, p. 322.

que ver con derechos u obligaciones sobre los activos rastreados, ese proceso de rastreo debe permanecer sujeto al derecho regulador del *trust*¹⁴¹². No obstante, se puede interpretar el Convenio en cuanto al asunto de *tracing* como un proceso en dos pasos: 1) el derecho regulador del *trust* determina si los bienes o su valor pueden o no perseguirse y por tanto recuperarse de manos de un tercero; 2) Si pueden perseguirse, la *lex situs* determinará si el tercero adquirente actuando de buena fe adquiere libre del interés del beneficiario bajo el *trust*¹⁴¹³.

Un punto neurálgico que se desprende de los aludidos artículos del Convenio es si los países miembros están o no obligados a reconocer un *constructive trust* que un tribunal foráneo anglosajón haya establecido contra un tercer adquirente de mala fe. La doctrina en los Países Bajos ha adelantado que, aunque adoptaron el Convenio, en cuanto a propiedad ubicada allí no reconocerían tal *trust* y tampoco reconocerían dicho tipo de *trust* que se hubiese impuesto sobre propiedad ubicada en un *non-trust state* que entienden sería un resultado en consonancia con el artículo 15¹⁴¹⁴. El artículo 13, sin embargo, sería mejor base para negar el reconocimiento a un *trust* con mayor conexión con un *non-trust state* y no que las normas inderogables aludidas en el artículo 15 aplican en ese caso¹⁴¹⁵. No hay excusa para un Estado como Países Bajos no reconocer un *constructive trust* que tenga una conexión significativa con un Estado que sí los reconozca, aún si los bienes están ubicados en los Países Bajos. Un *constructive trust* impuesto sobre un tercero que posee los bienes del *trust* debe estar cubierto por el Convenio y en principio, ser reconocido en los *non-trust states*, sujeto solo a la discreción de los tribunales que hayan adoptado el artículo 13 para poder rehusar reconocimiento a dichos *trusts*; utilizar el artículo 15 para negar la efectividad de una categoría entera de *trusts* va en contra de la primera oración del artículo 11 (3)(d)¹⁴¹⁶.

¹⁴¹² *Id.*, pp. 323-324.

¹⁴¹³ HARRIS, *op. cit.*, pp. 324-326.

¹⁴¹⁴ HARRIS, *supra.*, p. 329, citando a KOPPENOL-LAFORCE y KOTTENHGEN

¹⁴¹⁵ *Id.*

¹⁴¹⁶ HARRIS, *supra.*, p. 329.

Durante la conferencia del Convenio hubo un intento del Banco de Pagos Internacionales de excluir del Convenio a los *trusts* de negocios (*business trusts*) y los de garantía, por su interés en preservar los derechos de los acreedores, cuyo intento falló, pero las preocupaciones fueron abordadas por los artículos 15(1)(d), (f) y el 11 (3)(d) del Convenio¹⁴¹⁷. Un ejemplo de estos asuntos sería si hay un traspaso de título en fraude de acreedores, las leyes que lo prohíben van a desplazar la *proper law* que lo admita.

El artículo 15 (1) (d) no debe referirse únicamente al traspaso de título al *trustee*, pues eso es materia fuera del Convenio sujeto a las normas de DIPr del foro (preparación para el lanzamiento). Por lo tanto, dicha sección debe referirse al traspaso de título en la *equity* al beneficiario como serían asuntos sobre si el título en la *equity* se materializó (*vested*) en el beneficiario y en que etapa, si su interés es inmediato, contingente o determinable, o si el beneficiario puede terminar el *trust* y solicitar que le traspasen la totalidad del dominio de la propiedad¹⁴¹⁸. Para salvar alguna inconsistencia con el planteamiento de que el traspaso del interés en la *equity* al beneficiario se rige por la *proper law*, ya que es un asunto que debe entrar dentro de los asuntos del *trust* en marcha, sigue aplicando la *proper law*, pero sujeto a que en algún asunto de derecho que afecte los intereses del beneficiario, la ley que señalan las normas de DIPr del foro prevalecerían en la medida que una norma inderogable conflija con la *proper law*.

La sección 15 (1)(f) atiende los derechos de terceros adquirentes de buena fe, que no se incluyan en la 15(d), pero se sobrepone a ella ya que el traspaso de intereses propietarios al beneficiario debe afectar a todo tercero salvo los que lo sean de buena fe a título oneroso y el beneficiario tendrá que defender sus derechos ante dicho tercero¹⁴¹⁹. También la 15 (1)(f) se sobrepone a la 11(3)(d), segunda oración, que sujeta los derechos y obligaciones del tercero tenedor de los bienes del *trust*--

¹⁴¹⁷ HARRIS, *supra.*, p. 373.

¹⁴¹⁸ HARRIS, *supra.*, p. 374. Como indicamos anteriormente, aquí se contradice HARRIS puesto que él entiende que el asunto del traspaso del interés del beneficiario debe regirse por la ley reguladora del *trust*.

¹⁴¹⁹ HARRIS, *supra.*, p. 375.

que advino a serlo por acto de quebrantamiento del *trust* del *trustee*-- a las normas de DIPr del foro, pero, es más amplia y limitada a la vez debido a que por un lado no se limita a las reglas inderogables del foro, y por otro, concierne al asunto concreto de si el tercero adquiere libre del interés del beneficiario del *trust*¹⁴²⁰. Ante la interrogante de si un tercero de mala fe deba ampararse en normas inderogables del foro para prevalecer contra el beneficiario, el artículo 15 (1)(d) debe interpretarse que se refiere a traspasos ordinarios de propiedad donde el DIPr inglés no requiere la buena fe del adquirente¹⁴²¹ pues el interés del DIPr inglés se enfoca en la última transacción, no el origen de la propiedad¹⁴²². Puesto que el artículo 11 (3)(d) trata diferente los traspasos relativos a *trusts* que los ordinarios, permite al Derecho regulador del *trust* determinar si los activos se pueden recuperar cuando el *trustee* los traspasó en quebrantamiento de *trust* a un tercero de mala fe.¹⁴²³ El artículo 11 (3)(d), segunda oración preserva el rol de la *lex situs* solo en cuanto a terceros de buena fe, precepto que no debe ser socavado por el artículo 15 (1)(d) permitiendo terceros de mala fe descansar en normas inderogables del Derecho de propiedad¹⁴²⁴.

SCHOENBLUM es crítico de ambos artículos 11 y 15 pues entiende que pudiese ocurrir que si en el Derecho interno al que remite el foro no reconoce el fondo separado del *trust*, ese tercero pudiera disponer impunemente del fondo, incluso es concebible que el foro reconozca el *trust* foráneo, pero si aplica sus reglas de DIPr sobre propiedad el título efectivamente haya pasado al tercero¹⁴²⁵. HARRIS refuta haciendo referencia al principio fundamental de proteger los terceros de buena fe y

¹⁴²⁰ *Id.*

¹⁴²¹ *Cfr. Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd.*, Ch 496 (1980), el juez sugirió que en cuanto a traspasos *inter vivos* de bienes muebles el adquirente tiene que ser de buena fe, lo que se trataría como una norma de derecho imperativo internacional inglés. CHECHIRE y NORTH difieren, a menos que la aplicación de la *lex situs* en las circunstancias concretas sea inaceptable al orden público. HARRIS, *supra.*, p. 376.

¹⁴²² HARRIS, *op. cit.*, p. 375.

¹⁴²³ HARRIS, *supra.*, p. 376.

¹⁴²⁴ HARRIS, *supra.*, p. 376.

¹⁴²⁵ SCHOENBLUM, *op. cit.*

la alienabilidad de la propiedad¹⁴²⁶. No obstante, el artículo 15(e) sobre protección de acreedores en asuntos de insolvencia puede ser más problemático en algunos países. En Alemania, por ejemplo, la posición del *trustee* se traduciría a un *fiduziarische treuhänder* que aunque bajo las leyes de insolvencia alemanas los activos del *trust* no están sujetos a reclamaciones de los acreedores personales del «*trustee*», si los activos no son los originales pierden esa protección y estarían los acreedores protegidos por el artículo 15 (e) si se considera inderogable esa disposición del Derecho de insolvencia alemán, además que el principio de especificidad del *Bestimmtheitsgrundsatz* impedirá que opere el *tracing* a un fondo mixto aunque el derecho regulador lo permita¹⁴²⁷. El artículo 15 (e) no debería interpretarse permitiendo que se trastoque la protección del patrimonio del *trust*.

El asunto de las legítimas de los herederos es el que comúnmente surge en los tribunales. Los asuntos de cómo afectan las reglas de legítimas sobre un *trust* testamentario deben calificarse para propósitos de Derecho internacional privado como asuntos sucesorios y no de *trusts* puesto que se refieren al traspaso de la propiedad al fallecer el causante y no concretamente a un traspaso en *trust*¹⁴²⁸. De tratarse de un *trust inter vivos*, el asunto de si se infringen las legítimas va ligado a la cuestión de la validez del acto de disposición de la propiedad “en cualquier caso”, cuyo Derecho aplicable va a ser la *lex situs*, y no la disposición de la propiedad bajo la estructura del *trust*¹⁴²⁹.

Por otra parte, el Derecho aplicable a la sucesión no debe aplicarse para impugnar un *trust inter vivos* por infringir legítimas, puesto que el foro aplicará la *lex successionis* sólo a los bienes que formen parte del caudal, y si fueron traspasados al *trust* válidamente *inter vivos* no formaran parte del caudal hereditario sujeto a la *lex successionis*¹⁴³⁰. Estas disposiciones en algunos Estados civilistas estarían

¹⁴²⁶ HARRIS, *supra.*, p.329-330.

¹⁴²⁷ HARRIS, *supra.*, p. 377.

¹⁴²⁸ HARRIS, *supra.*, p. 366.

¹⁴²⁹ *Id.*

¹⁴³⁰ HARRIS, *supra.*, p. 366., nota 1391.

sujetas a reclamaciones de colación (*claw back*) del Derecho aplicable a la sucesión. Sin embargo, un tribunal inglés podría encontrarlas contrarias a su orden público a tenor con el artículo 18 del Convenio¹⁴³¹. Según HAYTON, estas reglas de colación afectarán mas bien a bienes ubicados en un Estado donde reside habitualmente el heredero y sujetos a un *trust inter vivos*; sin embargo, si los bienes están fuera de un Estado civilista como Inglaterra, el problema se soluciona con la calificación ya que la única cuestión relevante sería si al momento de la creación del *trust*, de acuerdo a la *lex situs* el constituyente podía traspasar la propiedad válidamente “en cualquier caso”. Si infringe disposiciones sobre legítimas de la *lex situs*, sería inválido. Si la *lex situs* no tiene requisitos de legítimas la disposición subsistirá si el *trust* es también válido de acuerdo a su ley aplicable¹⁴³². LEWIN, por su parte entiende que un tribunal inglés solo aplicaría las reglas de la *lex successionis* a asuntos que el Derecho inglés califique como sucesorios y si las legítimas son Derechos sucesorios no habrá bienes colacionables puesto que esos bienes no formarán parte del caudal hereditario; para propósitos del Derecho internacional privado inglés los activos válidamente traspasados *inter vivos* no están sujetos al Derecho de la *lex successionis*¹⁴³³.

En Italia el tribunal interpretó el efecto de las reglas de las legítimas en *Casani v. Mattei*, IITELR 925 (1998/99). Casani tenía doble nacionalidad, italiana y estadounidense, cuando otorgó un testamento en el Estado de Kentucky en la lengua inglesa, dejando su caudal a un amigo en *trust* para beneficio de su hija y nietos. El demandante alegó que el *trust* violaba las legítimas del Derecho italiano. El tribunal determinó que la sucesión se regía por el Derecho italiano pero que el artículo 15 del Convenio no resultaba en la invalidez del *trust*, sólo que el heredero tiene derecho a recibir su parte y el remanente podía estar sujeto al *trust*. Sin embargo, como la demanda era para la declaración de invalidez y no para reducir la porción del heredero, no procedió la reclamación, pero el *trust qua trust* se reconoció. Este resultado, que permite la reducción sin afectar la validez del *trust*,

¹⁴³¹ HARRIS, *supra.*, p. 368.

¹⁴³² HARRIS, *supra.*, p. 369.

¹⁴³³ *Id.*, citando LEWIN, *Lewin on Trusts, supra.*, p. 302 y HAYTON, «Trusts and Forced Heirship Problems», *J. Int. Corp.*, vol. 2, 1993, pp. 3, 7.

es acertado y debe seguirse en otros Estados civilistas. El propósito de las reglas imperativas sobre legítimas es que los herederos reciban su porción, no invalidar un *trust*.

El enfoque de las jurisdicciones *offshore* sobre las legítimas es totalmente distinto y ha sido criticado. Las Islas Caimán, Bermuda, la Isla de Man, por ejemplo, al legislar para implantar el Convenio limitan el efecto del artículo 15 para prevenir la aplicación de las legítimas que afecten un *trust* que se rige por el Derecho de estos Estados y tienen a su disposición el artículo 18 para invocar el orden público. Por otro lado, el Derecho de la Isla de Jersey prohíbe que un *trust* foráneo afecte las reglas de su Derecho interno, lo que prácticamente deja a un lado el Convenio, particularmente el artículo 2 que permite al constituyente seleccionar el Derecho aplicable¹⁴³⁴.

Asuntos de ley de carácter imperativo de aplicación inmediata independientemente del Derecho aplicable los cubre el artículo 16¹⁴³⁵. Se refiere a materias en el Derecho de *trusts* (que no cubre el artículo 15) y las de otras áreas del Derecho que afectan los *trusts*, como las que cubre el artículo 16¹⁴³⁶. Incluye también a normas imperativas no solo del Derecho aplicable, las del foro, e incluso las de un tercer Estado que tenga una conexión importante con el asunto en cuestión, pero solamente si dichas normas intencionalmente aplican al *trust* en cuestión, asunto que es discrecional para juzgador¹⁴³⁷. En cuanto a este último caso de normas imperativas de un tercer Estado, el Convenio permite hacer reserva¹⁴³⁸.

¹⁴³⁴ HARRIS, *supra.*, p. 369.

¹⁴³⁵ *Article 16. La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose meme aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois. A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit. Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.*

¹⁴³⁶ HARRIS, *supra.*, p. 381.

¹⁴³⁷ *Id.*, p. 382.

¹⁴³⁸ Artículo 26 del Convenio.

La determinación de lo que es una norma imperativa de esta naturaleza es muy compleja principalmente porque las legislaturas casi nunca son explícitas en cuanto al alcance internacional de sus normas¹⁴³⁹. NYGH sugiere buscar tres elementos en estas normas para identificarlas: 1) una intención expresa o claramente implícita del legislador de aplicar la legislación independientemente de la ley aplicable al asunto, 2) una conexión razonable entre ese tercer Estado y la transacción, 3) la necesidad de proteger a la parte que la invoca¹⁴⁴⁰. Si normas imperativas del artículo 15 confligen con las del artículo 16, estas últimas deben prevalecer pues no es concebible que un foro esté dispuesto a aplicar reglas imperativas internas de un Estado foráneo que conflijan con sus propias reglas que se consideran imperativas independientemente del Derecho aplicable¹⁴⁴¹.

El artículo 17¹⁴⁴² del Convenio persigue eliminar el problema del *renvoi*. Se ha planteado si realmente era necesario eliminar el *renvoi* del Convenio puesto que su necesidad persiste, aunque haya sido excluido de otros convenios internacionales¹⁴⁴³. No obstante, el *renvoi* sigue aplicando en la etapa preliminar del traspaso del título al *trustee*¹⁴⁴⁴. El argumento de que eliminar el *renvoi* favorece satisfacer las expectativas de las partes ha sido criticado sobre todo cuando refiere a *trusts* cuya ley aplicable no ha sido seleccionada por el constituyente. En el caso que aplique el Derecho de vínculos más estrechos, debería aplicarse el Derecho que el juez del dicho Estado aplicaría y por lo tanto debe aplicar la doctrina del *renvoi*, lo contrario se presta para *forum shopping*. Von OVERBECK, sin embargo, entiende que aún cuando la ley aplicable sea la de vínculos más estrechos, no se deben considerar las reglas de Derecho internacional privado del Estado elegido¹⁴⁴⁵.

¹⁴³⁹ HARRIS, *supra.*, p. 384.

¹⁴⁴⁰ HARRIS, *supra.*, p. 384.

¹⁴⁴¹ *Id.*

¹⁴⁴² *Article 17. Au sens de la Convention, le terme « loi » désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois.*

¹⁴⁴³ HARRIS, *supra.*, p. 387.

¹⁴⁴⁴ HARRIS, *supra.*, p. 387.

GAILLARD y TRAUTMAN abogaron por incluir el significado del término “law” que excluya el *renvoi* a todas las instancias donde esa palabra se menciona en el Convenio¹⁴⁴⁶. Esta interpretación resultaría en llevar la exclusión del *renvoi* demasiado lejos, particularmente en cuanto al artículo 15 sobre reglas de carácter imperativo y sería un obstáculo para un tribunal inglés, por ejemplo, poder aplicar la doctrina de *renvoi* en asuntos de derecho de propiedad, donde la aplicación del *renvoi* está bien establecida¹⁴⁴⁷.

La excepción del orden público que se encuentra en casi todos los convenios internacionales está prevista en el artículo 18¹⁴⁴⁸. Quedaría suplantado el Derecho aplicable en la medida en que fuese contrario a principios básicos de libertades humanas, estándares de justicia y moral, o cuando los intereses del Estado se viesen afectados¹⁴⁴⁹. La prevalencia del Derecho fiscal quedó preservada con el artículo 19¹⁴⁵⁰, que excluye del Convenio todo asunto de materia fiscal. Esta exclusión ha recibido severas críticas a la luz de lo fundamental que son los asuntos fiscales en el campo de la planificación sucesoria¹⁴⁵¹. Entiende SCHOENBLUM que los asuntos fiscales son críticos en la planificación sucesoria y hubiese esperado algunos criterios para la imposición contributiva a los *trusts* para que los operadores jurídicos sepan el costo de que un *trust* sea reconocido en una jurisdicción civilista¹⁴⁵². Este artículo fue necesario para conseguir la ratificación del Convenio.

¹⁴⁴⁵ HARRIS, *supra.*, p. 388. HARRIS no está de acuerdo con esa interpretación. Señala que los argumentos que favorecen el *renvoi* son mas fuertes en el caso de los *trusts* que en los contratos debido a que los *trusts* generalmente tratan sobre derechos de propiedad, que van a necesitar ejecutarse en el *situs*.

¹⁴⁴⁶ HARRIS, *supra.*, p. 389.

¹⁴⁴⁷ HARRIS, *supra.*, p. 389.

¹⁴⁴⁸ Article 18. *Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.*

¹⁴⁴⁹ HARRIS, *supra.*, p. 390.

¹⁴⁵⁰ Article 19. *La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.*

¹⁴⁵¹ HARRIS, *supra.*, p. 397.

¹⁴⁵² SCHOENBLUM, J., *supra.*, § 18.17[H][9].

El Convenio permite que el *trustee* pueda inscribir el *trust* en la medida en que lo permita el Estado donde se trata de inscribir. En países anglosajones como el Reino Unido, la inscripción del *trust* no incluye detalles que se incluirían en un Estado continental. Por lo general se inscribe a nombre del *trustee*, pero los beneficiarios no se divulgan, particularmente porque hay muchos *trusts* que tienen beneficiarios discrecionales que puede que nunca adquieran interés alguno en los bienes del *trust*¹⁴⁵³. El tema de la privacidad de los arreglos sucesorios tiene mucho peso en el Reino Unido y países que utilizan esta figura para esos propósitos. En los registros de bienes inmuebles de países anglosajones se dan pocos detalles del *trust*. La razón para ello es que se considera una manera de facilitar los trasposos y alienabilidad de la propiedad inmueble y salvaguardar la privacidad de los beneficiarios y las transacciones sucesorias en general¹⁴⁵⁴.

No obstante la importancia del asunto de la privacidad, la realidad es que si se desea que en un país civilista el *trust* tenga los efectos frente a terceros que tiene un *trust*, es necesaria algún tipo de publicidad sobre el régimen de *trust* al que esté sujeto un patrimonio autónomo o un bien concreto. Los patrimonios sin titularidad explícita, como lo son los fondos de pensiones, se inscriben en España, por

¹⁴⁵³ En Francia se aprobó legislación (el art. 14 de 'la loi de finances rectificative 2011' N°2011-900 de 29 julio 2011 introduce nuevas disposiciones al código fiscal francés), cuyo efecto sería imponer contribuciones a estas personas que no tienen un derecho definitivo a los bienes del *trust*. Un *trust* de 10 millones de euros con 20 beneficiarios discrecionales donde solo uno de ellos reside en Francia, estaría sujeto a contribución por los 10 millones de euros que bajo los términos del *trust* hay gran posibilidad de que no reciba nada.

¹⁴⁵⁴ HARRIS, *supra.*, p. 338. Una célebre y muy citada expresión de LEPAULLE: «*The trust is the guardian angel of the Anglo-Saxon, accompanying him everywhere, impassively, from the cradle to the grave*», refleja la importancia del *trust* en la sociedad anglosajona y su acérrima lucha por conservar la privacidad de las personas que utilizan la figura para las disposiciones sucesorias. Un jurista anglosajón explicando este fenómeno hizo referencia al desconocimiento de parte de los países continentales sobre la importancia del *trust*, entidad que se utiliza frecuentemente en la sociedad anglosajona. Este jurista compara ese requisito con uno de establecer un registro de divulgación de los beneficiarios de pólizas de seguro de vida, instrumento que se utiliza en Europa continental para propósitos similares a los que en el Reino Unido se utiliza el *trust*. Esto a raíz de la iniciativa europea de enmendar la directiva sobre blanqueo de capitales a los fines de que se divulguen particularidades sobre los beneficiarios de *trusts* privados. Con el Brexit, veremos al Reino Unido libre para preservar la privacidad de sus *trusts*.

<https://www.boe.es/doue/2015/141/L00073-00117.pdf>.

http://www.withersworldwide.com/system/files/2757/original/Registration_of_Trusts_Mar2014.pdf

ejemplo, como patrimonio de destino con la sociedad gestora como única constancia subjetiva¹⁴⁵⁵.

La experiencia con el tema del registro de *trusts* en Italia fue difícil al principio, pero ya los tribunales tienen una actitud positiva al respecto. Algunos Registradores de la Propiedad se negaban a inscribir los *trusts* por el principio del *numerus clausus* y el de la unicidad del patrimonio, particularmente en provincias con sistema catastral, sin embargo, los tribunales han rechazado estos argumentos e incluso han ordenado a los registradores inscribir en el Registro de la Propiedad trasposos de bienes del constituyente al *trustee*, y las compras hechas por el propio *trustee*¹⁴⁵⁶. Otras transacciones se permiten, por ejemplo, como la inscripción en el Registro de Empresas, la aprobación de un *debenture trust*, la de los artículos de una compañía de responsabilidad limitada creada por un *trustee*, la creación de una compañía para actuar como *trustee*, acuerdos de separación que incluyen declaración de *trust* a favor de una hija menor del matrimonio, la utilización de un *trust* por una pareja de hecho a favor de sus hijos, *trust* para beneficio de personas discapacitadas¹⁴⁵⁷.

La ratificación italiana del Convenio ha llevado a que el *trust interni* esté proliferando en Italia, sin embargo, no tiene que ser ese el resultado de la ratificación en otros Estados. Cabe aclarar que lo que se conoce por *trust interni* no se trata de *trust* que estén regulados por el Derecho italiano, lo cual no necesariamente está aceptado en Italia, sino la aceptación del *trust* para propósitos del Derecho internacional privado italiano¹⁴⁵⁸. El artículo 13¹⁴⁵⁹, precisamente contempla el no

¹⁴⁵⁵ En la reforma española del 4 de septiembre de 1998 se introdujo el artículo 11.4 del RH para permitir la inscripción de bienes y derechos reales pertenecientes a fondos, y la inscripción se hiciera «a favor del fondo». Este precepto fue anulado por la STS (Sala 3) de 31 de enero de 2001, sin embargo, señaló el tribunal que la práctica de estas inscripciones sigue siendo correcta y anuló por otros motivos. Ver PAU PEDRON, A., «El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral», p. 338, ARROYO I AMAYUELAS, ed., *El trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 1826, que indica que el sistema registral español no es óbice para la admisión del negocio fiduciario al Registro pues no se trata de negocios constitutivos.

¹⁴⁵⁶ HAYTON, D., *The International Trust*, 3d ed., Jordans Publ., 2011, pp. 804-5.

¹⁴⁵⁷ *Id.*

¹⁴⁵⁸ HARRIS, *supra.*, p.351.

¹⁴⁵⁹ *Article 13. Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à*

reconocimiento de un *trust* cuyos elementos mas significativos (salvo los que escoge el constituyente) estén vinculados con un *non-trust state*. El Convenio no describe los elementos que se consideran significativos, pero excluye el Derecho que haya escogido el constituyente, el lugar de administración, o la residencia habitual del *trustee*, que de por sí serán los factores más significativos para determinar el Derecho aplicable. El Informe Explicativo del Convenio hace referencia a la nacionalidad del constituyente y a la residencia del beneficiario. Según SCHOENBLUM, nada impide que los otros factores del artículo 7 se consideren por un tribunal inclinado a no reconocer el *trust*, para evitar su reconocimiento¹⁴⁶⁰. Muchos describen el artículo 13, cuya aplicación es discrecional, como de compromiso entre los Estados miembros del Convenio que sirvió para apaciguar los temores del establecimiento del *trust* interno en países que no conocían la institución.

En Italia, la aprobación del Convenio ha tenido varios efectos: 1) Introduce en el DIPr italiano la categoría del *trust*, aunque no introduce el *trust* a su Derecho interno, mas permite que un nacional italiano cree un *trust* con todos los elementos vinculados con Italia excepto el Derecho regulador (*trust interni*) 2) Provee a los operadores jurídicos la normativa para identificar cuál es el Derecho foráneo regulador del *trust*, y establece unos requisitos mínimos de reconocimiento como una normativa uniforme para propósitos de lidiar con el *trust* con supuestos de hechos vinculados con Italia¹⁴⁶¹. La protección que el Convenio ofrece contra el reconocimiento de los *trusts* internos que el Convenio indirectamente puede permitir (puesto que no requiere que el derecho foráneo escogido tenga vínculos con el *trust*) es el artículo 13.

Cabe señalar que Italia ha reaccionado a la Directiva europea 2015/849 contra el blanqueo de capitales y ha aprobado legislación requiriendo las divulgaciones y registros correspondientes a los *trusts interni* reconocidos en Italia conforme a la

l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

¹⁴⁶⁰ SCHOENBLUM, J., *supra.*, § 18.17[H][7].

¹⁴⁶¹ HARRIS, *op. cit.*, p.319.

legislación italiana para la ratificación del Convenio. Además, también ha aprobado legislación interna para que dichos *trusts* que producen efectos jurídicos y fiscales en Italia generando ingresos de fuentes foráneas, tributen en Italia. Esta nueva directiva aplica a todos los Estados Miembros de la UE y será interesante ver cómo los Estados Miembros que no hayan ratificado el Convenio harán para cumplir con la Directiva europea con relación a los *trusts* que tengan alguna conexión con su territorio.

Capítulo 7. Una mirada al futuro del trust en el Derecho Internacional Privado y posibles soluciones de Derecho internacional privado

7.1. Futuro del Convenio de La Haya

Considerando las críticas negativas que ha recibido el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y su Reconocimiento no podemos aseverar que haya fallado totalmente en su cometido. Una de sus principales metas ha sido «educar» a los países de tradición civilista que desconocen la institución anglosajona del *trust*. Tras la firma del Convenio, Estados como Italia, Suiza, Países Bajos, Luxemburgo, entre otros, lo han ratificado y a su vez han aprobado legislación para hacer valer las disposiciones del Convenio en su Derecho interno. Muchos de estos países habían luchado con esta figura en el proceso de dar soluciones a asuntos de Derecho Internacional Privado atendiendo una figura desconocida en su ordenamiento con miras a reconocerla y darle efectos en su territorio. De tener que recurrir a «malabares jurídicos» para identificar una figura del Derecho interno que les lleve a la norma de Derecho Internacional Privado correspondiente, ahora cuentan con una herramienta que les permite identificar el Derecho aplicable directamente una vez identificada la controversia en torno a un *trust*.

No obstante, todavía habrá lagunas a la hora de determinar si la figura en cuestión es efectivamente un *trust* al que aplica el Convenio, que permita desplazar sus normas de Derecho Internacional Privado forales por las del Convenio. Aún en los países anglosajones se dificulta el proceso de identificar un *trust* que tiene visos de mandato. En *In re Jenkins Estate*¹⁴⁶², el tribunal determinó que cuando el dueño de unos valores depositados en una empresa de inversiones que acordó cobrar y remitir los ingresos, se creó una relación de agencia y no de *trust*, a pesar de que la empresa se denominó como *trustee*. Esta tarea se complica más cuando el Convenio aplica a figuras análogas al *trust*, a las que LUPO llama los *trusts* amorfos (*shapeless trusts*). ¿Qué necesidad había de incluir estas figuras en el ámbito del alcance del Convenio? Si la intención era que se utilizaran para traducir el *trust* en los *non-trust states*, debieron dedicar un capítulo para ello. Estas figuras lo que

¹⁴⁶² 20 Pa. D & C. 671 (Orphans Ct. 1934).

crean es un problema de calificación para determinar si entran o no en el Convenio. Está claro que ningún jurista debe crear un *trust* en un Estado civilista que no haya incorporado la figura a su derecho interno. Entonces ¿para que intentar reconocer uno de esos *trusts* amorfos como si fuera un *trust* anglosajón o verdaderamente homólogo? Ciertamente surge del informe explicativo que las figuras a reconocerse como *trusts* tienen que ser estructuralmente análogas, sin embargo, tampoco definen que es lo que es estructuralmente análogo: ¿*trusts* unilaterales, bilaterales, trilaterales? El *trust* anglosajón tiene de las tres. Debieron concentrarse en el *trust* anglosajón con todas las características esenciales y aquellas instituciones que verdaderamente son homólogas al *trust* en TODAS las características esenciales, como lo son la *fiducie* de Quebec o Suiza, el *berwind* o el fideicomiso latinoamericano.

En cuanto a figuras análogas que son sólo eso y no homólogas, debió aclararse que deben excluirse para propósitos de reconocimiento, pero a la hora de que un país que desconoce la figura pueda hacer valer los efectos de una figura desconocida en su territorio sí valen las figuras análogas que no puedan reconocerse como *trust qua trust*. Para este propósito lo relativo a figuras análogas debió incluirse en el capítulo de reconocimiento en la difícil etapa de la traducción del *trust* anglosajón en el derecho receptor. Son esas figuras análogas las que deben desplegar los efectos que indica el artículo 11 del Convenio en el capítulo del reconocimiento.

Debieron incluir los *trusts* creados judicialmente, permitiendo a los Estados Miembros hacer las reservas pertinentes. En el Reino Unido y sus parientes anglosajones existen operando muchos *trusts* judiciales y de los creados por ley (*statutory trusts*). No hay razón válida para no reconocerlos internacionalmente, excepto considerar que ya era bastante con enseñarle a los países civilistas sobre los *trusts* voluntarios y expresos posponiendo lo propio para estos otros tipos de *trusts*. Otra justificación fue que estos *trusts* se utilizan en el mundo anglosajón para remediar un enriquecimiento injusto o la gestión de negocios ajenos y otras vías empleadas en países civilistas. Entonces éstas últimas pudiesen servir de instrumento de traducción.

No entendemos por que se dejó fuera del Convenio el tema del deber fiduciario del *trustee*, que es fundamental en un *trust* del *Common Law*. Si Francia en aquel momento no contaba con la *fiducie*, ¿qué problema podía tener con reconocer ese aspecto de una figura extranjera y para propósitos del Derecho Internacional Privado? Ahora que la *fiducie* se ha extendido en Europa continental, incluyendo Francia, es hora de que se reconozca el aspecto de la responsabilidad fiduciaria como parte integrante de un *trust* que requiera su reconocimiento. El Juez CARDOZO describe el deber fiduciario norteamericano:

*Many forms of conduct permissible in a workday world for those acting at arm's length are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior*¹⁴⁶³.

El Convenio dejó fuera de su alcance las cuestiones preliminares relativas a los actos mediante los cuales se traspasan los bienes al *trust*. Una de las funciones primordiales dentro de la disciplina internacional privatista es precisamente salvaguardar la *ius cogens* a través del desplazamiento del derecho regulador cuando se trastocan normas imperativas o asuntos de orden público. Entendemos que el Convenio pudo haber establecido normas para los asuntos preliminares para facilitarle a los operadores jurídicos el acercamiento a la figura y a los fines de uniformidad y predicibilidad. Si trata de la validez del traspaso de título sobre un bien inmueble está aceptado que todo Estado tiene un interés apremiante de control directo de la propiedad inmueble en su territorio y por ello debe controlar la *lex situs*, independientemente de que se haya escogido otro derecho regulador sobre el *trust*. En el Convenio debió quedar claro, sin embargo, que no compete a la *lex situs* determinar si se permite crear la estructura del *trust* con un bien inmueble. Esta interpretación se desprende del Convenio, pues los «asuntos de *trusts*» sí están cubiertos independientemente de los bienes que integren el *trust*. Es decir, una vez determinada la capacidad del transmitente para disponer de su propiedad de acuerdo a la *lex situs*, los asuntos sobre la creación de estructura del *trust* deben regirse por la ley que regula el *trust*. Si el constituyente tenía la capacidad para traspasar la propiedad «en cualquier caso», es irrelevante para la *ius cogens* que

¹⁴⁶³ *Meinhard v. Salmon et al.*, 249 N. Y. 458, p. 464, 164 N.E. 545, p. 546.

se utilice la estructura del *trust* en vez de una compañía limitada o una corporación o sociedad, por ejemplo. Una vez determinada la capacidad de disponer de la propiedad, la *lex situs* deja de cobrar interés en el asunto y prepondera la ley aplicable al *trust*. Lo contrario sería pretender que un *trust* se pueda constituir en un Estado que no cuenta con las herramientas para crear la estructura. El Convenio utilizó la clasificación de asuntos preliminares a los asuntos que en otros instrumentos de la Unión Europea se identifican como fuera de su alcance, incluyendo la capacidad. Estos asuntos no cubiertos se rigen por las normas correspondientes de Derecho Internacional Privado, incluyendo las que preservan la *ius cogens*. Para reforzar estos intereses, están los artículos 15, 16 y 18 del Convenio.

Sobre el asunto de crear un *trust* por la vía testamentaria debió aclararse que lo que se considera preliminar es la validez del testamento y no la del *trust*. Si el testador tenía la capacidad de disponer de la propiedad, el *trust* opera independiente del testamento y debe regirse por su propia ley reguladora independientemente de la *lex sucesionis*. Se debió especificar que el asunto de la validez del testamento se rige como es natural por la *lex sucesionis*. De fallar el testamento el *trust* queda fuera de existencia y el Convenio obviamente deja de aplicar. Una vez determinado que el testamento era válido y que el testador conforme a la *lex sucesionis* podía disponer de su patrimonio «en cualquier caso», es indiferente que se utilice la estructura del *trust* para manejar la porción del patrimonio sujeto al *trust*, que no forma parte del caudal en sí, salvo lo que conflija con la *ius cogens* en materia de derechos inderogables. Utilizando palabras del Convenio, una vez el *trust* cobra vida al momento de su lanzamiento y pasada la etapa de la administración sucesoria, es una entidad separada del asunto sucesorio que debe regirse por el derecho que regula el *trust*. La *ius cogens* se respeta conforme a la aplicación de la *lex sucesionis* para los asuntos que competen a esta ley. Se preserva la unicidad de la sucesión, pero a la vez se respetan la *ius cogens* de la *lex sucesiones*.

Los asuntos del régimen matrimonial también tienen su normativa conflictual independiente del *trust*. A esos efectos se aprobó el reglamento europeo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

en materia de regímenes económicos matrimoniales¹⁴⁶⁴ de 24 de junio de 2016¹⁴⁶⁵, que establece la unicidad del régimen con independencia de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes o de su ubicación. El Convenio de La Haya de *trusts* también, como otros convenios y reglamentos, debe incluir estos asuntos de Derecho del régimen matrimonial o sobre el patrimonio de cónyuges o parejas civiles, fuera del alcance del Convenio en un listado de asuntos no cubiertos, lo que implica que se rijan por el Derecho del Estado que determinen las normas de Derecho Internacional privado del foro. De esta forma recoge la norma conflictual de la Unión Europea o la que aplique a los Estados Miembros o donde sea el foro, pues éste es de aplicación universal. El Convenio hace lo mismo cuando excluye los asuntos preliminares, pero sólo menciona expresamente los testamentos, aunque se sobreentiende que otros asuntos preliminares caerán bajo las normas conflictuales del foro. Debieron especificarlos como en los otros instrumentos de la Unión Europea sobre Derecho Internacional Privado. Las normas imperativas quedan salvaguardadas en los artículos 15, 16 y 18.

Pudo haberse aclarado que las distribuciones hechas en vida de un constituyente se califiquen como donaciones de manera que allí se recojan las normas imperativas sobre disposición contra la participación de los cónyuges y la obligación de colacionar para cumplir con las legítimas. Esta calificación es pertinente tanto para un *trust inter vivos* como para uno creado por testamento. Toda pretendida distribución o atribución patrimonial a un *trust* si no ha mediado causa onerosa se debe calificarse como donación para propósito del Derecho aplicable a dicha operación jurídica. En esa etapa se recogen las normas imperativas sobre las legítimas y el derecho a colacionar¹⁴⁶⁶. Debíó aclarar el Convenio que una vez

¹⁴⁶⁴ Hay un Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978 que ha sido ratificado por sólo tres Estados Miembros del convenio. Entró en vigor el 1 de septiembre de 1992 y ha sido ratificado por Francia, Luxemburgo y Países Bajos. Sus soluciones para el derecho aplicable no han sido acogidas en el Nuevo reglamento europeo.

¹⁴⁶⁵ La ley aplicable en primer caso se deja a elección de los cónyuges la selección con requisitos de cuáles pueden ser los Estados elegidos. Contiene requisitos formales del acuerdo y manera de cambiarlo. Dispone también la ley aplicable en ausencia de elección con una lista de conectores para evaluación del tribunal.

¹⁴⁶⁶ En el caso de Suiza, la colación depende de la calificación del *trust* como *inter vivos* o testamentario. En el caso de los intervivos (donaciones efectuadas durante la vida del causante) la donación es colacionable si el *trust* era revocable durante la vida del constituyente y si se hizo durante los cinco años antes del deceso, o si se hizo con intención manifiesta de evadir las legítimas.

restituído el patrimonio del caudal con las porciones inoficiosas, el resto del traspaso al *trust* debe permanecer ileso.

A nuestro entender el Convenio ha acertado en la metodología general para hallar el Derecho regulador del *trust*. Permitir que el constituyente escoja el Derecho regulador es correcto particularmente porque debe ser un Estado que tenga el andamiaje indicado para sostener y brindar apoyo a la institución, partiendo de la premisa que es un Estado que conoce la institución y cuenta con la legislación que suple los términos del instrumento, además que sus tribunales serán los que estén acostumbrados a lidiar con los asuntos cotidianos del *trust*. Es acertado también que no opere el reenvío cuando el constituyente escoge un Derecho y que no remita al que indiquen las normas de Derecho Internacional Privado del Estado escogido. De igual forma tiene sentido que no opere la elección de un Derecho que desconozca el *trust* convencional. En ese caso solo vale una metodología objetiva como la del artículo 7 para encontrar el Estado con vínculos más estrechos con la figura y solo se debe reconocer *qua trust* si tiene los elementos del *trust* convencional.

En cuanto al asunto del reconocimiento de la figura del *trust*, el Convenio describe los puntos clave del *trust* a los fines de que los operadores jurídicos lidiando con esta figura tengan claro que es lo mínimo que se requiere de un *trust* a los fines de que rinda sus efectos como lo haría en la jurisdicción de origen. No deja de ser significativo que los países civilistas tengan una herramienta que facilite entender lo que pretende el *trust* anglosajón. No obstante, estos llamados *non-trust states* siempre tendrán que buscar la manera de transponer y adaptar la figura para que pueda desplegar sus efectos en su jurisdicción. La única forma de evitar problemas mayores en la adaptación sería que el Estado apruebe legislación interna que cree una figura con las características fundamentales del *trust* anglosajón o que establezca normas de DIPr con relación a los trusts internacionales. Esto es potestad de cada Estado y desde luego, ni siquiera los Estados miembros del Convenio están obligados a acoger el *trust* en su Derecho interno como lo hicieron

Art. 527, CC suizo. En el caso de una calificación *mortis causa*, todos los activos en manos del *trustee* a la fecha del deceso serán colacionables según sea necesario para reponer las legítimas.
Art. 522 CC suizo.

Suiza, Luxemburgo y Francia, por ejemplo, así como otros Estados civilistas fuera del entorno europeo como, *inter alia*, Québec, Luisiana y Puerto Rico¹⁴⁶⁷. Para un jurista o planificador sucesorio sería irresponsable crear un *trust* en un Estado *non-trust* puesto que esa institución de momento difícilmente va a tener los efectos reales o la tutela judicial que tendría en un *trust-state* y por supuesto, su operación de día a día será también difícil. Eso no quiere decir que ese intento de crear el *trust* no pudiera tener eficacia como un negocio jurídico análogo a uno que sí se reconozca en el Derecho interno, pero definitivamente sería un intento irresponsable, más aún cuando el reconocimiento del *trust* como tal no es lo que está ocurriendo consistentemente en los tribunales.

Los puntos cubiertos en del artículo 11 son los que requieren mayor esfuerzo para un operador jurídico civilista y el Convenio no es claro en sus disposiciones. Está claro, sin embargo, que los bienes que el *trustee* mantiene en *trust* no se mezclan con su patrimonio para estar disponibles para sus acreedores y se reafirma que no forman parte de los bienes sujetos a su régimen matrimonial ni al caudal hereditario del *trustee*. La segregación del patrimonio sujeto al régimen de *trust* debe reconocerse tanto en cuanto a los bienes del *trustee*, como del constituyente—a menos que la creación del *trust* sea una pantalla para sacar sus activos del alcance de los acreedores cuando la creación del *trust* no haya sido por causa onerosa en perjuicio de sus acreedores. El resultado de esta actuación fraudulenta no compete al derecho regulador del *trust*. A estos efectos un Estado Miembro que ratifique el Convenio, que presumiblemente debe conocer la institución, debe asegurarse que si el derecho regulador fuera el del foro e interesa que su *trust* convencional sea reconocido, debe contar con legislación que reconozca que los bienes del fondo patrimonial del *trusts* sólo responden por aquellas deudas reconocidas por el derecho regulador. Estas serán por lo general las que surgen de la administración del *trust*.

Tampoco los bienes del *trust* deben responder de las deudas de los beneficiarios hasta tanto no se hagan las distribuciones, puesto cuando estos bienes entran en

¹⁴⁶⁷ En ninguno de estos Estados se ha ratificado el Convenio.

el patrimonio del beneficiario ya no le compete al derecho regulador del *trust*. El derecho ejecutable a recibir ingresos futuros del *trust*, sin embargo, puede estar disponible para los acreedores del beneficiario, pero no los bienes del *trust* hasta que no sean distribuidos.

El asunto de los derechos de acreedores y terceros adquirentes choca con el principio también fundamental del derecho de los beneficiarios a rastrear y reivindicar los bienes sustraídos en violación a los términos del *trust*. El Convenio no expresa claramente si opera la subrogación, principio reconocido en los *trusts* anglosajones y en la mayoría de los Estados civilistas cuando un fondo se establece para un fin particular¹⁴⁶⁸.

En cuanto al derecho de acreedores y terceros, el artículo 11 en principio sujeta los asuntos de la responsabilidad del *trustee* por quebrantamiento de *trust* al mezclar los bienes del *trust* con los suyos o a disponer de éstos a un tercero, a lo que disponga el derecho regulador del *trust*. Acto seguido los derechos y obligaciones del tenedor de esos bienes lo sujeta al derecho que determinan las normas de DIPr del foro (art. 11(3)(d)). Esta última disposición parece ser más amplia que las del artículo 15 que se limitan a las normas imperativas del foro. La 15 (d) preserva las leyes imperativas que regulan los traspasos de título y la creación de gravámenes sobre la propiedad. Estos asuntos los sacaron del Convenio en cuanto al traspaso de título al *trustee*, que puede bien ser un traspaso en garantía.

El artículo 11 (3)(d) protege a los terceros que adquieren del *trustee* en quebrantamiento de *trust*, probablemente aplicando las normas de la *lex situs* sobre los derechos de poseedores de buena o mala fe. Cabe mencionar que aún los Estados norteamericanos no requieren que el tercero indague si el *trustee* está actuando conforme a las instrucciones pertinentes del instrumento y el derecho

¹⁴⁶⁸ «Most countries recognize in their own law the possibility of substitution if it concerns a fund with a specific purpose. Therefore, recognition would not be a problem, although it is not completely clear where the basis for this can be found in the Convention». KOPPRNOL-LAFORCE, M., *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, p. 269

regulador. Para conseguir tutela judicial por quebrantamiento del *trust*, recurren al derecho de la restitución y enriquecimiento injusto¹⁴⁶⁹.

En cuanto a la protección de acreedores en caso de insolvencia, se referirá el inciso (e) a las normas imperativas aparte del momento del establecimiento del gravámen, sino su efecto frente a terceros acreedores. En otras palabras, si el beneficiario no logra recuperar sus bienes o el equivalente del *trustee* puede quedarse sin recurso en contra del tercero tenedor de los bienes sustraídos en violación del *trust*. Como se vió en el capítulo anterior la mejor alternativa es que el beneficiario prevalezca ante un tenedor que no haya prestado causa onerosa o si adquirió con conocimiento de que el *trustee* no tenía la facultad de disponer de los bienes de esa manera. Es decir, que si las normas de DIPr del foro remiten a un derecho que permite que un tenedor de mala fe prevalezca, ese derecho debe ser desplazado por el derecho regulador del *trust*. Esa interpretación es consistente con los incisos (e) y (f) del artículo 15. El inciso (e) preserva los asuntos de protección de

¹⁴⁶⁹Restatement, Third, Trusts, §108 Limitation on Third Party Liability, comment c. This Restatement does not undertake the laborious treatment of the bona fide purchaser rule of the Restatement Second § 284-320. The doctrine of a bona fide purchase and the definition of a bona fide purchaser are already adequately addressed in other Restatements and in commercial law. See especially Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment §§ 66-69. Cfr. Artículo 938 del CC suizo: *The holder in good faith who benefited by the property in accordance with his presumptive right does not owe any compensation for such benefits to the person to whom he is bound to return the property. He is not liable for loss or deterioration.*

Art. 938 ¹ *Le possesseur de bonne foi qui a joui de la chose conformément à son droit présumé ne doit de ce chef aucune indemnité à celui auquel il est tenu de la restituer.* ² *Il ne répond ni des pertes, ni des détériorations.*

Art. 939 ¹ *Le possesseur de bonne foi peut réclamer du demandeur en restitution le remboursement des impenses nécessaires et utiles qu'il a faites et retenir la chose jusqu'au paiement.* ² *Les autres impenses ne lui donnent droit à aucune indemnité, mais il a la faculté d'enlever, avant toute restitution, ce qu'il a uni à la chose et qui peut en être séparé sans dommage, à moins que le demandeur ne lui en offre la contre-valeur.*

³ *Les fruits perçus par le possesseur sont imputés sur ce qui lui est dû en raison de ses impenses.*
Art. 940. *A holder in bad faith must return the asset and indemnify the rightful owner for any damage caused by improper detention, as well as the benefits or income he has received or failed to collect.*
² *He has no claim for his expenditures unless the rightful owner would have had to incur it himself.*
³ *He is liable only for the damages caused by his own fault, as long as he is unaware of the person to whom the asset must be returned.* Ver THÉVENOZ, L., « *Trusts en Suisse, Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie* », Centre d'études juridiques européennes, Genève, Schulthess & Zurich, 2001, p. 268. Entiende que aún un poseedor de buena fe no debe percibir los frutos cuando ello llevaría a un enriquecimiento injusto. Swiss Obligations Code Art. 64 *There is no right of restitution where the recipient can show that he is no longer enriched at the time the claim for restitution is brought, unless he alienated the money benefits in bad faith or in the certain knowledge that he would be bound to return them.*

acreedores en situación de insolvencia. Estos «asuntos de insolvencia» deben corresponder a aquellos de carácter inderogables que protegen a los acreedores de traspasos de bienes en fraude de acreedores o asuntos de trato preferencial de acreedores por traspasos efectuados antes de la insolvencia y dentro de un término que establecido por ley aplicable a esos asuntos. También se ha interpretado que los asuntos del artículo 15 se enfocan en los intereses de los beneficiarios en su propio patrimonio, incluyendo los que provienen de las distribuciones del trust, y no se refiere a los intereses del *trustee*. El inciso (f) debería aclarar que se preservan los asuntos imperativos de protección a terceros de buena fe no cubiertos por el derecho de acreedores en caso de insolvencia.

Muchos países que firmaron el Convenio, sin embargo, no lo han ratificado. Ese es el caso de Estados Unidos, por ejemplo, que a pesar de que su intervención en el Convenio fue significativa y ha tenido el apoyo de las asociaciones de juristas especializados en la materia, el Congreso no se ha animado a ratificarlo, como parece que suele actuar con este tipo de tratado de Derecho Internacional Privado¹⁴⁷⁰. El hecho de que cualquier Estado de los EEUU tenga que reconocer un *trust* amorfo—un *agency*—*qua trust* es de difícil asimilación.

La ratificación del Convenio para un país que desconoce la figura es favorable en la medida en que le provee normas de Derecho Internacional Privado para hallar el Derecho aplicable. Sin embargo, tampoco es necesario ratificar el Convenio para que un país civilista esté en posición de solucionar los problemas de Derecho Internacional Privado que presenta el *trust*. Desde luego, el hecho de que un tribunal se encuentre ante una figura desconocida como el *trust* y que su Estado no haya ratificado el Convenio no puede-- y en nuestro criterio es contrario a Derecho-- utilizar ese vacío jurídico como excusa para descalificar la figura, darla por inválida *ab initio* y aplicar el Derecho interno¹⁴⁷¹. Aunque España participó en el Convenio

¹⁴⁷⁰ GALLIGAN, M.W., «United States Trust Law and The Hague Trust Convention», *NYSBA Trusts and Estates Law Section Newsletter*, Vol. 33, No. 3, Fall 2000. Consideraciones relativas al federalismo. CAVERS señaló los problemas que tiene un Estado federado en aprobar convenciones que versan sobre materias que constitucionalmente caen bajo los poderes de los Estados. CAVERS, *supra.*, págs. 263-67.

¹⁴⁷¹ En el caso de España, después de la aprobación de la Ley 29/2015 de 30 de junio de 2015 sobre cooperación jurídica internacional en materia civil—la que analizaremos más adelante-- debe reducirse el problema del desplazamiento del Derecho extranjero por falta de prueba. Después de

no lo ha ratificado y por lo tanto al no tener el *trust* en su Derecho interno tampoco cuenta con normas de Derecho Internacional Privado que asistan a los operadores jurídicos. En ese caso el Convenio pudiese ser como lo ha sido, orientativo, pero no ha sido fuente de Derecho para sus tribunales. Después que veamos lo relativo a la ley de cooperación judicial en materia civil, el Convenio se tornará más relevante para asistir a los tribunales en el entendimiento del Derecho extranjero en materia de *trusts*.

7.2. Vacío jurídico por la ausencia normas de Derecho Internacional Privado para la categoría del *trust*.

Para ilustrar lo difícil que resulta la figura del *trust* en un país que desconoce esta institución y pone de manifiesto los resultados lamentables que surgen por ese desconocimiento de la figura está la sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de abril de 2008¹⁴⁷². Allí se manifiesta una adjudicación hecha sin tomar en cuenta la situación que pretendían las partes que participaron en el negocio jurídico celebrado en el extranjero donde se constituyó un *trust* foráneo que se intentó hacer valer en España. Este asunto ilustra la dificultad que enfrentan los tribunales con el Derecho internacional privado en el contexto del brindar soluciones a situaciones con una figura desconocida. Desde nuestra perspectiva hay varias lagunas en los hechos narrados en la sentencia, no obstante, analizamos el caso considerando los hechos probados en instancia que surgen de la sentencia. Veamos.

Un matrimonio de nacionalidad norteamericana, Don Alberto y Doña Asunción, adquieren en el año 1971 un bien inmueble ubicado en la Ciudad de Madrid, por mitad y en común pro indiviso. Seis años más tarde Don Alberto otorga un testamento «con conformidad con la legislación del Estado de Arizona», observa el tribunal, en cuyo testamento legó todos los bienes inmuebles por él usados como lugar o lugares de residencia que le pertenecieran a la fecha del fallecimiento, con sus accesorios, derechos y gastos anticipados para la propiedad, a su esposa doña

la aprobación de esta ley los magistrados están obligados a cooperar en el proceso de recabar prueba del contenido y alcance del Derecho extranjero aplicable a la controversia.

¹⁴⁷² Sentencia núm. 338/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1).

Asunción. Ese mismo día constituyó una Declaración de *Trust* sobre determinadas pólizas de vida, a cuya masa se podían incorporar otras propiedades. Se instituyeron él y su esposa en calidad de constituyentes (*trustors* o *settlers*) nombrándose ellos mismos como *trustees*. En el instrumento de *trust* se establecen disposiciones para la formulación, administración y destino de los bienes de cada uno de los *trusts* para beneficio de sus hijos y se establecieron *trusts* para su propio beneficio y para su esposa.

En cuanto al *trust* para beneficio de su hija Julia, dispuso que en el caso de que él tuviese cualquier interés en bienes inmuebles en España al tiempo de su fallecimiento, dicho interés se atribuyese en su totalidad al *trust* en beneficio de su hija Julia. Don Victor, esposo de doña Julia, había suscrito con don Alberto, un contrato de arrendamiento sobre el referido inmueble de Madrid, el 1 de julio de 1972. Don Alberto fallece en 1985 domiciliado en el Estado de Arizona. El 7 de febrero de 1991 Doña Asunción, a través de su representante otorga escritura de compraventa a favor de doña Sandra. El 6 de junio de 1991 Doña Asunción también a través de su representante otorga una escritura de adjudicación de herencia, sobre la mitad indivisa de su difunto esposo, adjudicándose dicha participación.

Doña Julia acudió a los tribunales españoles solicitando la nulidad de las referidas escrituras y una orden de cancelación de las inscripciones de las mismas, reintegrándose las inscripciones previas y que se declarase la vigencia del contrato de arrendamiento sobre la finca, mas que se le reintegrase en la posesión. El juzgado de instancia desestimó la demanda e impuso costas del juicio a doña Julia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, también imponiendo las costas de la alzada. Recurre doña Julia al Tribunal Supremo mediante recurso de casación, pero el Tribunal Supremo confirma las decisiones negando sus pretensiones e imponiéndole costas.

Tanto el Juzgado de Instancia, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo acertadamente concluyeron que la ley aplicable era la del Estado de Arizona. Por entender que se trataba de una disposición *mortis causa*, aplicaron la norma de conflicto española del artículo 9.8 del CC. El tribunal calificó el acto como *mortis*

causa, pero de haberlo calificado como una donación *inter vivos* también el resultado hubiese sido que el Derecho aplicable bajo el artículo 10.7 del CC español era el del Estado de Arizona.

Para recalcar la situación de indefensión, estamos ante un cuadro donde la persona que compareció en el otorgamiento del *trust* como co-constituyente fue la propia Doña Asunción quién a su vez se declaró *trustee* o fiduciaria, lo que acarrea la obligación de cumplir con las disposiciones del instrumento de *trust*. Adjudicarse a sí misma la parte indivisa que correspondía a D. Alberto y enajenar el inmueble, en ausencia de autorización que surja del propio instrumento de *trust*¹⁴⁷³, a tenor con el Derecho anglosajón constituye una violación a los derechos del beneficiario que sujeta a la fiduciaria a responsabilidad por violación al deber de fiducia (*breach of trust*)¹⁴⁷⁴. El Derecho anglosajón va más allá y en estos casos concede a la

¹⁴⁷³ La normativa imperante bajo el derecho fiduciario del *trust* es que el deber de lealtad requiere del *trustee* administrar la propiedad solamente para favorecer los intereses del beneficiario. Esta es la llamada «*sole interest rule*», que prohíbe al «*plac[ing] himself in a position where his personal interest... conflicts or possibly may conflict with the interests of the beneficiary. The rule applies not only to cases in which a trustee misappropriates trust property, but also to cases in which no such thing has happened-that is, to cases in which the trust 'incurred no loss' or in which 'actual benefit accrued to the trust' from a transaction with a conflicted trustee*». LANGBEIN, J.H., «Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest? » Vol. 114 *Yale Law. J.* 929 (2005).

Las disposiciones sobre el deber de lealtad no son de las que se consideran imperativas en la medida en que pueden permitir que el *trustee* maneje la propiedad para su propio beneficio si así lo autoriza el instrumento. El *Restatement Second, Trusts*, dispone: *By the terms of the trust the trustee may be permitted to sell trust property to himself individually, or as trustee to purchase property from himself individually, or to lend to himself money held by him in trust, or otherwise to deal with the trust property on his own account.* No obstante, en ausencia de tal autorización, el Derecho fiduciario precisamente al amparo de la regla del único interés del beneficiario, prohibía las transacciones donde el *trustee* actuaba en su propio beneficio, las declaraba anulables sin necesidad de prueba adicional y sin considerar los méritos; no porque hubiese fraude, sino por la posibilidad de que lo hubiese. *Vid.* LANGBEIN, J.H., «Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest? », *Yale Law. Journal*, Vol. 114, 2005, p. 929. LANGBEIN es crítico de la teoría del único interés para el beneficiario y lo compara al deber de lealtad absoluto que existía en el Derecho corporativo que ha evolucionado para regular, sin prohibir, los conflictos de interés. *Id.*, p. 993.

¹⁴⁷⁴ 14-11001. Remedies for breach of trust. A. A violation by a trustee of a duty the trustee owes to a beneficiary is a breach of trust. B. Except as provided in section 14-7404, to remedy a breach of trust that has occurred or may occur, the court may: 1. Compel the trustee to perform the trustee's duties. 2. Enjoin the trustee from committing a breach of trust. 3. Compel the trustee to redress a breach of trust by paying money, restoring property or other means. 4. Order a trustee to account. 5. Appoint a special fiduciary to take possession of the trust property and administer the trust. 6. Suspend the trustee. 7. Remove the trustee as provided in §14-10706. 8. Reduce or deny compensation to the trustee. 9. Subject to §14-10706, void an act of the trustee, impose a lien or a constructive trust on trust property or trace trust property wrongfully disposed of and recover the property or its proceeds. 10. Order any other appropriate relief. Arizona Revised Statutes - Title 14 Trusts, Estates and Protective Proceedings - §14-11001 Remedies for breach of trust.

beneficiaria el derecho a perseguir (*equitable tracing*) el inmueble aún contra un tercer adquirente (a no ser un tercer adquirente por causa onerosa y de buena fe¹⁴⁷⁵) o el producto en caso de haberse enajenado a un tercero de buena fe. Este no es el caso donde se pone la propiedad a manos del *trustee* con miras a que la administre y pueda disponerla libremente, como es el caso de los patrimonios dejados en *trust* para gestión y aún así el *trustee* tiene que proteger el producto de la venta para beneficio del beneficiario. Estamos ante un caso de conflicto de intereses entre la *trustee* y la beneficiaria, donde aquella se adjudicó la propiedad y dispuso de la misma para su propio beneficio en contra de los intereses de la beneficiaria del *trust*. Ante el Derecho anglosajón el *trustee* tiene un deber de lealtad hacia el beneficiario que le prohíbe incurrir en conflicto de intereses y lidiar con la propiedad del *trust* para beneficio propio¹⁴⁷⁶. Aunque sobre el deber fiduciario tan fundamental en el Derecho de *trusts* el Convenio guarda silencio, lo

§14-11002. Damages for breach of trust. A. Except as provided in §14-7404, a trustee who commits a breach of trust is liable to the beneficiaries affected for the greater of either: 1. The amount required to restore the value of the trust property and trust distributions to what they would have been had the breach not occurred. 2. The profit the trustee made by reason of the breach. Arizona Revised Statutes - Title 14 Trusts, Estates and Protective Proceedings - Section 14-11002 Damages for breach of trust.

NOTA: Estamos citando del *Uniform Trust Code* que no era el derecho vigente al momento en que se suscitó el litigio, más es ilustrativo tomando en cuenta que esta codificación modelo recoge preceptos del *common Law*. El UTC fue adoptado en Arizona en el año 2000.

¹⁴⁷⁵ El Tribunal admitió que doña Sandra no era un tercero registral, pero entendió que el asunto era académico porque validó las actuaciones de doña Asunción que subsanarían el defecto del título de doña Sandra.

¹⁴⁷⁶ SECTION 802. DUTY OF LOYALTY.

(a) A trustee shall administer the trust solely in the interests of the beneficiaries. (b) Subject to the rights of persons dealing with or assisting the trustee as provided in Section 1012, a sale, encumbrance, or other transaction involving the investment or management of trust property entered into by the trustee for the trustee's own personal account or which is otherwise affected by a conflict between the trustee's fiduciary and personal interests is voidable by a beneficiary affected by the transaction unless: (1) the transaction was authorized by the terms of the trust; (2) the transaction was approved by the court; (3) the beneficiary did not commence a judicial proceeding within the time allowed by Section 1005; (4) the beneficiary consented to the trustee's conduct, ratified the transaction, or released the trustee in compliance with Section 1009; or (5) the transaction involves a contract entered into or claim acquired by the trustee before the person became or contemplated becoming trustee. (c) A sale, encumbrance, or other transaction involving the investment or management of trust property is presumed to be affected by a conflict between personal and fiduciary interests if it is entered into by the trustee with: (1) the trustee's spouse; (2) the trustee's descendants, siblings, parents, or their spouses; (3) an agent or attorney of the trustee; or (4) a corporation or other person or enterprise in which the trustee, or a person that owns a significant interest in the trustee, has an interest that might affect the trustee's best judgment. Cf. LANGBEIN, J.H., «Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?», *Yale Law Journal*, vol. 114, 2005, p. 929.

discutimos para subrayar lo impactante que resulta descartar un *trust*. Aún presumiendo que no se aportó prueba sobre el Derecho fiduciario que aplica a un *trust*, del acto jurídico descrito se desprenden unas obligaciones y deberes de Doña Julia que pudieron haberse hecho efectivas en España aún bajo el Derecho interno español sobre obligaciones contractuales como lo ha hecho la jurisprudencia francesa, suiza e italiana¹⁴⁷⁷, por ejemplo.

La intención de D. Alberto el día en que otorgó su testamento y la Declaración del *Trust*, donde ambos esposos fueron constituyentes, fue que su hija Julia tuviese como beneficio un interés en la propiedad de Madrid, la cual aparentemente había sido dada en arrendamiento a su esposo¹⁴⁷⁸ con anterioridad a tales actos jurídicos. El *trust* creado en cuanto a la propiedad en cuestión es del tipo *inter vivos* puesto que la dotación del mismo ocurrió con la póliza de seguro de vida y se preveía la incorporación de otros bienes al *trust*. El *trust*, en palabras de los comentaristas del Convenio, ya había sido lanzado; surtía efectos antes del fallecimiento del constituyente. No obstante, aún tal dotación no era imprescindible para que el *trust* quedase constituido. Según la tercera reformulación del Derecho de *Trusts* estadounidense (*Restatement Third, Trusts*), uno de los métodos de crear un *trust* es por medio de una Declaración “*by an owner of property that he or she holds that property as trustee for one or more persons*¹⁴⁷⁹”. El comentario e de la cláusula c de la sección 10 del *Restatement Third, Trusts*, indica:

If the owner of property declares himself or herself trustee of the property for the benefit of one or more others, or for the declarant and one or more others, a trust is created, even though there is no

¹⁴⁷⁷ Ver sección B del capítulo V, *supra*.

¹⁴⁷⁸ El Tribunal entendió que doña Julia no tenía legitimación para reclamar la restitución de la posesión del inmueble por no ser causahabiente de su esposo, quien figuró como arrendatario al momento de otorgarse el contrato en 1972. No debemos ignorar que para aquella época no era requisito o costumbre que estando ella casada compareciera como arrendataria ya que bastaba la comparecencia de su marido. Era de esperarse que D. Alberto cedió en arrendamiento la propiedad a su yerno para que su hija disfrutara también del inmueble, más aún cuando contemplaba que dicho inmueble pasaría al *trust* de su hija. No obstante, el Tribunal Supremo indicó que el contrato fue simulado.

¹⁴⁷⁹ *Restatement Third, Trusts* § 10 *Methods of Creating a Trust*.

*transfer of the title to the trust property to another and even though no consideration is received for the declaration*¹⁴⁸⁰.

Por consiguiente, el *trust* (en nuestro caso cada *trust*) habría quedado constituido debidamente sin necesidad de traspaso ulterior, aunque aparentemente ya se había dotado de pólizas de seguro y otras propiedades. Los otorgantes constituyeron varios *trusts* que cubrían varias propiedades y la intención de los constituyentes era que el *trust* a favor de su hija Julia recibiera el legado de la propiedad en suelo español para su beneficio. Ambos constituyentes se instituyeron *trustees* y cualquier propiedad ubicada en España de la que fuesen titulares don Alberto y su señora, pasarían en legado al *trust* de doña Julia. La forma en que un *trust* recibe el título de propiedad es a través de la titularidad que ostenta el *trustee*. En este caso doña Asunción desde que se constituyeron los *trusts* reconoció mediante la Declaración de *trust* que ella misma hizo como constituyente, que su tenencia sobre la propiedad española, concretamente el chalet de Madrid, que recibiese como legado a través del testamento funcionando como un *pour over will*¹⁴⁸¹, sería **como trustee para beneficio de Julia**. El legado que hiciera Don Alberto a Doña Asunción de «todos los bienes inmuebles por él usados como residencia» complementaba el *trust* constituido el mismo día a favor de su hija pues ya se aseguraba que el título de propiedad sobre cualesquiera de esos inmuebles ubicados en España lo ostentaría doña Asunción, pero como *trustee* a favor de Julia. Desde la perspectiva de las partes envueltas en el *trust*, ya las propiedades españolas estaban gravadas con el beneficio a favor del *trust* de Julia y la *trustee* estaba obligada a cumplir con los términos del *trust*.

Cabe señalar que este tipo de *trust*, al ser de naturaleza *inter vivos*¹⁴⁸², en principio cae dentro de los instrumentos conocidos en EEUU como “sustitutos de

¹⁴⁸⁰ Este tipo de disposición en *trust* permite que el propio constituyente sea beneficiario de los bienes del *trust* hasta que, al momento de su fallecimiento, según los términos del *trust* pasen a beneficio de un tercero.

¹⁴⁸¹ Es un mecanismo sucesorio que utiliza el testador que ha creado un *trust*, disponer en su testamento que la propiedad de su patrimonio al momento de su fallecimiento se distribuya al *trustee* del *trust*.

¹⁴⁸² En este caso el tribunal indicó que el *trust* era irrevocable por la admisión de los herederos, lo que lo pondría dentro de las disposiciones *mortis causa*. No obstante, por la descripción en la sentencia, parecería mas bien un *trust inter vivos*.

testamentos o *will substitutes*¹⁴⁸³ que por disposición de ley no entran en la sucesión del constituyente y por lo tanto los bienes no entraban en el caudal hereditario¹⁴⁸⁴. Estos instrumentos se han utilizado con frecuencia en los Estados

¹⁴⁸³ Según TALPIS, estos instrumentos se pueden calificar en tres tipos: los puros, los imperfectos, y los funcionales. Los puros son aquellos que funcionalmente son indistinguibles de un testamento, donde el interés principal del transmitente es designar un beneficiario que recibirá al momento de su fallecimiento determinados bienes, intereses en propiedad o beneficios; no se traspasan al momento de la constitución del instrumento sino al momento del fallecimiento y por ende es un traspaso revocable. Ejemplo de estos instrumentos son las designaciones de beneficiarios en pólizas de seguros, en los planes de retiro, contratos con instituciones financieras con cláusulas como *payable on death*, escrituras tipo *transfer on death deeds*, y *trusts* revocables *inter vivos*. Los sustitutos imperfectos también se utilizan para traspasar la propiedad por medio de un instrumento *inter vivos* pero el transmitente no puede alterar el interés que ha traspasado. Estos son de naturaleza testamentaria en propósito y objeto. Se requiere que haya voluntad de transmitir la propiedad al momento de la muerte, sobre bienes o intereses específicos y a beneficiarios designados. Ejemplo de éstos son las «tenencias conjuntas con derecho de superviviente» (*joint tenancy with right of survivorship, tontine trusts, irrevocable inter vivos trust.*) El tercer tipo de *succession substitutes* es de tipo funcional, donde el transmitente no tiene mucha libertad para seleccionar el beneficiario o los beneficios o propiedades a transferir, pero la transferencia ocurre e impide que ocurra a través del procedimiento de *probate*. El traspaso ocurre incidentalmente y es un traspaso residual. Ejemplo de esta categoría son planes de pensiones públicos a favor de determinadas personas, planes de retiro privados, derechos del cónyuge superviviente, incluyendo aquellos que surgen del régimen matrimonial. TALPIS, J., « Succession Substitutes », Vol. 356 *Recueil des Cours* p. 46 (2011). Ver REVILLARD, M., *Stratégie de transmission d'un patrimoine international*, Paris, Répertoire Defrénois, 2009, pp.32 y sigs.; BOULANGER, F., *Droit international des successions: Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris, Economica, 2004; SERRANO DE NICOLÁS, A., «Estate planning: la planificación de la herencia al margen del testamento (*will substitutes*)», en M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (Coordinadores generales). Tomo III, pp. 491-520.

¹⁴⁸⁴ Actualmente el derecho de Arizona provee lo siguiente sobre estos instrumentos:

14-6101. *Nonprobate transfers on death; nontestamentary nature*

A. *A provision for a nonprobate transfer on death in any insurance policy, contract of employment, bond, mortgage, promissory note, certificated or uncertificated security, account agreement, custodial agreement, deposit agreement, compensation plan, pension plan, individual retirement plan, employee benefit plan, trust, conveyance, deed of gift, marital property agreement or other written instrument of a similar nature is nontestamentary.* (énfasis nuestro).

B. *A written instrument is nontestamentary if it contains a provision that: 1. Money or other benefits due to, controlled by or owned by a decedent before death shall be paid after the decedent's death to a person whom the decedent designates either in the instrument or in a separate writing, including a will, executed either before or at the same time as the instrument, or later. 2. Money due or to become due under the written instrument ceases to be payable in the event of death of the promisee or the promisor before payment or demand. 3. Any property that is controlled by or owned by the decedent before death and that is the subject of the written instrument passes to a person the decedent designates either in the written instrument or in a separate writing, including a will, executed either before or at the same time as the instrument or later.*

C. *This section does not limit rights of creditors under other laws of this state.*

La razón por la cual este estatuto establece que estos instrumentos no son de naturaleza testamentaria, a pesar de que en la realidad lo son, era para conferirle validez por la vía estatutaria a un instrumento que de otra forma no sería válido en el *common law*, ya que se pretendía hacer una transferencia *mortis causa* sin cumplir con las formalidades y requisitos de los testamentos. TALPIS,

Unidos en la planificación sucesoria (*estate planning*)¹⁴⁸⁵. En algunos Estados de EEUU se ha ido unificando el derecho sustantivo aplicable a los testamentos y a los sustitutos, no así ha ocurrido en los países civilistas¹⁴⁸⁶. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, TALPIS entiende que en cuanto a estos *will substitutes* el Derecho aplicable a la sucesión también debe aplicar a algunos aspectos de estos sustitutos¹⁴⁸⁷, con lo cual, en nuestro caso seguiría aplicando el derecho del Estado de Arizona.

Que resultase, hipotéticamente, ser el Derecho español aplicable (*lex situs*), tampoco debería ser fatal siempre que no se califique el asunto de forma que resulte inválido el negocio pretendido. En este punto el artículo 9.8 del CC español dispone que «las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última». El tipo de *trust* que se constituyó *inter vivos* es análogo a un pacto sucesorio conforme a la ley nacional del constituyente- testador, por lo que a tenor con el Derecho internacional privado español debió conservar su validez. En este particular el legislador español contempla el *dépeçage*. El artículo 8 del Convenio de La Haya

J., *op. cit.*, p. 46

¹⁴⁸⁵ Estos métodos de transmisión sucesoria fuera de la administración del *probate* se conocen también por *non-probate transfers*, *testamentary substitutes*, *succession devices* o *non-probate wills*. TALPIS, J., *op. cit.*, citando a LANGBEIN, J. H., *The Nonprobate Revolution...* *infra.*, señala que para 1984 estos medios de traspasar la propiedad habían suplantado los medios tradicionales de administración sucesoria (*probate*). Se pretendía evitar los costos y dilaciones del proceso de *probate*, proveer dinero inmediato a los familiares para abordar los gastos para manutención, gastos fúnebres, u otros gastos que requieran pagos inmediatos, confidencialidad en el manejo de la planificación sucesoria, utilizar instrumentos estatales para que incluyan ahorro en contribuciones, disminuir el riesgo de una administración negligente, evitar fraude y abuso, reducir la carga tributaria, y minimizar el riesgo de litigios sobre el traspaso del negocio familiar. La mayoría de los Estados han implantado mecanismos para proteger acreedores, cónyuges supérstites, dependientes. Ver HARRIS, J. M., «The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges», *The Trust Law International*», Vol. 22 (2008).

¹⁴⁸⁶ LANGBEIN fue el primero en sostener y favorecer esa unificación. Incluso, los preceptos que protegen los derechos de legitimarios aplican también a estos sustitutos. TALPIS, *op. cit.*, p. 51-52.

¹⁴⁸⁷ *Id.* Ver TALPIS, J., « La transmission des droits et biens autrement que par succession en droit international privé québécois », *CP du N.*, p. 213 (2009); BONOMI, A., «Successions internationales: conflicts de lois et de juridictions», *Recueil des Cours*, Vol. 350, pp.75 *et seq.* (2010)

también dispone que la ley así designada gobierna la validez del *trust* y sus efectos, entre otros puntos.

Siguiendo la línea de pensamiento del Tribunal, aún aplicando el Derecho español por defecto y falta de precisión en la prueba del Derecho extranjero, el tribunal no tenía que descartar el *trust* o lo que pretendieron los constituyentes con el *trust*. Pudo el Tribunal haber calificado el asunto ya desde la perspectiva del Derecho interno de manera distinta que efectivamente estuviese más cercana a los supuestos del asunto y diese los efectos pretendidos por el *trust*: el disfrute de la propiedad por doña Julia bajo una figura análoga del Derecho español. En este supuesto pudo haber calificado el *trust* y el testamento conjuntamente de donde se desprende que el testador tuvo la intención de legar las propiedades españolas a su hija.

En un asunto sucesorio, suele ser relevante y trascendental hacer valer la voluntad del testador y fue precisamente ese aspecto el que quedó desplazado en el asunto bajo análisis. Se cumplieron las formalidades del Estado de Arizona tanto del testamento como del *trust*, que suelen ser las mismas, aunque el Tribunal guardó silencio sobre las formalidades del *trust*. La realidad es que la formalidad de otorgamiento de escritura pública que se exige en un país civilista no se exige de documentos otorgados en un Estado del *Common law*, como lo es Arizona. Ambos documentos contenían la manifestación de voluntad del testador en cuanto a sus bienes y en principio cumplían con las formalidades del lugar de su otorgamiento y como últimas voluntades debió el Tribunal, al aplicar el Derecho español, calificarlos conjuntamente. Para hacer valer el *trust* en España obviamente los traspasos de la propiedad a doña Julia de parte de la *trustee* (ya sea doña Asunción o doña Sandra por analogía con un *constructive trustee*) se harían conforme a la *lex situs* y se otorgarían las escrituras públicas que hicieran falta cumpliendo con la normativa de la *lex situs* sobre los traspasos de la propiedad inmueble.

Para disminuir el riesgo del no reconocimiento de un *trust* foráneo en una jurisdicción que no conoce la institución, la estructura recomendable ha sido la creación de una sociedad o compañía de responsabilidad limitada a la que se transfieran los activos del *trust*. La gerencia de los activos las lleva a cabo el

trustee, quien a su vez es un accionista o participante de la sociedad¹⁴⁸⁸ y comparecería en representación de la sociedad ante los órganos administrativos correspondientes. Los activos se inscriben en el Registro bajo la titularidad de esta entidad. Esta manera de estructurar el *trust* es utilizada en el mundo anglosajón cuando el *trust* poseerá bienes en un país que desconoce la institución¹⁴⁸⁹.

Otro ejemplo en el cual un Tribunal español rehusó dar reconocimiento al *trust* se encuentra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona del 17 de octubre de 2002. Allí el Tribunal se hizo valer de fallas en el procedimiento de la causa aludiendo a que no se cumplió con el mandato de claridad y precisión del artículo 524 de la LEC. Indicó el Tribunal que la función integradora del Tribunal se veía dificultada con el hecho de que la base de la reclamación se fundaba en una institución jurídica propia del Derecho anglosajón ajena por completo al Derecho español. También se sirvió el Tribunal de falta de prueba suficiente sobre la normativa reguladora de la institución sobre todo de temas como la personalidad jurídica, o quién debe comparecer al pleito en representación del *trust*,¹⁴⁹⁰ así como la naturaleza de los derechos de los *trustees*, procesal y materialmente.

No solamente el *trust* ha sido rechazado por los tribunales, sino que también en el ámbito administrativo funcionarios españoles han tenido su encuentro con esta figura. En consultas fiscales ante la Dirección General de Impuestos, Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, citamos el párrafo que suelen incluir *verbatim* en sus dictámenes:

En primer lugar, cabe advertir que si bien en el Derecho angloamericano el «*trust*» es una institución característica que guarda una estrecha relación no solo con el Derecho de obligaciones y el de propiedad sino, incluso, con el Derecho de familia y sucesiones, que

¹⁴⁸⁸ MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Country Report: Spain», 18 *Colum. J. Eur. L. Online* 36, Winter 2012.

¹⁴⁸⁹ Ver WATERS, D.W.M., «The Institution of the Trust in Civil and Common Law», *supra.*, págs. 292-306, sobre el uso de la corporación y el *trust* en la planificación sucesoria.

¹⁴⁹⁰ Concientes de que en España no opera el principio de *stare decisis*, cf. sentencia del Tribunal Supremo, num. 993/1997 de 14 de noviembre, donde se reconoció la legitimidad de un *trust* radicado en Liechtenstein para solicitar la resolución de un contrato de compraventa por falta de pago y recuperar el pleno dominio de la finca. Cabe señalar que, en cuanto a este aspecto procesal, el artículo 11 del Convenio dispone que el *trustee* como mínimo puede demandar y ser demandado en su capacidad de *trustee* y comparecer ante notario u otro oficial actuando en tal capacidad.

es el ámbito tradicional que le es propio, dicha figura no está reconocida por el ordenamiento jurídico español. Sobre esta institución existe un texto internacional como es el Convenio o Convención de La Haya, de 1 de Julio de 1985, sobre la ley aplicable al «*trust*» y su reconocimiento, que pretende eliminar o, al menos, simplificar los problemas derivados del desconocimiento de esta institución en muchos ordenamientos jurídicos. Este Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1992, aunque la ratificación por los Estados ha sido muy escasa. En la actualidad, solo diez países han ratificado el Convenio, y entre ellos, no está España¹⁴⁹¹.

La consulta del 14 de mayo de 2010 envolvía una entidad domiciliada en Gibraltar que pretendía comercializar un plan de ahorro en España a súbditos británicos residentes en territorio español a través de la constitución de un *trust* en Gibraltar, siendo la entidad gibraltareña el *trustee*. El *trust* sería constituido por un súbdito británico residente en territorio español que aportaría sus ahorros al *trust*, cuyas rentas serían distribuidas en fechas futuras a elección del constituyente. Se planteó si el *trust* estaría sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados en la modalidad de «operaciones societarias». La SDGT no elaboró el por qué no debe el *trust* ser tratado como una entidad societaria para propósitos fiscales y se limitó a expresar que como el *trust* no está reconocido en el ordenamiento jurídico español, «la consecuencia lógica de dicha falta de reconocimiento es la incapacidad del *trust* para ser sujeto de derechos y obligaciones, entre ellas, la de ser sujeto pasivo de la modalidad de operaciones societarias del ITP y AJD y ello con independencia de que realice en España operaciones de su tráfico mediante sucursal o establecimiento permanente¹⁴⁹²».

Esta lógica echa a un lado todo lo relativo a las funciones del Derecho Internacional Privado que persigue proporcionar respuestas adecuadas a las relaciones jurídicas que ponen en relación a distintos sistemas jurídicos procurando resolver tal discontinuidad y facilitar las relaciones personales entre sujetos y los intercambios comerciales a través de las fronteras.

¹⁴⁹¹ Ver consultas vinculantes núm. V1016-10 de 14 mayo 2010 JT\2010\665; V0010-10 de 14 enero 2010 y V1991-08 de 30 de octubre de 2008.

¹⁴⁹² Consulta vinculante V1016-10 de 14 de mayo de 2010.

Cabe resaltar que un *trust* de Liechtenstein envuelto en el asunto de la Sentencia del 14 de noviembre de 1997, sí se le reconoció ser objeto de derechos y obligaciones en territorio español. Ese asunto, aunque comprendía elementos internacionales, el fondo de la controversia radicaba en una figura ampliamente conocida por el Derecho español—el contrato de compraventa—celebrado en España en cumplimiento con las leyes españolas. Allí se solicitaba la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de pago. Aparentemente los demandados intentaron impugnar la capacidad del *trust* para vender su propiedad ubicada en suelo español. Esta Sentencia es importante pues el Tribunal Supremo reconoció la capacidad del *trust* de ser sujeto de derechos y obligaciones en suelo español. Hay que enfatizar, sin embargo, que en ese asunto lo que el Tribunal estaba directamente reconociendo eran los poderes de representación, con Apostilla de La Haya, que presentó la el *trustee*, otorgados a tenor con el Derecho del Principado, que bajo las normas de Derecho Internacional Privado español serían las aplicables a la capacidad de la persona física o jurídica extranjera. Más significativo fue el hecho de que el *trust* ya figuraba inscrito en el Registro de la Propiedad como titular registral de la finca objeto del litigio. «Mal puede compaginarse que se le permita ser titular registral de un inmueble y luego se le niegue capacidad para transmitirlo a una sociedad española». Tanto la personalidad como la legitimidad se tienen reconocidas al contratar, señaló el Tribunal, por lo que «vigente un contrato válido, no se le pueden negar para pedir su resolución por incumplimiento y con la demanda se incluyeron el poder que acredita la personalidad y los documentos que acreditaban la legitimación (contrato de compraventa, requerimiento resolutorio y certificación registral)». En este asunto el Tribunal Supremo no hace alusión a que el *trust* es desconocido en España, lo que demuestra un avance.

La segunda cuestión planteada por el *trustee* en la consulta del 14 de mayo de 2010, estaba relacionada con las obligaciones de suministrar información sobre operaciones, situaciones, cobros y pagos que se efectúen o deriven de la tenencia de valores o bienes relacionados, directa o indirectamente, con un paraíso fiscal. La respuesta fue que el *trust* sí estaba sujeto a esta obligación. Si en cuanto a la primera interrogante no se produjo una respuesta adecuada por el no reconocimiento de la figura, aquí se le dio crédito a la figura, pero sin aportar las

razones. Mejor sería reconocer la figura y llegar a una solución consistente. Por un lado, no se le reconoce como ente tributario y lo exime de pagar contribuciones y por otro le obliga a rendir la información que se le requiere a los «contribuyentes»—que ya había dicho que no podía serlo. Lo propio es que tribute como sociedad y a la vez provea la información requerida.

Otro planteamiento en la consulta fue si las rentas que se vayan generando por los fondos del *trust* se sujetarán a tributación antes de que se produzca su distribución al beneficiario. En cuanto a este punto se vuelve a reiterar que el *trust* es una figura no reconocida en el Derecho español y por tanto las rentas que genere se deben atribuir al constituyente residente español¹⁴⁹³. En cuanto al tratamiento fiscal de los beneficiarios refiere al artículo 14 de la ley 35/2006¹⁴⁹⁴. No había necesidad de razonar que el *trust* es una figura desconocida para llegar al mismo tratamiento fiscal que precisamente le dan en EEUU, donde abundan los *trusts*. Con reconocerlo y brindarle el tratamiento fiscal que proceda analógicamente era suficiente¹⁴⁹⁵.

Otro asunto consultado fue el tratamiento fiscal sobre las cantidades percibidas por los beneficiarios en caso del fallecimiento del constituyente del *trust*. Según las disposiciones del instrumento de *trust*, en caso del fallecimiento del constituyente el *trustee* podrá durante un periodo de dos años realizar los pagos a la sucesión o

¹⁴⁹³ MARTOS BELMONTE argumenta en favor de ese tratamiento planteando que en los EEUU un *trust* discrecional no se trata como entidad separada y tributa bajo el régimen del *Grantor Trust*, atribuyéndose al constituyente el ingreso de los activos del *trust*. La clave en ese proceder es que el *trust* al ser discrecional los beneficiarios no necesariamente tienen un derecho absoluto a percibir las rentas. MARTOS BELMONTE, P., «Tratamiento fiscal de un *trust* discrecional constituido en el extranjero por un residente en España. Derecho comparado y posible aplicación del régimen de atribución de rentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Crónica Tributaria*, núm. 142/2012 (77-94).

¹⁴⁹⁴ El artículo 14 (1)(a) dispone que los rendimientos del capital imputarán al período impositivo en que sean exigibles por su perceptor.

¹⁴⁹⁵ Un aspecto importante que no ha sido abordado por los tribunales españoles ni por la agencia tributaria es la diferencia entre un *trust* revocable (*inter vivos*) o el irrevocable, *inter vivos* o *mortis causa*. La tributación que expuso la agencia tributaria en cuanto al *trust* discrecional revocable—equiparable al régimen del *Grantor Trust* norteamericano, se basa en que el constituyente retiene cierto control sobre los activos del *trust* y se desconoce con exactitud la identidad de los beneficiarios. En cuanto al *trust* irrevocable, el constituyente no tiene ninguna inherencia sobre el manejo del *trust* ni tiene acceso a los fondos. En estos casos, en términos generales, en Norteamérica el *trust* tributa como una sociedad civil, a menos que se trate del *Grantor Trust*.

satisfacer las retribuciones a favor de cualquiera de los familiares que el constituyente haya señalado y en la forma que decida el *trustee*. De no haber ejercido el *trustee* la facultad otorgada en dicho periodo, se entregarán las cantidades pendiente a la sucesión. La Agencia Tributaria dispuso que trataría a los beneficiarios de un *trust* como legatarios y como tal tributarán por el impuesto sobre sucesiones y donaciones, como igualmente lo harán los herederos¹⁴⁹⁶. El devengo será al día del fallecimiento del causante o cuando adquiera firmeza la declaración de ausente, con independencia de que pueda pasar un largo periodo hasta que se conozca la identidad de los beneficiarios¹⁴⁹⁷. Sobre este punto el Tribunal también está permitiendo que surta efectos el *trust*, aunque para fines fiscales. Resulta, sin embargo, desproporcionado sujetar a tributación unos beneficiarios que no han sido siquiera designados como tal y que en muchos casos ni llegarán a serlo.

El último planteamiento del *trustee* fue en cuanto a si la retribución que perciba de su gestión por administrar el *trust* tributa en España. Como no tiene establecimiento permanente en España, se dispuso que el *trustee* tributará por el impuesto sobre la renta de no residente, cuando las actividades económicas sean realizadas en territorio español, prestación de servicios utilizados en territorio español— actividades económicas realizadas en territorio español o se refieran a bienes situados en España. En este punto se reconoce al *trustee* como capaz de llevar a cabo actividades en España, sin embargo, al *trust*, que es un sujeto que potencialmente generará ingresos del territorio español no se le considera capaz.

¹⁴⁹⁶ Las cantidades que se devengan de un negocio *mortis causa* tributarán por obligación personal de contribuyentes con residencia habitual en España, independientemente de la ubicación de los bienes, por el impuesto de donaciones y sucesiones. Por obligación real tributarán los contribuyentes que no tengan su residencia habitual en España por la adquisición de bienes y derechos que estuvieren situados, pudieran ejercitarse o hubieren de cumplirse en territorio español, así como la percepción de cantidades derivadas de contratos de seguros sobre la vida cuando el contrato haya sido realizado con aseguradora española o se haya celebrado en España por entidades extranjeras que operen en España. Artículos 6 y 7 Ley 29/1987 de 18 de diciembre y su Reglamento RD 1629/1991, de 18 de noviembre (BOE de 16 de noviembre de 1991).

¹⁴⁹⁷ Artículo 24, *op. cit.* En ese caso se aplicará el coeficiente establecido para los colatrales de cuarto grado y extraños cuando el patrimonio exceda 4.020.770,98 euros, sin perjuicio de la devolución que proceda una vez sean conocidos. Artículo 22.2 de la LISD.

MARTOS BELMONTE sostiene que el *trust* discrecional debería aplicarle el artículo 87.1 de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre de 2006 y considerarle como una entidad en régimen de atribución de rentas por ser constituida en el extranjero con naturaleza jurídica análoga a la de entidades en atribución de rentas constituidas bajo la ley española. Una de las entidades que refiere dicho artículo es aquella carente de personalidad jurídica que constituya una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición¹⁴⁹⁸. Encuentra paralelismos entre el *trust* y las figuras del negocio fiduciario, el fideicomiso testamentario, la herencia de confianza del Derecho catalán, navarro y balear y en cierta medida la herencia yacente¹⁴⁹⁹. Refiere además al artículo 7.4 de la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, donde se menciona el *trust* o fideicomiso como masa patrimonial que a pesar de carecer de personalidad jurídica puede actuar en el tráfico económico¹⁵⁰⁰.

Lo que se desprende de los dictámenes de la Agencia Tributaria es que, aunque hayan citado el lenguaje del desconocimiento de la figura del *trust* y la falta de ratificación del Convenio, se están acercando más a reconocer el *trust* y no han ignorado totalmente la figura o sus componentes contribuyentes potenciales. No obstante, en cuanto a la tributación como sociedad por el impuesto sobre la renta no ha sido consistente en darle el tratamiento fiscal que allí correspondería. Aunque analizar el tema de Derecho fiscal se nos va de las manos, es importante que a la hora de establecer las normas impositivas se considere el impacto que puedan tener sobre el atractivo de España para inversores extranjeros que se vean disuadidos por sobreimposición, como ha sido el caso de Francia¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁸ MARTOS BELMONTE, *supra.*, pág. 87.

¹⁴⁹⁹ *Id.*, pág. 88

¹⁵⁰⁰ MARTOS BELMONTE, *supra.*, pág. 88.

¹⁵⁰¹ Ver NAUDIN, T., The Legal and Tax Treatment of Trusts in France. http://www.step.org/sites/default/files/Branches/treatment_france_trustsDec2002.pdf

7.3. Calificación del asunto como figura desconocida

En el derecho material español no se contempla la figura del *trust* como se conoce en el mundo anglosajón. Sin embargo, aparte de que el ordenamiento español cuenta con varias figuras fiduciarias, la noción de *trust* es aceptada en España, así como su régimen de aplicación, al amparo de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y su desarrollo por el Real Decreto 304/2014¹⁵⁰². Por otra parte, desde la perspectiva internacional privatista, el *trust* entra en el ordenamiento a través de la normativa de la Unión Europea en Derecho Internacional Privado. El TJUE en el asunto de los *trusts Panayi*¹⁵⁰³ tuvo la oportunidad de abordar el *trust* anglosajón interpretando el Reglamento sucesorio de la UE. Expresó el Tribunal:

[I]n common law jurisdictions, the concept of a ‘trust’ involves a triangular transaction, whereby the creator of the trust (‘the settlor’) transfers assets to a person, the trustee, who is required to deal with those assets in accordance with the instrument creating the trust (‘the trust instrument’) for the benefit of a third person, the beneficiary. Trusts established for the benefit of specific individuals are sometimes called settlements.

The distinguishing feature of a trust is that ownership of the assets comprised in the trust is divided into legal ownership and economic ownership, the former held by the trustee, the latter held by the beneficiary.

Although a trust is legally recognised and has legal effects, it has no separate legal personality and must act through the intermediary of its trustee. Assets comprised in the trust are not part of the property of the trustee. The trustee must deal with those assets as separate property, distinct from his own property. The fundamental duty of the trustee is to comply with the conditions and obligations stipulated in the trust instrument and by the law in general¹⁵⁰⁴.

¹⁵⁰² FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, 1ª ed., BOSCH, Barcelona, 2017, p. 497.

¹⁵⁰³ *Supra*.

¹⁵⁰⁴ En la traducción de la Sentencia en castellano:

«[E]n los países de common law, el término fideicomiso se refiere en principio a una operación triangular, mediante la cual el fideicomitente transmite los bienes a una persona, el administrador fiduciario, para que los gestione según el acto constitutivo del fideicomiso en beneficio de una tercera persona, el beneficiario. Los fideicomisos constituidos en beneficio de personas específicas se denominan a veces *settlements*.

Como se ha visto en la primera parte de este trabajo, el *trust* anglosajón ejerce diversas funciones en el tráfico jurídico y circula en varias ramas del Derecho, con lo cual no puede calificarse dentro de una sola rama, sino que es un híbrido que puede ejercer funciones propias del derecho contractual, el derecho de propiedad, el derecho sucesorio, el derecho mercantil y el derecho laboral. Los tribunales ante un *trust* foráneo tendrán que calificarlo con base en la controversia concreta.

En el caso de España, el artículo 12(1) del CC español ordena al tribunal a calificar para determinar la norma de conflicto aplicable siempre con arreglo a la ley española. Esta es la metodología aceptada por la mayoría de los Estados, la calificación primaria con base a la *lex fori*. En cumplimiento con ese mandato el tribunal está obligado a analizar las normas de Derecho Internacional Privado del foro para determinar la norma de conflicto que le dirija al Derecho aplicable. En el caso de una figura desconocida no habrá norma de DIPr concretas para atender el *trust*. Esto llevará en un primer paso al tribunal al ejercicio de la calificación analizando el supuesto que se plantea de una manera amplia y abstracta para determinar en que categoría del derecho conflictual encaja la controversia.

Si aplicando las normas de Derecho Internacional Privado del foro nos dirige a un Estado que conoce el *trust*, se debe aplicar la norma siempre que el *trust* y la controversia tenga vínculos estrechos con el Estado, a menos que haya otro tercer Estado que compita con mejores vínculos al aplicar la norma de conflicto. El tribunal debe ser cauteloso en buscar la calificación que en la medida alcanzable dirija a los litigantes a regir la controversia bajo el Derecho de un Estado cuyas normas regulen la institución, de manera que pueda suplir adecuadamente las

El fideicomiso se caracteriza por que la propiedad de los bienes que lo constituyen se reparte entre la propiedad jurídica y la propiedad económica, que corresponden al administrador fiduciario y al beneficiario, respectivamente.

Aun cuando un fideicomiso está reconocido por la Ley y produce efectos jurídicos, carece de personalidad jurídica propia y debe actuar a través de su administrador fiduciario. Así, los bienes que constituyen el fideicomiso no pasan al patrimonio del administrador fiduciario. Este último debe gestionar esos bienes como patrimonio separado, diferenciado de su propio patrimonio. La obligación esencial del administrador fiduciario es cumplir las condiciones y las cargas estipuladas en el acto constitutivo del fideicomiso y el Derecho de manera general».

necesidades de la relación jurídica envuelta, que más tarde tendrá que adaptar al Derecho interno para reconocer los efectos del *trust*.

Se dice que en el proceso de la calificación que tradicionalmente se ejerce al confrontar una figura desconocida como el *trust*, puede desvirtuar la figura y en muchos casos no ofrecer consistentemente una metodología confiable a la hora de escoger la ley aplicable¹⁵⁰⁵. Hemos visto, sin embargo, que en la primera fase de la calificación la figura no tiene que encajar perfectamente con el Derecho sustantivo del foro pues se buscan categorías amplias considerando la función que ejerce la figura en la relación jurídica que se analiza. Esta institución es tan abarcadora en sus funciones que no se puede reducir a una regla de conflicto concreta que a la hora de escoger la ley aplicable vayan a dirigir al juzgador a la ley más adecuada que deba aplicar a la controversia. En asuntos sucesorios las normas de Derecho Internacional Privado del foro con sus conectores pertinentes ofrecen adecuadas soluciones a estos asuntos. En el caso de los *trusts* con otras funciones la categoría para la calificación inicial se determinaría con base a esa función¹⁵⁰⁶. En el caso de *trusts* de gestión o administración son análogos al negocio fiduciario, pero como no existe norma conflictual para el negocio fiduciario, se atenderá el artículo 4 del CC, con la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. En el supuesto de un *trust* para gestionar un patrimonio puede ser análoga la norma conflictual para gestión de negocios o la contractual.

El Convenio de la Haya provee normas de Derecho Internacional Privado que le faltan a un Estado que no conoce la figura, para conseguir que se llegue a aplicar la ley apropiada para regir la controversia. Sin embargo, aunque parecería que la ratificación del Convenio hace innecesaria la calificación, esto no necesariamente va ser así. No obstante, la aportación del Convenio ha sido guiar al juzgador en el proceso de escoger el Derecho aplicable a un *trust* debidamente constituido en un

¹⁵⁰⁵ GONZALEZ BEILFUS, C., *supra*.

¹⁵⁰⁶ Vimos como el *trust* amorfo que describe LUPOLI demuestra que la figura no es totalmente desconocida para los ordenamientos continentales. Existen en estos ordenamientos figuras suficientemente análogas con el *trust*.

Estado que sí conoce la institución cuando la controversia gire en torno a la relación interna de los componentes del *trust* o la relación externa del *trust* con terceros. Un *trust* constituido en un Estado que desconoce la institución se sale del Convenio y aplicarán las normas conflictuales del foro mediando la calificación funcional.

No soluciona el Convenio la interrogante de cuál es la ley aplicable en una etapa crucial en la mayoría de los casos que pueden surgir donde aparece la figura del *trust*: la fase preliminar de la dotación del *trust* por medio del traspaso de los bienes al *trust*. Es por ello que la ratificación del Convenio no va a servir de por sí en la mayoría de los supuestos que van a surgir donde la controversia envuelve un *trust* anglosajón puesto que subsisten las normas de Derecho Internacional Privado del foro para estos asuntos. Sin embargo, aunque el Estado no haya ratificado el Convenio, no debe ser esto óbice para que el tribunal pueda formular una metodología en estos casos que le facilite la encomienda y desde luego el desconocimiento de la figura por el ordenamiento no justifica obviar ese ejercicio.

Ante los supuestos de la sentencia de 30 de abril de 2008, si hubiese estado vigente el Convenio en España no hubiese dado mejor solución que el artículo 9.8 del CC. Hoy día el artículo 9.8 del CC ha sido sustituido en primer orden de fuente de derecho, por el Reglamento sucesorio 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución de las Resoluciones, a la Aceptación y la Ejecución de los Documentos Públicos en Materia de Sucesiones Mortis Causa y a la Creación de un Certificado Sucesorio Europeo. Ese Reglamento no hubiese dado una solución adecuada al asunto porque el artículo 1 (g) excluye los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga. Esta exclusión va dirigida a los mencionados *will substitutes*, que en la práctica incluyen los *trusts inter vivos*, aunque no se mencionen en la lista. Por otra parte, también ese reglamento excluye la creación,

administración y disolución de *trusts*¹⁵⁰⁷. En estos asuntos es importante determinar si la persona que establece el *trust* tenía la capacidad para disponer, en cualquier caso, de los bienes que se traspasarán al *trust*. El Derecho que aplica a la sucesión es el que corresponde determinar si el constituyente podía desprenderse de la propiedad. Igualmente, en una donación *inter vivos*, el derecho aplicable podría ser la *lex successionis* si se está impugnando una donación inoficiosa. Hay que recordar que aún en Estados de *Common law* no hay libertad de disposición absoluta pues con relación al cónyuge superviviente hay disposiciones que le benefician. Ya se ha visto que la calificación del asunto como sucesorio o donación llevó a un Derecho que conocía la institución, lo cual no fue lo que ocasionó el problema en el asunto de la Sentencia.

Como no hubo controversia sobre la capacidad del testador de disponer de su propiedad, en realidad la controversia debió centrarse en los términos del *trust*, incluyendo los deberes y obligaciones de la *trustee*, que incluía detentar la propiedad en beneficio de su hija y efectuar el traspaso de la misma según disponiese el instrumento de *trust*. Entonces lo que quedaba determinar era el Derecho aplicable en cuanto a la operación y funcionamiento del *trust*. Si se califica la controversia como una relativa al *trust*, bajo el Convenio, presumiendo que estuviera vigente en España, el Derecho aplicable sería el escogido por el constituyente en el documento de *trust*. En ausencia de ello la selección que se pueda establecer mediante la debida interpretación del documento para determinar la selección implícita. Si bajo los términos del *trust* o su interpretación no se puede apreciar cuál fue el Derecho escogido, el Convenio dirige al artículo 7 que dispone como Derecho aplicable el Estado con los vínculos más estrechos con el *trust*. Señala unos factores no exhaustivos para consideración en esa búsqueda. Estos factores podrían apuntar a España puesto que la propiedad objeto del litigio ubica en España, como también presumiblemente la residencia de la beneficiaria (no es uno de los factores listados) y tal vez la residencia de la *trustee*, aunque parece que vivía con su esposo en Arizona. Factores que no incluyó el Convenio en el artículo 7 que son pertinentes a un asunto como el que nos ocupa, además de la residencia

¹⁵⁰⁷ Artículo 1 (j). Al excluir los *trusts* de la normativa europea en el área conflictual, parecería que la única salida fuera la ratificación del Convenio de La Haya.

de la beneficiaria, están el país de domicilio de los constituyentes, nacionalidad de los constituyentes, el lugar donde se constituyó o nace la relación del *trust*, el lugar del otorgamiento del instrumento habilitador del *trust*, y el lugar donde se ejecutarían los términos del *trust*. Todos estos factores asisten al tribunal a encontrar el Estado con vínculos más estrechos, que debería remitir a un Estado que conozca el *trust*. Ese Derecho que conoce la figura debe contener la verdadera descripción y alcance de los Derechos creados cuya tutela se solicita. A tenor con estos criterios se puede concluir que la creación del *trust* se regía por el Derecho de Arizona, pues fue allí donde se constituyó, los constituyentes eran nacionales y domiciliados en Arizona y este Estado conoce la institución. El asunto de si España era el Estado de competencia exclusiva para adjudicar el asunto por estar envuelto un bien inmueble, de acuerdo a Bruselas I *bis*, se puede ver desde otro ángulo.

No cabe duda que la mejor solución a estos asuntos de figura desconocida es que el Derecho aplicable sea un Estado que la conozca y regule la institución. También el Estado debe tener vínculos con las partes y la controversia, de lo contrario podría hasta crearse una situación de falta de competencia adjudicativa, aunque en este asunto concreto esta competencia era exclusiva de la *lex situs*. De hecho, el Convenio de la Haya en principio descarta como Derecho aplicable todo Estado que desconoce el *trust*, pero sugiere que los tribunales hagan lo posible por encontrar un Derecho aplicable que conozca la institución, o al menos que se intente hacer efectivo el *trust* por otros medios¹⁵⁰⁸. Esta es también la función del Derecho Internacional Privado: dar continuidad a las relaciones y derechos adquiridos de ciudadanos de diversos países. Todo este discurso es relevante si lo que se persigue es buscar el Derecho aplicable al *trust*. En el caso concreto la controversia no se enfocó debidamente. En primer lugar, nadie impugnó el *trust* como que atentaba contra los derechos de legitimarios. En ese caso habría que haber analizado si bajo el Derecho aplicable al traspaso de la propiedad, *inter vivos* o *mortis causa*, el constituyente podía hacer el traspaso «en cualquier caso». El Derecho que rige la capacidad del constituyente de desprenderse de su patrimonio sería la *lex sucesionis*.

¹⁵⁰⁸ Artículo 15(2)

No se trata solamente de un enfoque de justicia conflictual puesto que sería el Derecho material bajo el cual las partes voluntariamente al llevar a cabo los actos jurídicos de donde surge la relación jurídica se hayan sometido presumiblemente porque al establecer una relación jurídica amparada en un Derecho concreto debieron conocer los derechos que sus actos estaban confiriendo y las obligaciones que estaban contrayendo. Es precisamente ese el Estado de donde emanaron los derechos adquiridos de las partes. No tiene sentido que una controversia sobre la operación del *trust* se juzgue bajo un Derecho que no tiene las herramientas internas para evaluar la relación envuelta en el caso. Esta calificación tendrá que hacerse caso a caso debido a que el *trust* tiene tantas facetas y es bien versátil. Como bien señala VRELLIS, la justicia púramente formal del Derecho Internacional Privado clásico debe ser reemplazada en la práctica, por una justicia material pero siempre a través de los mecanismos propios de la disciplina¹⁵⁰⁹.

Cuando el tribunal haya agotado el mandato del artículo 12 (1) del CC en busca de a ley aplicable conforme a las normas de Derecho Internacional Privado del foro y no pueda llegar a un Derecho que conozca la institución, se justifica establecer una excepción a la actuación de la norma indirecta del foro a favor de la institución de los derechos adquiridos o la teoría de las situaciones válidamente creadas a los fines de reconocer los derechos subjetivos que se hayan creado bajo un ordenamiento jurídico foráneo. Este curso a seguir es consonante con la teoría de los *vested rights* que los anglosajones adaptaron de sus homólogos holandeses del siglo XVII. DICEY formula esa teoría en Inglaterra, que fue mas tarde elaborada en los EEUU por BEALE¹⁵¹⁰, *reporteur* de la primera reformulación de Derecho Internacional Privado estadounidense, quien postuló que los tribunales no aplican el Derecho extranjero, sino que reconocen los derechos adquiridos por virtud de la ley extranjera. Estos derechos adquiridos no pueden verse claudicados porque trasciendan fronteras en un mundo globalizado, siempre que hacerlos valer no

¹⁵⁰⁹ DIAGO DIAGO, M. P., «La Kafala Islámica en España », *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 2., núm. 1, Marzo, 2010, p. 141, citando a VRELLIS : « Le Droit international privé est par hypothèse ouvert au monde entier: il n'est pas xénophobe ni impérialiste», en VRELLIS, S., «Conflit ou Coordination de Valeurs en Droit international privé. À la Recherche de la Justice », *Recueil des Cours* 2007, t. 328, pp. 188-474, p. 457.

¹⁵¹⁰ Ver §4.3, *supra*.

ofenda el orden público internacional del foro o normas de carácter imperativo. Como estipuló YANEZ, estos derechos adquiridos en el extranjero deben respetarse aún a costa de lo dispuesto en la norma de conflicto del foro¹⁵¹¹. Esta aseveración parece exorbitante, pero entendemos que la norma de conflicto del foro debe ceder solamente cuando se encuentre ante una figura que no cuadre funcionalmente con ninguna contemplada en el Derecho conflictual de la Unión Europea o local de manera que aplicar el Derecho del foro sea un ejercicio desproporcionado.

...by lowering its sights from the contemplation of the state of humankind to the adjudication of legal rights, a court will be forced to look beyond its own spheres of concern, to confront and assimilate systems of values that are potentially alien and disturbing, and even to rely on principles of law whose source cannot be traced to any single nation or sovereign. On the larger stage of the life of law, the glory of the internal perspective is its power, not only to build a bridge between the ideal and the real, but to build a bridge that holds up, and carries, the traffic of great and small. Finally, the peculiar advantage of an internal perspective whose own deepest structures are sufficiently thin is that it may have the power to build a bridge that soars even as it spans, and that expands the possibilities of both the ideal and the real even as it hangs suspended over the chasm that, perhaps fortunately, remains between them¹⁵¹².

7.4. Reconocimiento de los efectos de un *trust*

En el asunto de la citada sentencia del TS español, el Tribunal en casación estaba obligado por los hechos probados y por el suplico¹⁵¹³ que no parece contener disposiciones concretas del Derecho foráneo que se quisieran hacer valer. El demandante no llegó a la etapa en que pudiese solicitar la sustitución, transposición o adaptación del *trust* por una figura análoga española puesto que en cualquier

¹⁵¹¹ YANES, F. G., *Memorandum de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Clásicos Jurídicos Venezolanos, N° 1, 2007, p.154.

¹⁵¹² PERRY. D., «Vested Rights, 'Vestedness', and Choice of Law», Vol. 96, N° 6, *Yale Law Journal*, 1987, pp. 1274-1275. Define «vestedness» como «a principle of law requiring that the court of any forum should, in selecting the criteria governing the substantive elements in an adjudication, apply choice of law criteria that could be expected to generate the same set of substantive criteria if they were applied by any other forum in an actual adjudication». *Id.*, p. 1205.

¹⁵¹³ Se citan infracciones a los siguientes artículos del CC: 6.3, 9.8, 12.2, 399, 675, 1068, 1254, 1255, 1256, 1257, 1258, 1261, 1281, 1300, 1543, 1556. También se alegó infracción a los artículos 33, 34 y 79.3 de la Ley Hipotecaria.

caso tenía que establecer como cuestión previa que le asistía el Derecho foráneo que alegadamente no pudo acreditar. De haber podido sobrepasar ese escollo, el Derecho español vendría a ser el único medio disponible para alcanzar los efectos pretendidos por el constituyente atemperando o adaptando las vías de resarcimiento solicitadas que puedan extraerse del Derecho español y sean compatibles con el Derecho anglosajón del *trust* para así cumplir con el mandato del Código Civil. Este proceso de calificación funcional operaría en la etapa del reconocimiento de la figura extranjera¹⁵¹⁴. Todo esto partiendo de que el Derecho aplicable es indudablemente uno que conoce la institución y el tribunal está en posición de entender ese Derecho para intentar en el caso concreto, o bien utilizar las operaciones de transposición, sustitución o adaptación de la figura extranjera a la española a los fines de darle efecto al reconocimiento. Esta es la solución que impone el Reglamento de Bruselas I *bis* para el reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil, cuyo reglamento no establece la figura desconocida como causa para no reconocer una sentencia extranjera:

Artículo 54

1. Si una resolución contine una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. Dicha adaptación no tendrá mas efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen.
2. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida u orden ante un órgano jurisdiccional....

La Convención Interamericana de Normas Generales y la Ley de Derecho Internacional Privado también regulan la adaptación en sus artículos 7, 8 y 9:

Artículo 7

Las situaciones jurídicas validamente creadas en un Estado parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados

¹⁵¹⁴ DIAGO DIAGO recomienda se utilice la calificación fundional en el ejercicio del Derecho internacional privado ante una figura desconocida para el foro para lograr los efectos pretendidos. DIAGO DIAGO, M. del P., «La Kafala Islámica en España», *op. cit.*

partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

Artículo 8

Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última.

Artículo 9

Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto¹⁵¹⁵.

El art. 57 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil (la "LCJIMC"), reza:

Artículo 57. Adecuación de instituciones jurídicas extranjeras

Los notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra y otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. Cualquier interesado podrá impugnar la adecuación efectuada directamente ante un órgano jurisdiccional.

¹⁵¹⁵ Las últimas dos normas citadas adoptan el principio del *dépeçage* y el abandono de criterios conflictuales mecánicos, para favorecer un criterio orientador de fondo, la equidad en el caso concreto. MADRID MARTÍNEZ, C., *Instituciones Generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual*, en *Estudios de Derecho internacional privado*, Homenaje a Tatiana Maekelt, coord., GUERRA, V. H., MADRID MARTÍNEZ, C., y PEREZ, Y., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, pp. 155-226. El *dépeçage* no es favorecido por los ordenamientos continentales, mas, sin embargo, sí es utilizado con frecuencia en los países anglosajones que analizan los conflictos caso a caso. Esa metodología puede ser necesaria cuando se analiza el *trust* debido a su multifuncionalidad. El Convenio de La Haya sobre *trusts* admite el *dépeçage* en su artículo 9: Para la aplicación del presente capítulo, cualquier elemento del *trust* que sea separable, en particular lo que respecta a su administración, podrá regirse por una ley distinta.

La transferencia de la propiedad al *trust* en un Estado como el español, bajo la teoría que sugerimos, requerirá buscar una figura o figuras en combinación en el Derecho español que más se acerquen a las funciones del *trust* en el contexto que pretendía el constituyente. Sería importante determinar cuáles fueron las razones y las condiciones para que la propiedad fuese dejada en *trust* y si doña Julia eventualmente recibiría la propiedad en pleno dominio o le correspondería a otra persona o entidad. Dependiendo de las intenciones del constituyente en la creación del *trust* se buscarían las figuras jurídicas españolas que puedan adaptar el *trust* concreto. Entonces partiendo de que tanto el *trust* como el testamento fueron válidamente constituidos en el Estado de Arizona, que permite la transmisión de la propiedad por medio distinto de un testamento, debemos buscar el o los instrumentos del Derecho español que puedan lograr los efectos que pretendió el constituyente. En este ejercicio una vez analizado el caso concreto a la luz de lo que establece el Derecho extranjero se fija la función que en cada caso desarrolla y una vez fijada se busca la institución jurídica española que cumpla una función similar, produciéndose una equiparación funcional a ella, pero reducida a los efectos que se desea que produzca¹⁵¹⁶. Como señala

En el caso concreto del *trust* que analizamos, se pretendía que la finca madrileña pasara a ser parte del *corpus* del *trust* en beneficio de Doña Julia al momento del fallecimiento de su padre, a través del legado a la madre como *trustee* ya fuera del caudal hereditario donde opera el testamento y los otros legados a doña Asunción, que incluyen las propiedades que usaron de residencia, presumiblemente en Arizona. Ésta como *trustee*-fiduciaria adviene titular del interés que don Alberto tenía en la propiedad, una titularidad formal bajo el Derecho español, con la carga de traspasar dicho interés al *trust* de doña Julia, como también lo haría el fiduciario del negocio fiduciario, que a su vez actúa como un mandatario. El resultado es que el tribunal debió ordenar no tanto que se anulara la escritura de adjudicación de doña Asunción a sí misma, sino que le ordenara a ella a traspasar el interés de ella al *trust* de doña Julia, o directamente a ella en la medida en que así lo estableciera el instrumento de *trust* o al concluir el mismo. Otra opción hubiese sido dar

¹⁵¹⁶ DIAGO DIAGO, M. P., «La Kafala islámica...», *op. cit.*, p. 163.

continuidad a la vida del *trust* como un *trust* foráneo nombrando a doña Julia como *cotrustee*¹⁵¹⁷ sustituyendo o no a doña Asunción en ese encargo¹⁵¹⁸, para beneficio de doña Julia por el término que dispusiese el *trust*.

Si el constituyente le preocupaba que doña Julia vendiese la propiedad sin el adecuado consejo, pudiese pensarse en una figura como la del curador, pero para propósitos de esta propiedad solamente. En ese supuesto se inscribiría la propiedad a nombre de doña Julia como propietaria conjuntamente con la *trustee* original o el *trustee* sustituto como un curador, pero cuya curatela solamente esté vinculada a la propiedad sujeta al *trust* y bajo los términos adaptados del *trust*. Evidentemente esta vía no sería proporcionada de requerir una determinación de discapacidad. Tendría el juez que delimitar la operación del curador salvando la capacidad de la presunta pupila. Por otro lado, en ausencia de prueba de la necesidad de que doña Julia requiriese una protección, gestión o administración de la propiedad objeto del *trust*, y si ella era la beneficiaria del *corpus* del *trust*, no habría necesidad de nombrar un *trustee* sustituto. Para hacer valer los deseos del constituyente era suficiente adjudicar la nuda propiedad a doña Julia e inscribir el título conforme a ello. Este proceder hubiese estado más a tono con lo que han hecho otros tribunales europeos ante la figura del *trust*, con el fin de hacer valer la voluntad del testador o constituyente. No es una solución perfecta, pero, sin embargo, es consonante con la intención del testador constituyente de adjudicar la propiedad española a su hija¹⁵¹⁹.

Establecer un usufructo a favor de doña Julia con la nuda propiedad a favor de doña Asunción pudiera no funcionar dependiendo si la intención del constituyente

¹⁵¹⁷ Algunos Estados no permiten que el beneficiario sea *trustee* si es el único.

¹⁵¹⁸ La *trustee* evidentemente rechazó o repudió sus funciones fiduciarias, lo que en EEUU se suple con el nombramiento de un *trustee* sustituto por un tribunal competente.

¹⁵¹⁹ Al comentar esta sentencia hay quien interpreta que como la vivienda española cualifica como una donde los cónyuges tuvieron lugar de residencia, al haber legado esa clase de bienes a doña Asunción, se excluye la propiedad de Madrid. Encontramos que esa interpretación obvia el hecho que la Declaración del *trust* se hizo el mismo día que el testamento y por tanto al mencionar la propiedad española para su hija, la está excluyendo del legado. Cf. MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Derecho de *trusts* en la Unión Europea», en *Crónica de Derecho Privado Europeo*, tomo LXII, fasc. 1, 2009, p.386.

era que doña Julia o sus herederos eventualmente se quedaran con la finca. Si el *trust* disponía de otro beneficiario para disfrutar la finca después de doña Julia, se pudiese inscribir como un usufructo, en cuyo caso el siguiente usufructuario tendría el pleno dominio y doña Julia el usufructo. Se estaría adaptando el título en la *equity* con el derecho de un usufructuario, que viene a ser un derecho del disfrute de la propiedad y del beneficio económico que aporte. Pudiese también haberse explorado inscribir el *trust* como una sustitución fideicomisaria donde se inscribe la propiedad a favor de doña Asunción como fiduciaria sujeta a la sustitución de acuerdo a los términos del *trust*, en combinación con el uso y disfrute de la propiedad mientras dure el plazo, si alguno, en que no se le haya de traspasar el título en pleno dominio, si ese era el caso. Por otro lado, en cuanto a doña Sandra el tribunal entendió correctamente que no era un tercero registral. De haberlo sido, tanto el Derecho español como el Derecho anglosajón la ampararía y protegería su adquisición, en cuyo caso doña Julia tendría derecho al producto de la venta en manos de la *trustee* fiduciaria.

Todas estas opciones estaban disponibles bajo e Derecho español para darle efectos al *trust* extranjero. Como señala LUIPOI, en cuanto a la funcionalidad de los *trusts*, realmente no se puede decir que sea una figura completamente desconocida en los ordenamientos continentales¹⁵²⁰. Sobre este punto es importante considerar los *business trusts* y su traducibilidad en el Derecho español. En la doctrina española se dice que estos tipos de *trusts* no tienen figura análoga en el Derecho español y los califican como absolutamente desconocidos¹⁵²¹. Sin embargo, si consideramos los convincentes planteamientos del profesor LANGBEIN, el *trust* comercial en sus distintas modalidades es análogo al contrato¹⁵²². Por otro lado, la exclusión de las relaciones internas del *trust* del Convenio de Roma se refiere a la modalidad de *trust* típico inglés, el *trust* que se

¹⁵²⁰ LUIPOI, M., *Trusts: A Comparative Study*, *supra.*, p. 341.

¹⁵²¹ CARRASCOSA GONZALEZ, J., «El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado español,» en ARROYO I AMAYUELAS, ed., *El Trust en el Derecho Español*, BOSCH, 2007, p. 365. Cfr. CARRASCOSA GONZALEZ, «Private International Law, transborder investments and financial damage in a SICAV scenario», *supra.*

¹⁵²² LANGBEIN, J., «The Contractarian Basis ...», *supra.*; LANGBEIN, J., «The Secret Life of Trusts...», *supra.*, nota 285.

establece en la planificación sucesoria dentro del Derecho de propiedad o de sucesiones. Como se indica en el comentario 8 del Convenio, instituciones similares al *trust* bajo el Derecho continental caen bajo el Convenio puesto que normalmente son de origen contractual; no obstante, el juez tiene margen para tratarlas en la misma manera que aquellas instituciones del *Common law* que tengan las mismas características. El Reglamento Roma I, conjuntamente con el de Bruselas I *bis* contempla la adaptación del *trust* que no sea del tipo de los excluidos del modelo inglés (matrimonial, sucesorio) a figuras análogas del Derecho del Estado miembro. El citado artículo 57 de la LCJIMC también provee para la adecuación de los documentos de constitución de *trust* otorgados en el extranjero sustituyéndolas por otra y otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. El *trust* de inversión puede también ser análogo a las sociedades de inversión que se conocen en España que manejan fondos mutuos de inversión y puede también enmarcarse dentro de la institución del negocio fiduciario¹⁵²³.

Otra rama del Derecho donde España se encuentra con el *trust* es el Derecho fiscal. Los asuntos fiscales tienen la particularidad que entra en juego la potestad soberana de imponer tributos sobre sus residentes y ciudadanos. Es potestad de cada Estado establecer o limitar las imposiciones contributivas a esta institución, como lo han decidido los llamados *offshore jurisdictions* con su *trust* internacional, que los ha puesto a competir en el mercado de los grandes capitales¹⁵²⁴. No necesariamente goza el *trust* del tratamiento favorable que brindan los paraísos fiscales. Ello acarrea problemas de doble imposición cuando el contribuyente es extranjero y tiene vínculos con otros Estados que también reclaman la autoridad

¹⁵²³ Ver CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*

¹⁵²⁴ Cabe señalar que el artículo 19 del Convenio dispone que no afectará a la competencia de los Estados en materia fiscal. No se afecta el poder tributario--el conjunto de competencias constitucionales y potestades administrativas de que gozan los entes públicos territoriales para establecer un sistema de ingresos y gastos con el que satisfacer los fines y las necesidades públicas. MARTÍN QUERALT, J. y LOZANO SERRANO, C.: «Curso de Derecho financiero y tributario», sexta ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 236. No deja de ser importante, sin embargo, que los Estados conozcan la naturaleza y funciones del *trust* aún para propósitos del tratamiento fiscal, en aras de la uniformidad y consistencia del tratamiento de las entidades envueltas en transacciones que rebasan las fronteras nacionales. Como se verá más adelante, el tratamiento fiscal que se da en los EEUU a ciertos *trusts* no es muy diferente al resultado que llegó la SDGI en consulta vinculante en cuanto a algunos de los impuestos allí tratados.

impositiva, asunto que ha sido objeto de tratados, convenios y es abordado en más detalle en estudios sobre Derecho tributario internacional. Aún así, al desconocer la naturaleza del *trust* conforme a su ley regente se obvian unos pasos importantes en el análisis para llegar a una resolución más justa que a su vez sea congruente con las expectativas del Estado y del contribuyente.

En el asunto planteado en la consulta vinculante¹⁵²⁵ a la agencia tributaria sobre el tratamiento fiscal del *trust* en su constitución, evento que no ocurriría en España, se decide que no hay evento tributario por no reconocer el *trust* y no ser, por ende, el mismo sujeto de obligaciones y derechos. La solución llegaría al mismo punto, la no imposición del evento de constitución del *trust*, por el hecho de no ser un evento que ocurre en España y no porque el Derecho obvia la institución. Ese evento estaría cubierto por el Derecho de Gibraltar, lugar donde se constituyó el *trust* con fondos que tampoco se encuentran en España ni se derivan de fuentes de ingreso en España. En ese momento de la transacción no existen vínculos con España, salvo que un residente súbdito británico aporta a un *trust* extranjero unos dineros que devengó en el Reino Unido y, presuntamente como residente español, había anteriormente tributado por los mismos bajo la obligación personal de tributar por la renta mundial.

Si bien es cierto que el *trust* carece de personalidad jurídica, esto no debe ser óbice para que se le trate como una entidad sujeta al régimen de atribución de rentas para propósitos del Impuesto sobre la Renta. Tal como argumenta MARTOS BELMONTE debe considerarse como entidad en régimen de atribución de rentas el *trust* constituido en el extranjero, cuando su naturaleza jurídica es análoga a la de las entidades sin personalidad jurídica pero que constituye una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, lo que es contemplado en la ley española del Impuesto sobre la Renta de las Personal Físicas y de modificación parcial de los impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

¹⁵²⁵ V1016-10 de 14 mayo 2010 JT\2010\665.

El hecho de que el *trust* sea una entidad ajena al Derecho español tanto en su constitución como funcionamiento, no implica que no haya una solución jurídica a las interrogantes que se presentan, tales como señala MARTOS BELMONTE, elementos como las posibilidades de designación de futuros beneficiarios, las posibilidades de revocar el *trust*, las posibilidades de modificar beneficiarios, etc. La contestación a estas preguntas no puede estar en otro lugar que en el instrumento de constitución del *trust* y en la ley aplicable a este *trust* extranjero. Una vez contestadas las interrogantes halladas en estas fuentes, entonces el Estado español podría ejercer su poder de imposición brindándole un tratamiento tributario conforme a la institución más análoga al *trust* dependiendo de la actividad económica que lleva a cabo el *trust* en España. El *trust* como patrimonio separado podría responder por las ganancias no distribuidas e imponerle las obligaciones de informar distribuciones a los beneficiarios. Todas estas gestiones las haría el *trust* a través del *trustee*.

Una de las gestiones primordiales que compete al *trustee* es las de demostrarle al tribunal o a la agencia pertinente el contenido no sólo del instrumento habilitador del *trust*, sino de las leyes reguladoras de su funcionamiento (la llamada *proper law* del *trust*¹⁵²⁶) de tal forma que pongan en posición al juzgador de hallar, dentro del Derecho español, la figura más análoga que aplique a la situación particular para dar solución al planteamiento. Está claro que la médula del asunto desde el punto de vista de Derecho Internacional Privado tributario es la aplicación del Derecho español en el supuesto que discutimos sobre el alcance de la responsabilidad fiscal de un *trust* foráneo en España.

¹⁵²⁶ Como se ha visto anteriormente, la carga de la prueba del Derecho foráneo aparenta ser alta en lo que a los *trusts* concierne en los foros españoles. Sin embargo, dentro del deber de un profesional entra estar preparado para presentar toda esa evidencia que le será requerida en sus operaciones en una jurisdicción diferente a la de origen.

7.5. Sobre la norma de aportación de prueba del Derecho extranjero y el artículo 33 de la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil.

Los tribunales españoles que se han pronunciado respecto al *trust* han concluido que el asunto era de Derecho Internacional Privado y aplicando la normativa correspondiente han buscado el derecho regulador para concluir que aplica el Derecho extranjero. Sin embargo, consistentemente han aplicado el Derecho español basándose en que las partes no cumplieron con la obligación de probar el Derecho extranjero. Ejemplo clásico son los tres tribunales que entendieron del asunto de la sentencia española sobre el *trust* creado en el Estado de Arizona¹⁵²⁷. Todos rechazaron de plano reconocer el *trust*, basándose en que la actora no cumplió con la carga de la prueba en cuanto «acreditar y probar la exacta entidad del Derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación» y por lo tanto, según el tribunal, «se imponía la aplicación del Derecho español, pues necesariamente había de resolverse la cuestión planteada como exige el artículo 1.7¹⁵²⁸ del CC, siendo así que en tal sentido habían de aplicarse las disposiciones contenidas en el testamento del Sr. Alberto y no las del *trust*, instituido por él mismo en la misma fecha, al tratarse en el caso de un negocio sucesorio no previsto en el Derecho español».

El Tribunal se amparó en el artículo 12.6¹⁵²⁹ para justificar la aplicación del Derecho español aclarando que la facultad que se concede al juez en ese inciso «no constituye una obligación». Veremos que esa aceveración dista bastante de la realidad, como se aclara en la Ley 29/2015 de 30 de junio de cooperación jurídica internacional en materia civil («LCJIMC»). Nos ha resultado difícil comprender esa conclusión considerando que las normas de ambos artículos del CC siempre han tenido carácter imperativo en el Derecho español¹⁵³⁰. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

¹⁵²⁷ Para mayor agravio los tres tribunales impusieron los costes del litigio a la beneficiaria del *trust*, presuntamente por litigiosa temeraria.

¹⁵²⁸ Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

¹⁵²⁹ Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español.

ha indicado que la sentencia que comentamos ha supuesto en la práctica un sacrificio de la aplicación *ex officio* de la norma de conflicto y funcionamiento del sistema conflictual español como un sistema facultativo¹⁵³¹. Según éste, la auténtica obligación de la parte que invoca el Derecho extranjero no es probar su contenido, sino el deber de utilizar los medios de prueba razonablemente disponibles. Señala que más que de una carga de la prueba objetiva estamos ante un deber de diligencia probatoria o una carga de la prueba subjetiva¹⁵³² que significa que ese «deber de probar» para quien invoca el Derecho extranjero es el deber de agotar los medios de prueba razonablemente disponibles y necesarios. De haberse agotado los medios de prueba el juez español debe resolver conforme al Derecho extranjero y puede, si lo considera oportuno, completar las pruebas aportadas por las partes con una investigación *ex officio*¹⁵³³. A esto último hay que añadir para aclarar que bajo la LCJIMC confiere un carácter protagónico al juez en la búsqueda de la prueba del Derecho extranjero cuando las partes no logren probarlo.

Este problema de la prueba del Derecho extranjero que vimos en la discusión de la jurisprudencia y las decisiones administrativas con relación al *trust*, se convirtió en

¹⁵³⁰ Ver OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales», en *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*. La Ley, Madrid, 2011. Sobre la prueba del Derecho extranjero ver también CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol I, 8va ed., Granada 2007, pp. 215-218, 267-295.

¹⁵³¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, 1ra ed. p. 215, CIVITAS, Navarra (2012). Añade: No resulta exagerado decir que en el DIPr español la ley aplicable a cualquier litigio internacional es la española salvo que (a) exista una norma de conflicto que señale como aplicable una ley extranjera y (b) la parte interesada pruebe el contenido de dicha ley.

De manera similar comenta FERNANDEZ ROZAS: «Centrándonos en el Derecho Internacional Privado español, resulta curioso que un sistema de ley aplicable con una pretendida tendencia hacia la internalización y donde se proclama –al menos formalmente– una igualdad entre nuestras leyes y las extranjeras, se vea abocado en la práctica a una solución contraria debido a la acción de nuestros tribunales de justicia, que prefieren la aplicación de la ley española a cualquier otra, siempre que exista algún elemento procesal o sustantivo en el que basarse». FERNANDEZ ROZAS, J.C., «Aplicación judicial y extrajudicial del derecho extranjero: el artículo, 12 apartado 6 del Código Civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Diaz Alabart, eds.), 2ª ed. Edersa, Madrid, pp. 978-979.

¹⁵³² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op. cit.*, p. 215, citando la STC 10/2000.

¹⁵³³ *Id.* FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., coord., *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, 1ª ed., BOSCH, 2017, pp.276-326.

la mejor válvula de escape para aplicar la ley del foro en los casos que estos operadores jurídicos se han encontrado con el *trust*. El problema de la prueba del Derecho extranjero, sin embargo, se halla difundido fuera del ámbito del *trust*. El legislador español para solucionar este problema aprueba la LCJIMC¹⁵³⁴. El artículo 3.3 de esta ley introduce la tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares, a nuestro entender conciente de la situación de indefensión que se desarrolla en la práctica forense.

Esta ley recalca, tanto en su E. de M. como en el apartado tercero del artículo 33, que la aplicación del Derecho español por falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial debe ser algo excepcional¹⁵³⁵. DIAGO DIAGO apunta que los casos excepcionales deben ser muy limitados a situaciones como asuntos donde el Derecho aplicable sea de países en situación bélica, catástrofe natural o de nueva creación, por ejemplo¹⁵³⁶. Fuera de circunstancias como éstas, las partes del litigio están obligadas a probar el Derecho extranjero, sin perjuicio de lo que el o la juez deba aportar de oficio en defecto de lo anterior. Esta intervención judicial toma carácter de obligación de parte de los magistrados ante el supuesto de que las partes no lleguen a acreditar tal Derecho, lo que es un adelanto importante que aclara que no es opcional la intervención judicial en la prueba del Derecho extranjero, sino un deber¹⁵³⁷.

¹⁵³⁴ Ver DIAGO DIAGO, M. P., «La prueba del Derecho extranjero tras la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», AEDIPr, t. XVII pp. __ (en prensa); __; RODRIGUEZ BENOT, A., «La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 8, Nº1, pp. 234-259.

¹⁵³⁵ 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español. Art. 33 (3) Ley 29/2015.

¹⁵³⁶ DIAGO DIAGO, M. P., *op cit.*, p. 12, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2000 de 17 de enero de 2000.

¹⁵³⁷ DIAGO DIAGO, M. P., *op cit.*, p. 7, citando a MASEDA RODRÍGUEZ, J., «La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional», *Actualidad Civil*, núm. 12, 2002, pp.420-430, p. 445: «La tutela judicial efectiva de la parte que introduce el Derecho extranjero en el proceso y que agota sin éxito los medios de prueba de los que dispone para su averiguación se concreta en el derecho de esta parte a la colaboración judicial en la realización de esta tarea, con lo que se transforma la facultad reconocida al juzgador en el art. 281.2 de la LEC 2000 en un deber con trascendencia constitucional (art. 24.2 de la CE).

CALVO CARAVACA y CARRASCOSA exponen los dos modelos de aplicación del Derecho extranjero: uno a instancia de parte y otro de oficio por el tribunal¹⁵³⁸. El esquema de la LEC y la LCJIMC denota que el legislador español se ha decantado por un sistema mixto de la prueba del Derecho extranjero. Ello se aprecia en su primer apartado del artículo 33 que remite a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente el artículo 281.2¹⁵³⁹ y las demás disposiciones aplicables en la materia, como serían el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, el artículo 168.I.4º del Reglamento Notarial o el artículo 91 del Reglamento del Registro Civil. El artículo 281.2 de la LEC establece que el contenido y vigencia del **Derecho extranjero deberá ser probado a instancia de parte**. En el segundo apartado del artículo 33 dispone que los órganos jurisdiccionales determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica¹⁵⁴⁰. De los

¹⁵³⁸ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, J., *op. cit.*, pp. 268-270. Para las distintas tesis sobre prueba del Derecho extranjero ver CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, J., «La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles», *Estudios de Derecho* Vol. 54/2 (2006).

Para los distintos modelos que operan en los Estados Miembros ver HAUSMANN, R., «Pleading and Proof of Foreign Law- a Comparative Analysis», *The European legal Forum* (E), Feb., 1-2008, 1-14. Alemania se decanta por la obligación del tribunal de investigar e interpretar el Derecho extranjero y aplicarlo ex officio de la misma manera que se haría en el país de origen, acompañada de la obligación de las partes de cooperar en el proceso. Tiene el tribunal facultad de elegir un procedimiento formal o informal de investigación de la prueba. El rol de las partes es más restringido y no tienen la carga de probar el contenido del Derecho extranjero ni el tribunal está obligado por la evidencia presentada o la admisión de parte. En Austria y Suiza el sistema es parecido. En Suiza también el tribunal decide el contenido del Derecho foráneo ex officio salvo en las áreas en que las partes tienen la facultad de elegir el Derecho o en materia patrimonial se les impone la carga de probar el Derecho so pena de aplicarse la *lex fori*. En Francia cuando las partes tienen la libre disposición de los Derechos implicados, la parte que invoca un resultado bajo el Derecho extranjero distinto al que produciría el Derecho francés tiene la carga de la prueba del contenido de ese Derecho o asumirá la aplicación de la *lex fori*. Es más difícil cuando están implicados derechos irrenunciables o cuando aplica un Convenio internacional. La tendencia, sin embargo, es que el tribunal de primera instancia tiene la obligación de establecer el contenido del Derecho, independientemente de quien lo invoca, siendo irrelevante si el litigio versa sobre derechos irrenunciables o no. En Italia las partes no tienen que alegar el Derecho extranjero y las normas de DIPr no son opcionales. Tampoco tienen que probar el contenido del Derecho extranjero pues le corresponde al tribunal *ex officio*. Si no se puede determinar el contenido del Derecho el tribunal debe intentar aplicarlo utilizando otros conectores que estén disponible bajo la norma de conflicto italiana. Sólo en última instancia aplicaría la *lex fori*. En Inglaterra el Derecho extranjero debe invocarse y probarse por las partes como cuestión de hecho sin obligación del tribunal de aplicarlo ex officio, más aún, están restringidos de hacerlo.

¹⁵³⁹ El artículo 281.2 de la LEC indica que el tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

¹⁵⁴⁰ Ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla de 29 de diciembre de 2016 sobre la prueba del Derecho marroquí. En el Fundamento Tercero el Tribunal señala que las reglas de la sana crítica no están codificadas y que han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana, pudiendo impugnarse la valoración de estas pruebas si es contraria en sus conclusiones

apartados 4 del artículo 33 y el segundo del artículo 34 vemos que las partes pueden valerse de dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra información jurídica que se estime relevante.

En el caso que comentamos, el tribunal, a nuestro entender correctamente y en consonancia con lo anteriormente dicho sobre los medios de prueba, se valió del Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y su Reconocimiento para calificar la figura del *trust*. A nuestro entender, el Convenio ofrece las garantías de confiabilidad para servir de fuente persuasiva, aunque no haya sido ratificado por el foro como fuente vinculante. Un estudio de los procedimientos--- en los que España tuvo representación--- llevados a cabo en la preparación y aprobación del Convenio, cuyos procedimientos están documentados y disponible por medio de la red, se desprende que no hay conflicto entre los países del *Common Law* de que los elementos que contiene el Convenio sobre el *trust* son los esenciales de la institución necesarios para su reconocimiento y ejecución.

En la Sentencia que hemos estudiado, resulta significativo que la validez de la creación de la estructura del *trust* constituido en Arizona no estuvo en controversia puesto fue admitido en evidencia y «se trataba de un *trust* irrevocable y aceptado por todos los herederos»¹⁵⁴¹. El artículo 281.3 de la LEC exige de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes¹⁵⁴². De haberse impugnado la validez del traspaso de la propiedad al

a la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica. La forma en que se tengan en cuenta los distintos medios de prueba serán valorarlos en conjunto poniendo en relación unos con otros. Ver BARRIOS GONZÁLEZ, B., «Teoría de la sana crítica», *Opinión Jurídica*, vol. 2, núm. 1, Univ. Medellín, 2003, pp. 99-132.

¹⁵⁴¹ Párrafo quinto de la citada sentencia.

¹⁵⁴² La Ley 29/2015 de 30 de julio sobre cooperación jurídica internacional en material civil. En cuanto a la frase de excluir las materias fuera del poder de disposición se encuentran los asuntos del Estado de las personas (matrimonio, divorcio o paternidad). Las cuestiones sobre las que las partes tienen control incluyen el Derecho de contratos, daños y perjuicios o asuntos de propiedad. CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M., WEILER, J., eds., *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Vol. 1, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986, p. 184, refiriéndose a los sistemas de Alemania, Dinamarca y Bélgica: ...«a distinction is made between those subject matters in litigation over which the parties have no right of complete control, such as matters of status (marriage, divorce and paternity), and subject matters which are left to the disposal of the parties, such as those relating to contracts, torts, and property. In the former cases the court has a duty to raise the issue and apply foreign law when the conflict rules of the forum direct it to do so. In the latter instances foreign law must be pleaded».

trust, sin embargo, al ser materia fuera del Convenio, éste no hubiese podido servir de ayuda al Tribunal puesto que los asuntos preliminares de la creación del *trust* están fuera del Convenio, que no aporta guía para resolver cuestiones de la creación o validez del *trust*¹⁵⁴³. No obstante, eso no releva a la otra parte a probar que el Derecho extranjero le favorece, tal y como lo hubiesen tenido que demostrar en un asunto de Derecho doméstico¹⁵⁴⁴. En esa etapa la carga de la prueba tampoco recae sobre el Tribunal, sino que se esperaría de ambas partes. No obstante, si el tribunal no se convence de lo aportado sobre el contenido y alcance del Derecho extranjero, el tribunal de instancia en la audiencia previa en el procedimiento ordinario tenía la facultad de advertir a las partes sobre la prueba del Derecho extranjero que se considera adecuada¹⁵⁴⁵, así como en las diligencias finales puede mediante auto adoptar actuaciones probatorias en cuanto a la acreditación del Derecho extranjero¹⁵⁴⁶. En el juicio verbal también el juez puede manifestar a las partes los hechos sobre los cuales existe insuficiencia de prueba, señalando también a las partes la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente¹⁵⁴⁷. De no estar el Tribunal satisfecho con la prueba aportada, la LEC le ponía en posición de cooperar con las partes en la obtención de esa prueba y contribuir con lo que conozca del Derecho extranjero o se valga de la prueba que pueda recabar para mayor certeza en el asunto. La LCJIMC refuerza ese principio de intervención y cooperación judicial.

Partiendo de la hipótesis de que se hubiese impugnado la validez de la creación de la estructura del *trust* conforme al Derecho de Arizona, resalta el hecho de que el

¹⁵⁴³ De todas formas, en el asunto de si el constituyente podía o no disponer de su propiedad en cualquier caso, aplicaría el Derecho español, por estar implicado un bien inmueble español. No parece que hubiese controversia sobre la capacidad de disponer de dicha propiedad o si se infringían las legítimas, por ejemplo.

¹⁵⁴⁴ La parte demandada en el asunto que comentamos podía haber alegado, por ejemplo, que bajo el Derecho de Arizona el *trust* era un acto *inter vivos* que pretendía sustituir el testamento (*will substitute*) y que para el momento en que se otorgó el mismo no estaban vigentes las normas que permiten llevar a cabo este tipo de medio de disposición de la propiedad que en efecto es *mortis causa*, pero que no cumplía con las normas requeridas para los testamentos. Contrario a eso podía alegar la otra parte que se aplique el derecho vigente que sí lo permite.

¹⁵⁴⁵ Art. 429 de la LEC.

¹⁵⁴⁶ Art. 435 de la LEC.

¹⁵⁴⁷ Art. 429.1 III de la LEC.

trust se constituyó en el año 1977, que en principio sería el Derecho aplicable al asunto en cuanto a la validez de la constitución del *trust*. ¿No sería razonable que las partes puedan probar el Derecho extranjero como es vigente al momento del litigio? A fin de cuentas, si se aplica por defecto el Derecho español, no parece que los tribunales vayan a aplicar el Derecho vigente en España en el año 1977. No obstante, la viabilidad de conseguir esa prueba del Derecho vigente en tiempo pasado y probarlo con la exactitud que parece requerir el Tribunal Supremo¹⁵⁴⁸ nos lleva a evaluar si estamos ante una situación de imposibilidad, o al menos onerosidad por el transcurso del tiempo y la posibilidad real de recabar ese Derecho, como ilustra el asunto de los armenios (STC 10/2000). No hay duda de que los costes de obtener la prueba de un país lejano son considerables¹⁵⁴⁹, aún hoy día que contamos con medios electrónicos que facilitan la búsqueda. Mientras más antigua la controversia más difícil se hace. Las partes en esa situación deben poder establecer en primer lugar la imposibilidad de recabar la prueba del Derecho como era al momento del negocio jurídico en cuestión, y aportar el contenido del Derecho vigente en el extranjero, puesto que si el pleito se hubiese presentado allí difícilmente a nuestro entender el tribunal invalidaría un *trust* que bajo el derecho vigente sea válido.

El problema antes aludido no se planteó puesto que el asunto en cuestión era el reconocimiento y operación de la figura jurídica al momento del litigio. De haberse apreciado positivamente la prueba sobre la figura del *trust* de Arizona aportada por las partes con la cooperación del el Tribunal, nos encontramos en la fase del reconocimiento de los efectos del *trust*. Una vez reconocido que el *trust* era válido y que se trata de un *trust* contemplado en el Convenio, éste en esta etapa puede

¹⁵⁴⁸ El tribunal citando las sentencias de 27 de diciembre 2006 (RJ 2006, 9907) y la de 4 julio 2007 (RJ 2007, 4937), expresó: ...cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar **con seguridad absoluta** la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, de acuerdo con el artículo 12.6 II del Código civil... (énfasis nuestro).

¹⁵⁴⁹ Un dictámen de un jurista norteamericano puede costar entre \$275 a más de \$1000 la hora de trabajo. Esto lo remedia la LCJIMC que no es requisito que se obtenga el dictamen de un jurista en el país extranjero, como fue el caso en que se sometió en evidencia el dictamen elaborado por la profesora M. P. DIAGO DIAGO, Catedrática de la Universidad de Zaragoza, sobre el régimen económico marroquí en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de diciembre de 2005, una de las primeras ocasiones en que se aceptaba el dictamen de juristas expertos como medio de prueba del Derecho extranjero, procerder que se avala en la LCJIMC.

aportar para ilustrar sobre los elementos esenciales de todo *trust* conforme al *Common Law*, que son precisamente los elementos que en principio se necesitan para el reconocimiento. Admitido el *trust*, la función del tribunal a la luz del contenido tanto del instrumento constitutivo de *trust* y el contenido del Derecho de Arizona ya establecido, era determinar la posibilidad de hacer valer en España los efectos que pretendía el constituyente. En esta etapa ya no es tan importante el Derecho extranjero en sí, sino buscar en el Derecho español las figuras análogas que valdrían para dar reconocimiento al *trust*.

En el supuesto excepcional en que no se haya podido probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable, antes de acudir al Derecho del foro, que es una avenida en nuestra opinión no permitida en ausencia de imposibilidad real de probar el Derecho extranjero, cuando existan otras leyes con conexión, en vez de desestimar la demanda (tampoco es opción viable en la mayoría de los casos) o pasar de plano a aplicar la ley del foro, el tribunal debe buscar otras soluciones factibles respetuosas con la imperatividad de la norma de conflicto. Sugeriríamos que el tribunal se sirva de la metodología que disponen los Reglamentos europeos sobre contratos, responsabilidad extracontractual y materia sucesoria, así como la que se emplea en el Convenio de La Haya de la con la conexión residual del Derecho con el cual la controversia tenga los vínculos más estrechos conocida en los Reglamentos de la Unión Europea. Ello se sostiene porque el lenguaje del apartado tercero del artículo 33 indica que cuando no se haya probado el contenido y alcance de la ley extranjera el órgano jurisdiccional *podrá* aplicar el Derecho español. El uso de ese verbo en futuro apunta, como dice DIAGO DIAGO, a que no hay una única solución de aplicar el Derecho español, sino que deja el campo abierto a otras posibles soluciones¹⁵⁵⁰. Sugiere como solución respetuosa la de aplicar el Derecho al que remitiera la segunda o ulteriores conexiones contenidas en la norma de conflicto¹⁵⁵¹. A esto podemos valernos como referente las metodologías estadounidenses de hallar el Derecho aplicable cuando la norma de Derecho Internacional Privado del foro no lleva a una solución adecuada el el caso

¹⁵⁵⁰ DIAGO DIAGO, M. P., *op cit*, p.13.

¹⁵⁵¹ *Id.*

concreto¹⁵⁵². De esta manera se agotarían las opciones viables antes de acudir a la opción residual de la aplicación del Derecho patrio. Reconocemos que esta vía, al igual que la que deja abierta la posibilidad de varias soluciones, es motivo de la incertidumbre de la que se ha tachado al sistema de Derecho Internacional Privado estadounidense. No obstante, en el área del Derecho Internacional Privado del *trust*, los Reglamentos de la Unión Europea proveen buenas opciones para hallar el Derecho aplicable a los asuntos de *trusts*, que no son muy diferente a las soluciones del Convenio de La Haya y las que se emplean en los Estados de EEUU.

El caso de que una de las partes o ambas asuman una actitud pasiva que muchas ocasiones raya en lo fraudulento¹⁵⁵³, estimamos que no debe admitirse la desestimación de la demanda pues ello en determinados supuestos conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva. En principio tampoco debe caber la aplicación residual del Derecho español pues no se dan las condiciones de excepcionabilidad que requiere el artículo 33 de la LCJIMC. Entiende DIAGO DIAGO que el Derecho español sólo puede aplicarse en los casos extremos que presenten una imposibilidad cierta de prueba. En esos casos no cabe tratar los asuntos de mala fé como excepcionales para premiar a las partes con la aplicación del Derecho español. *A sensu contrario*, en los supuestos no excepcionales en principio no cabrá la aplicación del Derecho español pues ello conllevaría un fragante e injustificado incumplimiento del mandato del artículo 12.6 del CC.¹⁵⁵⁴.

Señala DIAGO DIAGO que en estos supuestos el tribunal, conforme al artículo 231 de la LEC, el tribunal de instancia requerirá a las partes que subsanen el defecto y aporten prueba sobre el Derecho extranjero¹⁵⁵⁵. En la audiencia previa, conforme al artículo 429.1 III el tribunal podrá advertir a las partes y señalar la prueba que

¹⁵⁵² Ver capítulo 4, *supra*.

¹⁵⁵³ Ver entrevista del informativo GRANADA HOY del 3 de septiembre de 2017, con la Profesora DIAGO DIAGO en <http://www.millenniumdipr.com/n-268-entrevista-a-la-dra-pilar-diago-diago-en-granada-hoy-la-prueba-del-derecho-extranjero>.

¹⁵⁵⁴ DIAGO DIAGO, M. P., «La prueba del Derecho extranjero tras la ley de cooperación jurídica internacional...», *op cit.*, pp. 14-15.

¹⁵⁵⁵ DIAGO DIAGO, M. P., «La prueba del Derecho extranjero tras la ley de cooperación jurídica internacional...», *op cit.*, p.16.

estime necesaria, lo cual también puede hacerse en las diligencias finales (art. 435). Además, el tribunal en cumplimiento con el mandato del artículo 12.6 del CC español, colaborará con las partes que hayan presentado un principio de prueba. Si aún así continúa la pasividad de las partes sin que tampoco hayan acreditado el carácter de excepcionabilidad en la falta de producir la prueba suficiente, como afirma DOMÈNECH¹⁵⁵⁶, puede afirmarse que están incurriendo en mala fe. En este supuesto indica DIAGO DIAGO que puede ser conveniente la aplicación de oficio del Derecho extranjero, tomando como marco el artículo 10 de la Ley 15/2015 de 2 de julio sobre la jurisdicción voluntaria en los casos internacionales, que dirige a los tribunales en tales expedientes **aplicar la ley determinada por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado**¹⁵⁵⁷. Sugiere en estos casos que para el tipo de procesos especiales que contempla el artículo 752.1 párr. 2º, se configura un cambio de régimen de prueba de Derecho extranjero, pues determina dicho artículo que con independencia de las pruebas practicadas a instancia de las partes y del Ministerio Fiscal, «el tribunal podrá decretar de oficio cuantas [pruebas] estime pertinentes»¹⁵⁵⁸.

Si el tribunal no se encuentra ante la situación que pueda aplicar el artículo 10 de la citada ley sobre jurisdicción voluntaria, estamos ante una laguna jurídica, pues no se configura la excepcionalidad requerida y aplicar el Derecho español puede ser el efecto pretendido con la mala fe. DIAGO DIAGO señala que la LCJIMC perdió la oportunidad de abordar tan importante asunto mediante un sistema estructurado que dé respuesta a los distintos supuestos que se encuentran en la práctica forense¹⁵⁵⁹. Puede darse un supuesto que el tribunal pueda apreciar y

¹⁵⁵⁶ DOMÈNECH, F. A., «Soluciones a la prueba de Derecho extranjero», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011, nº 1-2, pp. 75-95, a las págs. 91 y 92.

¹⁵⁵⁷ DIAGO DIAGO, M. P., «La prueba del Derecho extranjero tras la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *AEDIPr*, t. XVII p. 17, (en prensa); _____;

¹⁵⁵⁸ *Id.*, citando a GARAU SOBRINO, F. F., «Comerentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm 549-2002 (Sección 5ª de 9 de octubre de 2002 pp. 395-399, Recurso de Apelación núm. 644-2002, ponente: ILMO. D. JAUME MASSANET MORAGUES», *Revista española de Derecho Internacional Privado*, pp.395-399, a la pág. 399.

¹⁵⁵⁹ En análisis sobre la LCJIMC sugiere DIAGO DIAGO, «La prueba del Derecho extranjero tras la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *supra.*, p. 21 que, como primera línea de

fundamentar donde la desestimación a la demanda proceda luego de que se haya advertido y apercibido a las partes de la desestimación de la demanda como sanción por incumplimiento de las ordenes o directrices judiciales. Desde luego que este sería el último recurso admisible. Este proceder ocurrió en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 41/ 2017 de 19 de enero donde el Tribunal rehusó revocar la desestimación de la demanda presentada alegando aplicación del Derecho nacional cuando la norma conflictual apuntaba al Derecho Australiano. Se expresó el Tribunal:

Si la norma de conflicto española establece que el Derecho aplicable es el extranjero, esta conclusión imperativa no puede desplazarse como consecuencia de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes en el proceso, porque ello convertiría en disponible algo que no lo es y favorecería además las conductas estratégicas, como la presentación de demandas fundadas en un Derecho notoriamente inaplicable con la expectativa de que la inhibición probatoria del demandante y eventual fracaso de la prueba por el demandado pudieran llevar a la aplicación de un Derecho que resulta más conveniente para los intereses del primero. Esto se advierte con claridad en el presente caso, en el que la parte que tendría que haber probado el Derecho aplicable para resolver su pretensión no sólo no lo ha hecho, sino que ha tratado en todo momento de cuestionar la prueba de la contraria. La tesis del recurso al Derecho nacional por falta de prueba del extranjero conduce además a la inseguridad jurídica, pues se desconoce cuál es el Derecho aplicable al ser éste un mero resultado de la prueba que ha de realizarse en el proceso. Y, por último, esa tesis conduce a consecuencias que pueden resultar contrarias a la propia lógica de las reglas de conflicto cuando como consecuencia del resultado-siempre contingente-de la prueba pudiera resultar aplicable un Derecho que, como sucedería en este caso, está completamente al margen de los elementos de conexión que pondera la norma de conflicto para establecer la regla sustantiva que ha de ser aplicada. Por lo demás, esta conclusión no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pues la parte ha tenido oportunidad a lo largo del proceso de probar el Derecho aplicable y las dificultades que esta prueba pudiera plantear no justifican en ningún caso la exclusión del Derecho aplicable según la norma de conflicto.... Máxime, cuando además de lo expuesto, la parte demandada ha realizado actividad probatoria que debidamente traducida se contienen en los autos....

Como se ha argumentado anteriormente, en el caso de que ni las partes ni el Tribunal aporten prueba suficiente, el Tribunal podría buscar otras soluciones

aproximación al tema de la aplicación del Derecho extranjero por parte de los operadores jurídicos, la creación de un sistema estructurado general de aplicación del Derecho extranjero abundando en los elementos de integración del método de acreditación del Derecho extranjero. *Id.*, p. 21

respetuosas con la norma imperativa del Derecho conflictual. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto el Tribunal podría utilizar un Derecho que aparezca suficientemente conectado con el asunto. En este particular en el ejercicio de la búsqueda del Estado con vínculos más estrechos, pudiese el Tribunal abordar un análisis de equilibrio de los intereses de los Estados pertinentes para elegir el Derecho a aplicar, que bien pudiera ser el Derecho patrio.

Nos preocupa que continúe la praxis desarrollada en cuanto a la prueba del Derecho extranjero aún después de aprobada la LCJIMC, según se demuestra por la Sentencia del Tribunal Supremo español, sala de lo civil, de 22 de marzo de 2017¹⁵⁶⁰. Es más preocupante que el asunto no versaba sobre una figura jurídica desconocida en el Derecho español, sino sobre el régimen económico matrimonial bajo el Derecho argentino en un procedimiento de divorcio. La apelante estuvo en rebeldía en el procedimiento de instancia por lo que no alegó oportunamente la aplicación del Derecho argentino hasta el recurso de apelación en la Audiencia Provincial¹⁵⁶¹. El Tribunal Supremo confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial con base a que no se alegó oportunamente la aplicación del Derecho argentino. No obstante, el Tribunal indicó que el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero «es una facultad y no una obligación del Tribunal». Lo cierto es que la cooperación del Tribunal se torna en obligación con trascendencia constitucional en aras de preservar tanto el principio de tutela judicial efectiva que preconiza el artículo 24 de la CE como preservar el mismo sistema imperativo de aplicación de oficio de las normas de conflicto establecido por el artículo 12.6 del CC¹⁵⁶². Resalta DIAGO DIAGO que esta cooperación jurídica también queda revestida por la tutela judicial internacional consagrada en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho de acceso a un Tribunal, garantizado por el artículo 6, apartado I del Convenio Europeo

¹⁵⁶⁰ Por casualidad esta Sentencia la emitió el mismo magistrado que emitió la Sentencia que hemos estudiado sobre el tratamiento del *trust* en España.

¹⁵⁶¹ Aparentemente en la apelante estuvo en rebeldía en el proceso de primera instancia y planteó por primera vez que el Derecho aplicable era el argentino por que ambos cónyuges tenían la nacionalidad argentina. El tribunal indicó que tampoco presentó prueba de que dsu nacionalidad era argentina.

¹⁵⁶² DIAGO DIAGO, M. P., *op cit*, p. 6.

para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y con el artículo 13 relativo al Derecho a un recurso efectivo¹⁵⁶³.

En el supuesto en que ni siquiera las partes hubiesen alegado la aplicación del Derecho extranjero, consideramos oportuno citar a OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: «Pero la falta de prueba del Derecho extranjero, **como la propia falta de alegación** –indiferente desde el momento en que la norma de conflicto es imperativa– han de conducir al órgano jurisdiccional a ordenar la prueba del Derecho extranjero de oficio. La posibilidad de efectuar tal mandato no choca con los medios dispuestos por la regulación para la ordenación del proceso. **El silencio de las partes respecto de la alegación y proposición de la prueba del Derecho extranjero ha de ser remediado en la audiencia previa al juicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 429 de la LEC**, aplicable tanto para el juicio ordinario como para el juicio verbal. Además, y sólo en lo que al juicio ordinario respecta, el órgano jurisdiccional siempre cuenta con las diligencias finales. A este respecto, interesa advertir que, como ha sido ya puesto de relieve, el hecho de que el órgano jurisdiccional sea el que ‘lleve’ al proceso el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, **no sólo cuando no ha sido debidamente probado, sino también cuando no ha sido ni siquiera alegado por las partes, no altera necesariamente el *petitum* ni la *causa petendi*, toda vez que ésta se compone de los hechos jurídicamente relevantes para fundar la petición, esto es, de hechos históricos que admiten su subsunción en un determinado ordenamiento jurídico, pero no de las normas jurídicas**. En definitiva, introduciendo el Derecho extranjero, el órgano jurisdiccional no tendría por qué apartarse de ambos componentes del objeto litigioso (mantendría, con ello, la requerida congruencia, y podría decidir conforme al Derecho aplicable sin necesidad de desestimar la pretensión)...En resumen, creo que se puede –y debe– interpretar el nuevo sistema impuesto por la LEC de 2000 en el sentido de que autoriza al órgano jurisdiccional a solicitar la realización de pruebas en torno al contenido y la vigencia del Derecho extranjero que está obligado a aplicar en el

¹⁵⁶³ *Id.*, ver también DIAGO DIAGO, M. P., «La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos del demandado» en AAVV, *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (en prensa).

supuesto litigioso, por mandato de la norma de conflicto. Ello, **tanto en el caso en el que las pruebas propuestas por las partes no sean suficientes para probar el Derecho extranjero, cuando si éstas ni siquiera invocan su aplicación**»¹⁵⁶⁴.

La Sentencia guarda silencio sobre la LCJIMC y se expresa: «No puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la Ley de enjuiciamiento civil porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero». Lo cierto es que la lectura del art. 281.2 debe hacerse en conjunto con la LCJIMC para entender que la tutela judicial efectiva de orden constitucional como mínimo debe requerir del tribunal de instancia advertir a las partes sobre la obligación de probar el Derecho extranjero y cooperar en la búsqueda de la prueba de ese Derecho extranjero, ya que los hechos del caso no presentaban una situación excepcional de imposibilidad real de probar el Derecho extranjero, único supuesto que la LCJIMC permite para aplicar el Derecho español.

El Tribunal Supremo pudo haber valorado si el tribunal inferior erró al no tomar en consideración que la norma conflictual española es imperativa y advertir a las partes en la audiencia previa, durante el juicio verbal o en las diligencias finales, sobre la necesidad de aportar determinada prueba y de oficio indagar sobre la prueba no aportada por éstas. En vez de desestimar el recurso y confirmar la sentencia el Tribunal pudo devolver los autos conforme al Derecho procesal para que se procediera conforme al mandato de la norma de conflicto, la LEC y la LCJIMC. Por otro lado, si el Tribunal se cercioró que en efecto no hubo una alegación oportuna del Derecho extranjero o de hechos que den lugar a la aplicación de la norma conflictual, entonces el caso se resolvió adecuadamente pues el juez de instancia no tiene por qué adivinar que está ante un supuesto internacional. No obstante, se perdió la oportunidad de aclarar la interacción de la LCJIMC y la LEC en materia de aportación de prueba del Derecho extranjero y el rol de los tribunales en estos casos. Según expresado por el Tribunal, da la impresión de que el rol de los jueces en los casos internacionales es totalmente pasivo, lo que ha cambiado con la LCJIMC.

¹⁵⁶⁴ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op cit*, pp. 477-498, (énfasis nuestro).

Para concluir, el tema de la prueba del Derecho extranjero, está claro que a raíz de la aprobación de la LCJIMC los tribunales españoles no pueden descartar de plano el Derecho extranjero soslayando los derechos de las partes, ya que con este proceder dejan a la ciudadanía sin tutela judicial internacionalmente efectiva en contra del mandato constitucional, la normativa de conflicto europea y la local. La legislación española vigente en última instancia requiere del juez que indague de oficio sobre el contenido y alcance del Derecho extranjero pudiéndose valer el Tribunal de los medios de averiguación necesarios habiendo exigido a las partes que produjeran lo propio sobre el particular.

Hemos visto que la LCJIMC ha dejado lagunas sin cubrir por falta de un sistema estructurado que atienda la casuística que se plantea en la práctica forense. Al optar por un sistema mixto de aportación de prueba del Derecho extranjero, España se aleja de la tendencia hacia el sistema de aplicación de oficio del Derecho extranjero. Nos remitimos a lo que comenta HAUSMANN en el contexto de los Reglamentos europeos Roma I y II:

The main objective of this harmonization of Private International Law by the Rome Regulations is to avoid forum shopping by guaranteeing that a certain case will be decided by the courts of any Member State according to the same substantive law. This intended uniformity of result through unified choice of law rules can only be achieved, however, if the courts of the Member States are under an obligation to apply these rules and the law they refer to ex officio. Furthermore, in all Member States, the same standard must be applied when evaluating the sufficiency of proof of foreign law. Perhaps also the same methods should be used when ascertaining the content of foreign law. The «oficial involvement» of the courts would, in any case, need to be increased. The courts should in all the Member States not only be «allowed» to ascertain the content of the applicable foreign law but have the duty to strive at establishing its content, even in cases where the parties deliver information. The final responsibility for getting sufficient information should lie with the courts, as is today the case in the majority of the Member States¹⁵⁶⁵.

A fin de cuentas, para garantizar la consistencia y uniformidad en las decisiones judiciales en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, cada Estado Miembro debería conformar su Derecho procesal interno a la aplicación de oficio

¹⁵⁶⁵ HAUSMANN, R., *op cit.*, pp. 1-13.

tanto de las normas de Derecho Internacional Privado como el Derecho material al que éstas remitan. En el caso de un sistema mixto como el español, se necesitan reglas integradas que cubran las distintas situaciones que surgen en la práctica forense, incluyendo la configuración de un cambio de régimen de prueba de Derecho extranjero donde independientemente de las pruebas practicadas a instancia de las partes el tribunal pueda decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes. Dejar este asunto al absoluto arbitrio de las partes choca contra la imperatividad de las normas de Derecho Internacional Privado y el Derecho extranjero al que éstas remiten¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶⁶ Como señala CARBALLO PIÑEIRO: «La indagación de oficio del Derecho extranjero se presenta como la única solución razonable dentro de un sistema imperativo de normas de conflicto.... No es el juez quien debe colaborar con las partes, sino éstas con el juez para la determinación del Derecho aplicable» CARBALLO PIÑEIRO, L., «El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. I, 2001, pp. 496, 489-490.

Conclusiones finales

1. Comenzamos este trabajo con un estudio de la figura del *trust* anglosajón desde la **perspectiva histórica** de cómo se desarrolló esa institución en el Bajo Medioevo inglés. Fueron desarrollándose los cimientos del *trust* por medio de su figura precursora, el *use*, dentro de la rama del *common law*. El ejemplo clásico del *use* era en la época de Las Cruzadas cuando antes de partir el soldado traspasaba su feudo a una o varias personas de confianza que actuaran en conjunto, con el entendido de que se devolviera a su regreso, o de lo contrario se manejara en beneficio de los hijos. También se utilizaron para traspasar fincas a los franciscanos u otras órdenes que tenían prohibida la tenencia de propiedades. Como consecuencia de que la tutela judicial de los tribunales del *common law* por la rigidez de sus requisitos no amparaba las situaciones del *use* cuando el feudatario violentaba su cometido, se comenzaron a presentar las peticiones ante el Canciller del Rey, cuyas facultades permitían flexibilidad al atender situaciones no cubiertas por el derecho común, pero que ameritaban «por razón de la conciencia» una tutela adecuada y justa. La rama paralela al *common law* que se desarrolló en el Derecho anglosajón y aún subsiste, se conoció como la *equity*, capaz de dar soluciones justas a situaciones donde existía un vacío en el *common law* particularmente por la ausencia de tutela judicial efectiva. Esta ha sido la mayor contribución del Derecho anglosajón al campo de la jurisprudencia, dicho por su recocado jurista inglés Frederick W. MAITLAND.

Dentro del desarrollo de la *equity*, el *use* evolucionó hacia el *trust* y en ese proceso se desarrolló un nuevo campo del Derecho, el Derecho de los *trusts* dentro del Derecho de la *equity*, entonces separado del *common law*. Destaca la configuración de una titularidad escindida que recae en entes distintos, pero con finalidades y alcances diferentes. Permitió a los propietarios manejar tres elementos claves del Derecho de la propiedad: el título nominal, el beneficio económico y el control. También ha sido clave para esta institución la segregación del patrimonio objeto del *trust* de los bienes personales tanto del constituyente como del *trustee* y del beneficiario. Los bienes que constituyen el patrimonio del *trust* no están al alcance de los acreedores de los componentes de la relación, salvo

que su constitución, por ejemplo, se hubiese efectuado en fraude de acreedores, según disponga la ley.

Se desarrolla paralelamente al *trust*, la tutela judicial principalmente al amparo del derecho de la restitución donde se vale del rastreo (*tracing*) de la propiedad en manos del tercero que a tenor con el *trust* no estaba autorizado a poseer los bienes. Los derechos de estos terceros se atienden en función del conocimiento que tuviesen de la naturaleza de los bienes y la buena o mala fe del poseedor. El Derecho consuetudinario crea las figuras del *constructive trust* para obligar al tercero traspasar la propiedad a su verdadero dueño con la ficción jurídica de que el poseedor lo hace en calidad de *trustee* para beneficio del dueño. La modalidad del *resulting trust* también es una medida tutelar que al final también resultará en el traspaso de la propiedad a su debido titular.

Otro aspecto importante del derecho de los *trusts* en el mundo anglosajón es el Derecho fiduciario que atiende la relación del *trustee* para con el constituyente requiriéndole acatar las directrices del *trust* y naturalmente la tutela de los derechos de los beneficiarios. Se ha desarrollado un debate de si el derecho del beneficiario en el corpus del *trust* es de naturaleza *in rem* o *in personam*. El beneficiario goza de una titularidad en la *equity* configurándose en los beneficios del *trust* de acuerdo a cómo los estableció el constituyente, que bien pueden ser presentes o futuros. La titularidad del dominio la ostenta el *trustee*, pero no tiene la libre disposición de los bienes. Debe manejarlos para cumplir con la finalidad por la que se creó el *trust*. El beneficiario tiene la facultad de perseguir los bienes del *trust* en manos de un tercero de mala fe, cualidad que en efecto lo configura dentro de los derechos reales con trascendencia *erga omnes*.

El *trust* se desarrolla y utiliza en sus comienzos principalmente para asistir en la planificación sucesoria y transmisión de la propiedad para beneficiar personas o establecer unos propósitos caritativos particulares. Es por ello que en sus inicios se calificaba la figura dentro del Derecho de los traspasos de la propiedad. El *trust* expreso y más utilizado es el creado *inter vivos* o *mortis causa* para la planificación sucesoria. Pueden incluir como propósitos la obligación de manejar inversiones de valores o incluso inversiones inmobiliarias. También existe el *trust* comercial, utilizado principalmente para manejar planes de pensiones para trabajadores de

una empresa. Están los *trusts* de inversiones, particularmente para la titularización de activos. Otros *trusts* (*purpose trusts*) sirven para cumplir propósitos concretos como son los caritativos, la protección de las personas discapacitadas o pródigas. Existen también los *trusts* confeccionados para proteger activos, muy populares en los paraísos fiscales que albergan el *trust* conocido como el internacional u *offshore*.

A raíz del éxito del *trust* y la globalización e integración de los mercados, esta institución fue entrando en el panorama jurídico de países que no conocían la figura. El auge del *trust* se ha acelerado en las sociedades que la engendraron con una acogida impresionante en países hispanos de tradición civilista que se dieron a la tarea de adaptarla con éxito a su ordenamiento jurídico mediante el fideicomiso. Igualmente, otros países civilistas que lo han acogido a través de sus respectivas versiones de la fiducia y versiones de otras instituciones con estructuras funcional y estructuralmente análogas al *trust*.

A esto se añade la oleada de paraísos fiscales en competición por atraer grandes fortunas que han desarrollado su derecho conflictual precisamente para mantenerse competitivo en el mercado de los grandes capitales. Todo esto también lleva aparejado un miedo a lo desconocido y foráneo sobre todo cuando se asocia con actividades ilícitas que algunos han incurrido precisamente sirviéndose de paraísos fiscales. Se ha llevado a cabo una lucha para lograr más transparencia en las operaciones de los paraísos fiscales y están trabajando en ello los países de origen de los capitales que se han fugado a estos Estados *offshore*.

La experiencia de Quebec, Luisiana y la de países civilistas que adoptaron el *trust* como fiducia o fideicomiso ha demostrado que es beneficioso para sus economías y el comercio interestatal e internacional. Los miedos que existen con relación a los paraísos fiscales y la mala utilización del *trust* por algunos son infundados, a la luz de los múltiples usos legales del *trust* en conjunto con los constantes esfuerzos que van aumentando para lograr mayor transparencia y control sobre el lavado de dinero. Añade a esto el hecho de que el *trust* se considera como una entidad sujeta a tributación en los países que así lo estiman y disponen. Esta actitud de rechazo generalizado hacia el *trust* disuade toda idea de invertir en un país que se hace la vista larga de la propia normativa de Derecho Internacional Privado que le ofrece

las herramientas básicas para hacer valer derechos adquiridos en el extranjero. Sin embargo, este temor infundado precisamente se intentó apaciguar con la aprobación del Convenio de la Haya sobre ley aplicable y reconocimiento de los *trusts*, mayormente dirigido a lograr establecer puentes entre los países de tradición anglosajona y los de la tradición civilista. Allí juristas del *Common law* compartieron con sus homólogos continentales y se dio una dinámica de entendimiento entre ellos pero que lamentablemente no ha tenido la acogida esperada a la hora de estos Estados dar su ratificación al Convenio probablemente por los temores mencionados. La mejor herramienta contra el uso indebido de esta figura es conocerla y regularla.

2. No obstante lo anterior, el *trust* seguirá penetrando en los países continentales. Para ello los operadores jurídicos necesitan valerse de las herramientas del Derecho Internacional Privado para lidiar con la institución que enfrenten sus operadores jurídicos. El primer reto al que se enfrenta un Tribunal u otro órgano jurisdiccional que desconozca la figura ante unas pretensiones que implican un *trust* o figura análoga adaptada al *trust*, es el problema de las calificaciones (la calificación). Primeramente, debe determinar si tiene competencia judicial internacional para conocer del litigio. Esto lo lleva a examinar las disposiciones del **Reglamento Bruselas I bis** cuando esta normativa sea aplicable y siempre que el asunto en controversia se encuentre dentro de los diferentes ámbitos del Reglamento.

Bruselas I bis excluye en el artículo 2 varios asuntos entre los cuales están relacionados con los *trusts*, aquellos asuntos sobre el estado y la capacidad de las partes implicadas, asuntos de derecho de familia como los regímenes matrimoniales y pactos que se utilice el *trust* para cumplir con las obligaciones familiares (art. 2(a)) o asuntos sucesorios relacionados a testamentos donde se establecen *trusts motis causa* (art. 2(f)). Estos temas se dilucidarán en el tribunal competente que señale la normativa de la UE sobre competencia judicial para esas materias si la hubiese, en su defecto por la normativa que surge del Derecho convencional, o, de no existir normativa de rango superior aplicable, en el caso de España, la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determinaría si el tribunal español es competente para atender la materia.

Hemos expuesto la confusión en la doctrina sobre si Bruselas I bis cubre disputas en la relación interna de un *trust* testamentario o en el alcance de aplicación a la relación externa del *trust*. Aunque la doctrina supone que el Reglamento no se aplica a ninguna disputa que implique la **relación interna de un *trust* testamentario**, respetuosamente entendemos que no debe interpretarse la exclusión del Reglamento de esa manera tan amplia, puesto que pueden surgir reclamaciones de un beneficiario en contra del *trustee* que no están en absoluto relacionadas con el derecho sucesorio o la adjudicación de la herencia dejada a través de un *trust*, como los asuntos de administración de la herencia, sino relativas al **cumplimiento de obligaciones del *trustee* cuando se ha terminado el período de la administración sucesoria y el *trust* ya está operando**, una vez el *trust* tome efecto tras el pago de gastos funerales, deudas, contribuciones, las legítimas, entre otros. Cualquier asunto que se quiera dilucidar relacionado a la sucesión en ese período de tiempo queda excluido de Bruselas I bis. No debe pasar desapercibido que por medio de los *trusts* se configuran relaciones que perduran en el tiempo más allá de la administración sucesoria, incluso por varias décadas.

Reclamaciones durante la vida de un *trust* constituido por testamento pueden ser relativas al manejo de las propiedades o inversiones del *trust*, o reclamaciones sobre actuaciones impropias del *trustee* en quebrantamiento de su deber como *trustee* que implican la relación interna, como reclamaciones contra terceros dentro de otros campos del Derecho o incluso dentro del Derecho de los *trusts*, (como sería, por ejemplo, reclamaciones que impliquen un protector, apoderado fiduciario del *trustee* u otro oficial que ejerce funciones para beneficio del *trust*, sujetos potencialmente demandables que lamentablemente no se incluyen en el foro especial debido a la interpretación restrictiva que la jurisprudencia de la UE y sus Estados miembros han dado al Reglamento Bruselas I bis). Éstos últimos que realmente pertenecen a la relación interna del *trust* se tratan como si no lo fuesen y caen bajo el régimen general de la competencia del domicilio del demandado.

La calificación del asunto concreto en controversia, lo que el TJUE ha denominado el objeto del litigio, va a ser fundamental tanto en la fase de la competencia judicial como en la determinación del derecho regulador y por supuesto a la hora de reconocerlo. Delimitar con precisión el objeto de una controversia donde está

implicado un *trust* será un ejercicio no libre de complejidad, pero necesario. Calificar el asunto como sucesorio o si lo que se pretende es hacer al demandado cumplir una responsabilidad in *personam*, por ejemplo, puede sacar o no al demandante del tribunal competente según Bruselas I bis como consecuencia de una errónea exclusión del asunto del ámbito de dicho Reglamento.

Bruselas I bis crea una competencia especial (art. 7, inciso 6) para los tribunales de los Estados miembros, concretamente el tribunal del Estado del **domicilio del *trust***, para los litigios entablados donde figure como demandado cualquiera de los componentes de la relación interna de un *trust* expreso --ya sea el constituyente/fideicomitente, el fiduciario/*trustee* y el beneficiario/fideicomisario-- constituido por operación de un estatuto, o por un documento escrito, o por un acuerdo verbal confirmado por escrito. La ratio de este foro especial es la consideración de que el domicilio de los componentes del *trust* no es idóneo para dilucidar los asuntos de *trusts*, por lo que Bruselas I bis ha sacado los asuntos de la relación interna del régimen general del domicilio del demandado y optó por el domicilio del *trust*. El legislador entendió también que, aunque el *trust* no tiene personalidad jurídica sí se debe considerar una entidad que opera en el tráfico jurídico, por lo que es susceptible de tener un domicilio.

En el Reglamento Bruselas I bis pudo haberse incluido el asunto del domicilio del *trust* en el artículo 63 añadiéndose una categoría para entidades sin personalidad jurídica, puesto que los criterios allí mencionados – sede estatutaria, administración central o centro de actividad principal- funcionan para hallar el domicilio de un *trust* y están acorde a la doctrina anglosajona sobre el domicilio del *trust*, establecido como su *situs* o centro de operaciones. No obstante, ello se desprende de la decisión del TJUE de 14 de septiembre de 2017, en el asunto de los *trusts Panayi*, donde el Tribunal por primera vez analiza la naturaleza del *trust* anglosajón brindando una definición autónoma en el contexto de la legislación de la UE: «[E]l término fideicomiso [*trust*] se refiere en principio a una operación triangular, mediante la cual el fideicomitente [*trustee*] transmite los bienes a una persona, el administrador fiduciario, para que los gestione según el acto constitutivo del fideicomiso [*trust*] en beneficio de una tercera persona, el beneficiario. Los fideicomisos [*trusts*] constituidos en beneficio de personas específicas se

denominan a veces *settlements*. El fideicomiso [*trust*] se caracteriza por que la propiedad de los bienes que lo constituyen se reparte entre la propiedad jurídica y la propiedad económica, que corresponden al administrador fiduciario y al beneficiario, respectivamente. Aun cuando un fideicomiso (*trust*) está reconocido por la ley y produce efectos jurídicos, carece de personalidad jurídica propia y debe actuar a través de su administrador fiduciario (*trustee*). Así, los bienes que constituyen el fideicomiso [*trust*] no pasan al patrimonio del administrador fiduciario [*trustee*]. Este último debe gestionar esos bienes como patrimonio separado, diferenciado de su propio patrimonio. La obligación esencial del administrador fiduciario [*trustee*] es cumplir las condiciones y las cargas estipuladas en el acto constitutivo del fideicomiso [*trust*] y el Derecho de manera general».

El TJEU considera al *trust* como una entidad, que, aunque no tiene personalidad jurídica bajo su derecho nacional, es un ente que actúa en el tráfico jurídico y como tal le amparan los derechos de libre establecimiento del TFUE. Si subsumimos el *trust* según apreciado por el TJUE, dentro del artículo 63 (1) de Bruselas I bis, en su versión inglesa concretamente (*a company or other legal person or association of natural or legal persons*), a nuestro entender el *trust* encaja dentro de una organización de personas naturales y/o jurídicas que tienen una sede estatutaria, administración central o centro de actividad principal. El texto en castellano se describe la sociedad con personalidad jurídica como sociedad u otra persona jurídica, mientras el texto inglés contempla que pueden ser personas naturales.

Ahora bien, por la diversidad de funciones que ejerce el *trust*, pudiese ser que las opciones de Bruselas I bis no encajen en el caso concreto. Hay países anglosajones que califican lo que se consideraría como domicilio de un *trust* en distintos lugares (*situs*) dependiendo de distintos propósitos legales. Estos asuntos varían, por ejemplo, si el asunto en controversia se califica como uno de materia fiscal, habría que examinar el derecho nacional del foro para buscar la normativa sobre el domicilio fiscal. Bruselas I bis no aplica a los asuntos de Derecho fiscal, pero en un supuesto de Derecho civil o mercantil remite a las normas de Derecho Internacional Privado del Estado donde ubica el órgano jurisdiccional que atiende el asunto. La determinación de si el *trust* está domiciliado en España, por ejemplo, si no lo resuelve directamente Bruselas I bis, se hace bajo el Derecho interno del

foro español competente. Al carecer de normas concretas sobre el *trust* tendría que buscar por analogía el domicilio o fuente de atribución de competencia equivalente de una entidad sin personalidad jurídica, en función de los objetivos que persigue el *trust* en el asunto en cuestión.

En ausencia de normas concretas, el lugar de los vínculos más estrechos sirve para hallar la sede de una entidad sin personalidad jurídica atendiendo a los factores que coinciden en la evaluación para la búsqueda del Derecho regulador de un *trust*, pero siempre con enfoque en el asunto concreto que se aborda. Esta parece ser la avenida que ha abordado el tribunal inglés a la hora de interpretar el precursor del artículo 7 (6) del Reglamento Bruselas I bis y ha sido sugerido en el Informe SCHLOSSER sobre el Reglamento Bruselas I.

Independientemente del domicilio del *trust* que ampara la competencia de litigios sobre asuntos del *trust*, Bruselas I bis también concibe que se haya pactado en el documento constitutivo del *trust* la prórroga de la competencia a otro Estado miembro. Esta disposición de competencia naturalmente sólo aplica a litigios sobre la relación interna del *trust* pues un constituyente no puede amarrar a un ente extraño a la relación, con el foro en dónde deba ser demandado. Provee competencia exclusiva al tribunal de ese Estado, a menos que el asunto verse sobre otra área de competencia exclusiva bajo el artículo 24, como los asuntos en materia de derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamiento inmobiliario por un término mayor de 6 meses, cuyo foro competente ha de ser siempre donde se halle sito el inmueble. Un litigio sobre un derecho real que concierne a un bien inmueble ubicado en España adquirido por un *trustee* foráneo será de competencia exclusiva el foro español. La calificación en estos asuntos también es de suma importancia pues la determinación de lo que significa «asunto sobre derechos reales *in rem*» según la jurisprudencia de la UE no es tan clara y tiene un significado autónomo europeo para conseguir la uniformidad que pretenden las normas de la UE. Se atiende no a todos los litigios que impliquen un bien inmueble, sino sólo a aquellos que quepan dentro del alcance de Bruselas I bis, que serían las acciones donde se solicite determinar el alcance, contenido, posesión de propiedad inmueble o la existencia de otros derechos de naturaleza *in rem* y proveer a los que ostentan esos derechos con la protección de los poderes vinculados a esos derechos. Una

clave en esa determinación es la ratio de la *lex rei sitae*. En palabras del TJUE: las disputas relativas a una propiedad inmueble frecuentemente requerirán verificaciones, indagaciones, investigación y consultas a expertos necesariamente en el lugar de ubicación, todo lo cual abona a la debida administración de la justicia.

En principio serán competentes bajo Bruselas I bis los tribunales de los Estados parte que hayan aceptado el *trust* o tengan una figura estructural y funcionalmente análoga en su Derecho interno donde se establezcan las operaciones de un *trust*: Suiza, Francia, Luxemburgo, Italia, Liechtenstein, Alemania, Países Bajos, y por supuesto, la República de Irlanda y Reino Unido. Esto es así porque no es aconsejable que se establezca un *trust* para operar en un país que desconozca la estructura y funcionamiento del *trust*. Pudiese ocurrir, sin embargo, que para un *trust* foráneo se haya nombrado a una persona natural como *trustee* que esté o en el futuro se domicilie en España y maneje las inversiones del *trust* desde allí, por ejemplo, en cuyo caso, en principio el tribunal español sí sería competente para ver el litigio de acuerdo a la competencia especial de Bruselas I bis, si se entiende que el *trust* estuviese domiciliado en España por tener el centro de operaciones aquí. En ese supuesto también coincide que el *trust* está domiciliado en el mismo Estado que el *trustee*. Repetimos que este supuesto no se contempla ocurra con frecuencia puesto que nadie debería establecer el centro de operaciones en un Estado que no tenga legislación de apoyo para el funcionamiento del *trust*.

En cuanto a la competencia judicial internacional sobre litigios que impliquen la relación externa del *trust*, cuando el *trustee* pretenda demandar a un domiciliado de un Estado parte, la competencia en principio será la del régimen general del Estado parte donde esté domiciliado el demandado, la que se atribuye por medio del artículo 4 de Bruselas I bis. El régimen general de competencia al domicilio del demandado se sustituye en los casos de aplicación de la competencia especial que provee el artículo 7 de Bruselas I bis, por ejemplo, como hemos mencionado sobre los pleitos de la relación interna del *trust*, en materia contractual sobre prestación de servicios, que se podrá demandar en un Estado parte distinto del Estado parte del domicilio del demandado, en el lugar del Estado parte en el que según el contrato hayan sido o deban ser prestados los servicios. En materia delictual o

cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

Residualmente, para litigios que impliquen la relación externa del *trust* a los cuales Bruselas I bis u otra fuente de competencia convencional o reglamentaria de la UE no cubra, la competencia judicial internacional la establecerían las normas internas del foro, en el caso de España, **la Ley Orgánica del Poder Judicial**. La competencia judicial de los tribunales españoles en esos casos viene determinada en principio, por el artículo 22 *quinquies* de la LOPJ y no por el Reglamento Bruselas I bis. En estos supuestos los tribunales españoles serán competentes en materia de obligaciones contractuales cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España. Estos litigios, por ejemplo, pueden ser asuntos contra acreedores foráneos del *trust* que deban efectuar sus pagos al *trustee* en España.

3. Otra fuente para determinar la competencia judicial internacional en materia de *trust* es el **Reglamento número 650** del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 4 de julio de 2012 relativo la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de **sucesiones *mortis causa*** y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Según el artículo 4 del Reglamento, serán competentes los tribunales donde se ubique la **residencia habitual** del causante al momento del fallecimiento para resolver asuntos sobre la **totalidad de la herencia**. El Reglamento permite al testador elegir como Derecho aplicable el del país de la nacionalidad que posea al momento de la elección o del fallecimiento (artículo 22). Si dicho Estado de su nacionalidad es miembro de la UE, se permite que las partes interesadas puedan pactar por escrito que los tribunales de dicho país sean competentes para sustanciar cualquier causa materia de la herencia.

En lo relativo a los *trusts* creados en el extranjero por testamento, por un causante que fallezca residiendo en España, su sucesión caería bajo la jurisdicción de un tribunal español. Puede darse la situación que un testador otorga su testamento en Inglaterra creando un *trust* al cual le distribuirá al fallecimiento un bien inmueble ubicado en España. Si fallece residiendo en España y no ha elegido el Estado de

su nacionalidad como Derecho aplicable a la sucesión con el pacto del foro correspondiente, serán competentes los tribunales españoles.

El artículo 10, titulado de competencia subsidiaria, dispone que cuando un causante no tuviera residencia habitual en un Estado miembro, serán competentes los tribunales del Estado miembro donde ubiquen los bienes de la herencia si el testador es nacional de dicho Estado o hubiera tenido su residencia habitual en dicho Estado siempre que cuando se someta el asunto al tribunal no hubiesen transcurrido cinco años desde el cambio de residencia habitual.

4. Una vez determinada la competencia judicial internacional de un Estado miembro concreto, usando el ejemplo de España, el tribunal habrá de determinar cuál es el Derecho material regulador que deba aplicar a la controversia. Como el asunto del litigio internacional versará sobre un *trust* o figura estructural y funcionalmente análoga, el tribunal español se encontrará con el problema de que **esta figura jurídica que en principio es desconocida** en su ordenamiento jurídico y por tanto tampoco cuenta con normativa internacional privatista que aborde los asuntos sobre el *trust*. Al no estar la figura regulada en su Derecho, el tribunal deberá calificar preliminarmente el supuesto de hechos y pretensiones para subsumirlo en la normativa conflictual correspondiente aplicable o en ausencia de normativa, en la más análoga, considerando los **objetivos y funciones que ejerce el *trust* concreto que se califica**, teniendo en cuenta la versatilidad del *trust* en su desempeño a lo largo del espectro del Derecho civil, mercantil y laboral.

De nuestro estudio queda bastante claro que en el análisis del Derecho conflictual del *trust* particularmente en la búsqueda del Derecho aplicable, es de gran utilidad el método inductivo de analizar el caso asunto por asunto. En la etapa de la calificación, la multifuncionalidad del *trust* no admite en el Derecho conflictual que se aplique un solo Derecho a la totalidad de todos los litigios que impliquen un *trust*. Ya de por sí algunos supuestos versarán más sobre el Derecho de propiedad, el Derecho sucesorio, y otros sobre el Derecho de contratos. Por necesidad se calificará dependiendo de la función que ejerce el *trust* objeto de litigio y con la perspectiva de lo que se pretende o se plantea, la controversia o controversias. Si un solo Derecho aplicable brinda solución al caso en su totalidad por supuesto que

no sería adecuado el *dépeçage*. No obstante, si fuese el caso de que no se lograra una solución adecuada y viable, el **dépeçage** no se debe descartar cuando la aplicación de varios Derechos no es contraproducente. En los derechos consuetudinarios como el anglosajón es usual utilizar el *dépeçage*, pues resuelven los asuntos con enfoque en las controversias (*issue-by-issue-analysis*). En el Derecho conflictual relativo a los *trusts*, como hemos podido observar, el *dépeçage* será inevitable en muchos casos.

El asunto de capacidad para crear la estructura de *trust* no debe calificarse ni decidirse bajo el mismo Derecho que el asunto de la capacidad para disponer de la propiedad, sea en vida o por testamento, a menos que ambos Derechos coincidan en los vínculos adecuados con el *trust* y el asunto concreto. Cuando estudiamos el Convenio de La Haya, así como otros Convenios europeos en materia de Derecho conflictual vemos que es inevitable someter distintos asuntos que quedan excluidos del ámbito de aplicación, a su correspondiente Derecho regulador para precisamente crear la armonía que se necesita en la resolución de problemas transfronterizos respetando los aspectos del Derecho imperativo, mandatorio y atender adecuadamente los asuntos de orden público internacional. Esto no impide que deba evitarse el fraccionamiento el Derecho regulador del *trust* (el Derecho aplicable al cohete en marcha, para usar la terminología descriptiva del Convenio de La Haya) salvo los «elementos del *trust* que sean separables», como los asuntos de la administración del *trust* que el Convenio de La Haya expresamente autoriza que se pueda aplicar otro Derecho paralelamente al regulador del *trust*.

En el caso de un *trust* para gestión, por ejemplo, el tribunal español encontrará que las funciones y objetivos de ese tipo de *trust* caen dentro de la categoría del Derecho de contratos o dentro de los contratos atípicos como la *fiducia cum amico*. No debe tener renuencia a calificar dicho *trust* como un contrato pues las jurisdicciones consuetudinarias que conocen el *trust* con estas funciones lo calificarían dentro de la rama de los contratos. Una vez calificado el *trust* en controversia funcionalmente como un contrato, en este punto el Tribunal se encontrará en la fase de buscar la norma conflictual aplicable con base en el sistema de fuentes del Derecho: la normativa europea, convencional o la local. Las normas que aplican a los contratos están cubiertas por el **Reglamento Roma I**.

Este Reglamento de la UE sigue una normativa internacional privatista bien similar a la que han utilizado los países de derecho consuetudinario para calificar y buscar el Derecho regulador del *trust*. Es una normativa con base en reglas mixtas tanto bilaterales como unilaterales que brindan más flexibilidad al proceso, considerando la multiplicidad de funciones que tiene el *trust*, que a su vez es una cualidad que comparte con los contratos.

El Tribunal se enfrentará a que Roma I tiene una disposición que expresamente excluye dentro del ámbito de aplicación «la constitución de *trusts*, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios». Cuando indagamos en la razón de ser de esta exclusión nos encontramos que se refiere a la visión tradicional del Derecho inglés sobre la naturaleza del *trust* dentro de la rama del Derecho que atiende los asuntos de trasposos y creación de derechos de propiedad, que tradicionalmente son materias que se rigen o por el Derecho del lugar de ubicación de la propiedad. Cuando el asunto en controversia efectivamente gire en torno a la titularidad del bien objeto del trasposo o cesión o la capacidad del constituyente en disponer de la propiedad, la normativa conflictual que aplicará obligatoriamente será la que atiende los asuntos de derechos de propiedad y no los asuntos de contratos. El *trust* moderno se concibe en los países que lo albergan como un híbrido del Derecho contractual y el de propiedad. En función del aspecto que se halle en controversia aplicará una u otra norma. Es de esta forma que un tribunal debe abordar los asuntos de *trusts*, en función del planteamiento concreto. El negocio fiduciario como contrato atípico serviría de base para la calificación que subsumiría la figura dentro de la categoría de los contratos atípicos cuando la controversia gire en torno al aspecto contractual del negocio. En esta categoría también se puede enmarcar al *trust* como un contrato en beneficio de tercero, lo que es compatible también con la vertiente estadounidense que enfoca la naturaleza del *trust* como dentro de la rama del Derecho contractual.

En aquellos supuestos donde el *trust* opera analógicamente como un contrato, entendemos que no aplica la citada exclusión. La solución que ofrece Roma I es totalmente compatible con las soluciones del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable y reconocimiento de los *trusts* y las que se han desarrollado en el Derecho anglosajón sobre los contratos en el ámbito conflictual, que a su vez han servido a

la doctrina anglosajona para en el análisis de ley aplicable a los *trusts*. Por lo tanto, el modelo de *trust* que funciona como un contrato sí debe estar cubierto por el Reglamento Roma I. Las soluciones de Roma I en la mayoría de los casos van a remitir a un Estado que conoce la institución. Tanto en Roma I, como en el Convenio de La Haya y en el Derecho anglosajón sobre el *trust*, prima la autonomía de la voluntad para elegir el Derecho aplicable a los asuntos propiamente de *trust* (*trust related matters*). En ausencia de elección prima la selección del Estado con los vínculos más estrechos con el *trust* y el asunto en controversia.

En ausencia de elección del Derecho aplicable, Roma I en el artículo 4 dispone que para los contratos de servicios (en el caso del *trustee* los servicios de administración y supervisión de inversiones) se regirán por la ley donde tenga la **residencia habitual** el prestador del servicio o la parte (el *trustee*) que deba realizar la **prestación característica del contrato**. El lugar de la prestación característica del contrato en el caso de un *trust* será la **sede administrativa** en el caso de que el *trustee* tenga personalidad jurídica, o si no la tiene, el lugar del **centro de gravedad** de las operaciones donde se llevan a cabo las diversas prestaciones del *trustee* (considerando número 19). La metodología de los vínculos más estrechos entre el *trust* y el Derecho regulador en la mayoría de los supuestos va a coincidir con la sede administrativa o el centro de gravedad.

En el supuesto de que el órgano jurisdiccional no se valga de Roma I para determinar el Derecho regulador, y en ausencia de la ratificación del Convenio de La Haya, conforme al artículo 12.1 del CC español, la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española. Las soluciones que aporta la normativa conflictual del Código Civil español para los contratos (artículo 10.5), con base a la nacionalidad o residencia habitual común de las partes o la ley del lugar de celebración del contrato, no son adecuadas en muchos supuestos del *trust*. Es una normativa arcaica y guarda poca relación con el interés que puedan tener esos Estados con las controversias de naturaleza contractual que impliquen a un *trust*. La ley del lugar de celebración del contrato como punto de conexión para regular un contrato está desacreditada por la doctrina, primordialmente porque suele ser una selección fortuita y sin ningún vínculo con el contrato o sus prestaciones. La residencia habitual de las partes

todavía se utiliza en Roma I para distintos tipos de contratos, pero con la salvedad importante de que, si de las circunstancias se desprende claramente que existe un Estado con vínculos manifiestamente más estrechos que la residencia habitual, aplicará el Derecho de dicho Estado. Esta última solución también se aplica cuando no se puede determinar el Derecho aplicable, o bien porque no se haya seleccionado por las partes o no aplican los criterios esbozados.

En ausencia de una normativa adecuada que produzca resultados razonables, para brindar una tutela internacional y constitucionalmente efectiva, debe buscarse el Derecho con el cual el *trust* tenga los **vínculos más estrechos** evaluando los puntos conectores que menciona el Convenio de La Haya para determinar los vínculos más estrechos con de un *trust*. En este análisis podemos valernos como referente las metodologías estadounidenses de hallar el Derecho aplicable cuando la norma de Derecho Internacional Privado del foro no lleva a una solución adecuada en el caso concreto o no exista una norma concreta que por analogía lleve a un resultado adecuado. **A falta de un resultado adecuado, el tribunal estaría fallando en su deber constitucional de brindar una tutela efectiva.**

En el proceso analítico de buscar el Estado con mejores vínculos, podría el Tribunal hacer el ejercicio de equilibrar los intereses de los Estados implicados tomando en consideración la metodología empleada en el Derecho internacional privatista comparado para recabar los factores que designa como importantes. Factores como por ejemplo considera la segunda reformulación del Derecho Internacional Privado estadounidense, que incluyen, sin orden prioritario o exclusividad, los siguientes: las necesidades de los sistemas de Derecho interestatal e internacional; las políticas relevantes de los Estados implicados y los intereses relativos de éstos a la resolución del asunto en controversia; la protección de las expectativas razonables de los particulares; las políticas detrás de la rama del Derecho implicada; la certeza, previsibilidad, uniformidad en los resultados decisionales y la facilidad o conveniencia de la aplicación del Derecho presuntamente aplicable. Reconocemos que esta vía, al igual que la que deja abierta la posibilidad de varias soluciones, es motivo de la incertidumbre de la que se ha tachado al sistema de Derecho Internacional Privado estadounidense. No

obstante, la dificultad de la materia debe ceder ante el interés de que se respete la razón de ser del sistema internacional privatista.

La doctrina anglosajona está de acuerdo en que el Derecho regulador del *trust* ha de regir los asuntos de validez de la creación de la estructura del *trust* y los asuntos administrativos del *trust*. Éstos últimos comprenderán, como también establece el Convenio de La Haya y la doctrina anglosajona: (a) la designación, dimisión y revocación del *trustee*, la capacidad para actuar como *trustee* y la transmisión de las funciones del *trustee*; b) los derechos y obligaciones de los *trustees* entre sí; c) el derecho del *trustee* a delegar total o parcialmente el desempeño de sus obligaciones o el ejercicio de sus facultades; d) las facultades del *trustee* para administrar y disponer de los bienes del *trust*, para darlos en garantía y para adquirir bienes nuevos; e) las facultades del *trustee* para efectuar inversiones; f) las restricciones relativas a la duración del *trust* y a las facultades para acumular los ingresos del *trust*. Ambas reconocen que el constituyente puede elegir una ley diferente al Derecho regulador que regule los asuntos de administración.

Por otra parte, la ley aplicable a la **validez formal de un *trust inter vivos*** en principio puede abordarse bajo Roma I que remite la regulación de los requisitos formales del contrato al país del Derecho regulador del contrato cuando todas las partes se encuentran en un mismo país al momento del otorgamiento (apartado 1 del artículo 11). De no encontrarse las partes en el mismo país, el campo se amplía a la aplicación del Derecho de cualquiera de los países donde se encuentre cualquiera de los otorgantes o la residencia habitual de cualquiera de éstos (apartado 2 del artículo 11). El Convenio de La Haya no aborda el Derecho regulador de las formalidades del *trust* pues se excluye todo lo relativo a asuntos preliminares y este asunto se entiende que es preliminar. Si se trata del traspaso de la propiedad, el Derecho regulador de esos asuntos determinaría la validez de las formalidades. En cuanto a la validez de la **constitución o creación de la estructura del *trust***, la doctrina anglosajona favorece que sea el Derecho regulador del *trust* el que rija esos asuntos (*trust specific formalities*).

5. Otra normativa europea de Derecho conflictual la brinda el **Reglamento Sucesorio** para determinar la ley aplicable a la sucesión. Quedaron fuera del

ámbito del Reglamento Sucesorio los asuntos del estado civil de las personas, las relaciones de familia, la capacidad jurídica de las personas físicas-- salvo la capacidad para suceder--, y cuestiones sobre regímenes matrimoniales, entre otras (artículo 23). En cuanto a los *trusts* se refiere, se excluyen las cuestiones relativas a la **creación, administración y disolución de trusts** (apartado 2, inciso j del artículo 1), lo que confirma que el *trust* en sí debe regularse fuera de la ley que rige la sucesión, salvo los asuntos de distribución de bienes y derechos a suceder, como establece el Reglamento sucesorio. La ley aplicable a la sucesión determinada por el Reglamento sucesorio regulará la **cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios** de un *trust* creado por testamento o por ley en los asuntos relacionados con una sucesión intestada (considerando número 13).

El artículo 23 del Reglamento sucesorio dispone que la ley aplicable al asunto de la capacidad para suceder se rige por la misma ley que rige la sucesión, aunque esta ley no sea de un Estado miembro. En ese contexto la capacidad del *trustee* para recibir *mortis causa* bienes del testador a través de un *trust*, debe regirse también por la misma ley que dispone de su sucesión.

Con base en la doctrina anglosajona, en lo que concierne al *trust* creado por testamento, una vez el *trust* comience a operar pasada la etapa de la administración sucesoria, debe aplicar la misma normativa de Derecho Internacional Privado que aplica a los *trusts* creados *inter vivos*, donde se permite al constituyente establecer el Derecho regulador, como es en la normativa que regula los contratos. En ausencia de una selección del Derecho regulador debe aplicarse el Derecho con el cual el *trust* tenga vínculos más estrechos.

En el Derecho anglosajón vimos que los asuntos de la validez de un *trust* creado por testamento están supeditados a que el testamento sea válido. Cuestiones que versen sobre la **disposición *mortis causa* de la propiedad** se regirán por la ley que regula la sucesión (ley del domicilio del testador al momento del fallecimiento para los bienes muebles o la *lex situs* en cuando a los inmuebles). Asuntos que versen sobre el ***trust* en sí**, como asuntos de **interpretación de los términos del *trust***, se rigen por el **Derecho que haya escogido el testador/constituyente** para

esos asuntos independientemente de la naturaleza o la ubicación de los bienes o si el *trust* es testamentario o *inter vivos*. De no haber escogido una ley, la presunción es fuerte de que aplica el Derecho del **domicilio al momento del otorgamiento** por ser cuestiones de la intención del testador/constituyente ese momento se considera relevante a la luz del derecho de su domicilio, particularmente si allí se otorgó el testamento con abogados locales.

Los asuntos de la **validez formal del *trust mortis causa*** los determinaría el Derecho que aplica a la validez formal del testamento que crea el *trust*. El Reglamento sucesorio de la Unión Europea en su artículo 27 dispone varias alternativas para sostener la validez formal de disposiciones *mortis causa* ya sea por un testador o parte de un pacto sucesorio: la ley del Estado de celebración, el Estado de nacionalidad del testador o pactante, el Estado del domicilio (según lo defina la ley de dicho Estado) del testador o pactante, la residencia habitual o bien al momento de la celebración, al momento de la disposición o al momento del fallecimiento, o con relación a los bienes inmuebles, el lugar en que estén situados.

Resumiendo, el **Derecho regulador del *trust*** transfronterizo tanto *inter vivos* como *mortis causa* en los asuntos relativos a la operación del *trust*, debe ser en primer lugar el escogido por el constituyente. La autonomía de la voluntad en cuanto a la selección del Derecho regulador del *trust* ha sido acogida por el Reglamento Roma I, el Convenio de La Haya y la mayoría de los Estados que conocen la figura del *trust*. Un *trust inter vivos* creado bilateralmente es análogo a un contrato donde ha mediado el consentimiento del constituyente y el *trustee*, incluyendo la cláusula de selección del Derecho regulador. El *trust mortis causa* en el momento en que comienza a operar también debe regirse por un Derecho que no tiene que ver con los asuntos sucesorios o de traspasos de la propiedad. Ese Derecho debe ser el que haya escogido unilateralmente el testador/constituyente, independientemente de que tenga o no vínculos con el Estado que rige la sucesión en el caso de un *trust* creado por testamento. La única limitación que tendrá en cualquier caso serán las normas imperativas del Derecho escogido o las que resulten del derecho conflictual del foro que apliquen a materias que no pueden variarse por acuerdo o versen sobre derechos de traspasos de propiedad o del Derecho que regula la sucesión, que son normas independientes de los asuntos de *trust* propiamente.

Esta vía no deja de ser parecida a lo que dispone el *Uniform Trust Code*, que permite elegir el Derecho regulador del significado y efectos del *trust*, a menos que la designación vaya en contra de una política fuerte del Estado con vínculos más estrechos con el asunto en cuestión. Presuntamente el *trust* será válido bajo el Derecho escogido por el testador/constituyente y debe ser un Derecho que conozca el *trust* y sus tribunales tengan la experiencia para manejarlo. En ausencia de elección, y nos atreveríamos a sugerir que en el caso que el *trust* no sea válido bajo el Derecho seleccionado, debe caber la opción de aplicar el Derecho con el cual existan vínculos más estrechos donde se valide el *trust*. En la determinación de los vínculos más estrechos los factores son parecidos en todas las legislaciones anglosajonas incluyendo el Convenio de La Haya: el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente; el lugar donde se encuentren situados los bienes del *trust*; el lugar donde resida o ejerza sus actividades el *trustee*; los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse.

6. Vimos que Roma I debe abarcar los asuntos de *trust* en el marco de las obligaciones a las que el *trustee* quedó vinculado para con el o los beneficiarios y que surjan del cumplimiento de esas obligaciones, incluyendo las consecuencias del incumplimiento con las obligaciones, deberes, poderes y responsabilidades como *trustee* que surgen del instrumento constitutivo del *trust* y las que surjan del Derecho aplicable. La ley reguladora del contrato/*trust* regiría de esas materias (art. 12 (c)). En principio, en el ámbito del DIPr de la UE sobre las obligaciones en general, todo lo que no cubre Roma I se contempla que lo ampare **Roma II** en obligaciones extracontractuales y siempre que se cumplan sus ámbitos de aplicación. Cuando las obligaciones extracontractuales surgen entre los componentes del *trust*, Roma II excluye las obligaciones extracontractuales que se deriven de las relaciones entre fundadores, administradores y beneficiarios **de un *trust* creado de manera voluntaria**. A *sensu contrario*, y en primera instancia, queda claro que Roma II debe cubrir las obligaciones extracontractuales derivadas de un *trust* involuntario como lo son el *constructive trust* o el *resulting trust*, mecanismos de naturaleza tutelar, pero que la doctrina y jurisprudencia lo califican de derecho sustantivo, propios de los países de raíz anglosajona. El legislador de la UE, considerando a esos países, estableció dicha exclusión para crear una

consistencia y armonía con el Convenio de La Haya evidentemente en lo que a éstos les concierne y partiendo de la premisa correcta de que la mayoría de los Estados miembros de esa tradición efectivamente han ratificado el Convenio. El legislador debió ser más claro en ese particular, pero a nuestro entender el historial legislativo sostiene esta conclusión.

Por lo tanto, en cuando a las obligaciones extracontractuales que surjan de la relación interna del *trust*, Roma II debe abordar estos asuntos en la medida en que los Estados implicados no hayan adoptado el Convenio de La Haya. El tribunal competente calificará el asunto para llegar al Derecho regulador de la reclamación con base en la causa de acción que esboza el reclamante. En el caso de obligaciones extracontractuales por enriquecimiento que concierna la relación interna, se aplica la normativa del artículo 10 (1) que apunta al Derecho regulador de la relación, la *proper law* del *trust*. Reclamaciones relacionadas al *trust* en contra de un tercero ajeno al *trust*, el enriquecimiento injusto se aplicarían los apartados 2-4 de Roma II. En el caso de daños que no impliquen enriquecimiento injusto, debe aplicarse el régimen del artículo 4 de Roma II.

En los asuntos que se conocen como *proprietary restitution*-- reivindicación propietaria-- donde el planteamiento concreto sea la titularidad de la propiedad sobre el asunto de quién tiene mejor derecho, el Derecho regulador ha de ser siempre conforme al Derecho que apunten las normas de DIPr del foro, que generalmente será *la lex situs*. Esta metodología sigue la que establece el Convenio de La Haya para estos asuntos. Si se debe admitir el *renvoi* en ese momento, dependerá de que el Derecho que indique la norma conflictual no sea el más adecuado que el inicialmente señalado por la norma y que admita el *renvoi*. En este momento estaríamos fuera de Roma II, que no contempla el *renvoi*. Esto último puede ser pertinente en el caso de bienes muebles que transiten por varios Estados.

Hemos visto que existe un sector minoritario en la doctrina anglosajona que reivindica la naturaleza propietaria del *trust*. Independientemente de que en ese debate estos pasan por alto el aspecto híbrido del *trust* moderno y sus funciones contractuales, esta calificación puede ser útil en un supuesto concreto en que un

beneficiario pida la reivindicación de la propiedad indebidamente traspasada a un tercero en quebrantamiento de los deberes del trustee. Es correcto que el *trust* anglosajón crea un derecho de propiedad subjetivo para el beneficiario, cuyo derecho con base a la *equity* no encaja específicamente en un Derecho real de raíz civilista, pero, para propósitos del Derecho Internacional Privado, la figura del negocio fiduciario atada a la titularidad fiduciaria provee las herramientas para brindar protección al beneficiario ante la conducta desleal del fiduciario en traspasar los bienes a un tercero sin causa onerosa. La escisión del dominio que contempla la *equity* no la tiene la *fiducie*, que ha servido en países civilistas para regular el negocio fiduciario incluyendo su vertiente del derecho de propiedad en cuanto al acto del traspaso de la titularidad fiduciaria. En estos casos, el derecho a pedir la reivindicación de la propiedad puede brindar tutela judicial a un beneficiario que haya sido víctima del quebrantamiento del *trust*, siempre que no se afecten derecho de terceros de buena fe y por causa onerosa, asuntos que dispondrá el Derecho del Estado al que apunten las normas de DIPr sobre asuntos de derechos de propiedad.

7. El **Convenio de La Haya relativo a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento** ofrece las garantías de confiabilidad para servir de fuente persuasiva, aunque no haya sido ratificado por el foro como fuente vinculante, no deja de ser un instrumento válido para aportar sobre la naturaleza de esta figura desconocida. Los elementos del *trust* que recoge el Convenio de La Haya en nuestra opinión, son los suficientes necesarios para su reconocimiento y ejecución. Serían los países de jurisdicciones *offshore* los que pudieran tener problemas con el Convenio de La Haya en la medida en que su legislación de Derecho Internacional Privado es más liberal que dicho Convenio pues en muchas áreas se derogan asuntos del Derecho imperativo. Ese problema no lo tendrían los países civilistas puesto que el Convenio de La Haya conserva la protección en esas áreas. Una vez admitido el *trust*, y establecido el contenido, vigencia y alcance del Derecho extranjero, la función del tribunal es determinar la posibilidad de hacer valer los efectos que pretendía el constituyente. En esta etapa ya no es tan importante el Derecho extranjero en sí, sino buscar en el Derecho local las figuras análogas que valdrían para dar reconocimiento al *trust*.

A pesar de las críticas negativas que ha recibido el Convenio de La Haya y su poca acogida, no podemos aseverar que haya fallado totalmente en su cometido. La meta de dar a conocer la figura entendemos ha sido alcanzada cuando vemos que los órganos jurisdiccionales se han servido del Convenio para entender y calificar el *trust*. Tras la firma del Convenio, Estados como Italia, Suiza, Países Bajos, Luxemburgo, entre otros, que habían luchado con esta figura en el proceso de dar soluciones a asuntos de Derecho Internacional Privado adaptando una figura desconocida en su ordenamiento con miras a reconocerla y darle efectos en su territorio, lo han ratificado y a su vez han aprobado legislación para hacer valer las disposiciones del Convenio en su Derecho interno. Ya no tienen que recurrir a «malabares jurídicos» para identificar una figura del Derecho interno que les lleve a la norma de Derecho Internacional Privado correspondiente, pues ahora cuentan con una normativa de Derecho conflictual específicamente aplicable al *trust* que les permite identificar el Derecho aplicable directamente una vez identificada la controversia en torno a un *trust*.

No obstante, todavía habrá lagunas a la hora de determinar si la figura en cuestión es efectivamente un *trust* al que aplica el Convenio, que permita desplazar sus normas de Derecho Internacional Privado forales por las del Convenio. Esta tarea se complica considerando que el Convenio aplica a figuras análogas al *trust*, los llamados *trusts* amorfos (*shapeless trusts*). Cuestionamos la necesidad de incluir estas figuras en el ámbito del alcance del Convenio pues si la intención era que se utilizaran para traducir el *trust* en los *non-trust states*, debieron dedicar un capítulo para ello o ampliar la sección sobre reconocimiento para abordar estos asuntos. Estas figuras crean un problema de calificación para determinar si entran o no en el Convenio. Ningún jurista debe establecer un *trust* en un Estado civilista que no haya incorporado la figura a su Derecho interno. Algunos alegan que no tiene sentido intentar reconocer uno de esos *trusts* amorfos como si fuera un *trust* anglosajón o verdaderamente homólogo. Es cierto que surge del informe explicativo que las figuras a reconocerse como *trusts* tienen que ser estructuralmente análogas, sin embargo, tampoco se define lo que es estructuralmente análogo: si los *trusts* unilaterales, bilaterales, o trilaterales, todas cuyas características las tiene el *trust* anglosajón. El patrimonio protegido, investido de obligaciones fiduciarias del *trustee* para con los beneficiarios, fue un asunto que no se desarrolló en el

Convenio, por razones desconocidas pero que es fundamental en la naturaleza de un *trust*. Debieron concentrarse, como señala el preámbulo, en el *trust* anglosajón con todas las características esenciales y aquellas instituciones que verdaderamente son homólogas al *trust* en TODAS esas características.

Por otro lado, las críticas levantadas por LUPOI que describen el *trust* convencional como amorfo, no deberían tener mayores consecuencias si reconocemos que los países que tengan una institución tipo *trust* amorfo en su ordenamiento jurídico no deberían quejarse de que se le dé reconocimiento vía la institución análoga correspondiente en el país del foro. En cuanto a estas figuras análogas que son sólo eso y no homólogas, sin embargo, debió aclararse que deben excluirse para propósitos de reconocimiento del *trust qua trust*, pero a la hora de que un país que desconoce la figura pueda hacer valer los efectos de una figura desconocida en su territorio, sí deben valer las figuras análogas que no puedan reconocerse como *trust qua trust*. Para este propósito lo relativo a figuras análogas debió incluirse en el capítulo de reconocimiento, pero enfocándose en la difícil etapa de la traducción del *trust* anglosajón en el Derecho receptor. Son esas figuras análogas las que deben desplegar los efectos que indica el artículo 11 del Convenio en el capítulo del reconocimiento.

El Convenio debió incluir los *trusts* involuntarios creados judicialmente y los establecidos por legislación, permitiendo a los Estados miembros hacer las reservas pertinentes. En el Reino Unido y sus parientes anglosajones existen operando muchos *trusts* judiciales y los creados por operación de ley. No hay razón válida para no reconocerlos internacionalmente, excepto considerar que ya era suficiente para los países civilistas con que reconociesen los *trusts* voluntarios y expresos posponiendo lo propio para estos otros tipos de *trusts*. Entendemos que ya sería hora de incluirlos. Otra justificación fue que estos *trusts* se utilizan en el mundo anglosajón para remediar el enriquecimiento injusto o la gestión negocios ajenos y otras vías empleadas en los países civilistas, que entendemos las debe recoger Roma II. No obstante, éstas últimas instituciones pudiesen servir de instrumento de traducción para hacer efectivo uno de estos *trusts* involuntarios, independientemente del Convenio de La Haya.

No debió dejarse fuera del Convenio el tema del deber fiduciario del *trustee*, que es fundamental en un *trust* del *Common Law*. Si Francia en aquel momento no contaba con la *fiducie*, no debe ahora tener problema con reconocer ese aspecto de una figura extranjera para propósitos del Derecho Internacional Privado, más aún cuando posteriormente adoptó la *fiducie* en su Derecho interno. Ahora que la *fiducie* se ha extendido en Europa continental, es también hora de que se reconozca el aspecto de la responsabilidad fiduciaria como parte integrante de un *trust* que requiera su reconocimiento.

El Convenio acertadamente dejó fuera de su alcance los asuntos preliminares relativos a la validez de los testamentos u otros actos jurídicos en virtud de los cuales se transfieren bienes al *trustee* (artículo 4). Una de las funciones primordiales dentro de la disciplina internacional privatista es precisamente salvaguardar los derechos de carácter inderogable a través del desplazamiento del Derecho regulador cuando se trastocan normas inderogables, imperativas o asuntos de orden público. Reconocemos que muchas de las jurisdicciones *offshore* efectivamente derogan esas materias y es por ello que el Convenio asiste a los Estados que consideren importantes derogarlas a la hora de evaluar un *trust* al que le vaya a dar efectos.

Entendemos que el Convenio pudo haber establecido normas aclaratorias para el manejo de los asuntos preliminares a fin de facilitarle a los operadores jurídicos el acercamiento a la figura y a los fines de brindar uniformidad y previsibilidad a la materia. Si el asunto se trata de la validez del traspaso de título sobre un bien inmueble, está aceptado que todo Estado tiene un interés apremiante de control directo de la propiedad inmueble en su territorio y por ello debe controlar la *lex situs*, independientemente de que se haya escogido otro Derecho regulador sobre el *trust*. En el Convenio debió quedar claro, sin embargo, que no compete a la *lex situs* determinar si se permite crear la estructura del *trust* con un bien inmueble, pues los «asuntos de *trusts*» sí están cubiertos independientemente de los bienes que integren el *trust*. Es decir, una vez determinada la capacidad del transmitente --conforme al Derecho aplicable a ese asunto concreto-- para disponer de su propiedad de acuerdo a la *lex situs*, los asuntos sobre la creación de estructura del *trust* deben regirse por la ley que regula el *trust*. Si el constituyente tenía la

capacidad para traspasar la propiedad «en cualquier caso» bajo el Derecho regulador de los traspasos de propiedad (*lex situs*), es irrelevante y deja de cobrar interés para dicho Estado, que se utilice la estructura del *trust* en vez de una compañía limitada o una corporación o sociedad, por ejemplo. En ese momento prepondera la ley aplicable al *trust*. Lo contrario sería pretender que un *trust* se pueda constituir en un Estado que no cuenta con las herramientas para crear la estructura. El Convenio utilizó la clasificación de asuntos preliminares a los asuntos que en otros instrumentos de la Unión Europea se identifican como fuera de su alcance, incluyendo la capacidad. Estos asuntos no cubiertos se rigen por las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado, incluyendo las que preservan los asuntos de leyes inderogables, el orden público y la *ius cogens*, que el Convenio de La Haya protege mediante los artículos 15, 16 y 18.

Sobre el asunto de crear un *trust* por la vía testamentaria debió aclararse que lo que se considera preliminar es la validez del testamento en sí y no la del *trust*. Si el testador tenía la capacidad de disponer de la propiedad, el *trust* debe operar independiente del testamento si su Derecho regulador permite que subsista a la invalidez del testamento que le da vida. En ese supuesto, el *trust* debe regirse por su propia ley reguladora independientemente de la *lex successionis*. Se debió especificar que el asunto de la validez del testamento se rige como es natural por la *lex successionis*. De fallar el testamento, si el Derecho aplicable no contempla que subsista el *trust*, el Convenio obviamente se deja de aplicar. Por otro lado, una vez determinado que el testamento era válido y que el testador conforme a la *lex successionis* podía disponer de su patrimonio «en cualquier caso», es indiferente que se utilice la estructura del *trust* para manejar la porción del patrimonio sujeto al *trust*, que no forma parte del caudal en sí, salvo en la medida en que entre en conflicto con la *ius cogens* en materia de derechos inderogables. Utilizando palabras de la doctrina sobre el Convenio de La Haya, una vez el *trust* cobra vida al momento de su lanzamiento y pasada la etapa de la administración sucesoria, es una entidad separada del asunto sucesorio que debe regirse por el Derecho que regula el *trust*. La *ius cogens* se respeta conforme a la aplicación de la *lex successionis* para los asuntos que competen a esta ley. Se preserva la unicidad de la sucesión, pero a la vez se respetan la *ius cogens* de la *lex sucesiones*.

Los asuntos de familia y del régimen matrimonial también tienen su normativa conflictual independiente del *trust*. A estos efectos se aplicaría el Reglamento de la UE 2016/1103 de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (plenamente operativo a partir del 29 de enero de 2019) y las normativas pertinentes de Derecho Internacional Privado sobre asuntos de Derecho de familia y del Derecho regulador del régimen. El Convenio de La Haya de *trusts* también, como otros Convenios y Reglamentos de la Unión Europea, acertadamente excluye estos asuntos de Derecho del régimen matrimonial o sobre el patrimonio de cónyuges o parejas civiles, del alcance del Convenio en un listado de asuntos no cubiertos. Esto implica que dichos asuntos se han de regir por el Derecho del Estado que determinen las normas de Derecho Internacional Privado pertinentes. En el caso de la Unión Europea es importante que haya armonía entre las distintas normas de Derecho Internacional Privado en todas estas materias que en la práctica están interrelacionadas.

A nuestro entender el Convenio ha acertado en la metodología general para hallar el Derecho regulador del *trust*. Permitir que el constituyente escoja el Derecho regulador es correcto particularmente porque debe ser un Estado que tenga el andamiaje indicado para sostener y brindar apoyo a la institución, partiendo de la premisa que es un Estado que conoce la institución y cuenta con la legislación que suple los términos del instrumento, además que sus tribunales serán los que estén acostumbrados a lidiar con los asuntos cotidianos del *trust*. Es acertado también que no opere el reenvío cuando el constituyente escoge un Derecho y que no remita al que indiquen las normas de Derecho Internacional Privado del Estado escogido. De igual forma tiene sentido que no opere la elección de un Derecho que desconozca el *trust* convencional. En ese caso es acertado que el Convenio provea la metodología objetiva como la del artículo 7 para encontrar el Estado con vínculos más estrechos con la figura y solo se debe reconocer *qua trust* si tiene los elementos del *trust* convencional.

Los puntos cubiertos en el artículo 11 son los que requieren mayor esfuerzo para un operador jurídico civilista puesto que el Convenio es confuso en sus disposiciones. Por un lado, el Convenio establece claramente que los **bienes que el trustee mantiene en trust no se mezclan con su patrimonio** para estar disponibles para sus acreedores y se reafirma que no forman parte de los bienes sujetos a su régimen matrimonial ni al caudal hereditario del *trustee*, pero en el apartado 3(d) indica que los derechos y obligaciones de un tercero que ostente la posesión de los bienes del *trust* seguirán rigiéndose por la ley que determinen las normas de conflicto del foro. La segregación del patrimonio sujeto al régimen de *trust* debe reconocerse tanto en cuanto a los bienes del *trustee*, como del constituyente—a menos que la creación del *trust* sea una pantalla para sacar sus activos del alcance de los acreedores cuando la creación del *trust* no haya sido por causa onerosa en perjuicio de sus acreedores. El resultado de esta actuación fraudulenta no necesariamente compete o interesa al Derecho regulador del *trust*. A estos efectos un Estado miembro que ratifique el Convenio de la Haya, debe asegurarse que para que su *trust* convencional sea reconocido por otro Estado, debe contar con legislación que reconozca que los bienes del fondo patrimonial del *trusts* sólo responden por aquellas deudas reconocidas por el Derecho regulador, que en un estado que conoce el *trust* son las que surgen de la administración del *trust*. Tampoco los bienes del *trust* deben responder por las deudas de los beneficiarios hasta tanto no se hagan las distribuciones. Cuando estos bienes entran en el patrimonio del beneficiario ya no están sujetos a la administración del *trustee* y no le compete al Derecho regulador del *trust*.

El asunto de los **derechos de acreedores y terceros adquirentes** choca con el principio también fundamental del derecho de los beneficiarios a rastrear y reivindicar los bienes sustraídos en violación de los términos del *trust* (**tracing**). El Convenio no expresa claramente si opera la **subrogación**, principio reconocido en los *trusts* anglosajones y en la mayoría de los Estados civilistas cuando un fondo se establece para un fin particular. El artículo 11 en principio sujeta los asuntos de la responsabilidad del *trustee* por quebrantamiento de *trust* al mezclar los bienes del *trust* con los suyos o a disponer de éstos a un tercero, a lo que disponga el Derecho regulador del *trust*. Los derechos y obligaciones del tenedor de esos

bienes los sujeta al Derecho que determinan las normas de DIPr del foro (art. 11(3)(d)). Esta última disposición parece tener mayor alcance que las del apartado (f) --sobre la protección de terceros de buena fe-- del artículo 15, cuyo artículo aclara que no se obsta la aplicación de aquellas disposiciones de la ley designada por las normas conflictuales del foro que no puedan excluirse por manifestación de la voluntad. El artículo 11 (3)(d) protege a los terceros que adquieren del *trustee* en quebrantamiento de *trust*, probablemente aplicando las normas de la *lex situs* sobre los derechos de poseedores de buena o mala fe.

En cuanto a la **protección de acreedores en caso de insolvencia**, la mejor interpretación del inciso (e) del artículo 15 es que se refiere a las normas imperativas no relacionadas con el establecimiento del gravamen, sino su **efecto frente a terceros acreedores**. Es decir, que si las normas de DIPr del foro remiten a un Derecho que permite que un tenedor de mala fe prevalezca, ese Derecho debe ser desplazado por el Derecho regulador del *trust*. Esa interpretación es consistente con los incisos (e) y (f) del artículo 15. El inciso (e) preserva los asuntos de protección de acreedores en situación de insolvencia. Estos «asuntos de insolvencia» deben corresponder a aquellos de carácter inderogables que protegen a los acreedores de traspasos de bienes en fraude de acreedores o asuntos de trato preferencial de acreedores por traspasos efectuados antes de la insolvencia y dentro de un término que fuera establecido por ley aplicable a esos asuntos. El inciso (f) debería aclarar que se preservan los asuntos imperativos de protección a terceros de buena fe no cubiertos por el derecho de acreedores en caso de insolvencia.

También se ha interpretado que la protección que brinda el artículo 15 a los asuntos de Derecho imperativo se refiere a los asuntos de traspasos de propiedad o creación de gravámenes sobre el interés propietario (*equitable title*) que tienen los **beneficiarios** sobre los activos del **trust** –un derecho en expectativa sobre el *corpus*-- como parte de su propio patrimonio, así como el interés propietario sobre las distribuciones del *trust*. Es decir, el beneficiario estaría limitado a traspasar su interés como beneficiario de la expectativa que pueda tener de recibir el *corpus* y el beneficio de los rendimientos de esos activos del *trust*, en la medida en que mediante ese acto no se contravengan las disposiciones imperativas del Derecho

aplicable según dispongan las normas conflictuales del foro. Otra interpretación a que estas disposiciones incluyan los intereses del *trustee* sobre su interés propietario no sólo desvirtúa la naturaleza del *trust* y tira por la borda el Convenio, sino que el interés del *trustee* no es un derecho de propiedad pleno pues esos fondos no se pueden utilizar para otro propósito que no sea el que dispone el instrumento constitutivo del *trust* a los intereses del *trust*. Un acreedor que hipotéticamente ejecutara ese interés propietario estaría en los mismos zapatos que el trustee sujeto a las obligaciones correspondientes, lo cual es un contrasentido, pues un acreedor no gana nada convirtiéndose en fiduciario para beneficio de otro.

Muchos países que firmaron el Convenio, sin embargo, no lo han ratificado. Ese es el caso de Estados Unidos, por ejemplo, que a pesar de que su intervención en el Convenio fue significativa y ha tenido el apoyo de las asociaciones de juristas especializados en la materia, el Congreso no se ha animado a ratificarlo. Aparentemente ello se debe a consideraciones relativas al federalismo y los problemas que tiene un Estado federado en aprobar convenciones que versan sobre materias que constitucionalmente caen bajo los poderes de los Estados. Por otro lado, el hecho de que cualquier Estado de los EEUU tenga que reconocer un *trust* amorfo—un *agency*—*qua trust* es de difícil asimilación.

A pesar de las fallas que pueda tener el Convenio, recomendaríamos su ratificación. En la legislación que se apruebe a esos efectos, se deben considerar los puntos que hemos abordado para aclarar los claroscuros del Convenio. España no puede continuar negando la presencia del *trust* anglosajón en su ordenamiento jurídico pues hemos visto que el legislador lo recoge en la ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. La normativa internacional privatista de la UE y la jurisprudencia del TJUE son de aplicación a España, lo que hace cada vez más necesaria la legislación de esta figura al menos para propósitos del Derecho Internacional Privado, como lo han hecho los ordenamientos europeos afines a la tradición jurídica española.

8. Por otro lado, tampoco es necesario ratificar el Convenio para que un país civilista esté en posición de solucionar los problemas de Derecho Internacional

Privado que presenta el *trust*. En el **estado de Derecho actual** donde no se ha ratificado el Convenio y la figura del negocio fiduciario no se ha codificado con normativa internacional privatista, a nuestro entender, el Derecho Internacional Privado actual cuenta con las herramientas para llegar a un Derecho regulador que sea razonable aplicar. La metodología para encontrar el Derecho aplicable al *trust* en principio debe ser la del Derecho conflictual según la prelación de las fuentes del Derecho, en la medida en que siguiéndola remita a un Estado que conozca la institución. Hemos ya mencionado, por ejemplo, la disponibilidad de los Reglamentos Roma I para las funciones de un *trust* creado bilateralmente o donde se ejerzan funciones de gestión de patrimonios. También los Reglamentos Roma II y el Reglamento sucesorio de la UE tienen normativa internacional privatista para atender los diversos asuntos de *trusts*.

9. Recomendaríamos, sin embargo, a los países civilistas que no lo hayan hecho, **la adopción del *trust* en el Derecho interno** con la normativa conflictual correspondiente y la normativa que sea afín a su política pública fiscal con las salvaguardas que han adoptado Francia, Italia y los países del entorno anglosajón que no son necesariamente del tipo *offshore*. Concretamente España ya está haciendo positivas incursiones legislativas como la ley que permite la creación de fondos autónomos para beneficio de discapacitados y en Cataluña con la fiducia que ha querido incorporar a su Derecho autonómico y el régimen del patrimonio autónomo ya vigente para beneficio de discapacitados. En el ámbito judicial o administrativo no ha tenido igual acogida el concepto del *trust*.

Como alternativa análoga al *trust* anglosajón, los Estados civilistas pueden por la vía legislativa, **establecer normas que regulen el negocio fiduciario o la fiducia** y aclarar los efectos del patrimonio fiduciario compatibles con el *trust* convencional. A la vez, deben establecer las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a la fiducia, sirviendo el Convenio de La Haya como punto de partida aclarando los claroscuros que hemos visto en la doctrina y sobre todo aportando las características que debe contener como mínimo. Hay que reconocer que en el Convenio participaron todos los países de tradición anglosajona con los juristas más reconocidos que se preocuparon por que quedase plasmado lo necesario para que la institución sea identificada a la hora de presentarse una controversia que

gire en torno al *trust* anglosajón o figura análoga. En ese ejercicio de formular la normativa internacional privatista, se respetarán las normas imperativas del Derecho al que las normas de Derecho Internacional Privado del foro remitan en aquellas materias distintas a lo que es la operación del *trust* propiamente, pero que en el tráfico jurídico necesariamente van a coincidir con el *trust*. Estas materias son las relativas al régimen matrimonial, las que regulan la sucesión, las que regulan el Derecho de familia y protegen menores o discapacitados y las que regulan las relaciones con los acreedores o terceros adquirentes. Con relación a éstos últimos, es imperativo que se establezca con claridad que la protección jurídica no albergará a un adquirente de mala fe. También se establecería que en ningún caso se reconocerá un *trust* cuyos efectos sean contrarios al orden público internacional.

10. En España los órganos jurisdiccionales que se han enfrentado al *trust* han impuesto a las partes una carga de prueba sobre el Derecho extranjero que ha consistido, de manera reiterada, en la aplicación residual del Derecho español, produciéndose con ello una indefensión y rompiendo con el requisito constitucional de proveer una tutela judicial efectiva a los litigantes. En el caso del *trust* se evidencia con la Sentencias de Tribunal Supremo STS 30 abril 2008 y la STS de 22 de marzo de 2017. En estos casos los tribunales aplicaron residualmente el Derecho español aduciendo que las partes no aportaron prueba y no entendieron necesario intervenir de oficio en el proceso de la búsqueda de esa prueba. También la Agencia Tributaria se ha encontrado con la figura del *trust* y la descarta por «por no ser figura conocida en el derecho español».

El legislador español para solucionar este problema en la práctica forense, aprobó la Ley 29/2015 de 30 de junio de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC) que introduce la tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares. Esta ley establece en su Exposición de Motivos y en el apartado tercero del artículo 33, que la **aplicación del Derecho español por falta de prueba del Derecho extranjero** dentro de un proceso judicial debe ser algo **excepcional**, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Estos supuestos donde no se haya podido probar el Derecho extranjero tendrán que ser de naturaleza bien particular y limitados a situaciones como

asuntos donde el Derecho aplicable sea el de países en estado de guerra, catástrofe natural o de nueva creación, por ejemplo. Fuera de **circunstancias extremas** como éstas, las partes del litigio están obligadas a probar el Derecho extranjero, sin perjuicio de lo que la juez deba aportar de oficio en defecto de lo anterior. Esta **intervención judicial toma carácter de obligación de parte de los magistrados** ante el supuesto de que las partes litigantes no lleguen a acreditar tal Derecho. Esta legislación es un adelanto importante que aclara que no es opcional la intervención judicial en la prueba del Derecho extranjero, sino un deber **con trascendencia constitucional**.

En el primer apartado del artículo 33 de la LCJIMC se somete la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero a **las normas de la LEC** y demás disposiciones aplicables a la materia. En el segundo apartado dispone que los órganos jurisdiccionales determinarán el **valor probatorio** de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la **sana crítica**. Estas son reglas que la jurisprudencia reconoce que, aunque no están codificadas, han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana cuya valoración podrá impugnarse si es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica. La forma en que se tengan en cuenta los distintos medios de prueba serán valorados en conjunto poniendo en relación unos con otros. En los apartados 4 del artículo 33 y el segundo del artículo 34 de la LCJIMC se confirma la práctica ya existente que las partes pueden valerse de dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra información jurídica que se estime relevante. El artículo 281.2 de la LEC les permite a las partes utilizar cuantos medios de prueba estime necesarios para su aplicación. En la etapa de establecerse el contenido y vigencia del Derecho extranjero el tribunal no puede ejercer una función pasiva, pues en la audiencia previa y otras etapas del procedimiento puede advertir a las partes de la necesidad de aportar prueba del Derecho extranjero para subsanar el error en la prueba, o puede en ausencia de que las partes hayan hecho lo propio, aportar las pruebas de oficio.

Cuando no se pruebe un Derecho extranjero, antes de acudir al Derecho del foro y existan otras leyes con conexión, sugeriríamos que el tribunal aplique la norma que

resultaría operativa conforme a la segunda o ulteriores conexiones. Ello se sostiene porque el lenguaje del apartado tercero del artículo 33 indica que cuando no se haya probado el contenido y alcance de la ley extranjera el órgano jurisdiccional *podrá* aplicar el Derecho Español. El uso de ese verbo en futuro apunta a que **no hay una única solución de aplicar el Derecho español**, sino que **deja el campo abierto a otras posibles soluciones**. Se ha sugerido en la doctrina el que se aplique el Derecho al que remitiera la segunda o ulteriores conexiones contenidas en la norma de conflicto. Si la norma relevante es la española sobre contratos, por ejemplo, ya vimos que no resulta adecuada para hallar el Derecho regulador de un *trust*, al menos cuando ambas partes no residen en el mismo Estado y las operaciones del *trust* se llevan a cabo en otro. En este punto sugerimos que se utilice la metodología que recomendamos cuando no hay normativa adecuada para hallar el Derecho regulador considerando el Derecho Internacional Privado comparado sopesando los factores de evaluación en el ejercicio de equilibrar los intereses de los Estados implicados. De esta manera se agotarían las opciones viables antes de acudir a la opción residual de la aplicación del Derecho patrio.

11. Desde el punto de vista jurídico el mayor obstáculo para la **recepción, comprensión y reconocimiento** del *trust* en Europa continental lo ha sido el concepto napoleónico de la propiedad indivisible disponible para satisfacer las deudas del titular, así como el concepto del *numerus clausus* que no admite la creación de derechos reales por voluntad de las partes. La calificación del *trust* como figura desconocida a ser obviada por el orden público, amparándose en la teoría saviñana, ha cedido ante la realización de que, como en el caso de España a través de la doctrina y hasta cierto punto por la jurisprudencia, se ha reconocido que el concepto de una titularidad fiduciaria no es incompatible con el ordenamiento en el sentido de que el negocio fiduciario, aunque no llega a ser un contrato tipificado, pero que no cae dentro de los negocios absolutamente simulados que se consideran nulos. Todo lo contrario, el negocio fiduciario, o llámese negocio simulado relativamente es totalmente válido en el Derecho español y perfectamente compatible con la *fiducie* que ha sido el vehículo utilizado por Quebec, Suiza, Luxemburgo y Francia, para adaptar el *trust* a su entorno civilista los primeros y acercarse el último. Esta visión también resuelve la problemática que representa en principio un contrato con causa abstracta, que no está admitido en el

ordenamiento español, por ejemplo, pero que queda subsanado con la *causa fiduciae* del negocio fiduciario. Al reconocer que en el ordenamiento civilista existe esta figura cuya estructura y fines, tanto en la fiducia tipo gestión como en la de garantía, es homologable y análoga al *trust*, no vemos cómo puede seguirse desplazando en el panorama jurídico español o cualquier otro país que tenga raíces similares.

Un acercamiento al reconocimiento de la figura desconocida la tuvo el TJUE en el asunto de la *Petición de Aleksandra Kubicka* mediante Sentencia de 12 de octubre de 2017. El Tribunal se enfrentó con la interpretación del artículo 31 del Reglamento sucesorio que persigue la adaptación de un derecho real invocado bajo el Derecho regulador de la sucesión que era desconocido en el Derecho receptor. Después de un minucioso análisis el tribunal delimitó el ámbito de la ley sucesoria y de la ley sobre los derechos reales. No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en dicho Estado si su ordenamiento jurídico no reconoce ese derecho dentro del número limitado (*numerus clausus*) de derechos reconocidos en su ordenamiento jurídico. No obstante, para permitir que los beneficiarios disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante la sucesión, se concibe la adaptación de un derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano del Derecho del otro Estado miembro. En el contexto de la adaptación se deben considerar los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos.

En el proceso de brindar reconocimiento al *trust* a fin de que surta efectos en el Estado receptor, las figuras análogas al *trust* que vimos en la primera parte de este trabajo pueden en casos concretos servir de puente para el reconocimiento. La más que se asemeja al *trust* hemos visto que es el contrato atípico del negocio fiduciario, que ha evolucionado hacia la fiducia. No obstante, dependiendo de las pretensiones de los peticionarios y la función que hace el *trust* particular, se busca la figura análoga para adaptar ese Derecho foráneo al patrio. El legislador español en el artículo 57 la LCJIMC dispuso que los notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al

ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. Cualquier interesado podrá impugnar la adecuación efectuada directamente ante un órgano jurisdiccional.

Esto no significa que se pretenda o recomiende utilizar el negocio fiduciario para una planificación sucesoria u otro negocio en un país civilista que no haya adaptado formalmente el *trust* o figura análoga (la fiducia) como institución autónoma, ello sería irresponsable pues el negocio fiduciario sin más no tiene el beneficio de todo el Derecho supletorio que comprende los deberes y obligaciones del fiduciario, la tutela judicial que ampara al *trust* anglosajón y los mecanismos para hacer valer y preservar sus derechos, como lo es el recurso de *tracing* y la protección reconocida hacia el patrimonio fiduciario. Vimos como en la doctrina se contempla que procedería la acción reivindicatoria a favor de los beneficiarios del patrimonio fiduciario, pero en el ordenamiento español no está lo suficientemente arraigado como para brindar la certeza y seguridad jurídica que requiere una planificación sucesoria u otra actividad que envuelva el manejo de grandes capitales. No obstante, el negocio fiduciario puede ser el **vehículo para dar reconocimiento** en España de un *trust* foráneo de manera que produzca los **efectos** que contempla el Derecho regulador.

Por último, los efectos que deba desplegar el *trust* en un país que desconoce la figura se deben lograr mediante una calificación funcional aplicada caso a caso para recoger todas las vertientes de acción de la institución a través de figuras del Derecho de acogida que permitan los efectos pretendidos. La traducción del *trust* a una figura análoga va a ser necesaria para darle los efectos en un país que desconoce la institución, aún si el país adopta el Convenio. Por más reconocimiento que se brinde al *trust qua trust* el *non-trust country* no se libera del ejercicio de calificar el *trust* de cara a su Derecho interno. No obstante, el proceso va a fluir mejor si adopta el Convenio siguiendo, por ejemplo, el modelo italiano o el suizo, que ninguno de estos países ha aprobado legislación creando el *trust* en su Derecho interno, pero manejan los *trusts* foráneos y con las normativas de escape que provee el Convenio y la normativa de la Unión Europea contra el

blanqueo de capitales con sus requisitos de divulgación y registro podrán controlar mejor cualquier preocupación sobre utilización indebida del *trust*. No deberíamos ver lejos que el Convenio de La Haya culmine en un Reglamento de la Unión Europea sobre Derecho aplicable al *trust* y la fiducia, esta última que sí es conocida en la mayoría de los países europeos, incluyendo España.

_____ " _____

Esperamos que el estudio de los elementos del *trust* anglosajón haya servido para reforzar la idea de que el *trust* realmente no es una institución totalmente desconocida en el Derecho español y que la condición de figura desconocida no sirva de fundamento para impedir que se dé reconocimiento a un *trust* creado en el extranjero. Dicho esto, desde el punto de vista de las relaciones jurídicas creadas en el extranjero a través de un *trust*, el Derecho Internacional Privado debe servir para garantizar que esas relaciones y derechos adquiridos tengan la continuidad que se debe esperar en un mundo globalizado.

Final Conclusions

1. We began this work with a study of the trust from the historical perspective of how that institution developed in the Lower Middle Ages. The foundations of the trust developed from the its common law predecessor, the *use*. The classic example of the use occurred during the time of the Crusades. Before leaving, the crusader conveyed his fief to one or more trusted persons to be held while he was away for the benefit of his designee, usually a member of his family, with the understanding that upon his return the fief would be conveyed back to the soldier, or otherwise be held for the benefit of the designee. Uses were also employed to transfer estates to the Franciscan monks or other religious orders that were prohibited from holding property. Due to the rigidity of the common law rules for handling claims against unfaithful transferees, petitions began to be filed before the King's Chancellor, who had the flexibility to deal with those situations according to principles of good conscience. From this practice, a new source of law developed side by side to the common law in England, surviving to this day: equity law, capable of providing an adequate legal remedy lacking then in the common Law courts. Thus evolved the trust, the greatest contribution of Anglo-Saxon Law to the field of jurisprudence, as stated by the famous English jurist Frederick W. MAITLAND.

Alongside the development of equity law, the use evolved towards the trust leading to the development of the new field of trust law within equity law, at one time separate from the common law. A feature of the trust that stands out is the concept of split ownership, where title falls on different entities but with different purposes and scope: legal and equitable title respectively. Trust law allows owners to handle three key elements of property law: nominal title, economic benefit and control. Another key feature of this institution is the segregation of the patrimony object of the trust from the personal assets of the settlor, the trustee and the beneficiary. The assets that constitute the patrimony of the trust are not available to the creditors of the components of the relationship, unless their constitution has been made in fraud of creditors or as provided by law.

As equity develops towards the trust, so does the judicial protection, mainly through the right of restitution, that provides for the tracing of property in the hands of a third

party that according to the trust terms was not authorized to own the property. The rights and remedies of third parties depend on the knowledge they have of the nature of the property held and the good or bad faith of the possessor. The constructive trust was the mechanism employed to compel the third party to transfer the property to its real owner. Through this legal device, the court establishes a legal fiction investing the possessor with a trusteeship for the benefit of the rightful owner. The modality of the resulting trust is another protective measure that will also result in the transfer of ownership to the rightful owner.

Another important aspect of trust law in the Anglo-Saxon world is the development of fiduciary law that deals with the internal relationship within the trust: that between the trustee to the settlor, requiring the trustee to comply with the trust's guidelines. It also covers the relationship between the trustee and the beneficiaries, including the protection of the rights and obligations towards the beneficiaries. A debate has unfolded as to whether the right of the beneficiary in the trust *corpus* is of an *in rem* or *in personam* nature. The beneficiary enjoys ownership rights in equity, represented by ownership of the benefits, present or future, derived from the trust property according to how the settlor established them at the creation of the trust. The trustee is the legal owner, but without the free disposition of the property, which must be managed so as to fulfil the purposes for which the trust was created. The beneficiary has the power to follow the assets of the trust in the hands of a third party, generally bad faith holders, a quality that has the effect of an *in rem* right good against the whole world (*erga omnes*).

Traditionally, the trust has been used mainly as a vehicle for the estate planning and the transmission of property for the benefit of persons or to fulfil particular charitable purposes. For this reason, trust law has been qualified within the law of conveyance of property. Hence the use of the express trust created *inter vivos* or *mortis causa* for estate planning or conveyance purposes. In the past decades, however, trusts have been used for different purposes, including to provide for the management of investment in securities or even real estate. Different kinds of trusts are used in the modern world, such as the commercial trust, for instance, used mainly to manage pension plans for employees of a company. Trusts classified as investment trusts, are utilized particularly for the securitization of assets. Other trusts known as

purpose trusts such as the charitable trust, serve to fulfil specific purposes. Other purpose trusts are employed for the protection of the disabled or spendthrifts. There are also trusts made for the protection of assets, very popular in tax havens that house the trust known as the international or offshore trust.

Following the success of the trust and the globalization and integration of markets, this institution entered the legal landscape of countries where the trust was unknown. The rise of the trust has accelerated with an impressive reception in Hispanic countries of civil law tradition. These states succeeded in the task of adapting the trust to its legal system through the institution there known as *fideicomiso*. Likewise, other civil law countries have received it through their respective versions of the *fiducie* and versions of other institutions functionally and structurally analogous to the Anglo-Saxon trust.

Another contribution for the popularity of trusts is the wave of tax havens in competition for attracting large fortunes. These countries have developed their Private International Law precisely to stay competitive in the large capital markets. To this scenario is added a fear of the foreign and unknown especially when associated with illicit activities that some have incurred precisely through the use of tax havens. Countries affected with the flight of capital have an ongoing fight for increased transparency in the operations of tax havens.

The experience of Quebec, Louisiana and other civil law states that have adopted the trust through the *fiducie* or *fideicomiso* has shown that it is beneficial for their economies as well as for interstate and international trade. The fears that exist in relation to tax havens and the misuse of the trust by some are unfounded, in light of the multiple lawful uses of the trust in conjunction with the constant and increasing efforts to achieve greater transparency and control over money laundering practices. Furthermore, the trust is considered as an entity subject to taxation in those countries that so provide. The attitude of generalized rejection of the trust discourages any idea of investing in a country that ignores Private International Law norms that provide the basic tools to enforce rights acquired abroad. This unfounded fear, however, was addressed precisely with the approval of The Hague Convention on Applicable Law and Recognition of Trusts, mostly aimed at establishing bridges

between countries of Anglo-Saxon tradition and those of the civil law tradition. During the Convention, common law jurists shared with their continental counterparts with a dynamic of understanding between them. Unfortunately, the Convention has not had the expected reception given that not many states have ratified the Convention, probably because of the fears just discussed. The best tool against the misuse of the trust, however, is to know and regulate it.

2. Notwithstanding the above, the trust will continue to penetrate the continental European countries. Legal operators when faced with this unknown institution will need to use the tools provided by Private International Law to bring solutions to the problems thus created. The first challenge faced by a Court or other competent authority in a non-trust country faced with a claim involving a trust or similar institution adapted from the trust, is the problem of characterization or qualifications. First, it must determine if it has international jurisdiction to hear the dispute. In the case of a state member of the European Union, the forum must examine the provisions of the **Brussels I bis Regulation** when applicable, and provided that the matter in dispute is within the scope of the Regulation.

Article 2 of Brussels I bis Regulation excludes several matters related to trusts, such as the status and capacity of the parties involved, family law matters such as matrimonial property regimes or those out of a relationship deemed by the law applicable to such relationship to have comparable effects to marriage (Art. 2 (a)) or succession matters related to wills where trusts are established *mortis causa* (Art. 2 (f)). These issues will be decided by the competent court as established in the EU regulations on jurisdiction in these matters, if any, or in their absence, in the rules arising from conventional law, or, in the absence of applicable higher-level regulations, in the case of Spain, the *Ley Orgánica del Poder Judicial* (Organic Law on Judiciary Power), which would determine if a Spanish court is competent to decide the matter.

We have exposed the confusion in the doctrine about whether Brussels I bis covers disputes in the internal relationship of a testamentary trust or in the scope of application to the external relationship of the trust. Although the doctrine assumes that the Regulation does not apply to any dispute involving the **internal relationship**

of a testamentary trust, we respectfully understand that the exclusion from the Regulation should not be construed in such a broad manner, since claims by a beneficiary against the trustee may arise that are not at all related to inheritance law or with the award of the inheritance left on trust. Such are matters of administration of the inheritance, or matters relating to the **fulfilment of obligations of the trustee when the period of succession administration has ended and the trust is already operating** once the trust takes effect after the payment of funeral expenses, debts, taxes, forced heirs' claims, among others. Any matter in issue related to the succession in that period of time is excluded from Brussels I bis. It must not go unnoticed that trusts relationships are established to endure over time, even for several decades, beyond the succession administration.

Claims during the life of a trust constituted by a will may be related to the management of the properties or investments of the trust, or claims about improper actions of the trustee in breach of its duty as a trustee involving the internal relationship, such as claims against third parties within other fields of the law or even related to trust law, (as would be, for example, claims involving a protector, representative of the trustee or other officer who performs functions for the benefit of the trust, or others potentially subject to claims, whom unfortunately are not included in the special forum due to the restrictive interpretation that EU courts and its Member States' jurisprudence have given to the Brussels I bis Regulation). The latter ones really belong to the internal relationship of the trust, but are treated as if they were not, and fall under the general regime of jurisdiction of the domicile of the defendant.

The qualification of the specific matter in dispute, what the European Court of Justice («ECJ») has called the object of the litigation, will be fundamental both in the phase of determining the judicial competence, in the determination of the applicable law and, of course, at the recognition stage. Delimiting precisely the object of a dispute where a trust is involved will be a necessary and complex exercise. Qualifying the matter within the law of succession or whether the defendant is seeking fulfilment of an in *personam* right, for example, may or may not remove the applicant from the competent court under Brussels I bis, as a result of an erroneous exclusion of the matter from the scope of said Regulation.

Brussels I bis creates a special jurisdiction (Art. 7, subparagraph 6) where a person domiciled in a Member State may be sued in the courts of another Member State, specifically the court of the State of **domicile of the trust**, for suits filed regarding a dispute brought against a settlor, trustee or beneficiary of a trust created by the operation of a statute, or by written instrument, or created orally and evidenced in writing. The ratio of this special forum is the consideration that the domicile of the components of the trust is not suitable to elucidate the matter of trusts, so Brussels I bis has removed the issues of the internal relationship from the general regime of the domicile of the defendant and opted for the domicile of the trust. The legislator also understood that, although the trust does not have legal personality, it must be considered as an entity that operates in the legal arena, for which reason it is likely to have a domicile.

Article 63 of Brussels I bis Regulation could have included the subject of the domicile of trusts by adding a category for entities without legal personality, since the criteria mentioned therein -statutory seat, central administration or principal place of business- work to find the domicile of a trust and are in accordance with the Anglo-Saxon doctrine about the domicile of the trust, established as its situs or geographical centre of operations. This follows from the decision of the Court of Justice of the European Union («CJEU» of September 14, 2017, in the *Panayi* trusts case, where the Court for the first time analyses the nature of the Anglo-Saxon trust providing an autonomous definition in the context of the law of the EU: «[T]he concept of a ‘trust’ involves a triangular transaction, whereby the creator of the trust (‘the settlor’) transfers assets to a person, the *trustee*, who is required to deal with those assets in accordance with the instrument creating the trust (‘the trust instrument’) for the benefit of a third person, the beneficiary. Trusts established for the benefit of specific individuals are sometimes called *settlements*. The distinguishing feature of a trust is that ownership of the assets comprised in the trust is divided into legal ownership and economic ownership, the former held by the trustee, the latter held by the beneficiary. Although a trust is legally recognised and has legal effects, it has no separate legal personality and must act through the intermediary of its trustee. Assets comprised in the trust are not part of the property of the trustee. The trustee must deal with those assets as separate property, distinct

from his own property. The fundamental duty of the trustee is to comply with the conditions and obligations stipulated in the trust instrument and by the law in general».

The CJEU considers the trust as an entity, which, although it does not have legal personality under its national law, is an entity that acts within the legal order concerned and as such is protected by the free establishment rights of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). If we subsume the trust as understood by the CJEU within Article 63(1) of Brussels I bis, in its English version (to company or other legal person or association of natural or legal persons), in our opinion the trust fits within the concept of an organization of natural and/or legal persons that have a statutory seat, central administration or principal place of business. The text in Spanish seems to qualify the company as a legal entity (company or other legal entity), while the English text considers that it can be an association of natural persons.

Due to the diversity of functions performed by trusts, the options found in Brussels I bis do not fit in the specific case. Some Anglo-Saxon countries qualify what would be considered as the domicile of a trust in different places (situs) depending on different legal purposes. For example, if the matter in dispute is characterised as a fiscal matter, it would be necessary to examine the national law of the forum to look for the regulations on fiscal domicile. Brussels I bis does not apply to tax law, but in a case of civil or commercial law, it refers to the rules of Private International Law of the state where the competent authority that deals with the matter is located. The determination of whether the trust is domiciled in Spain, for example, if it is not covered directly by Brussels I bis, is solved under the internal law of the competent Spanish forum. In the absence of specific rules on trusts, it would have to search by analogy for the domicile or source of attribution or equivalent competence of an entity without legal personality, depending on the objectives pursued by the trust in the matter in question.

In the absence of specific rules, the place of closest connection serves to find the seat of an entity without legal personality, taking into account the factors also used for the search of the applicable law of a trust, but always focusing on the particular

issue concerned. This seems to be the avenue that English courts have addressed when interpreting the precursor of Article 7(6) of the Brussels I bis Regulation and has been suggested in the SCHLOSSER Report on the Brussels I Regulation.

In addition to the jurisdiction granted to courts of the trust's domicile for litigation over trust matters involving the internal relations of the trust, Brussels I bis also grants exclusive jurisdiction to the courts of another Member State as conferred in the trust instrument unless the matter is about another area of exclusive competence under Article 24, such as real estate rights and real estate lease agreements for a term of more than 6 months, where the competent forum must always be the state where the property is located. A dispute over a real right that concerns an immovable property located in Spain acquired by a foreign trustee will be the exclusive competence of the Spanish forum. Application of this exclusive jurisdiction provision exclusively to disputes over the internal relationship of the trust is appropriate because a settlor should not unilaterally impose a forum on a stranger to the relationship. The characterisation in these matters is also very important because the determination of what is meant by «matters relating to rights *in rem* in immovable property» has not been clear under EU jurisprudence and have an autonomous meaning with the purpose of achieving uniformity under the EU regulations. Not all litigation involving immovable property is covered, however, but only those cases falling under the scope of Brussels I bis, such as actions to determine the scope, content, possession of real property or the existence of other *in rem* rights that provide those who hold the rights with the protection and the powers linked to those rights. A key in that determination is the ratio of the *lex rei sitae*. In the words of the CJEU: disputes concerning real property will often require verifications, inquiries, investigation and consultations with experts, all of which actions will occur necessarily at the place of location of the immovable property, thereby contributing to the proper administration of justice.

Generally, the courts of the Member States where the operations of a trust are established, that have accepted the trust or have a structurally and functionally analogous institution in their local law, will be competent under Brussels I bis: Switzerland, France, Luxembourg, Italy, Liechtenstein, Germany, the Netherlands, and of course, the Republic of Ireland and the United Kingdom. This is because it is

not advisable to establish a trust to operate in a country that does not provide for the structure and operation of the trust. It could happen, however, that a natural person has been appointed as a trustee for a foreign trust, who is in the future will be domiciled in Spain and manages the trust investments from there, for example, in which case, in principle, the Spanish court would be competent for the litigation under the special jurisdiction provided in Brussels I bis, if it is understood that the trust is domiciled in Spain because of the centre of operations being located there. In such instance the trust happens to be domiciled in the same State as the trustee. Again, this scenario should not occur frequently since the centre of operations of a trust should not be established within a state that does not have the legislation needed for the proper operation of a trust.

Regarding the international jurisdiction over disputes involving the external relationship to the trust, when the trustee intends to sue a resident of a Member State, the jurisdiction primarily will be granted under the general jurisdiction scheme of the Member State where the defendant is domiciled, as stated in Article 4 of Brussels I bis. The general regime of jurisdiction at the domicile of the defendant is replaced in cases where the special jurisdiction provided by Article 7 of Brussels I bis applies. For example, as mentioned with respect to the litigation involving the internal relationship of the trust, in contractual matters for the provision of services, the defendant may be sued in a Member State different from the domicile, in the courts of the Member State where, according to the contract, the services were or should have been provided. In matters of tort, delict or quasi-delict nature, the defendant may be sued in the court of the place where the harmful event occurred or may occur.

For disputes involving the external relationship of the trust to which Brussels I bis, a convention on jurisdiction or other applicable EU regulation, international jurisdiction will be provided by the internal rules of the forum, in the case of Spain, the Organic Law on the Judiciary Power (Ley Orgánica del Poder Judicial, hereafter «LOPJ»). In those cases, the jurisdiction of the Spanish courts is determined in principle, by Article 22 quinquies of LOPJ and not by the Brussels I bis Regulation. Under that article, Spanish courts will be competent in matters of contractual obligations when the obligation that is the subject of the claim has been fulfilled or must be fulfilled in

Spain. These disputes, for example, may be cases against foreign creditors of the trust that must make payments to the trustee in Spain.

3. Another source for determining international jurisdiction in matters of trust is Regulation number 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession *mortis causa* and on the creation of a European Certificate of Succession (hereafter, the «Successions Regulation»). According to Article 4 of the Successions Regulation, the courts where the habitual residence of the deceased is located at the moment of death is competent to resolve matters over the entire inheritance. The Successions Regulation allows the testator to choose as applicable law, the law of the country of his nationality either at the moment of the election or at the time of death (Article 22). If the State of nationality is a member of the EU, interested parties can agree in writing that the courts of that country are competent to hear any cause regarding the inheritance.

Regarding a foreign trust created by will by a testator residing in Spain, his/her succession would fall under the jurisdiction of a Spanish court. A situation could occur that a testator writes his/her will in England creating a trust to which an immovable property located in Spain will be distributed at the time of death. If the testator dies while residing in Spain and has not chosen the State of his nationality as the law applicable to his succession with the corresponding forum agreement, the Spanish courts will have jurisdiction.

Article 10, with the heading «Subsidiary Jurisdiction», provides that where the habitual residence of the deceased is not located in a Member State, the courts of a Member State where the assets of the estate are located shall nevertheless have jurisdiction to rule on the succession as a whole if the testator had the nationality of that Member State at the time of death or the deceased had his habitual residence in that Member State provided that, at the time the court is seized, five years have not elapsed since the change of habitual residence.

4. Once the international jurisdiction of a particular Member State has been determined, using Spain as an example, the court will have to determine what is the law applicable to the dispute. If the controversy on the international litigation will be related to a trust or a structurally and functionally analogous institution, the Spanish court will be faced with the problem that since the trust, in principle is unknown in its legal order it will lack Private International Law rules covering trust matters. Since the trust is unknown to Spanish law, the court shall preliminarily characterise the facts and allegations within the relevant applicable conflicts rule or, in the absence of such rule, within the most analogous conflicts rule, considering the objectives and functions exercised by the particular trust which it characterises and taking into account the versatility of the trust as it operates along the spectrum of civil, commercial and labour law.

From our perspective, it is quite clear that in studying the Private International Law of trusts, particularly the determination of the applicable law, the inductive method of issue by issue analysis is very useful. In the characterisation stage, the multiple functions of the trust do not allow for a single conflicts of law rule to apply to the totality of the litigation involving a trust. Many cases involving a trust will include factual situations dealing with property law, successions law, and the law of contractual obligations. In these cases, qualification will necessarily have to involve an analysis of the function exercised by the particular trust object of the litigation, from the perspective of the allegations, the controversy or issues arisen. If a single applicable law provides an adequate solution to the entire case of course that **dépeçage** would not be adequate. However, In the case that an adequate and viable solution is not achieved, *dépeçage* should not be discarded when the application of several laws is not counterproductive. It is not unusual to see the use of *dépeçage* in common law countries, since they solve controversies using an issue-by-issue-analysis. In many conflict of laws cases involving trusts, as we have seen, *dépeçage* will be inevitable.

The issue of capacity to create the trust structure should not be qualified or decided under the same law as the issue of the ability to dispose of the property at all, whether *inter vivos* or *mortis causa*, unless both laws have the appropriate links with the trust and the matters in issue. When we study The Hague Convention, as well

as other European Conventions on Private International Law we see that issues that are excluded from the scope of application will necessarily be decided applying the law that would otherwise be applicable to the particular matter. These exclusions provide the needed harmony in the resolution of cross-border problems, particularly with regard to imperative and mandatory aspects of the law, and to adequately address issues of international public order. This does not mean that fractioning of the trust's regulatory law (the law applicable to the launched rocket, to use the descriptive terminology of The Hague Convention) should not be avoided, except for «separable elements», such as matters of trust administration, matters to which The Hague Convention expressly authorizes that another law may be applied along with the law applicable to the trust itself.

In the case of a trust for management, for example, the Spanish court will find that the functions and objectives of that type of trust fall within the category of contract law or the law applicable to atypical contracts such as the *fiducie cum amico*. It should not be reluctant to qualify such a trust as a contract because in those Common-Law jurisdictions that know the trust with these functions would qualify it within the branch of the law of contractual obligations. Once the trust has been functionally classified as a contract, at this point the Court will be in the phase of seeking the applicable conflicts of law rule based on the system of law sources: European, conventional or local law. Under the European Union regulations, conflict of law rules for contractual obligations are to be found in the **Rome I Regulation**. This EU Regulation follows very similar Private International Law rules that Common law countries have used to characterise in the process of finding the applicable law of the trust. It is a regulation based on mixed rules, both bilateral and unilateral, that provide more flexibility to the process, considering the multiplicity of functions that the trust has, which in turn is a quality that trusts share with contracts.

The Court will find that Rome I regulation has a provision (article 1.2 (h)) that expressly excludes within its scope of application «the constitution of trusts, the relationship between the settlors, trustees and beneficiaries». Upon investigation of the reason behind this exclusion we found that it refers to the traditional view of English law characterising the nature of trust law within the branch of law that deals with the conveyance and creation of property rights, which are traditionally matters

that are governed by the law of the place where the property is located. When the matter in dispute is the ownership of the property subject to the transfer or conveyance or the ability of the settlor to dispose of the property, the private international law rules that will necessarily apply are the conflict rules applicable to the law covering issues of property rights and not those covering contractual obligations. In those countries that harbour it, the modern trust is conceived as a hybrid of contract law and property law. Depending on the issue in controversy, the court will choose the corresponding conflicts rule. This is the correct way that a court must address the issues of trusts, depending on the specific allegations. The fiducie (negocio fiduciario) as an atypical contract would serve as the basis for the qualification that would subsume the institution within the category of atypical contracts when the controversy revolves around the contractual aspect of the business. In this category, the trust can also be framed as a contract for the benefit of a third party, which is also compatible with the Anglo-American doctrine that views the nature of the trust as part of the branch of the law of contractual obligations.

In those cases where the trust operates analogically as a contract, we understand that the aforementioned exclusion does not apply. The solution offered by Rome I is fully compatible with the solutions provided in The Hague Convention on the applicable law and recognition of trusts and those that have been developed in the common-law countries when dealing with conflict of laws matters in contracts cases, which in turn have also been used in the analysis of finding the law applicable to trusts. Therefore, when the trust analysed functions as a contract, such issues should be covered by the Rome I Regulation. The solutions of Rome I in most cases will lead to the application of the law of a State that knows the institution. Rome I, The Hague Convention and the Common law, all chose to grant priority to the law chosen by the parties as the law to be applied to trust related matters. In the absence of choice, the law of the State with the closest connection with the trust and the matter in dispute prevails.

Article 4 of Rome I states that, in the absence of choice of applicable law, service contracts (in the case of the trustee, these include services of administration and supervision of investments) will be governed by the law where the service provider has the **habitual residence** or that of the party to the contract that must perform the

characteristic performance of the contract (the trustee). The place of characteristic performance of the contract in the case of a trust will be the **administrative seat** in the event that the trustee has legal personality, or if it does not, the place of the **centre of gravity** of the operations where the various performances of the trustee are carried out (whereas paragraph 19). The methodology of the closest connection between the trust and the applicable law in most cases will coincide with the administrative seat or the centre of gravity.

In the event that the court does not use Rome I to determine the applicable law, and in the absence of ratification of The Hague Convention, pursuant to Article 12.1 of the Spanish CC, the qualification to determine the applicable conflicts of law rule will always be according to Spanish law. The solutions provided by the conflict of law rules found in the Spanish Civil Code for contracts (Article 10.5), based on the nationality or common habitual residence of the parties or the law of the place where the contract is concluded, are not adequate in most cases dealing with trust matters. It is an archaic regulation and has little relation to the interest that these States may have with disputes of a contractual nature that involve a trust. The law of the place of the celebration of the contract as a point of connection to regulate a contract is discredited by the doctrine, primarily because it is usually a fortuitous selection and without any connection to the contract or its performance. The habitual residence of the parties is still used in Rome I for different types of contracts, but with the important proviso that, if it is clear from the circumstances that there is a State with manifestly closer ties than the habitual residence, the Law of that State will apply. The latter solution also applies when the applicable law cannot be determined, either because the parties have not selected it or the criteria outlined does not apply.

In the absence of regulations that produce adequate and reasonable results, in order to provide an international and constitutionally effective remedy, the law with which the trust has the closest connection should be sought by evaluating the connecting points mentioned in The Hague Convention to determine the **closest connection** with a trust. In this analysis, reference to the American methodologies used to find the applicable Law when the rules of Private International Law of the forum do not lead to an adequate solution in the particular case or there is no specific norm that by analogy leads to an adequate result. **In the absence of an adequate**

result, the court would be failing in its constitutional duty to provide an effective remedy.

In the analytical process of seeking the State with the closest connection, the Court could balance the interests of the States involved, taking into account the methodology used in comparative Private International Law to ascertain the factors that are to be considered important. Factors such as those considered in the Restatement Second of Conflict of Laws of the American Law Institute, which include, without order of priority or exclusivity, the following: the needs of interstate and international law systems; the relevant policies of the forum and the States involved and their relative interests in the resolution of the matter in dispute; the protection of the reasonable expectations of individuals; the policies behind the branch of law involved; the certainty, predictability, uniformity in the decisional results and the ease or convenience of the application of the presumably applicable Law. We recognize that this route, like the one that leaves open the possibility of several solutions, is reason for the uncertainty that has been attributed to the American system of Private International Law. The difficulty of the matter, however, must yield in the interest of respecting the foundations of Private International Law.

The Anglo-American conflicts doctrine concedes that the applicable law of the trust should govern issues concerning the validity of the creation of the trust structure and the administrative matters of the trust. The latter will include, as also established by the Hague Convention and the Common Law conflicts doctrine: (a) the appointment, resignation and removal of the trustees, the capacity to act as trustee and the devolution of the office of trustee b) the rights and duties of the trustees among themselves; the ability to act as a trustee and the delegation of the functions of the trustee; c) the right of trustees to delegate in whole or in part of the discharge of their duties or the exercise of their powers; d) the powers of trustees to administer and dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets and to acquire new assets; e) the powers of investment of the trustees; f) restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust; g) the relationships between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries; h) the variation or termination

of the trust; i) the distribution of the trust assets, and; j) the duty of trustees to account for their administration. The Hague Convention and the Common Law doctrine both recognize that the settlor can choose a law different from the law applicable to the trust to regulate administrative matters.

On the other hand, the determination of the law applicable to the **formal validity of an *inter vivos* trust** in principle is covered under Rome I, which provides that the validity of the formal requirements of the contract will be governed by the applicable law of the contract when all the parties are in the same country at the time of execution (section 1 of Article 11). If the parties are not in the same country, the applicable law can be the law of any of the countries where any of the parties are located or the habitual residence of any of them (section 2 of Article 11). The Hague Convention does not address the determination of the applicable law to the validity of trust formalities, since everything related to preliminary matters is excluded from the scope of the Convention. If the issue were about the transfer of ownership, the applicable law to this matter would determine the validity of the formalities. Regarding the validity of the **constitution or creation of the trust structure**, the Common Law doctrine points to the applicable law of the trust to govern such trust specific formalities.

5. Another Private International Law tool contained in the EU legislation covering the search for applicable law is the **Succession Regulation**, which determines the law applicable to the succession. Outside the scope of the Succession Regulation are matters related to the civil status of persons, family relationships or those relationships that under the applicable law have the same effects, the legal capacity of natural persons -except the ability to inherit-, questions regarding the disappearance, absence or presumed death of a natural person, questions about matrimonial property regimes or regimes for relationships having similar effects under applicable law, questions about maintenance obligations other than those arising by reason of death, among other matters excluded (Article 23). As far as trusts are concerned, the issues relating to the **creation, administration and dissolution of trusts** are excluded (section 2, subsection j of Article 1). The latter exclusions confirm that the trust itself must be regulated outside the law that governs the succession, except for matters of distribution of assets and inheritance

rights, as established in the Succession Regulations. The law applicable to the succession determined by the Succession Regulation will regulate the **devolution of the assets and the determination of the beneficiaries** of a trust created by will or under statute in connection to intestate succession (whereas number 13).

Article 23 of the Succession Regulation provides that the law applicable to the matter of the capacity to inherit is governed by the same law that governs the succession, even if this law is not that of a Member State. In this context, the capacity of the trustee to receive *mortis causa* the testator's assets through a trust, must also be governed by the same law that disposes of his succession.

Considering the Anglo-Saxon doctrine, as regards to a trust created by will, once the trust begins to operate after the stage of succession administration, the same rules of Private International Law that apply to trusts created *inter vivos* should apply to the trust created by will. In these cases, the constituent is allowed to choose the applicable law, as is the case under the conflict rules governing contracts. In the absence of a selection of the applicable law, the law with which the trust has closest connection should apply.

We found that at Common Law issues of the validity of a trust created by a will are contingent upon the validity of the will. Matters that deal with the **disposition of property *mortis causa*** will be governed by the law that regulates the succession (law of the habitual residence of the testator at the time of death for the personal property or the *lex situs* with respect to immovable property). Issues that concern the **trust itself**, as matters of **interpretation of the terms of the trust**, are governed by the **law that the testator/settlor has chosen** for those matters regardless of the nature or location of the assets or whether the trust is testamentary or *inter vivos*. If the applicable law was not chosen, the presumption is strong that the law of **domicile at the time of execution applies**, as it is a matter of the intention of the testator/settlor. That moment is considered relevant in the light of the law of his/her domicile, particularly if there is he/she executed the will or trust with the help of local counsel.

The issues of the **formal validity of the trust *mortis causa*** would be determined by the law that applies to the formal validity of the will that creates the trust. Article 27 of the Successions Regulation provides several alternatives to sustain the formal validity of provisions *mortis causa* either by a testator or a party to a succession agreement. Such alternatives are: the law of the State of celebration, the State of the nationality of the testator or party of an agreement concerning a succession, the State of domicile (as defined by the law of that State) of the testator or party to a succession agreement, the habitual residence of either such persons at the time of the celebration, at the time of the disposition or at the time of death, or in relation to the real estate, the place where it is located.

In summary, the **law applicable to cross-border trusts**, both *inter vivos* and *mortis causa* in matters related to the operations of the trust, in the first instance should be the applicable law chosen by the settlor. Regarding the selection of the applicable law to a bilateral agreement-- as most trust instruments are--, party autonomy has been accepted by the Rome I Regulation, The Hague Convention and most of the States that know the trust. An *inter vivos* trust created bilaterally is analogous to a contract where the consent of the settlor and the trustee has occurred, including as to the clause selecting the applicable law. At the time a trust *mortis causa* begins to operate for the purposes it was created, after devolution of the assets and other succession issues are settled, the law applicable to these matters must not necessarily be the law that governed succession or property transfer matters. The applicable law should be the one chosen unilaterally or bilaterally by the testator/settlor, whether or not such law has links with the State that governs the succession in the case of a trust created by will. Only those limitations imposed by mandatory or imperative norms of the chosen law, or those that flow from the Private International Law rules or the forum that apply to matters that cannot be changed by agreement or those matters that deal with the conveyance of property or the succession rights. Those are matters unrelated to the operations of a trust, which have their independent conflict rules from those that deal with trust matters. This approach is similar to the provisions of the Uniform Trust Code that permit the settlor to choose a different law to regulate questions about construction and interpretation of trust terms, unless the designation goes against a strong policy of a State with more significant connections with the matter in question. Presumably the trust will

be valid under the law chosen by the testator/settlor and such chosen jurisdiction must likely know the trust and its courts have the experience to handle trust matters. In the absence of choice, and we would suggest that in the case that the trust is not valid under the chosen law, the option to apply the law with which there are closer connections with the trusts where the trust would be valid should be available. In the determination of the closest connection the factors are similar in most Common Law jurisdictions, including The Hague Convention: the place of administration of the trust designated by the settlor; the place where the assets of the trust are located; the place where the trustee resides or exercises his activities; consideration of the objectives of the trust and the places where they should be fulfilled.

6. We have seen that Rome I must cover trust matters within the framework of the obligations to which the trustee was bound to the beneficiary or beneficiaries and that arise from the performance of those obligations, including the consequences of failure of performance with the obligations, duties, powers and responsibilities as trustees that arise from the trust instrument and the applicable law. The law regulating the contract/trust would govern those matters (Article 12 (c)). In principle, within the scope of the Private International Law of the EU on obligations in general, everything not covered by Rome I is covered by **Rome II** with respect to non-contractual obligations provided that they fall under its scope of application. Rome II excludes from its scope of application extra-contractual obligations arising from relations between settlors, administrators and beneficiaries **of a trust created voluntarily**. *Contrario sensu*, Rome II must clearly cover the extra-contractual obligations derived from an involuntary trust such as the constructive trust or the resulting trust, mechanisms of a remedial nature, but that the doctrine and jurisprudence characterise as substantive law, typical of countries of the Common Law tradition. The EU legislator, established this exclusion evidently considering those countries and to create consistency and harmony with The Hague Convention under the correct premise that most of the Member States of that tradition would have ratified the Convention. The legislator should have been clearer in this particular aspect, but in our opinion the legislative history supports this conclusion.

Therefore, in regard to non-contractual obligations arising from the internal relationship of the trust, Rome II applies to the extent that the States involved have

not adopted The Hague Convention. The competent court will characterise the matter to arrive at the law applicable to the claim based on the cause of action as alleged by the claimant. In the case of non-contractual obligations for unjust enrichment that concern the internal relationship of the trust, article 10 (1) of Rome II points to the law that regulates the relationship, the trust's applicable law. Claims against a third party unrelated to the trust, for unjust enrichment would fall under paragraphs 2-4 of Rome II. In the case of damages that do not involve unjust enrichment, the general regime of Article 4 of Rome II should apply.

In the cases of proprietary restitution where ownership or possession of the property is the matter on dispute to determine who has the better right, the applicable law should be in accordance with the law indicated by the rules of Private International Law of the forum, which will generally point to the law where the property is located. This methodology follows the one established by The Hague Convention for these matters. If *renvoi* should be admitted at that moment, will depend on whether the law designated by the conflict rules of the forum gives a better solution than the one initially indicated by the rules and that the state accepts the *renvoi*. Such cases would be outside Rome II, which does not contemplate *renvoi*. The latter may be relevant in the case of movable assets that transit through several States.

We have seen that there is a minority sector in the Anglo-American doctrine that qualifies the nature of the trust as proprietary. Without considering that this view overlooks the hybrid aspect of the modern trust and its contractual functions, this qualification can be useful in cases where a beneficiary requests the return of the property unduly transferred to a third party in violation of the duties of the trustee. Anglo-Saxon trust law does create a subjective property right in favour of the beneficiary, whose right based on equity does not specifically fit into a real right of civilian origin, however, for Private International Law purposes, the institution of the fiduciary business tied to fiduciary ownership contains tools to provide protection to the beneficiary in case of unfair conduct by the trustee in transferring the assets to a third party without onerous cause. The split of ownership found in equity is not found in the fiduciary business or *fiducie*, an institution that has served in civilian countries as a vehicle to regulate the fiduciary business including property law matters regarding the act of the transfer of fiduciary ownership. In these cases, the

right to claim property restitution may provide legal protection to a beneficiary who has been a victim of breach of trust, provided that the rights of third parties in good faith and for onerous cause are not affected, matters that will be regulated by the law of the State determined by the rules of Private International Law governing issues of property rights.

7. The Hague Convention on the law applicable to the trust and its recognition serves as a reliable and persuasive source in those cases where the State of the forum has not ratified it as a binding source. It is still a valid instrument to understand the nature of this unknown institution. The elements of the trust included in The Hague Convention, in our opinion, are sufficient for the trust to be recognised and made effective. Offshore jurisdictions could have problems with The Hague Convention insofar as their Private International Law legislation is more liberal than that Convention because many matters of imperative law were repealed in those jurisdictions. Civilian countries should not have that problem, however, since The Hague Convention retains protection in these areas. Once the trust has been admitted and the content, validity and scope of the foreign law has been established, the function of the court is then to determine the possibility of asserting the effects that the settlor intended. At this stage, foreign law itself is no longer so important, as to find within local law those analogous institutions that serve as vehicles for the recognition of the trust.

Despite the negative criticism received and its poor reception, we cannot claim that The Hague Convention it has failed completely in its mission. We understand that the goal of making the institution known to the civil law world has been reached. Courts and competent authorities have used the Convention to understand and characterise the trust. After the signing of the Convention, it has been ratified by States such as Italy, Switzerland, the Netherlands, Luxembourg, among others. These States which had struggled with this institution in the process of finding solutions to matters of Private International Law, have adopted this unknown institution within its legal order for conflict of laws purposes with a view to recognizing and giving its effects within its territory, and have passed specific legislation to enforce the provisions of the Convention within its domestic law. They no longer have to resort to legal manoeuvres to identify analogous institutions within

their domestic law that leads them to the corresponding rule of Private international law. Now through the Convention they have conflicts of law rules specifically applicable to the trust that allows them to directly identify the applicable law once the controversy concerning a trust is identified.

However, there will still be gaps in the determination of whether the institution in question is in fact a trust to which The Hague Convention applies, which will allow the forum to substitute its rules of Private International Law for those found in the Convention. This task is complicated considering that the Convention applies to institutions analogous to the trust, the so-called shapeless trusts. The need to include these institutions within the scope of the Convention, has been questioned, since if the intention was to use them to translate the trust into non-trust states, they should have devoted a chapter to these matters or expand the recognition section to address these issues. These institutions create a characterisation problem to determine whether or not they are covered by the Convention. No lawyer should advise a client for the creation of a trust in a non-trust State. To some it makes no sense to try to recognize one of those shapeless trusts as if they were Anglo-Saxon trusts or a true counterpart. The Explanatory Report explains that the institutions to be recognized as trusts have to be structurally analogous, yet it fails to define what is structurally analogous: whether the unilateral, bilateral or trilateral trusts, all of which characteristics are held by the Anglo-Saxon trust. The protected patrimony invested with fiduciary obligations of the trustee towards the beneficiaries, was a matter that was not developed in the Convention, for unknown reasons but that is fundamental in the nature of a trust. Some argue that the Convention's scope should have been limited to what is described in the preamble: the trust developed in Common Law jurisdictions, with all the essential characteristics and include other structurally analogous institutions that are truly homologous to the trust in ALL those characteristics.

On the other hand, the critical description made of the conventional trust by LUPOLI as shapeless, should be of little consequences considering that the countries that have a shapeless trust institution in their legal system should not complain when recognition is given via an analogous institution in the forum country. Regarding those analogous institutions that are not truly homologous, however, it should be

noted that the exclusion should be limited for purposes of recognition of the *trust qua trust*, but there may be cases where a non-trust state could recognise the effects of this unknown institution within its territory. Such analogous institutions are useful even if the particular institution cannot be recognised as a *trust qua trust*. For these purposes, such analogous institutions should have been included in the chapter on recognition, but focusing on the difficult stage of the translation of the Anglo-Saxon trust into the recognising State. It is these analogous institutions that must display the effects indicated in Article 11 of The Trusts Convention in the chapter dealing with recognition.

The Convention should have included involuntary trusts created judicially as well as statutory trusts, allowing the Member States to make the relevant reservations. In the United Kingdom and its Anglo-Saxon relatives there are many judicial trusts operating and those created by operation of law. There is no valid reason not to recognize them internationally, except considering that it was enough at the time for civil countries to recognize only voluntary and express trusts postponing the inclusion of those other types of trusts. We understand that it is time to include those types of trusts within the scope of The Hague Trust Convention. Another justification given for the exclusion was that judicial trusts are used in the Anglo-Saxon world to remedy unjust enrichment, unauthorised acts in connection with the affairs of another person, or other remedial measures used in civilian countries, which we understand should be covered by Rome II. However, these latter institutions could serve as translation tools to implement one of these involuntary trusts, regardless of The Hague Convention.

The issue of the fiduciary duty of the trustee, which is fundamental in a common law trust, should not have been left out of the Convention. If France at that time did not have the *fiducie*, it should not now have a problem with recognizing that aspect of a foreign institution for purposes of Private International Law, even more so when it later adopted the *fiducie* in its domestic law. Now that the *fiducie* has spread in continental Europe, it is also time for the fiduciary duties and related matters to be recognized as an integral part of a trust needing recognition.

The Convention rightly left out of its scope the preliminary issues regarding the validity of wills or other legal acts by virtue of which property is transferred to the trustee (Article 4). One of the main functions within the conflicts of laws discipline is precisely to safeguard those rights that are not susceptible to change by agreement, which is done through the displacement of the applicable law when mandatory, imperative laws, or matters of public order are affected. We recognize that many offshore jurisdictions have effectively repealed the application of some of these laws, however, The Hague Convention precisely assists the States that view them as important in the decision as to their displacement when evaluating a trust to which they will potentially give effects.

We understand that the Convention could have established guidelines for the handling of preliminary matters in order to facilitate legal operators with the approach to the unknown institution and for purposes of providing uniformity and predictability to the subject. If the matter is about the validity of the transfer of title to a real estate, it is accepted that every State has a compelling interest in having direct control of real property within its territory and therefore the *lex situs* must control, regardless of whether or not another applicable law on the trust was chosen. The Convention should have made clear, however, that it is not up to the *lex situs* to rule on the creation of the structure of the trust with real estate property, since «trusts matters» are covered by its applicable law regardless of the assets that make up the trust. That is, once the capacity of the transferor to dispose of its property has been determined in accordance with the law applicable to that specific matter (according to the *lex situs*), matters regarding the creation of the trust structure must be governed by the law that regulates the trust if the constituent had the capacity to transfer the property «at all» under the *lex situs*. Whether the structure to be used is a trust instead of a limited company, a corporation or society, for example, is irrelevant and presents no interest to the *lex situs*. In such instances, the law applicable to the trust prevails. A different view would result in the constitution of a trust in a State that does not have the tools to create or support its structure and operations. The Convention uses the classification of preliminary matters to those that in other European Union instruments are identified as outside its scope, such as matters of capacity. Matters excluded are governed by the law as determined by the relevant rules of Private International Law, including those that preserve the

issues of mandatory laws, public order and *ius cogens*, which The Hague Convention protects through Articles 15, 16 and 18.

On the matter of creating a trust through testamentary means, it should be clarified that what is considered preliminary is the validity of the testament itself and not that of the trust. If the testator had the capacity to dispose of the property in any case, the trust must operate independently of the testament if under the applicable law allows for the subsistence of the trust regardless of the invalidity of the testament under which it was created. In this case, the trust would be governed by its own regulatory law independently of the *lex successionis*. It must have been specified that the issue of the validity of the will is governed, as is natural, by the *lex successionis*. If the will fails and the applicable law does not provide for the trust to subsist, The Hague Convention obviously ceases to apply. On the other hand, once it is determined that the will was valid and that the testator according to the *lex successionis* could dispose of his patrimony «in any case», it is immaterial that the trust structure is used to manage the portion of the patrimony subject to the trust, which is not part of the estate itself, except insofar as it conflicts with the *ius cogens* on imperative rights. Using words of the doctrine on The Hague Convention, once the trust comes to life at the time of its launching and past the stage of succession administration, it is an entity separate from the succession matters that must be governed by the law that regulates the trust. The *ius cogens* is respected according to the application of the *lex successionis* for the matters that correspond to this law. The unity of the succession is preserved, but at the same time the *ius cogens* of the *lex successions* is respected.

Family matters and the matrimonial regime also have Private International Law rules independent from those applicable to trust matters. For these purposes, Council Regulation (EU) 2016/1103 of June 24, 2016, which establishes enhanced cooperation in the fields of jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of resolutions on matrimonial property regimes (fully operational as of January 29, 2019), the relevant rules of Private International Law on family law matters and the law that regulates the matrimonial property regime will be applied. The Hague Convention of trusts also, like other European Conventions and Regulations, rightly excludes these matters of law from the matrimonial regime or the assets of spouses

or civil partners, from the scope of the Convention in a list of matters not covered. This implies that these matters must be governed by the law of the State as determined by the relevant rules of Private International Law. In the case of the European Union, it is important that there be harmony between the different rules of Private International Law in all these matters that are interrelated in the legal practice.

In our opinion, the Convention has been successful in the general methodology to find the applicable law of the trust. Allowing the settlor to choose the applicable law is correct, particularly because it must be a State that has the legislation and jurisprudence that will provide support to the institution, based on the premise that it is a State that knows the institution and has the legislation that adds to the terms of the instrument, in addition to having courts with experience in dealing with day to day trust affairs. It is also correct that *renvoi* does not apply when the settlor chooses the applicable law or when the Private International Laws of the chosen state remit the matters to another law. Likewise, it makes sense that the choice of an applicable law that does not know the conventional trust will not be operative. In such cases, it is right that the Convention provide the objective methodology such as the one found in its Article 7 to determine which State has the closest connection to the replace the law of a non-trust State, and should only recognize the trust *qua trust* if said law contains all the elements of the conventional trust.

The points covered in Article 11 are those that require more effort for a civilian legal operator since the Convention is confusing in its provisions. On the one hand, the Convention clearly recognises that the **assets that the trustee keeps in trust are not to be mingled with his/her own estate**, and thus are not available to his/her creditors nor are they part of the assets under his/her matrimonial regime, nor part of to the estate of the trustee upon his death. On the other hand, section 3 (d) indicates that the rights and obligations of a third party that holds possession of the assets of the trust will continue to be governed by the law determined by the conflict rules of the forum. The segregation of the assets subject to the trust regime must be recognized, both with respect to the assets within the personal patrimony or the trustee, and those belonging to the settlor-unless the creation of the trust was a sham to remove the assets from the reach of creditors when the creation of the trust

has not been for onerous cause to the detriment of the owner's creditors. The State where the trust happens to have its operations would not necessarily have an interest in the consequences of this fraudulent conduct and thus would not be the proper law to regulate such conduct. A Member State that ratifies The Hague Convention must ensure that, in order for its conventional trust to be recognized by another State, it must have legislation recognizing that the assets of the trust fund are only available for those debts recognized by the law applicable to the trust, which law only recognises the availability of trust assets for the benefit of creditors for debts arising from the administration of the trust. Neither do the assets of the trust are available to creditors for the debts of the beneficiaries until the distributions are made. When these assets enter the patrimony of the beneficiary they are no longer subject to the trustee's administration and therefore do not fall under the competence of the trust's regulatory law.

The issue of the **rights of creditors and third-party purchasers** clashes with the fundamental principle of the right of the beneficiaries to track and claim the property transferred in violation of the terms of the trust (*tracing*). The Hague Convention does not clearly state whether **subrogation** operates, a principle recognized in Anglo-Saxon trusts and in most civilian states where a separate fund is established for a particular purpose. Under article 11 matters of the trustees' responsibility for breach of trust for commingling the assets of the trust with their own or for transferring them to a third party, are to be regulated by the applicable law of the trust. The rights and obligations of any third-party holder of those assets, however, are subject to the law determined by the Private International Law rules of the forum (Article 11 (3)(d)). This last provision seems to have a broader scope than those of subparagraph (f) of Article 15-on the protection of parties acting in good faith-, which article clarifies that the Convention does not prevent the application of those provisions of the law designated by the choice of law rules of the forum, that cannot be excluded by voluntary agreement. Article 11 (3)(d) protects third parties that acquire from the trustee in breach of trust, by applying the rules of the *lex situs* on the rights of holders of good or bad faith.

With respect to the **protection of creditors in matters of insolvency**, the best interpretation of subsection (e) of Article 15 is that it refers to mandatory rules not

related to the establishment of liens, but its **effects on third-party creditors**. That is to say, if the choice of law rules of the forum direct to the application of the law of a State that allows a holder in bad faith to prevail, that law should be displaced by the law governing the trust. This interpretation is consistent with subparagraphs (e) and (f) of article 15. Subparagraph (e) preserves the matters of protection of creditors in situations of insolvency. These «insolvency matters» must refer to those of imperative nature that protect creditors from fraudulent transfers of assets or matters of preferential treatment of creditors due to transfers made before the insolvency and within the period provided by applicable law. Subparagraph (f) should have clarified that the mandatory provisions for the protection of bona fide third parties not covered by the right of creditors in case of insolvency are preserved.

Issues relating to the transfer of title or the creation of security interests in property (subparagraph (d)) as they affect mandatory rules found on the laws of the State directed by forum choice of law rules have been interpreted as referring to property issues with respect to the equitable proprietary interest of the beneficiary over the trust fund, a sort of expectancy right--including the benefits derived from the distributions of the trust, and do not refer to the proprietary interest of the trustee over those assets. That is, the beneficiary would be limited in his capacity to transfer his equitable interest in the trust assets in as much as such transfer results in violation of a mandatory disposition of the law that the forum choice of law rules remit. An interpretation that these provisions refer to the interests of the trustee over its proprietary interest not only distorts the nature of the trust and throws away the Convention, but the interest of the trustee does not constitute a full property right because those funds cannot be used for another purpose different from the one that the settlor established in the trust instrument. A creditor who hypothetically executed such a proprietary interest would be in the same shoes as the trustee subject to the corresponding obligations, a result that is a contradiction: a creditor gains nothing by becoming a fiduciary for the benefit of another.

Many countries that have signed the Convention, however, have not ratified it. That is the case of the United States of America, for example, that despite the fact that its intervention in the Convention was significant and had the support of associations of legal experts specializing in the field, Congress has not been encouraged to ratify

it. Apparently, this is due to considerations related to federalism and the problems that a federated State has in approving conventions that deal with matters that constitutionally fall under the powers of the States. On the other hand, the fact that any US State would have to recognize a shapeless trust —an agency— *qua trust* is difficult to assimilate.

In spite of the flaws that The Hague Convention may have, we would recommend its ratification. Legislation implementing the Convention should cover the points we have addressed to clarify the ambiguities found in the Convention. Spain cannot continue to deny the presence of the Anglo-Saxon trust in its legal order. We have seen that even the legislator included it in Act 10/2010 on the prevention of money laundering and the financing of terrorism. Private International Law regulations of the EU and the jurisprudence established by the ECJ apply to Spain, which underlines the need for legislation for the adoption or reception of foreign trusts at least for Private International Law purposes, as has been the case with neighbouring the European countries of the civil law tradition.

8. On the other hand, it is not necessary to ratify The Hague Convention so that a civilian country is in a position to solve the problems of Private International Law presented by the trust. Even under the **current state of law** where neither The Hague Convention has been ratified nor the fiduciary business codified enacting the corresponding choice of law rules, Spanish Private International Law does have the tools that will assist the competent authorities in finding a proper governing law for foreign trust matters. First, the law applicable to the trust in principle is determined following the Private International Law rules considering the order of priority of sources of law and to the extent that this methodology leads to the application of a legal order that knows the institution. We have already referenced the availability of the Rome I Regulation to cover matters relating to the functions of a bilaterally created trust or where asset management functions are exercised by the obligated party to the contract. Other EU Private International Law regulations dealing with trust matters are Rome II covering non-contractual obligations and the Successions Regulation.

9. We would recommend, however, to those civilian countries that have not done so, **the adoption of the trust in their domestic law** with the corresponding choice of law rules and regulations addressing its fiscal policy with the safeguards adopted by France, Italy and Common Law jurisdictions not necessarily of the offshore type. Spain has already approved legislation that allows the creation of autonomous patrimonies for the benefit of the disabled, and Catalonia has taken positive steps with legislative initiatives such as a bill that contemplates incorporating the fiducie in its autonomous legislation as well as and the autonomous patrimony regime already in force there for the benefit of the disabled. In the judicial or administrative sphere, the trust concept has not had the same reception.

As an alternative to enacting legislation adopting the Anglo-Saxon trust, civilian states have approved legislation **regulating the fiduciary business or fiducie**. By those means these states have established the effects of the fiduciary patrimony that complies with features of a trust to which The Hague Convention applies. At the same time, they must enact choice of law rules applicable to the newly created institution. The Hague Convention serves as a starting point in clarifying ambiguities we have seen in the doctrine and especially provides the characteristics that the institution must contain to be considered a trust to which the Convention applies. It must be recognized that all the countries of the Anglo-Saxon tradition participated in the Convention with the most renowned jurists in the field. They made sure to include the most important characteristics of the trust to facilitate the work of the legal operators that must address matters related to an Anglo-Saxon trust or analogous institution. When drafting the choice of law rules, it is important that mandatory rules that derive from the law designated by the forum's choice of law rules prevail. Those mandatory rules are related to matters different from those related to the operation of the trust itself, but that will coincide with the trust during its operations. These matters are those related to the matrimonial property regime, those that regulate the succession of persons, family law matters and those dealing with the protection of minors or disabled persons, or those covering relations with creditors or third-party purchasers. With regard to the latter, it is imperative that it is clearly established that bad faith purchasers are not given legal protection. Furthermore, it is important that in no case should a trust be recognized whose effects are contrary to the international public order.

10. In Spain, the competent authorities that have encountered the trust have imposed on the parties a burden of proof of foreign law that has consisted, repeatedly, in the residual application of Spanish law, thereby producing a defencelessness and breaking with the constitutional requirement of providing an effective judicial protection to litigants. In the case of the trust, it is evidenced by the Supreme Court Judgments (STS, for its acronym in Spanish) of 30 April 2008 and the STS of March 22, 2017. In these cases, the courts applied the Spanish law residually, alleging that the parties did not prove foreign law and did not find it was necessary to intervene *ex officio* in the process of searching for that evidence. The Tax Agency has also been faced with the institution of the trust and has dismissed it because of «ignorance of the institution under Spanish law».

To bring a solution to this problem in the civil litigation practice, the Spanish legislator approved Law 29/2015 of 30 June on international legal cooperation in civil matters («LCJIMC», for its acronym in Spanish) that introduces the concept of the internationally effective judicial remedies to protect of the rights and legitimate interests of individuals. In its Explanatory Statement and in the third section of Article 33, this law establishes that the **application of Spanish law for lack of proof of foreign law** within a judicial process must be something **exceptional**, and in those cases in which the content and validity of the foreign law could not be accredited by the parties. Cases where it is not possible to prove foreign law will have to be of a very particular nature and limited to situations where, for instance, the applicable law is that of a country countries in a state of war, under a natural catastrophe or states of new creation. Apart from such **extreme circumstances**, the litigating parties are obligated to prove the foreign law, without prejudice to what the judge must provide *ex officio* in the absence of the foregoing. This **judicial intervention takes on the character of an obligation on the part of the magistrates** in the event that the litigating parties fail to prove foreign law. This legislation is an important advance that clarifies that judicial intervention in the pursuit of evidence of foreign law is not optional, but a duty **of constitutional significance**.

In the first section of Article 33 of the LCJIMC, the proof of the content and validity of the foreign Law is submitted to the **rules of the Civil Procedure** («LEC», for its

acronym in Spanish) and other provisions applicable to the subject. In the second section, the competent authorities shall determine the **probative value** of the evidence used to prove the content and validity of foreign law in accordance with the rules of **sound critical judgment** (*sana crítica*). These are rules that the jurisprudence recognizes that, although not codified, they refer to the most basic rules of human logic whose valuation can only be challenged if its conclusions are contrary to reason or violates the most elementary guidelines of logic. Different means of evidence will be considered by assessing them together and relating them against one another. Paragraph 4 of Article 33 and the second section of Article 34 of the LCJIMC confirm the existing practice that the parties can avail themselves of the legal opinions of expert lawyers, jurisprudence, certified legal texts and any other legal information deemed relevant. Article 281.2 of the LEC allows the parties to use as many means of evidence as they deem necessary for their application. In the stage of establishing the content and validity of foreign law, the court cannot remain passive, since during the preliminary hearing and other stages of the legal process it can advise the parties of the requirement for them to provide proof of foreign law or to cure any deficiency in the evidence provided thus far, or may, if the parties have failed to comply, provide the evidence ex officio.

When the content and extent foreign law has not been not proven, before resorting to the residual application of forum law, if any or other laws have connections with the matters in dispute, we suggest that the court apply the choice of law rule that would be operative according to the second or subsequent connections available. This is sustained because the language of the third paragraph of Article 33 indicates that when the content and extent of the foreign law has not been proven, the court «may apply» Spanish law. The use of this verb in the modal future tense implies that **there is no single solution to apply Spanish law, but leaves the field open to other possible solutions**. It has been recommended in the Private International Law doctrine that in these cases the applicable law should be sought by looking at a second or further connections found in the choice of law rules. If the relevant field is the Spanish law of contracts, for example, we have already seen that the Spanish conflicts choice of law for contracts is not adequate to find the governing law of a trust, at least when both parties do not reside in the same State and the operations of the trust are carried out in another. In such cases where the choice of law rule is

not adequate, in order to find the governing law, we recommend a methodology from comparative Private International Law consisting of the weighing and evaluating relevant factors in the exercise of balancing the interests of the States involved. This way viable options would be exhausted before resorting to the residual option of the application of the national law.

11. From a legal point of view, the greatest obstacle to the **reception, understanding and recognition** of the trust in continental Europe has been the Napoleonic concept of indivisible patrimony available to creditors for the satisfaction of debts. Another legal concept working as an obstacle is the concept of *numerus clausus*, that does not admit the creation of real rights by a voluntary act of the parties. Sevigny's theory based on the public order as the justification for not recognizing a foreign and unknown institution has yielded to the concept of fiduciary ownership of property (*titularidad fiduciaria*), recognized by the doctrine and jurisprudence in Spain. Qualifying of the trust as an unknown institution as a justification for its disregard as contrary to public policy under Sevigny's Private International Law doctrine, has yielded to the realization that, as in the case of Spain, through legal doctrine and to some extent by the jurisprudence, that the concept of fiduciary ownership is not incompatible with the legal order. The fiduciary business (*negocio fiduciario* or *fiducie*), although not a typified contract, it does not fall within the absolutely simulated business that is considered null. On the contrary, the fiduciary business, or a relatively simulated business, is totally valid under Spanish law and perfectly compatible with the *fiducie* that has been the vehicle used by Quebec, Switzerland, Luxembourg and France, to adapt the trust to its civilian environment the first ones and to approach it in case of the latter ones. This view also resolves the problem that in principle occurs with a contract with abstract cause. These contracts are not admitted in the Spanish legal order; however, such defect is cured by the *causa fiduciae* embodied within the fiduciary business. Recognizing that this institution exists in the civil legal order, whose structure and purposes, both in the management type of trust and in the trusts for security purposes, is comparable and analogous to the Anglo-American trust, it is hard to understand why this institution keeps being displaced under Spanish law or any other country of a similar legal tradition.

The European Court of Justice in the judgment dated October 12, 2017, in the matter of the Petition of *Aleksandra Kubicka* recently decided a case dealing with the recognition of an unknown institution by another sovereign. The court had to interpret article 31 of the European Union's Successions Regulation, which calls for the adoption of a real right existing in the legal system regulating a succession, which is unknown in the receptor country. After a thorough analysis, the court drew the line between the scope of the law of successions from the law regulating real rights. No Member State should be required to recognize a real right which does not fall within the *numerus clausus* of the real rights known in its juridical order. To allow the enjoyment of rights created or transferred pursuant to the law applicable to a succession, however, a solution is given in the adoption of such unknown right to the nearest equivalent right within the jurisdiction of the other Member State. In the adoption process it is very important to consider the interests pursued, objectives and intended effect of the invoked real right.

In the stage where one looks for the recognition of the trust so it has the intended effects outside the country of origin, institutions analogue to the trust, studied in the first part of this work, serve as a bridge towards recognition. The institution that most resembles the trust is the atypical contract known as the fiduciary business (*negocio fiduciario*), which has evolved into the fiducie. In this process of recognizing the effects of the trust, it is important to focus on the purposes intended by the parties involved in order to find the most appropriate analogous institution to the trust in a particular scenario. Article 57 of the abovementioned LCJIMC, provides that notaries and public officials, when necessary for the proper enforcement of public documents issued or authorized by foreign authorities, may adapt to the Spanish legal order unknown legal institutions, replacing them with other institutions in its legislation that have equivalent effects and pursue similar purposes and interests. Any interested party may challenge the adequacy of such adaptation directly before a competent authority.

None of this should be understood to imply a recommendation to use the fiduciary business (*negocio fiduciario*) as an estate planning tool within a civilian state that has not formally adopted the trust or the fiducie as an autonomous legal institution. No lawyer should risk giving such advice, for the fiduciary business lacks the legal

remedies provided for in the law of trusts and truly analogous institutions. It does not have the benefit of the default legal regime that includes the duties and obligations of the fiduciary, the judicial remedies that provides Anglo-American trust law and the mechanisms to enforce and preserve their rights with tools such as the tracing process and the safeguards granted to the fiduciary patrimony or the trust estate. We have seen that the Spanish doctrine has recognized the viability of a claim for replevin (*acción de reivindicación*) to be pursued by the beneficiaries of a trust estate. The Spanish legal system, however, has not adhered to such theories to the sufficient degree as to provide the legal certainty that an estate planning process or the management of great fortunes requires. Nevertheless, the fiduciary business as an analogous institution can become the **vehicle to give recognition** in Spain to a foreign trust or the *fiducie* in the process of adopting the trust for purposes of giving the **effects** contemplated by the law governing the trust.

Finally, the effects that the trust must deploy in a country that does not know the institution must be achieved by means of a functional qualification applied on a case-by-case basis, in order to collect all the streams of action of the institution by means of those legal institutions that allow the intended effects within the receptor country. The translation of the trust into an analogous institution will be necessary to give it effect in a country that does not know the institution, even if the country adopts The Hague Convention. No matter how much recognition is given to the trust qua trust, the non-trust country is not released from the exercise of qualifying the trust in accordance with its domestic law. However, the process will flow better if the Convention is adopted, following, for example, the Italian or the Swiss models. None of these countries have passed legislation creating the trust in their domestic law, however, they are able to handle foreign trusts though the escape mechanisms provided by the Convention and the European Union anti-money laundering regulations with their disclosure and registration requirements to better control and address any concerns over the improper use of the trust. It would not be a surprise if The Hague Convention culminates in a European Regulation on Law applicable to trust and *fiducie*, the latter which it is known in most European countries, and to a certain extent in Spain.

————— “ —————

We hope that the study of the elements of the Anglo-Saxon trust has served to reinforce the idea that the trust is really not an institution totally unknown in Spanish law and, more importantly, that the notion of an unknown institution ceases to be a basis to avoid recognition of a foreign trust. That said, from the point of view of legal relationships created abroad through a trust, Private International Law should serve to ensure that those relationships and rights so acquired have the continuity that should be expected in a globalized world.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ALBISINNI y GAMBINO, "Italy as a Potential Trust Jurisdiction", in *Euro-Trusts: The New European Dimension for Trusts*, Barry McCutcheon y Patrick Soares, ed., 1993, pp. 173-180.
- ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, BOSCH, 1994.
- ALCARAZ VARO, E., HUGHES, B., *Diccionario de Términos Jurídicos*, 9ª ed., Ariel, Barcelona, 2006.
- ALFARO, R., *El fideicomiso: Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al trust del Derecho inglés*, Imprenta Nacional, Panamá, 1920.
- ALVAREZ-CORREA, E., *Contratos bancarios*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1991.
- ARROYO i AMAYUELAS, E., (dir.), *El Trust en el Derecho Civil*, 1ª ed., BOSCH, 2007.
- ARROYO i AMAYUELAS, E., (coord.) "El Quebec: Un model de Droit comparat per a Catalunya", en *Jornada Internacional sobre el Dret patrimonial y la codificació*, 1ª, ed., Gráficas Rey, Barcelona, 2001.
- ARROYO i AMAYUELAS, E., "Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad", en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M., (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol. 3 (Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el Derecho Internacional y Comparado. Fiducias y «trust»), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 601-650.
- ALLESANDRI RODRIGUEZ, A., et al., *Tratado de los Derechos reales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- ANTON, A.E., *Private International Law*, 1967.
- ARAUJO VALDIVIA, LUIS, *Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones*, Editorial Cajicá, Puebla, 1964.
- AUSTIN, J.L., *Lectures on Jurisprudence*, 4th ed., 1879.
- BACON, *Reading Upon the Statute of Uses*, Rowe, London, 1804.
- BAILDON, W. P., ed., *Select Cases in Chancery: 1364-1471*, vol. 10, *Selden Society*, London, 1896, pp. 48-49.
- BALDWIN, J. F., *The King's Council in England During the Middle Ages*, Clarendon Press, 1913.
- BATIFFOL & LAGARDE, *Droit International Privé* 344 n. 12, 6ª ed., 1963.
- BATIZA, RODOLFO, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, 4ª ed., Jus, Mexico, 1991.
- BEAN, J.M.W., *The Decline of English Feudalism*, University Press, Manchester, 1968, pp. 1215-1540
- BEAULNE, J., *Droit des fiducies*, 2^{ème} éd., Coll, Bleue, Wilson & Lafleur, Montréal, 2005.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England, Book the Second: Of the Rights of Things, Chapter the Fourth: Of the Feudal System*, 1766.
- BOJALIL, J., *Fideicomiso*, Porrúa, México, 1962.
- BERAUDO, J. P., *Les trusts anglo-saxons et le droit française*, Paris, 1992.
- BOGERT, G.T., *The Law of Trusts*, 6th ed., West, St. Paul, 1987.
- BOGERT, G.T., *Trusts and Trustees*, chp. 15, 2nd ed., West, St. Paul, Minn., 1980.

- BOGERT, G.G. & BOGERT, G. T., *The Law of Trusts*, West Pub. Co., 5th ed., St Paul, 1973
- BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, Reus, Madrid, 1902.
- BOSCH CARRERA, A., "La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust y los fideicomisos)", en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVIL, J.M., (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol. 3 (*Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el derecho Internacional y Comparado. Fiducias y «trust»*), 2005, pp. 565-600.
- BOTWINIK, D. A. & KENNETH W. W., eds., *European Bankruptcy Laws*, American Bar Association, 2nd ed. 1986.
- BOULANGER, F., *Droit international des successions : Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, Paris, 2004.
- BRIERLEY, J.E.C., 'The New Quebec Law of Trusts': The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts, *Droit québécois et droit française: Communauté, autonomie, concordance*, *Association Henri Capitant*, McGill University, Cowansville, 1994.
- BIRLMAYER & GOLDSMITH, *Conflict of Laws, Cases and Materials*, Aspen Law & Business, 5th ed., 2002.
- CABANAS TREJO, R., "Situaciones de insolvencia en la empresa familiar (especial atención a los créditos subordinados)", en GARRIDO MELERO, M., y J. M. FUGARDO ESTIVILL, J., (coords.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol. 1 (Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio), Bosch, 2005, pp. 379-393.
- CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991.
- CALVI & COLEMAN, *American Law and Legal Systems* 35, 4th ed., Upper Saddle River, New Jersey, 2000.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 8^a ed., Granada, 2007.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Operaciones fiduciarias o trusts en el Derecho español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 75, nº1 654, 1999, pp. 1757-1866.
- CÁMARA LAPUENTE, S., "El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea", en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho Privado Europeo*, cap. 39, Ed. Colex, Madrid, 2003.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Elementos para una regulación internacional del trust», en CALVO CARAVACA, A. L. y AREAL LUDEÑA, S., (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Editorial Dikaion, Universidad de La Sabana, Colombia, 2005, pp. 241-275.
- CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M., WEILER, J., ed., *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, vol. 1, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARIN LOPEZ, M.J., *Tratado de Derechos de Garantía*, Ed. Aranzadi - Elcano, Pamplona, 2002.
- CARRASCO PERERA, A., «Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil español», *Jornades de Dret Català a Tossa*, 21-22 de sept., 2006.

- CARRASCOSA GONZALEZ, J., "El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español", en ARROYO I AMAYUELAS, (dir.), 1ª ed., *El Trust en el Derecho Español*, BOSCH, 2007.
- CAVERS, *The Choice of Law Process*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1966.
- CHALHOUB, L.A., "Estudio Comparativo entre el Fideicomiso y la Fundación de Interés Privado en la Legislación Panameña", en *Algunas conferencias sobre el fideicomiso, las fundaciones de interés privado y sus usos en Panamá*, 2005, pp. 7-58.
- CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- CHEATHAM, GRISWOLD, REESE & ROSENBERG, *Conflict of Laws, Cases and Materials*, The Foundation Press, 5th ed., 1964.
- CICERÓN, M. T., *De Officiis*, 1.7.23.
- CLARET y MARTI, P, *De la Fiducia y el Trust*, Ed. Bosch, Barcelona, 1946.
- COLLINS, (gen. ed.), DICEY and MORRIS on the Conflict of Laws, 13 th ed, Sweet & Maxwell, London, 2000.
- COOK, W.W., *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1942.
- COSTA, FAUSTO, *Tratatto di Filosofia del Diritto*, Fratelli Bocca, Milano, 1947.
- COVIELLO, N., *Doctrina general del Derecho civil*, traducido por FELIPE J. DE TENA, Unión Tipográfica Hispano Americana, México, 1938.
- CURIEL LORENTE, F., (ponente), PARRA LUCAN, M.A., YUSTE GONZALEZ DE RUEDA, J., (co-ponentes), "La sucesión de la empresa familiar en el Derecho Civil aragonés, Aspectos sustantivos", *XI Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, 2001.
- CURRIE, B., *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, 1963.
- DE ARESPOCHAGA, J., *Trust, la fiducia y figuras afines*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2000.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1975.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico, reimpresión*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.
- DE DIEGO, Clemente, *Dictámenes Jurídicos*, Barcelona, 1958, p. 248.
- DE LA FLOR, MANUEL, *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- DE LOS MOZOS, J. L., *Estudios sobre derecho de los bienes*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991.
- DE WULF, C., *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1965.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.A., *El fideicomiso*, 4th ed., Ed. Porrúa, México, 1996.
- DOYLE, A. y CARN, M., «Purpose Trusts», cap. 5, en HAYTON, D., *The International Trust*, 3d ed., Jordans Publishing, Ltd., 2011, p. 213.
- DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, 13th ed., Sweet & Maxwell, London, 2000.
- DIEZ PICAZO, Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios, *Dictámenes Jurídicos, Dictámenes Jurídicos*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- DIEZ PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1979.
- DIGHY, *An introduction to the history of the Law of Real Property*, Oxford, 1875.
- DREYER, D.A., *Le trust en droit suisse*, Genève, 1982.
- DROBNIG, U., *American-German Private International Law*, 2nd ed., 1972.

- DROZ G.A.L./BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “E Pluribus Unum: Liber Amicorum”, en *The Progressive Unification of Private International Law*, Kluwer Law International, Boston, 1996.
- DUCKWORTH, A., “Forced Heirship and the Trust”, en GLEASON, J., y GERAIN, T., ed., *International Trust Laws*, cap. B1, Bristol, Jordans, 2006.
- DUCKWORTH, A., “The Offshore Trust in Transition”, *International Estate Planning: Principles and Strategies*, Donald Kozusko y Jeffrey Schoenblum, ed., 1991, pp. 129-139.
- DYER & VAN LOON, «Report on Trusts and Analogous Institutions», *Hague Conference on Private International Law*, 1982.
- ERBE, W., *Die Fideuzia im rom, Recht*, Weimar, 1940.
- ESCOBAR ROZAS, F., *Traditions, Transplants And Inefficiencies: The Case Of The Peruvian Fideicomiso*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
- FARIBAULT, M., *Traité Théorique et Pratique de la Fiducie*, Wilson-Lafleur, Québec, 1936.
- FANSWORTH, ALLAN E., *Contracts*, 4th ed., ed. Aspen, New York, 2004.
- FARINA, JUAN M., *Contratos comerciales modernos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Thompson Civitas/Aranzadi, 4^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 9^a ed, Thompson Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., coord., *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, 1^a ed., BOSCH, 2017.
- FERRER, FRANCISCO A.M., *Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FIGUEROA TORRES, M., *Autonomía del la Voluntad y Pactos en Previsión de Ruptura: En España, Estados Unidos y Puerto Rico*, 1^a ed. Dyckinson, S.L., Madrid, 2016.
- FRANCESCHELLI, *Il 'Trust' nel diritto inglese*, Padua, 1935.
- FRATCHER, «Trusts», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, cap. 13, 1973.
- FUNES, SATURNINO J., *Fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Conflicto de Leyes y Derecho de Sociedades: Una Aproximación Contractual*, Edersa, Madrid, 2002.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, 1^a ed. Thompson Reuters, CIVITAS, Navarra, 2012.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, 4^a ed. Thompson Reuters, CIVITAS, Navarra, 2017.
- GARDE CASTILLO, J., *La institución desconocida en Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 1947.
- GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVIL, J. M., (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, Bosch, Barcelona, 2005.
- GARRIDO MELERO, M., “Reflexiones sobre algunos supuestos de reorganización patrimonial y el valor de la intervención notarial”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M., (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol. 3 (Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios

- en el derecho internacional y comparado. Fiducias y «trust»), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 183-296.
- GARRIGUES, *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Civitas Ediciones, Madrid, 1991.
- GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en derecho positivo*, Comares S.R.L., Granada, 2000.
- GETE-ALONSO y CALERA, M^a del C. y NAVAS NAVARRO, S., “Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol. 2, (Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales), Bosch, 2005, pp. 829-89.
- GIRALDI, PEDRO MARIO, *Fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- GILBERT, G., *The Law of Uses and Trusts*, 2nd ed., Henry Lintot, London, 1741.
- GOLDSMITH, J. C., “Trusts in France”, *Trusts and Trustees*, vol. 2, n^o 6, Oxford Univ. Press, 1996.
- GLASSON, J, THOMAS, G.W., *The International Trust*, 2nd ed., Bristol, Jordans, 2006.
- GLASSON, J., *International Trust Laws*, Bristol, Jordans, 1991.
- GOMÁ LANZÓN, J., “¿Qué es una fundación? Propuesta de una aproximación realista a su estudio”, en GARRIDO MELERO, y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol. 1 (Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio), Bosch, 2005, pp.773-890.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El Trust: La institución angloamericana y el Derecho Internacional Privado español*, Ed. Bosh, Barcelona, 1997.
- GONZALEZ TEJERA, E., *Derecho Sucesorio Puertorriqueño*, vol. II, Ramallo, San Juan, 1983.
- GONZÁLEZ TORRES, R., *El Fideicomiso*, Edino, Guayaquil-Ecuador, 2000.
- GRAY, J.C., *The Nature and Sources of the Law*, Columbia Univ. Press, New York, 1909.
- GUTIÉRREZ, P.F., *Los fideicomisos y las obligaciones negociables*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.
- HAAR LIEBMAN, *Property and Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1977.
- HADLEY, J., *Introduction to Roman Law*, D. Appleton & Co., New York, 1902.
- HANSMANN / KRAAKMAN, “Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights”, *Harvard Law School Research Paper* No. 037.
- HARRIS, J., «Lunching the Rocket –Capacity and the Creation of Inter Vivos Transnational Trusts», cap. 2, en HAYTON, D., ed., *The International Trust*, supra., 3d., 2011, p. 115.
- HARRIS, J.M., *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Hart Publishing, Oxford, 2002.
- HALBACH Jr., E.C., “The Uses and Purposes of Trusts in the United States”, in HAYTON, D., *Modern International Developments in Trust Law*, Kluwer Law International, London, 1999.
- HALBACH Jr., E.C., “The Restatement Third of Trusts: A Look Ahead”, 210 in HAYTON, D., *Modern International Developments in Trust Law*, Kluwer Law International, London, 1999.

- HAYTON, D.J. *The Law of Trusts*, 3d ed. Sweet & Maxwell, London, 1998.
- HAYTON, D. J., *The Law of Trusts*, 2d ed., Sweet & Maxwell, London 1993
- HAYTON and MARSHALL: *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, London, 9th ed., Sweet & Maxwell, London, 1991.
- HAYTON, D.J., *Modern International Development of Trust Law*, Kluwer Law International, 2002.
- HAYTON, D., *The International Trust*, 3rd ed., Jordans Publishing, Ltd., 2011.
- HAYTON, D.J. *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Hayton, D. J. (ed.). Kluwer Law International, London, 2002.
- HAYTON, D., “Anglo-Trusts, Euro-Trusts and Caribbo-Trusts: Whither Trusts?”, in HAYTON, D., *Modern International Developments in Trust Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999.
- HAWKINS, A.J., “The Trust like Device in English Law”, in WILSON, W. A., (ed.), *Trusts and Trust-Like Devices*, The Chameleon Press Ltd, London, 1981.
- HAYZUS, J.R., *Fideicomiso*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- HEINI-KELLER-SIEHR_VISVHER-VOLKEN: *Kommentar zum Bundesgesetz uber das Internationale Privatrecht*, Zurich, 1993.
- HELMHOLZ R. & ZIMMERMANN R. (eds.), *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History Bd.19)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- HOLDSWORTH, *History of English Law*, Vol. 4, Oxford, p. 421-422, 1924.
- HOWER, D.R., y KHAN, P., *Wills, Trusts, and Estates Administration*, 7th ed., Delmar, Cengage Learning, 2012.
- HUBER, P., ed., *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011.
- HUBER, U., “De conflictu legum diversarum in diversis imperiis”, ensayo en *Praelectiones Juris Romani et hodierni*, 1689.
- JOU i MIRABENT, LI., “Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (Coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol.4 (Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar), pp. 359-382.
- KAHN, *Gesetzeskollisionen: ein Beitrag zur Lehre des internationalen. Privatrechts*, 1891.
- KAYE, P., *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Dartmouth, Aldershot, 1993.
- KEETON, G.W. and SHERIDAN, L.A., *The Law of Trusts*, Prof. Books Ltd., 10th ed., 1974.
- KENT, J., *Commentaries on American Law*, Vol. 3, Part VI: *Of the Law Concerning Real Property*, Lecture LIII: *Of the History of the Law of Tenure*, 5th ed., 1844, pp. 501-510.
- KIPPER, C. M., LISOPRAWSKI, S.V., *Teoría y práctica del fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- KONRAD, ZWEIGERT; HEIN KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, translated by TONY WEIR, Oxford University Press, Oxford, New York, 1998.
- KOPPENOL-LAFOERCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997.
- KÖTZ, H., en HAYTON, D., «The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition», en *Modern International Developments in Trust Laws*, Kluwer Law International, cap. 3, 1999.

- KRAAKMAN, REINIER, et al., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- KUMMEROW, G., *Compendio de Bienes y Derechos Reales*, Magón 1980
- LACRUZ BERMEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil. Parte General. Personas*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LAGARDE, P., «Public Policy», cap. 11, vol. III, *Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law*, LIPSTEIN, K. ed., Martinus Nijhoff Pubs., Tübingen, 1993.
- LALIVE, P., *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws: A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1955.
- LANGBEIN y WOLK, *Pension and Employee Benefit Law*, 2nd ed., Foundation Press, 1995.
- LEPAULLE, P., “Traité Théorique et Pratique des Trusts en Droit Interne”, en *Droit Fiscal et en Droit International*, Rousseau & Cie, Paris, 1932.
- LAU, M. W., *The Economic Structure of Trusts*, Oxford Univ. Press, 2011.
- LEHMANN, «El trust y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?», en ARROYO i AMAYUELAS, *El Trust en el Derecho civil*, BOSCH, 200, pp. 39-55
- LEPAULLE, P., “Tratado Teórico Práctico de los Trusts”, en *Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional*, Ed. Porrúa. México, 1975.
- LAWSON, F. H., *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1953.
- RENNIE, ROBERT, BRYMER, STEWART, CABRELLI, DAVID, *Lewin on Trusts*, 17th ed. Sweet & Maxwell, 2000.
- LIPSTEIN, K., «Trusts», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, (Private International Law), cap. 23, Martinus Nijhoff Pubs., Tübingen, 1993.
- LIM, H., “The Waqf in Trust”, in SCOTT-HUNT and LIM, *Feminist Perspectives on Equity and Trusts*, Cavendish Pub. Ltd., London 2001, p. 47.
- LIPARI, N., *Il Negozio Fiduciario*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1964.
- LIVERMORE, S., *Dissertations on the Questions Which Arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations*, New Orleans, 1828.
- LOBATO GARCIA-MIJAN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1997.
- LUGO IRIZARRY, C.T., *El Fideicomiso en Puerto Rico: Un Híbrido Jurídico ante el Futuro*, First Book Publishing of PR, 1st ed., 1996.
- LUPOI, M., *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge University Press, 2000.
- LUPOI, M., *Introduzione ai Trusts: Diritto inglese, Convenzione dall’Aja, Diritto italiano*, Milan, Giuffrè, 1994.
- LUPOI, M., “The Shapeless Trust”, en *Trusts and Trustees*, vols. 1/3, Oxford Univ. Press, 1995, p. 15.
- MACEDO, P., *El fideicomiso mejicano, XXV-XXVI, Tratado Teórico y Práctico de los Trusts*, Porrúa, 1975.
- MADRID MARTÍNEZ, C., “Instituciones Generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual”, en *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Homenaje a Tatiana Maekelt, (coords.), GUERRA, V. H., MADRID MARTÍNEZ, C., y PEREZ, Y., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- MAITLAND, *Equity*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1936.
- MAITLAND, *Selected Essays*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1936.
- MAJAN, VIDYA DHAR, *Jurisprudence and Legal Theory*, Eastern Book Company, New Delhi, 1987.

- MALUMIAN, N., *Trusts in Latin America*, Oxford University Press, 2009.
- MARTÍN QUERALT, J. y LOZANO SERRANO, C.: *Curso de Derecho financiero y tributario*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús, “La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL J. M. (coord.), Vol 4 (Ordenamiento jurídico y empresa familiar. *El protocolo familiar*), Bosch, 2005, pp. 305-358.
- MARTÍNEZ DÍE, R., “La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol. 2 (Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales), Bosch, 2005, pp. 125-194.
- MARTÍNEZ ESCOBAR, M., *La Revolución de la Personalidad*, Cultural, La Habana, 1940.
- MATTHEWS, P., *Trusts: Migration and Change of Proper Law*, London, Key Haven, 1997, p. 60.
- MATHEWS & SOWDEN, *The Jersey Law of Trusts*, 3rd ed., London, Key Heavens Publications, 1993.
- MEGARRY, R.E. y WADE, W. R., *The Law of Real Property*, 4th ed., Stevens & Sons, London, 1975.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994.
- MERRYMAN & CARK, *Comparative Law: Western Europe and Latin American Legal Systems, Cases and Materials*, Bobbs-Merrill Co. Inc., 1978.
- MERRYMAN, J. H. R., *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2nd ed., Stanford University Press, 1985.
- MILLER, G., *International Aspects of Succession*, Ashgate Pub., 2000.
- MIRAMBELL ABANCÓ, A., “La administración de bienes o patrimonios ajenos: un proyecto de regulación en el derecho civil de Cataluña”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, vol. 1 (Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio) Bosch, 2005, pp. 139-204.
- MOLINA PASQUEL, R., *Los derechos del fideicomisario*, Jus México, 1946.
- MOJA, A., *Il codice del trust e del trustee*, La Tribuna, 2002.
- MOYNAHAN, C. I., *An Introduction to the Law of Real Property*, West, St. Paul, Minnesota, 1962.
- MUÑIZ ARGÜELLES, L., *Derecho Internacional Privado puertorriqueño: materiales, orientaciones e interrogantes*, 1ª ed., A.N.R.T., 2011.
- NAMEM CHALHUB, MELHIM, *Negócio fiduciário*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000.
- NASARRE AZNAR, S., “La regulación de la fiducia como instrumento con utilidad financiera”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), vol. 3 (Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el derecho internacional y comparado. Fiducias y «trust”), Bosch, 2005, pp. 651-688.
- NATOLI, UGO, *La amministrazione dei Beni Ereditari*, Giuffrè, Milano, 1952.

- NELSON, G.S. y WHITMAN, D. A., *Real Estate Transfer, Finance and Development, Cases and Materials*, 3rd ed., West Pub. Co., Minnesota, 1987.
- OPPENHEIM, L., "The Drafting of a Trust Code in a Civil Law Jurisdiction", *Trusts and Trust-Like Devices*, WILSON, W.A., (ed.), UK National Committee of Comparative Law, Chameleon Press, 1981.
- ORDOQUI CASTILLA, G., *El fideicomiso*, El Foro, Montevideo, 2003.
- ORMAECHEA, Carolina, "El fideicomiso en la República Argentina a partir de la sanción de la Ley 24.441. Un caso particular de patrimonio de afectación", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coord.), vol. 3, (Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el derecho internacional y comparado. Fiducias y «trust») 2005, pp. 689-755.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, "La continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coord.) vol. 4, (Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar), 2005, pp. 239-304.
- PANAGOPOULOS, G., *Restitution in Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Negocio Fiduciario», *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1996.
- PASTOR EIXARCH, Luis, (ponente), "La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria", en *Actas de los Novenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 141-185.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997.
- PETTIT MA, PHILIP H., *Equity and the Law of Trusts*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- PLENDER, R., *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 1991.
- PLUCKNETT, F.T., *A Concise History of the Common Law*, Little, Brown and Co., 5th ed., Boston, 1956.
- POLLOCK, F., *An Essay on Possession in the Common Law*, Oxford, Clarendon Press, 1888.
- POLLOCK & MAITLAND, *The History of English Law*, 1968, pp. 226-59.
- POZUELO ANTONI, Francisco, *Fiducia aragonesa y sucesión empresarial: un análisis fiscal*, Gestión 2000 S. A., Barcelona, 2000.
- RABEL, E., *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1958.
- REVILLARD, M., *Stratégie de transmission d'un patrimoine international*, Paris, Répertoire Defrénois, 2009.
- RENGIFO, R., *La fiducia*, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1984.
- RENNER, K., *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, Routledge & Keagan Paul, London, Boston, 1949.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Teoría general del patrimonio", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M (coords.), vol. 1 (Los patrimonios y la

- responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio), Bosch, 2005.
- ROBERTSON, A.H., *Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard Univ. Press, Cambridge, xxix, 1940.
- ROBY, HENRY JOHN, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*,
- ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, vol. II, 1948, pp 227 y sigs.
- RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Negocios Fiduciarios*, Legis Editores S.A., Bogotá-Colombia, 2005.
- RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Contratos bancarios: Su significación en América Latina*, Felaban, Bogotá, 1990.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, NURI E., *Fideicomiso*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.
- ROJAS, A., *El Fideicomiso, Fiducia o Trust en América, Un Enfoque: Conceptual, filosófico, Jurídico, Histórico, Financiero, Tributario, Laboral, Contable, Funcional, Comparativo, Crítico*, Ediciones Libra, C. A., Caracas, 2008.
- SALVATORE, V., *Il Trust. Profili di Diritto Internazionale e Comparato*, Cedam, Padova, 1996.
- SALVADOR, P. y SEUBA, J.C., *Fundaciones, interés general y títulos de aportación*, La Ley, Madrid, 1997.
- SANCHEZ ARISTI, R., *Property and Trust Law of Spain*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2013.
- SANDERS, F.W., *An Essay on the Nature and Laws of Uses and Trusts, including a Treatise on Conveyances at Common Law and Those Deriving Their Effect from the Statute of Uses*, E & R Brooke, London, 1791.
- SCHOENBLUM, J. A., *Multistate and Multinational Estate Planning 2009*, CCH Inc., 2008.
- SCOLES, E. F. and HALBACH, E. C., *Problems and Materials on Decedent's Estates and Trusts*, Little Brown & Co., Boston, 3rd ed., 1981.
- SCOLES, HAY, BORCHERS & SYMEONIDES, *The Conflict of Laws*, 3rd ed., St Paul, West Group, 2000.
- SCOTT, *The Law of Trusts*, Little, Brown and Co., 1960.
- SCOTT, A.W., FRATCHER, W.F. y ARCHER, M.L., *Scott and Archer on Trusts*, 5th ed., Vol 1, Aspen Publishers, 2005.
- SCOTT, Andrew, «The Scope of Non-Contractual Obligations», en *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, AHM, J, y BINCHY, W., eds., Martinus Nijhoff Pubs., Leiden, Boston, 2009, pp. 57-83.
- SCOTT & FRATCHER, *The Law of Trusts*, 4th ed., 1987-1989.
- SCOTT HUNT, and LIM, H., *Feminist Perspectives on Equity and Trusts*, Cavendish Pub. Ltd., London, Sydney, 2001.
- SEIDL-HOHENVELDERN, I., *American-Austrian Private International Law*, Oceana, New York, 1963.
- SERRA-PUENTE ARNAO, G., *El mercado de valores en el Perú*, Cultural Cuzco, Lima, 2002.
- SERRANO DE NICOLÁS, A., «Estate Planning: la planificación de la herencia al margen del testamento (*will substitutes*)», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, GARRIDO MELERO M. y FUGARDO ESTIVILL, J.

- M. (coords.), vol. 3 (*Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el derecho internacional y comparado. Fiducias y "trust"*), Bosch, 2005, pp. 491-522.
- CODERECH, P. S. y SEUBA TORREBLANCA, J. C., "Fundaciones, interés general y títulos de aportación", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1998, pp. 1844-1861.
- SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-London, 2004.
- SIMPSON, A. W. B., *An Introduction to the History of the Land Law*, Oxford University Press, 1961.
- SOLER, O., *El Fideicomiso*, Buenos Aires, 2000.
- SOLER, O. H., CARRICA, E., NIETO BLANC, E., *El fideicomiso: sus aspectos jurídicos y tributarios*, 2000.
- SONNEVELDT, F and van MENS, H.L., eds., *The Trust: Bridge Or Abyss Between Common and Civil Law Jurisdictions?*, Kluwer Law and Taxation Pubs., Deventer, 1992.
- SYKES y PRYLES, *Australian Private International Law*, 3rd ed., Sydney Law Books Co., 1991.
- SMITH, J.G., *The Development of Trust Companies in the United States*, Holt & Co., New York, 1928.
- SMITH, WILLIAM, *The history of the Province of New-York*, Kammen, Michael G., ed., Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1972.
- SMITS, J.M., *Trusts in Mixed Legal Systems*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2001.
- STEPHENSON, G.T., *Trust Business in Common Law Countries*, New York: Research Council, American Bankers Association, 1940.
- STEVENS, R., "Resulting Trusts in Conflict of Laws", en BIRKS & ROSE, ed., *Restitution and Equity*, vol. 1: *Resulting Trusts and Equitable Compensation*, London, Mansfield Press, 2000.
- STEWART, A., *El fideicomiso como negocio fiduciario*, Grijley, Lima, 1996.
- STORY, J., *Commentaries on Equity Jurisprudence, as administered in England and America*, Hilliard, Gray & Company, Boston, 1836.
- STORY, J., *Commentaries on the Conflict of Laws*, 1st ed., Boston, 1834.
- SYMEONIDES, S. C., *American Private International Law*, Kluwer Law International, BV, The Netherlands, 2008.
- SYMEONIDES, S. C., *Conflict of Laws: American, Comparative, International Cases and Materials*, Thompson-West, 2nd ed., 2003.
- SYKES y PRYLES, *Australian Private International Law*, 3rd ed.,
- TALPIS, J., "Succession Substitues", *Recueil de La Haya*, vol. 356, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 2012.
- THÉVENOZ, L., "Trusts en Suisse, Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie", *Publications du Centre d'études juridiques européennes*, Schulthess & Zurich, Genève, 2001.
- TIFFANY, H. T., *Tiffany on Real Property*, 3rd ed., Callaghan, 1947.
- TURUHPIAL CARIELLO, H., *El Fideicomiso*, Talleres de Italgráfica, Caracas, 1999.
- UBERTAZZI, B., "El Trust en el Derecho Internacional Privado Italiano y Español", del III Congreso del Derecho Civil catalán *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, los días 20 y 21 de octubre de 2005.
- UNDERHILLS, *The Law Relating to Trusts and s*, Butterworth & Co, London, 1959.

- URIBE MICHEL, J., *Naturaleza jurídica del fideicomiso*, tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1948. Universitas, Bogotá, n° 111, enero-junio de 2006, pp. 167-225.
- VAN LOON, H., "L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, Paris, 2007, p. 323.
- VENNELL, C. W., *A Century of Trust: A History of the New Zealand Public Trust Office: 1873-1973*, Wilson and Horton, Auckland, 1973.
- VON MEHEREN & TRAUTMAN, *The Law of Multistate Problems*, Brown and Company, Boston-Toronto, 1965.
- V. ERBE, W., *Die Fiduzia im rom, Recht*, Weimar, 1940.
- VARÓN PALOMINO, J. C., *Portafolios de inversión*, Asociación de Fiduciarias, Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, 1994.
- VIRGOS, SORIANO, M., *El Trust y el Derecho Español*, Aranzadi, 2006.
- WALKER, T., *Introduction to American Law, Designed as a First Book for Students, Part Fourth: The Law of Property, Lecture Twenty-First: Estates with Respect to Duration*, 2nd ed., Cincinnati, Derby, 1846, pp. 266-269.
- WALTER, H., DIAMOND, VV. AA., *International Trust Laws and Analysis*, 1998.
- WATERS, D.W.M., *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed., The Carswell Co. Ltd., Toronto, 1984.
- WATERS, D. W.M., "Unification or Harmonization? --Experience with the Trust Concept", *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, p. 591.
- WATERS, D. W. M., "Convergence and Divergence: Civil Law and Common Law", *Extending Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, HAYTON, D. W. M., ed., 2000, p. 59.
- WATT, G. *Trust and Equity*, 6th ed. Oxford Univ. Press, 2014.
- WEISER, *Trusts in the Continent of Europe*, Sweet & Maxwell, London, 1936.
- WEINTRAUB, R. J., *Commentary on the Conflict of Laws*, 3rd ed., Aufl., New York, 1986.
- WEINTRAUB, R., J., *Commentary on the Conflict of Laws*, New York: Foundation Press, 4a ed., 2001.
- WILSON, W.A., *Trust and Trust-like Devices*, The Chameleon Press Ltd, London, 1981.
- WIGMORE, J.H., *A Panorama of the World's Legal Systems*, West Pub. Co., 1928.
- WOLFF, E. R., *Europe and the People without History*, Univ. of California Press, Berkeley, 1982.
- WOLFF, M., *Private International Law*, 2nd ed., 1950.
- YANES, F. G., *Memorandum de Derecho internacional privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Clásicos Jurídicos Venezolanos, n° 1, Caracas, 2007.
- YARZA OCHOA, CARLOS, *El derecho de propiedad en el fideicomiso*, tesis, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1949.
- ZATTI, P. & VITTORIO, C., *Lineamenti di Diritto Privato*, CEDAM, Padova, 1989.
- ZUBIRI SALINAS, F., "Comentario a los arts. 119 a 118 de la Compilación (De la fiducia sucesoria)", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, LACRUZ, J. L. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dirs.), T. III, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996, págs. 353-469.

REVISTAS

- ADAMS, J. B., «The Continuity of English Equity», *Yale Law Journal*, vol. 26, 1917, p. 550.
- ADAMS, J. B., «The Origins of English Equity», *Columbia Law Review*, vol. 16, 1916, p. 87.
- ALCAZAR, RAFAEL, «La titulación de activos en el Perú», *Ius Et Veritas*, Lima, 1997.
- ALFARO, R.J., «The Trust and the Civil Law with Special Reference to Panama», *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, vol. 33, núm. 3/4, 1951, pp. 25-31.
- ALFARO, R.J., «Civil Law Reception of Trusts», *Commercial Law Service*, Departamento. del Comercio, Panama, 1939.
- ALFARO, R.J., PATTON, R.G., «El fideicomiso moderno», *Revista Jurídica Universidad Puerto Rico*, vol. 28, 1959, p.149.
- ALONSO y LAMBÁN, M., «Sumario de una problemática de la fiducia sucesoria aragonesa», *Temis*, n.º 12, 1962.
- ANDERSON, «Wakfs in East Africa», *Journal of African Law*, vol. 3, 1959, p.152.
- ARAI and KIMURA., «Financial Revolution and Trust Banks in Japan: Challenges in the Deregulation and Internationalization Process», *Journal of International Trust & Corporation Planning*, vol. 4, 1995.
- ANNOT., «Testamentary Direction to Devisee to Pay Stated Sum of Money to Third Party as Creating a Charge or Condition or as Imposing Personal Liability on Devisee for Nonpayment», *American Law Reports*, vol.54, 1987, 4th 1098.
- ANNOT., «Rights and Remedies Against One Who Induces, Prevents, or Interferes in the Making, Changing, or Revoking of a Will, or Holds the Fruits Thereof», *American Law Reports*, vol. 11, 1950, 2nd 808.
- ARIAS RAMOS, J., «Derecho Romano», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1947.
- ARROYO I AMAYUELAS, «La regulación quebequesa del trust», *La Notaria*, 2001.
- ARROYO MARTNÍEZ, I., «Trust and the Civil Law», *Louisiana Law Review*, vol. 42, 1982, p. 1709, traducido en «Trust y Ley Civil», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983.
- ARRUÑADA, «La contratación de derechos de propiedad: Un análisis económico», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2004.
- AMES, J. B., «The Origin of Uses and Trusts», *Harvard Law Review*, vol. 21, 1908, p. 261.
- AVINI A., Comment: «The Origins of the Modern English Trust Revisited», *Tulane Law Review*, vol. 70, 1996.
- BADOSA COLL, F., «Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho español (La venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular)», en VV.AA.: *Estudios homenaje al profesor Díez-Picazo*, T. I, Civitas, 2003.
- BADOSA COLL, F., «La constitució de patrimonis fiduciaris en el Dret civil català», *La Notaría*, vol. 5, 2002.
- BARBOUR, «Some Aspects of Fifteenth-Century Chancery», *Harvard Law Review*, vol. 31, 1918, 834.
- BARRIOS GONZÁLEZ, B., «Teoría de la sana crítica», *Opinión Jurídica*, vol. 2, núm. 1, Univ. Medellín, 2003, pp. 99-132.
- BARTON, «The Medieval Use», *Law Quarterly Review*, vol. 81, 1965, p. 562.

- BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, Clunet, 1897, pp. 225-255.
- BAXTER, W.F., «Choice of Law and the Federal System», *Stanford Law Review*, vol. 16, 1963.
- BONOMI, A., «Successions internationales : Conflits de lois et de juridictions», *Recueil de La Haye*, vol. 350, 2011, pp. 71-418.
- BRILMAYER, L., «Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent», *Faculty Scholarship Series*, Yale Law School, Paper 2509, 1980.
- BRILMAYER, L., «Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws: A Challenge», *Faculty Scholarship Series*, Yale Law School, Paper 2507, 1984.
- BRILMAYER, L., «Choice of law Theory and the Metaphysics of the Stand-Alone Trigger», *Faculty Scholarship Series*, Yale Law School, Paper 2522, 1984.
- BRILMAYER, L., «Methods and Objectives in the Conflict of Laws: A Challenge», *Mercer Law Review*, vol. 35, 1984, p. 555.
- BRAUN, « Trusts Interni », *Revista di Dritto Civile*, vol. 573, 2000.
- BODENHEIMER, F., «The Need for a Reorientation in American Conflicts Law», *Hastings Law Journal*, vol. 19, 1978, p. 731.
- BORCHERS, P.J., «Courts and the Second Conflicts Restatement: Some Observations and an Empirical Note», *Maryland Law Review*, vol. 56, 1997.
- BROWN, B. F., «The Ecclesiastical Origin of the Use», *Notre Dame Law Review*, vol. 10, n° 4, 1935, p. 353.
- CALATAYUD SIERRA, A., «De la fiducia sucesoria», en *Ley de Sucesiones*, Título IV, *Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año 5, n°1, Zaragoza, 1999.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, J., «La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles», *Estudios de Derecho*, vol. 54/2, 2006.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Operaciones fiduciarias o trusts en el Derecho español», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, año 75, n°1 654, 1999, pp. 1757-1866.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. C., «Reglamento sucesorio europeo y la residencia habitual del causante», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n°1, 2016, pp. 47-75.
- CARRASCOSA GONZALEZ, J.C., «Private International Law, Transborder Investments and Financial Damage in a SICAV scenario», 2 julio 2015, <http://accursio.com/blog/?p=361>.
- CATTAN, «The Law of Wakf», *Law in the Middle East*, n°1, 212, Khadduri & Liebesny, 1955.
- CAVERS, «A Critique of the Choice of Law Problem», *Harvard Law Review*, vol. 447, 1933, p. 173.
- CHAPUIS, J., «El fideicomiso, trust y las frías mañanas de invierno», *Themis Revista de Derecho*, vol. 50, 2ª Época, Lima, 2005.
- CHONG, A., «The Common Law Choice of Law Rules for Resulting and Trusts», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 855-884.
- CHONG, A., «Choice of Law for Unjust Enrichment/Restitution and the Rome II Regulation», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, N° 4, oct. 2008, pp. 863-898.
- CORNEJO J., «El fideicomiso mercantil y sus usos en el sistema financiero», tomo 45, n°1, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2002
- CORZO DE LA COLINA, R., «El fideicomiso. Alcances, alternativas y perspectivas», *Thémis Revista de Derecho*, vol. 35, PUCP, Lima, 1997

- COPPER, J.A., «Empty Promises: Settlor's Intent, The Uniform Trust Code, and the Future of Trust Investment Law», *Boston University Law Review*, vol. 88, 2008, p. 1165.
- COOTER & FREEDMAN, «The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences», *New York University Law Review*, vol. 66, 1991, 1045.
- COOK, W.W., *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, vol. 33, nº 5, Yale, 1924.
- CRUZ TORRES, Z., «Reforma del Derecho Internacional Privado puertorriqueño en el matrimonio y su régimen económico», *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 43, 2008, pp.151-190.
- CURRIE, B., «The Disinterested Third State», *Law & Contemporary Problems*, vol. 28, 1963, p. 754.
- DAGGETT, H.S., «Progress Report on Louisiana's Trust Estates Act», *Louisiana Law Review*, vol. 10, 1949, p. 44.
- DANCY, K., «The State of a Trust's Situs», *Journal of Financial Service Professionals*, Nov. 2016.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Pluridad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia: una visión trasatlántica», *Revista Española de Derecho internacional*, vol. LVIII, 2006.
- DE WAAL, M. J., «In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civilian Context», *Stellenbosch Law Review*, vol. 13, 2001, p. 63.
- DIAGO DIAGO, M^a P., «La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos del demandado» en AA.VV., *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (en prensa).
- DIAGO DIAGO M^a P., «La prueba del Derecho extranjero tras la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *AEDIPr*, t. XVII, 2017.
- DIAGO DIAGO M^a P., «La Kafala Islámica en España», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2., nº1, marzo 2010.
- DOMÈNECH, F. A., «Soluciones a la prueba de Derecho extranjero», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011, nº 1-2, pp. 75-95.
- DROZ, G. A. L., « Libéralités : testaments, donations et trusts en droit international privé », *Jurisclasseur de droit international*, Fasc. 557-C (étude de la Convention Nos 36 à 88).
- DYER, A., «International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of The Hague Convention», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Oct. 1999.
- EASTERBROOK & FISCHER, «Contract and Fiduciary Duty», *Journal of Law & Economics*, vol. 36, 1993, p. 425.
- EICHENGRUN, J., «Remedying the Remedy of Accounting», *Wake Forest Univ. School of Law*, vol. 60, nº3, 1985, p. 463.
- ELY, J., «The States' Interest in Protecting its Own», *William & Mary Law Review*, vol. 23, 1981, p. 173.
- ESCOBAR ROZAS, F., «Breve ensayo sobre el dominio fiduciario en el sistema jurídico peruano», *Themis Revista de Derecho*, PUCP, 2^a Época, Lima, 2004.
- ESCOLAN REMARTNÍEZ, A., «Planteamiento de la problemática actual de la fiducia sucesoria aragonesa», *Saberes*, vol. 11, 2013.
- ELLICKSON, R. C., «A Private Idaho in Greenwich Village? », *Yale Law Journal Pocket Part 5*, vol. 115, 2005.
- FALCONBRIDGE, «Characterization in the Conflict of Laws», *Law Quarterly Review*, vol. 53, 1937, p. 235.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, «La Fiducia Sucesoria», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 583, 1987, pp. 1731-1753.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Aplicación judicial y extrajudicial del derecho extranjero: el artículo 12 apartado 6 del Código Civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO, M. y S. DIAZ ALABART, S., (eds.), 2ª ed., Edersa, Madrid, pp. 973-1082.
- FIGUEROA, D., «Civil Law Trusts in Latin America: Is the Lack of Trusts an Impediment for Expanding Business Opportunities in Latin America? », *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 24, 2007, p. 701.
- FISCHEL, DANIEL R.; MICHEAL BRADLEY, «The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis», *Cornell Law Review*, vol. 71, 1986, p. 261.
- FRATCHER, «The Islamic Wakf», *Missouri Law Review*, vol. 36, 1971, p. 153.
- FREUND, «Chief Justice Stone and the Conflict of Laws», *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, p. 1210.
- FRIEDMAN, L. M. «The Dynastic Trust», *Yale Law Review*, vol. 73, 1964, p. 547.
- FUGARDO ESTIVIL, J. M., «Los patrimonios fiduciarios y el trust», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, nº 693, enero-febrero 2006.
- GAILLARD y TRAUTMAN, «Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and The Hague Convention of Trust», *American Journal of Comparative Law*, vol. 35, 1987, p. 307.
- GALLIGAN, M.W., «United States Trust Law and The Hague Trust Convention», *New York State Bar Association Trusts and Estates Law Section Newsletter*, Vol. 33, No. 3, Fall 2000.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Diario La Ley*, nº 8614, 2015.
- GARRIGUES, «Law of Trusts», *American Journal of Comparative Law*, vol. 20, 1953, p. 25.
- GAUDIOSI, «The Influence of the Islamic Law of Wakf on the Development of the Trust in England; The Case of Merton College», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 136, 1988, p. 1231.
- GOLDSCHMIDT, «The Trust in the Countries of Latin America», *Inter-American Law Review*, vol. 3, 1961, p. 29.
- GRASSETTI, «Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico», *Rivista di Dritto Commerciale*, 1936.
- GRAVESON, R. H., «Conflict of Laws. Private International Law », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 27, nº 1, 1975.
- GRETTON, G. L., «Trusts without Equity. An Excellent Recent Scottish Perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, 2000, p. 599.
- GRUNING, D.W., «Reception of the Trust in Louisiana: The Case of Reynolds v. Reynolds», *Tulane Law Review*, vol. 57, 1982, p. 89.
- HANSMANN / KRAAKMAN, «The Essential Role of Organizational Law», *Yale Law Journal*, vol. 110, 2000, p. 408.
- HANSMANN/ UGO MATTEI, «The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis», *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, p. 434.
- HARRIS, J., «The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges», *The Trust Law International*, vol. 22, 2008.

- HARRIS, J., "Jurisdiction in International Trust Litigation—Surveying the Landscape", *Trusts and Trustees*, vol. 17, N° 4, May 2011, pp.236-260.
- HALBACH Jr., E.C., «Uniform Acts, Restatements, and Trends in American Trust Law at Century's End», *California Law Review*, vol. 88, 2000, p. 1877.
- HALBACH Jr., E.C., «Significant Trends in the Trust Law of the United States», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, n° 3, May 1999.
- HANSMANN/ MATTEI, «The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis», *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, p. 434.
- HARPER, F.V., «Torts, Contract, Property, Status, Characterization, and the Conflict of Laws», *Columbia Law Review*, vol. 59, 1959, p. 440.
- HAUSMANN, R., «Pleading and Proof of Foreign Law- A Comparative Analysis», *The European legal Forum (E)*, Feb., 1-2008, 1-14.
- HAUSMANN, R., «Swiss Courts and the Recognition of Foreign Trusts», *Trusts E Attivita Fiduciare*, vol. 2, 2001.
- HAYTON, D. *Trusts in Private International Law. Recueil de La Haye*, vol. 366, 2014, pp. 9-98.
- HAYTON, «Trusts and Forced Heirship Problems», *Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 1993.
- HAYTON, D., «The Netherlands Implementation of The Hague Trust Convention», *Journal of International Trust and Corporate Planning*, vol. 5, 1996.
- HAYTON, D., «Cross Border Estates: Part 3: The Hague Conventions», *Private Client Businesses*, vol. 329, 1994, p. 334.
- HAYTON, D., «The Developing European Dimension of Trust Law», *Kluwer Law International*, vol. 11, 2000, The Hague, London-Boston, p. 48.
- HILL, A., «Governmental Interest and the Conflict of Laws--A Reply to Professor Currie», *University of Chicago Law Review*, vol. 27, 1960, p. 463.
- HIROYUKI, W., «Trusts without Equity' and Prospects for the Introduction of Trusts into European Civil Law Systems», <http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/23/20.pdf>.
- HOFELD, W., «Some Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning», *Yale Law Journal*, vol. 23, 1913, p.16.
- HOFRI-WINOGRADOW, A. S., «Contract, Trust and Corporation: From Contrast to Convergence», *Iowa Law Rev.*, vol. 102, 2017, p.1691.
- HOLDSWORTH, «The Relation of the Equity Administered by the Common Law Judges to the Equity Administered by the Chancellor», *Yale Law Journal*, vol. 26, n°1, 1916, pp. 1-23.
- HOLMES, O. W., «Early English Equity», *Law Quarterly Review*, vol. 1, 1885, p.162.
- HOLMES, O. W., «Law in Science and Science in Law», *Harvard Law Review*, vol. 12, 1899, p. 443.
- HAYTON, D.J. «The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition», *International and Comparative Law Quarterly*, 1987.
- HOWARD, C., «Trust Funds in Common Law and Civil Law Systems: A Comparative Analysis», *University of Miami International and Comparative Law Review*, vol. 13, Spring 2006, p. 343.
- JAMIESON, «Trusts Other Than Money Transferred for Specific Purpose», *Australia Law Journal*, vol. 63, 1989, p. 442.
- JAIRO M., «Trusts and "Living Law" in Europe», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 103, n° 8, June, 1955, p.1052.

- JAUFFRET-SPINOSI, C., «La Convention de La Haye Relative à la Loi Applicable au Trust et à sa Reconnaissance (1^{er} Juillet 1985)», *Journal du Droit International*, vol. 114, Clunet, 1987, p. 23.
- JAYME, E., « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Recueil de La Haye*, vol. 251, 1995, pp. 9.
- JIMÉNEZ BLANCO, «Derecho Aplicable a las Donaciones», *R.E.D.I.* vol. 49, 1997, p. 63.
- JIMÉNEZ CLAR, A., «Algunas consideraciones sobre el Reglamento Sucesorio Europeo y sobre sus efectos en la Sucesión Mortis Causa de los ciudadanos británicos en España», *Bitácora Millenium DIPr*, nº 1, 2015.
- JONES, S.A., et als., «The Massachusetts Business Trust and Registered Investment Companies», *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 13, 1988, p. 421.
- JUENGER, F., «Leflar's Contributions to American Conflict's Law», *So. Car. L. Rev.*, vol. 31, 1980, p. 413.
- JUENGER, F., «Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis», *Am. J. Comp. Law*, vol. 32, 1984, p.1.
- JURIST, «Wakf», *Moslem World*, vol. 4, 1914, p. 173.
- KAY, H. H., «A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis. », *Recueil de La Haye*, vol. 215, 1989, p.9.
- KUAN-VENG, A., PIZARRO, L., «Liquidando las garantías reales tradicionales», *Ius et Veritas*, 17, Lima, 1998.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Cross Border Testamentary Trusts and the Conflict of Laws», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp.184-207.
- LANDERRECHE, J., «Naturaleza jurídica del fideicomiso en el derecho mexicano», *Revista Jus*, X, 50, México, 1942.
- LANGBEIN, J. H., «The Nonprobate Revolution and the Future of the law of Succession», *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, p. 1108.
- LANGBEIN, J. H., «The Twentieth Century Revolution in Family Wealth Transmission», *Michigan Law Review*, vol. 86, 1986, p. 722.
- LANGBEIN, J. H., «The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce», *Yale Law Journal*, vol. 107, 1997, p. 165.
- LANGBEIN, J. H., «The Contractarian Basis of the Law of Trusts», *Yale Law Journal*, vol. 105, 1995, p. 625.
- LANGBEIN, J.H., «The Uniform Prudent Investor Act and the Future of Trust Investing», *Iowa Law Review*, vol. 81, 1996, p. 641.
- LANGBEIN, J. H., «Why Did Trust Law Become Statute Law in the United States?», *Alabama Law Review*, vol. 58:5, 2007, p. 1069.
- LANGBEIN, J.H., «Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest? », *Yale Law Journal*, vol. 114, 2005, p. 929.
- LANGBEIN, J. H., «Burn the Rembrandt? Trust Law's Limits on The Settlor's Power to Direct Investments», *Boston University Law Review*, vol. 90, 2010, p. 375.
- LANGBEIN, J. H., «Mandatory Rules in the Law of Trusts», *New York University Law Review*, vol. 98, 2004, p. 1105.
- LEPAULLE, «Civil Law Substitutes for Trusts», *Yale Law Journal Suppl.*, vol. 36, 1927, p. 1126.
- LEPAULLE, P., «An Outsiders Viewpoint of the Nature of Trusts», *Cornell Law Quarterly*, vol. 14, 1928, p. 53.
- LEPAULLE, «Trusts and the Civil Law», *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 15, nº1, Cambridge Univ. Press, 1933, pp. 18-34.

- LORENZEN, E.G., «Causa and Consideration in the Law of Contracts», *Yale Law Journal*, vol. 28, 1919, p. 621.
- LORENZEN, E.G., «Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws», *Yale Law Journal*, vol. 50, 1941, p. 742.
- LOUGHLIN, P.J., «The Domestication of The Trust: Bridging the Gap Between Common Law and Civil Law», *The Global Journal for International and Financial Analysts*, American Academy of Financial Analysts. www.financialanalyst.org/newarticle2.html.
- LOWENFELD, A. F., «*Tempora Mutantur...*--Wills and Trusts in the Conflicts Restatement», *Columbia Law Rev.*, vol. 72, núm. 2, 1972, pp. 382-392.
- LUPOI, M., «The Recognition of Common Law Trusts and their Adoptions in Civil Law Societies», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, 1999, p. 967.
- LUPOI, M., «The Domestic Trust Theory Upheld in Italy», *Trusts and Trustees*, n° 10, Oxford Univ. Press, 1998, p. 24.
- MAITLAND, F. W., «The Origin of Uses», *Harvard Law Review*, vol. 8, 1894, p. 127.
- MAKDISI, G., «The Guilds of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court», *Cleveland State Law Review*, vol. 34, 1985, p. 3.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Country Report: Spain», *Columbia Journal of European Law Online*, vol. 18, Winter 2012, p. 36.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Derecho de trusts en la Unión Europea», en *Crónica de Derecho Privado Europeo*, tomo LXII, fasc. 1, 2009.
- MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis, «El patrimonio en el Derecho aragonés», *Anuario de Derecho Aragonés*, II, 1945.
- MARTNÍEZ DE AGUIRRE, C., *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 23, 1990, marginal 598, pp. 485-506
- MARTOS BELMONTE, P., «Tratamiento fiscal de un *trust* discrecional constituido en el extranjero por un residente en España. Derecho comparado y posible aplicación del régimen de atribución de rentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Crónica Tributaria*, núm. 142, 2012, pp. 77-94.
- MASEDA RODRÍGEZ, J., «La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional», *Actualidad Civil*, núm. 12, 2002.
- MASTROPRIETO, B., «Acto de destinación y trust: dos modelos a confrontar», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, III, núm. 4, 2012.
- McLAUGHLIN, N., «The Role of Land Trusts in Biodiversity Conservation of Private Lands», *Idaho Law Review*, vol. 38, 2002, p. 453.
- MEIER, H.G., «The Utilitarian Role of a Restatement of Conflicts in a Common Law System: How Much Judicial Deference Is Due to the Restarters or Who are these guys, anyway? », *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000.
- MERRIL/SMITH, «Optimal Standardization in the Law of Property: the *numerus clausus* principle», *Yale Law Journal*, 2000.
- MICHAELS, P. J., TWOMEY, L. "How, Why and When to Transfer the Situs of a Trust", *Estate Planning*, vol. 31, enero 2004.
- MIELE, G., «Potere, Diritto Soggetivo e Interesse», *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto delle Obligazioni*, XLII, 1944.
- MIROW, M.C., «Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the Code Napoleon in Drafting the Chilean Civil Code», *Louisiana Law Review*, vol. 61, 2001, pp. 291, 292.

- MOLINA PASQUEL, R., «The Mexican Fideicomiso: The Reception, Evolution and Present Status of the Common Law Trust in a Civil Law Country», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 8, 1969, p. 54.
- NABORS, E. A., «The Shortcomings of the Louisiana Trust and Estates Act and Some Problems Drafting Trust Instruments Thereunder», *Tulane Law Review*, vol. 13, 1939, p. 178.
- NAVARRO ALAPONT, C., «La determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento (UE) 650/2012», *Noticias Jurídicas*, 5 de enero de 2017.
- NOTE, «Common Law Trusts in Civil Law Courts», *Harvard Law Review*, vol. 67, 1954, p. 1030.
- NEWTON III, W.H., «Selecting a Situs for a Foreign Trust: The Key Factor; How and When to Change It», *Journal of Taxation*, vol. 59, 1983, p. 220.
- NUSSBAUM, A., «Sociological and Comparative Aspects of the Trust», *Columbia Law Review*, vol. 38, 1938, pp. 408-430.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales», en *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*. La Ley, Madrid, 2011.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «La fiducia sucesoria» (capítulo de un Manual inédito), en <http://www.unizar.es/derecho/derecho_aragones/progcivil/>.
- PASCAL, R. A., «Some ABC's about Trusts and Us», *Louisiana Law Review*, vol. 13, 1952-1953, p. 555.
- PASCAL, «Characterization as an Approach to the Conflict of Laws», *Louisiana Law Rev.*, vol. 2, 1940, p. 715.
- PATTON, A. y GROSSO, R., «The Hague Convention and the Law Applicable to Trusts and on their Recognition: Implementation in Italy», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, 1994, p. 654.
- PATTON, «The Nature of the Beneficiary's Interest in a Trust», *Miami Law Quarterly*, vol. 4, 1950, p. 441.
- PATTON, R.G., «Trust Systems in the Western Hemisphere», *Tulane Law Review*, vol. 19, 1945, p. 398.
- PATTON, R.G., «El futuro de la Legislación del Fideicomiso», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 17, nº 3, p. 221, 1947, «The Future of Trust Legislation in Latin America», *Tulane Law Review*, vol. 20, 1946, p. 542.
- PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Consideraciones en torno al 'pacto de fiducia cum creditore' », *R. J. Nav.* 1991, núm. 12, p. 66.
- PERRY, D., «Vested Rights, 'Vestedness', and Choice of Law», *Yale Law Journal*, vol. 96, nº 6, 1987.
- PHILLIP, A., « General Course on Private International Law », *Recueil de La Haye*, vol. 160, 1978, pp. 1-73.
- POSNAK, B., «Interest Analysis and its 'New Critics'@», *American Journal of Comparative Law*, vol. 36, 1988, p. 681.
- POWERS, «The Islamic Family Endowment, (Wakf)», *Vanderbilt Journal Transnational Law*, vol. 32, 1999, p. 1167.
- PUIG FERRIOL, LI., «L'evolució del fideïcomís», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 109, nº 4 (Ejemplar dedicado a: Cinquantè aniversari de la compilació de Dret Civil de Catalunya), 2010, pp. 1123-1144.

- RABEL, E., «Das Problem der Qualifikation», *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1931, pp.240-288.
- RAKOFF, TODD D., «Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction», *Harvard Law Review*, vol. 96, 1983, p. 1174.
- RAYMOND, C., «Réflexions de Droit Comparé sur la Convention de la Haye sur le Trust», *LXVIII Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Répertoire Defrénois, 3^{ème} éd., 1991.
- REID, K., «The Idea of Mixed Legal Systems», *Tulane Law Review*, vol. 78, 2003, p. 5.
- REID, K., ., «Patrimony not Equity: The Trust in Scotland», *European Review of Private Law*, vol. 8, 2000, pp. 427-37.
- RODRIGUEZ ADRADOS, A., «Escrituras, contraescrituras y terceros», *Anales de la Academia Matrisense del Notariado*, tomo 22, núm. 2, 1980, pp. 229-392.
- RODRIGUEZ BENOT, A., «La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, N°1, pp. 234-259.
- ROMANO, SALVATORE, «Aspetti Soggettivi dei Diritti Sulle Cose», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, IX, 1955.
- SÁNCHEZ VILELLA, L.F., «The Problems of Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions: The Law of Trusts in Puerto Rico», *Tulane Law Review*, vol. 19, 1945, p. 374.
- SÁNCHEZ VILELLA, L.F., «El Fideicomiso Puertorriqueño I. Vida, Pasión y ¿Muerte? Del Fideicomiso Tácito», *Revista del Colegio De Abogados de Puerto Rico*, vol. 25, 1965, p. 293.
- SÁNCHEZ VILELLA, L.F., El «Fideicomiso Puertorriqueño II ¿Puede Constituirse Fideicomiso sobre las legítimas?», *Revista del Colegio De Abogados de Puerto Rico*, vol. 25, 1965, p. 313.
- SÁNCHEZ VILELLA, L.F., «El Fideicomiso Puertorriqueño III. Desviaciones Fundamentales Respecto del Derecho Angloamericano sobre Trusts», *Revista del Colegio De Abogados de Puerto Rico*. vol. 37, 1976, p. 417.
- SÁNCHEZ VILELLA, L.F., «El Fideicomiso Puertorriqueño IV. Un Caso Hipotético y su Solución bajo Cuatro Figuras del Derecho Civil, el 'Trust' Angloamericano y el Fideicomiso Puertorriqueño», *Revista del Colegio De Abogados de Puerto Rico*, vol.1978, p. 453.
- SÁNCHEZ VILELLA, L.F., «El Fideicomiso Puertorriqueño V: Las Vicisitudes Del Fideicomiso De Don Federico Degetau», *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 38, nº 2, mayo 1977.
- SÁNCHEZ VILELLA, L.F., «El Fideicomiso Puertorriqueño VI: El fideicomiso puertorriqueño después de *Dávila v. Agrait*, 116 D.P.R. 549 (1985)», *Revista del Colegio De Abogados de Puerto Rico*, vol. 56, nº 1, enero-marzo 1985, pp. 171-181.
- SANTORO PASSARELLI, F., «Doctrinas generales del Derecho civil», traducción de A. LUNA, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964.
- SCOLES, E. F., «Choice of Law in Trusts: Uniform Trust Code, Sections 107 and 403», *Missouri Law Review*, vol. 67, 2002, p. 213.
- SCOLES, E. F. and RHEINSTEIN, M., «Conflict Avoidance in Succession Planning», *Law and Contemporary Problems*, vol. 21, nº 3, Sum. 1956, p. 499.
- SCOTT, «The Nature of the Rights of the *Cestui Que Trust*», *Columbia Law Review*, vol. 17, 1917, p. 467.
- SCOTT, «The Fiduciary Principle», *California Law Review*, vol. 37, 1949, p. 539.

- SCHNITZER, "Die truehand (der Trust) und das internationale privatrecht», *Gedächtnisschrift L. Marker*, 1963.
- SERRANO GARCÍA, J. A., «Los patrimonios fiduciarios en el Derecho civil aragonés», *Cuadernos Lacruz Berdejo*, nº2, 2005.
- SCHOENBLUM, «The role of the Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Wakf: A Comparison with the Trust», *Vanderbilt Transnational Law Review*, vol. 32, 1999, p.1191.
- SCHOENBLUM, J.A., «The Adaptation of the Asset Protection Trust for Use by the Multinational Corporation: the American Perspective», in *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, McKendrick, ed., Oxford Clarendon Press, 1992.
- SCHWARTZ, A., «Relational Contracts and the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies», *Journal of Legal Studies*, vol. 21, 1992, p. 271.
- SCHWARCZ, S. L., «The Universal Language of International Securitization», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 12, 2002, p. 285.
- SCHWARCZ, S. L., «Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery», *Business Lawyer*, vol. 58, 2003, p. 559.
- SIMSON, G., «Choice of Law after the Currie Revolution: What Role for the Needs of the Interstate and International Systems? », *Mercer Law Review*, vol. 63, 2012, p. 715.
- SITKOFF, R. H., «An Agency Costs Theory of Trust Law», *Cornell Law Review*, vol. 89, 2004, p. 621.
- SMITH, D.T., «The Statute of Uses: A Look at Its Historical Evolution and Demise», *Western Reserve Law Review*, vol. 18, 1966-1967, p.40.
- SMITH, J., «Capacity in the Conflict of Laws—a Comparative Study», *Institute of International and Comparative Law*, vol. 1, 1952, p. 446.
- STEIN, P., «Reseña de itinera fiducia», *Cambridge Law Journal*, vol. 59, sept. 2000, pp. 201-209.
- STONE, H. F., «The Nature of the Rights of the *Cestui Que Trust*», *Columbia Law Review*, vol. 17, 1917, pp. 269-290.
- STRATHDENE, «Sambach v. Dalston»: An Unnoticed Report», *Law Quarterly Review*, vol. 74, 1958, p. 550.
- SYMEONIDES, S. C., «Choice of Law in the American Courts in 2008: Twenty-Sixth Annual Survey», *Am. Journal of Comparative Law*, vol. 61, nº 2, Spring 2013.
- SYMEONIDES, S. C., «Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect», *University of Toledo Law Review*, vol. 45, 2013.
- TALPIS, J., « Succession Substitutes », *Recueil De La Haye*, vol. 356, 2012.
- THIELE, C., "The Hague Convention Choice of Court Agreements: Was It Worth the Effort?", 2007, pp.63-88.
- TUDSRI, P., «Characterization of Proprietary Restitution in the Conflict of Laws», *Ottawa Law Rev.*, vol. 44, 2012-1013, p. 261.
- USTARROZ UGALDE, J. R., «La naturaleza juridical de los fondos de pension», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, tomo 27, 1987, pp. 592 y 589 y sigs.
- VENTURATOS LORIO, K., «Louisiana Trusts: The Experience of a Civil Law Jurisdiction with the Trust», *Louisiana Law Review*, vol. 42, 1982, p. 1721.
- VAN WYNEN THOMAS, A., «Note on the Origin of Uses and Trusts», *Southwestern Law Journal*, vol. 3, 1949, p.162.
- VINOGRADOFF, «Reason and Conscience in Sixteenth-Century Jurisprudence», *Law Quarterly Review*, vol. 24, 1908, p. 96.

- VIRGOS, SORIANO, M., GARCIAMARTÍN, F., «Pluralidad de Fuentes y Unidad del Sistema Español de Competencia Judicial Internacional», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 253-278.
- VIRGOS, SORIANO, M., «Derecho de Sucesiones y Reenvío: La Respuesta del Sistema Español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2003.
- Von BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H. y BEALE, H., HERRE, J., HUET, J., STORME, M., SWANN, S., VARUL, P., VENEZIANO, A., y ZOLL, F., editores, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference ("DCFR")*, Outline Edition, preparado por Study Group on European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Aquis Group), basado en parte en version revisada de *Principles of European Contract Law*, SELLIER European law Pubs. 2009, pp. 568-569.
- VON MEHEREN, A. T., «*Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology*», *Harvard Law Review*, vol. 88, 1974, p. 298.
- VON MEHEREN, A.T., «Civil Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis», *Harvard Law Rev.* vol. 72, 1959 p. 1009.
- VRELLIS, S., «*Conflit ou coordination de valeurs en Droit International Privé : À la Recherche de la Justice* », *Recueil de La Haye*, vol. 328, 2007, pp. 263 et seq.
- WALLACE, A., «Choice of Law for Trusts in Australia and the United Kingdom», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol 36, N° 3, 1987, pp. 454-482.
- WATERS, D., «The Nature of the Trust's Beneficiary's Interest», *Canadian Bar Review*, vol. 45, 1967, p. 219.
- WATERS, D., «Unification or Harmonization? Experience with the Trust Concept » in STOFFEL, W. y VOLKEN, P., (eds.) *Conflicts et Harmonization: Mélanges en l'honneur d' Alfred von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1990.
- WATERS, D. «The Institution of the Trust in Civil and Common Law», *Recueil de La Haye*, vol. 252, 1995, p.113-453.
- WATERS, D., «The Concept Called 'the Trust'», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 53, 1999, p. 118.
- WEINBERG, L., «On Departing from Forum Law», *Mercer L. Rev.*, vol. 35, 1984, p. 595.
- WEINRIB, E.J., «The Fiduciary Obligation», *University of Toronto Law Review*, vol. 25, 1975, pp. 1-22.
- WEINTRAUB, R.J., «The Restatement Third of Conflict of Laws: An Idea Whose Time Has Not Come», *University of Texas Law Review*, vol. 75, 2000, p. 678.
- WEINTRAUB, R.J., «The Fiduciary Obligation», *Univ. of Toronto Law Rev.*, vol 28, 1975.
- WESTFALL, D., «Nonjudicial Settlements in Trustee's Accounts», *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957, p. 40.
- WISDOM, J.M., «A Trust Code in the Civil Law, Based on the Restatement and Uniform Acts: The Louisiana Trust Estates Act», *Tulane Law Review*, vol. 13, 1938-1939, p. 70.
- YASSEEN, M. F., «Principes généraux de Droit International Privé», *Recueil de La Haye*, vol. 116, 1965, p. 33.
- ZAGARIS, B., «A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, 1999, p. 1023.

LEGISLACION

Canadá

Código Civil quebequés, art. 1.260, 1.261, 1.290

Estados Unidos

Legislación federal

Sherman Antitrust Act (July 2, 1890, cap. 647, 26 Stat. 209, codificado en 15 United States Code §§ 1–7)

Clayton Antitrust Act (Public Law 63–212, 38 Stat. 730, del 15 de octubre de 1914, 15 United States Code §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53)

Corporate Transparency Act of 2017, H. R. 3089, 115th Congress, 1st session, June 28, 2017, 31 United States Code. § ____ (2017)

United States Code, volumes 12,18, 31

Investment Company Act de 1940, Public Law 76-768, 54 Stat. 789, codificado en 15 United States Code § 77(b), 80 a-1a 64, 80b-1- 80b-21 (1994).

Internal Revenue Code, United States Code §§ 671-678.

US Bankruptcy Code, 11 U.S.C. 547, 548.

Leaking Underground Storage Tank Trust Fund, 26 United States Code § 9508 (1994)

Violent Crime Reduction Trust Fund, 42 26 United States Code. § 14211 (1994)

Highway Trust Fund, 26 26 United States Code. § 9503 (1994),

Taft Hartley Act, 61 Stat. 136 (1947)

Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA) (Public Law 93–406, 88 Stat. 829, enacted September 2, 1974, codificado parcialmente en 29 U.S.C. cap. 18; §403, 29 United States Code §403(b)(1)-(2), 29 United States Code. §1103(b) (1)-(2)

Legislación estatal

California Probate Code § 9732

Florida Statutes Annotated: §240.276 (Harrison Supp. 1996) --Quarter Horse Racing Promotion Trust Fund; §601.15(7) (Harrison 1978 & Supp 1999)-- Citrus Advertising Trust Fund; §733.612

Georgia Code Annotated §§ 53-8-1 to 53-8-5

Illinois S.H.A. 755 ILCS 5/21-1 to 5/21-2.15

Louisiana Civil Code §9-1731

Maryland Code Annotated, Corporations & Associations § 2-501 (1993)

Maryland Laws § 242 (1987)

Massachusetts General Laws, cap. 215 § 41

Ohio Revised Code Annotated § 2109.37

Pennsylvania Consolidated Statutes §3316

Puerto Rico, Código Civil de 1930, arts. 834-874 (derogados)

Puerto Rico, Ley de Fideicomisos, núm. 219 del 31 de agosto de 2012

Puerto Rico, Ley núm. 26 de 18 e enero de 2012 sobre el poder duradero

Texas Probate Code Annotated § 234

Leyes modelo:

Model Prudent-Man Investment Act

Restatement Second, Agency, § 1.1 American Law Institute (1957)

Restatement Second, Contracts §205 American Law Institute (1981).

Restatement Second, Conflicts of Laws: §§6, 07, 145 (2), 146-151, 152,153-155, 175, 188(2), 189-193, 196, 198,199,223, 225-32, 236, §§239-42, 245-255, 239-242, 260-265, 285, 286, 289m American Law Institute (1981).

Restatement First, Conflicts of Laws: §§ 255-57, 289, 290, 295, 306, 377-78, 384, 386, American Law Institute (1933)

Restatement Third, Property, American Law Institute

Restatement First, Property § 9, American Law Institute

Restatement Third, Trusts, American Law Institute §§ 1, 3, 5, 7, 8, 11, 82, 90, 95 (2003)

Restatement Second, Trusts §§ 17, 259, American Law Institute (1957)

Uniform Fiduciaries Act

Uniform Management of Public Employee Retirement Systems Act of 1997

Uniform Principal and Income Act of 1997

Uniform Principal and Income Act 7B, Uniform Laws Annotated 145 (1962)

Uniform Probate Code § 3-711

Uniform Prudent Investor Act 7B, Uniform Laws Annotated, (1994)

Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act of 2006

Uniform Testamentary Additions to Trusts Act,

Uniform Trusts Act

Uniform Trust Code §§ 11, 102, 103 (15), 112, 401, 402, 403, 801, 804, 807

Uniform Trust Fund Act

Uniform Trustees' Accounting Act

Uniform Trustees' Powers Act 7B, Uniform Laws Annotated, 746 (1964).

Francia

CC francés, art. 1102

Ley no. 2007-211 del 19 de febrero de 2007. Libro IV CC francés, dedicado a las garantías: Título I a garantías personales y Título II a garantías reales. Dentro de este último se encuentran tres Subtítulos: el primero regula las disposiciones generales, el segundo las garantías mobiliarias y el tercero las garantías inmobiliarias. El régimen de la *fiducie-gestión*, creada por la Ley 2007-211, se ubica en el Subtítulo I, Título II, Libro IV CC francés. El régimen de la *fiducie-sûreté* mobiliaria se encuentra en la Sección 2a del Capítulo IV, Subtítulo II, Título II, Libro IV CC francés, denominada «De la propiedad cedida en garantía». Las disposiciones de la *fiducie-sûreté* inmobiliaria están localizadas en el Capítulo VIII, Subtítulo III, Título II, Libro IV CCF, igualmente titulado «De la propiedad cedida en garantía». Ambas modalidades de *fiducie-sûreté* han sido creadas e introducidas en el CC francés por la *Ordonnance* 2009-112.

Italia

Código Civil italiano, arts. 1322, 2645, 2915

Ley núm 51 de 13 de febrero de 2006

Ley núm. 273 de 30 de diciembre de 2005

Reino de España

CC español, arts. 3, 9.8, 12.6, 62, 91, 467, 524, 567, 781, 1.104, 1.255, 1.271, 1.709, 1.727, 1.732-1.739, 1.758, 1.766, 1.775, 1.766, 1.881

C de C, art. 908

Constitución española de 1982

Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil de 30 de julio.

Ley de enjuiciamiento civil, arts. 416.5, 424, 429.1 III, 435, 281.2

Ley Hipotecaria § 2,2, Reglamento Hipotecario art. 7

Ley 35/2006 de 28 de noviembre

Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Artículos 6 y 7 Ley 29/1987 de 18 de diciembre y su Reglamento RD 1629/1991, de 18 de noviembre (BOE de 16 de noviembre de 1991).

Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, arts. 199 y ss.

Compilación de Navarra, art. 67 y ss.

Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Ley 224 sobre sustituciones fideicomisarias.

Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña, arts. 49 y ss.

Derecho civil foral del País Vasco, Ley 3/1992 de 1 de julio, arts. 32-48, 136 y ss.

Derecho civil de Galicia.

Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y su desarrollo por el Real Decreto 304/2014

Ley 15/2015 de 2 de julio sobre la jurisdicción voluntaria, art. 10.

Reino Unido

[1290] 18 Edw. 1 c 1 (*Quia Emptores*)

[1376] Stat. 50 Edw., III, c.6

[1377] Stat. 51 Edw., c.6

[1379] Stat. 2 Rich. II, c.3

[1391] Stat. 15 Rich. II, c. 5

[1398] Stat. 21 Rich. II, c.3

[1484] Stat. 1 Rich. III, c. 1

[1485] Stat. 1 Hen. VII, c.1

[1487] Stat. 3 Hen. VII, c. 4

[1504] Stat. 19 Hen. VII, c.15

Y.B. 27 [1535] Henry VIII, Pasch. 22, f. 10

[1536] Stat. 27 Hen. VIII c.10, (*Statute of Uses*)

[1540] Stat. 32 Hen. VIII, c. 1 (*Statute of Wills*)

[1570] Stat. 13 Eliz. I, c.5

[1925] Act, 15 Geo. V, c. 19,

[1925] 15 y 16 Geo. V, c.27 The Charitable Trust Act,

[1958] Eliz. 2, c.53, The Validation of Charitable Trusts Act, 6 y 7

[1960] Eliz. 2, c. 58, Charities Act, 8 y 9

Civil Jurisdiction and Judgment Order SI 2001/3929

Suiza

CC suizo, artículos 362, 367, 522, 527.
Swiss Private International Law Act

Legislación *offshore*

Ley de Anguila 1994
Ley de Belice 1992
Ley de Trusts de Islas Caimán, §§ 89, 90, 91 (revisión 2009)
International Trust Act, Cook Islands, §5(2), 1984
Ley de Trusts de Guernsey §67 (1989)
The Purpose Trust Act 2004 (PTA)
Ley de Trusts de Jersey, §26 (9) (1989); Ley de Trusts de Jersey, §20 (1984)
Ley de Jersey 1984, estatutos de Malta, Mauricio, Seychelles.
International Exempt Trust Ordinance, §3(1), 1994.
Trustee Act of British Virgin Islands of 1993 §83, as amended by § 83A Trustee Amendments of 2003.
Nevis, International Exempt Trust Ordinance, §3(1), 1994
Virgin Islands Special Trusts Act, 2003 (VISTA)

Legislación hispanoamericana

Art. 1 de la Ley 24.441 de Fideicomisos de Argentina
Artículo 109 de la Ley de Mercado de Capitales de Ecuador
Código Civil para el Distrito Federal, art. 519 (Delma ed. 1998 Mexico).
Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de noviembre de Mexico.
Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926.
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Mexicana, reforma de 13/06/2003.
Ley de Fideicomisos panameña, núm. 1 de 5 de enero de 1984, G.O. 19,971
Art. 4 de la Ley de Fideicomiso Venezolana

Reglamentos de la Unión Europea

REGLAMENTO (UE) N° 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)
REGLAMENTO (UE) N° 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.
REGLAMENTO (CE) N ° 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)
REGLAMENTO (CE) N ° 864/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones

extracontractuales («Roma II»)

CONVENIOS INTERNACIONALES

Tratado de Ámsterdam de la UE

Tratado de Lisboa de la UE.

Convenio de Bruselas de 1968

Convenios de Lugano de 16 de septiembre de 1988, 30 de octubre de 2007.

Convenio de Lugano entre Estados Miembros de la UE y los miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA)

Convenio de La Haya sobre ley aplicable y reconocimiento de *Trusts* de 1985

Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la sucesión del 1 de agosto de 1989.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Justicia de la Unión Europea

Aleksandra Kubicka, ECLI:EU:C:2017:755.

Trustees of Panayi v. Commissioners, [2017] ECLI: EUC: 682.

Sanders v. Van der Putte, [1977] ECR 2383.

Webb v. Webb, [1994] ERC I-1717 EJC.

Alemania

Sentencia de 10 junio 1968, BGHZ, DNotZ, 1969, 300, 18.17 nn 526-527.

Sentencia del Tribunal federal alemán de 28 de enero de 1987.

Australia

Augustus v. Permanet Trustee, Co. (Camberra) Ltd. (1971) CLR 245.

Kirk v. Commr. of Austal. Fed. Police, 81 A. L. R. 32 (Austal Fed. Ct. 1988)

Male v. Roberts, (1800) 3 Esp. 163

Paramasivam v. Flynn, (1998)160 A.L.R. 203.

Trustees Executors Agency Co. v. Margottini, [1960] V. R. 417.

Bélgica

Sentencia de 27 de noviembre de 1947 Trib civil (6 cap) Bruselas 1948 Pasiécrisie Belge, III 51.

Canadá

Maclellan v. Wimbush, 20 E. T. R. 300 (Ont. Dist. Ct. 1985);

Parkhurst v. Roy, 7 Ont. App. 614 (1882).

Pettkus v. Becker 117 D.L.R. (3d) 257(1981).

Ralna Ltd. V. Can. Life Assur. Co., 51 O.R. 2d 781 (H.C. 1985);

Estados Unidos

Aherens v. Jones, 62 N. E. 666 (N.Y. 1902)
Alabama Great Southern Railroad v. Carroll, 97 Ala. 126, 11 So. 803 (1892)
Alabama Great Southern Railroad v. Carroll, 97 Ala. 126, 11 So. 803 (1892)
Allen v. M'Combie's Trustees, S.L.R. 645. (1909), Sess Cass. 710 (1909)
Alvarez v. Secretario de Hacienda, 78 D.P.R. 412 (1955), 80 D.P.R. 16 (1955)
Amerige v. Attorney General, 324 Mass. 648, 88 N.E.2d 126 (1949)
Amidon v. State, 565 P.2d 1248 (Alaska 1977)
Auten v. Auten, 308 N. Y. 1554, 124 N. E. 2d 99 (1954)

Babock v. Jackson, 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y. 2d 743, 191 N.E. 2d 279 (1963)
Bank of Africa v. Cohen, 2 Ch 129 (1909)
Bernhard v. Harrah's Club, 16 Cal. 3d 313, 128 Cal Rptr. 215, 546 P. 2d 719 (1976)
Bernkrant v. Fowler, 55 Cal. 2d 588, 12 Cal. Rptr. 266, 360 P. 2d 906 (1961)
Bishop v. Bishop, 257 N.Y. 40, 177 N.E. 302, 80 A.L.R. 1198 (19,31);
Bodley Head Ltd. v. Flegon, 1 WLR 680, 688 (1972)
Bowen v. Hall, 6Q.B.D. 333 (1881)
Bowne of Phoenix, Inc. v. Bank One Arizona, N. A., WL 694116 (Ariz. Ct. App. Dec. 5, 1996)
Burr v. Beckler, 264 Ill. 230, 106 N.E. 206 (1914)

Cammell v. Sewell, H & N 617 (1858)
Caron v. Odell, Tribunal de Casación, 20 marzo 1985
In re Carter's Trust, 13 Misc. 2d 1040, 178 N. Y. S. 2d 569(Sup. Ct. 1958)
Claffin v. Claffin, 20 N.E. 454 (Mass. 1889)
Clavell v. Registrador, 95 D.P.R. 348 (1967)
Colvin v. Alta Mesa Res., Inc., 920 S.W. 2d 688 (Texas App.1996)
Cross v. United States Trust Co., 131 N.Y. 330, 30 N.E. 125 (1892)
Croskery v. Gilmaour's s, 17 Sess. Cas. 697 (1897)
Comm. On Children's Television Inc. v. Gen. Foods Corp., 673 P. 2d 660 (Cal. 1983)

Dammert v. Osborn, 140 N.Y. 30, 35 N.E. 407 (1893), denegado argumento adicional 141 N.Y. 564, 35 N.E. 1088 (1894)
Dávila v. Agrait, 116 D.P. R. 549 (1985).
De Mott v. Nat. Bank of N. J., 179 A. 470 (N. J. 1935)
Díaz v. Luciano, D.P.R. (1962)
Douglas v. Registrador, 55 D.P.R. 665 (1939)

Estate of Renard, 108 Misc. 2d 31, 437 N.Y.S.2d 860 ; *affd*, 85 AD 2d 501, 447 N.Y.S. 2d 573 (1st Dept. 1981)

Faust v. Faust, 57 S.E. 22 (N.C. 1907)
First Wis. Trust Co. v. Wis. Dept. of Tax. 294 N. W. 868 (Wis. 1940)
Ford v. Newman, 77 Ill.2d 335, 396 N. E. 2d 539 (1979)

Gaither v. Myers, 404 F.2d 216 (DC App. 1968)
Grace v. MacArthur, 170 F. Supp. 442 (E.D. Ark. 1959).
Grubb v. Gwillim, Selden Society vol. 73, p. 347
Guaranty Trust Co. of New York v. Leach (In re Bates' Will), 168 Misc. 526, 5

N.Y.S.2d 628 (1938);
Guaranty Trust Co. of N.Y v. N.Y. Trust Co., 297 N.Y 45, 74 N.E.2d 232 (1947)
Guidry v. Hardy, 254 So. 2d 675(La. Ct App.) , writ refused, 260 La. 454, 256 So. 2d 441 (1972)

Haag v. Barnes, 9 N. Y. S. 2d 65, 175 N.E. 2d 441 (1961)
Haase v. Title Guarantee & Trust Co., 269 A. D. 310, 55 N. Y. S. 2d 428 (1945)
Harper v. Clayton, 84 Md. 340, 35 Atl. 10S3, 35 L. R. A. 211, 57 Am. St Rep. 407
Hooper v. Felgner, 80 Md. 262, 30 A. 911 (1894)
Hope v. Brewer, 136 N.Y. 126, 32 N.E. 558(1892)
Howland v. Smith, 193 N. Y. S. 2d 140 (App. Div. 1959), confirmado en 177 N. E. 2d 49 (n. Y. 1961);
Hussey v. Sargent, 116 Ky. 53, 75 S.W. 211(1903)
Hutchinson v. Ross 262 N.Y. 381, 187 N.E.65 (1953).

In re Benedito's Estate, 83 Misc. 2d 740, 370 N.Y.S. 2d 478 (Sur. Ct. 1975).
In re Carter's Trust, 13 Misc. 2d 1040, 178 N. Y. S. 2d 569(Sup. Ct. 1958);
In re Chappell's Estate, 124 Wash. 128, 213 P. 684 (1923).
In re Gorkiewicz's Estate, 43 Pa. D. & C. 40 (Orphans, Ct. 1941)
In re Estate of Davis, 589 N. E. 2d 154 (Ill App., app. den., 596 N. E. 2d 629 (Ill 1992)1949)
In re Devoe's Estate, 118 N. Y. S. 2d 432 (Sup. Ct. 1952)
In re Duke of Wellington, Ch 506 (1947)
In re Healy's Will, 125 N.Y.S.2d 486 (1953);
In re Jenkins Estate, 20 Pa. D. & C. 671 (Orphans, Ct. 1934)
In re Lowman's Trust, 92 N. Y. S. 2d 238 (Sup. Ct. 1949)
In Re Martin, P 211 (1900)
In re Moorshead, 66 Pa. D. & C. 182 (Orphans, Ct.)
In re Muckl's Estate, 174 Misc. 35, 19 N.Y. S. 2d 1009 (Sur. Ct. 1940)
In re Smith's Estate, 2 Misc. 2d 755, 153 N. Y. S. 2d110 (Sup. Ct. 1956)
In re Estate of Strauss, 75 Misc.2d 454, 347 NYS 2d 840 (1973)
In re Vanneck's Will, 158 Misc. 704, 286 N. Y. S. 489 (Sur. Ct. 1936)
International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945).
Irving Trust v. Natica, Lady Lister-Kaye, 157 Misc. 32, 284 N. Y. S. 343 (Sup. Ct. 1935)

Levy v. Daniels' U-Drive Auto Renting Co., 108 Conn. 333, 143 A. 163(1928)
Lumley v. Gye, 2 E & B 216 (1853)

Maceira v. Torres 85 D.P.R. 285(1962)
Maclellan v. Wimbush, 20 E. T. R. 300 (Ont. Dist. Ct. 1985)
Male v. Roberts, 3 Esp 163 (1800)
Matter of Agnew, 11 Misc.2d 1006, 174 N.Y.S.2d 1008 (1957)
Matter of Brambeer, 19 Misc.2d 922, 187 N.Y.S.2d 800 (1959);
Matter of Clarkson, 201 Misc. 943,107 N.Y.S.2d 289 (1951).
Matter of Grant, 200 Misc. 35, 101 N.Y.S.2d 423 (1950);
Matter of Grant-Suttie, 205 Misc. 940, 129 N.Y.S.2d 572 (1954);
Matter of Gridley, 37 Misc.2d 355, 234 N.Y.S.2d 764 (1962);
Matter of Rogers, 37 Misc.2d 366, 234 N.Y.S.2d 851 (1962).
Matter of Sherman, 71 N.Y.S.2d 492 (1947);

Matter of Wernick, 12 Misc.2d 276, 475, 177 N.Y.S.2d 153 (1958);
Maxwell v. Wood, 111 N. W. 203 (Iowa 1907)
McLoughlin v. Shaw, 95 Conn. 102, 111 A. 62 (1920).
Metcalf v. Leedy, Wheeler & Co., 191 So.690 (Fla. 1939)
Milliken v. Pratts, 125 Mass. 374 (1878)
Mohr v. C.J.A., 36 E. T. R. 246 (B.C.S.C. 1989), *conf. en* 40 E.T.R. 12 (B.C.C.A.1991)
Murphy v. Murphy 56 Misc. 2d 946, 290 N.Y.S. 2d 816 (Sup. Ct. 1968).

Nemeth v. Banhalmi, 425 N. E. 2d 1187 (Ill. App. 1981)

Offshore Rental Co. v. Continental Oil Co., 22 Cal. 3d 157, 148 Cal. Rptr. 867, 583 P. 2d 721 (1978)

Padula v. Lilarn Props. Corp., 84 N.Y.2d 519, 644 N.E. 2d 1001, 620 N.Y.S. 2d 310 (1994)
Pathe Indus., Inc. v. Cadence Indus. Corp., 425 A. 2d 952 (Del. 1981)

Ralna Ltd. v. Can. Life Assur. Co., 51 O.R. 2d 781 (H.C. 1985)
Re Hellman's Will, LR 2 Eq 363 (1866)
Rice Estate, 8 D. & C.2d 379 (Pa.1956).
Rosenberg v. Bank of America, N.A., No. 05-02-01051-CV (Tex. Ct. App. Apr. 8, 2003).
Rotary Club v. Chaprales, 160 Ariz. 362, 773 P. 2d 467 (1989)
Russell v. Webster, 100 N. E. 637 (Mass. 1913);

San Antonio Independent School District v. Division of World Missions, 161 Tex. 471, 341 S.W.2d 896 (1961)

Southwestern Life Ins. Co. v. US, 9 Cl. Ct. (1985)
Smith v. Mercantile Trust Co., 199 Md. 264, 86 A.2d 504 (1952);
Steele v. Clark, 77 Ill. 471 (1875)
Stephens v. Detroit Trust Co., 278 N. W. 799 (Mich. 1938)
Stetson v. Morgan Guaranty Trust Co., 22 Conn. Supp. 158, 164 A. 2d 239 (1960)

Trust Co. v. Ward, 29 Del.Ch. 206, 48 A.2d 519 (1946)
Tannenbaum v. Seacoast Trust Co., 198 A. 855, 866 (N. J. Ch. 1938, *conf.*, 5 A. 2d 778 (N. J. 1939)
Thynn v. Thyn, 1 Vern. 296 (1684).
Trendex v. Credit Swisse, QB 629 (1980)
Tyrell's case, Dyer 155 (1557)

U. S. v. Marx, 844 F. 2d 1303 (7th Cir. 1988)

Warner v. First National Bank, 236 F. 2d 854 (8th Cir. 1956)
Webb v. St. Louis County Nat. Bank, 551 N. W. 2d 869 (Mo. App. 1977)
Whitney v. Dodge, 105 Cal. 192, 38 P. 636 (1894);
Wilmington Trust Co. v. Wilmington Trust Co., 26 Del. 397, 24 A. 2d 309 (1942)
Wilson v. Smith, 373 S.W.2d 514 (Tex.Civ.App.1963)
World-Wide Volkswagen Corp v. Woodson, 444 U.S. 286 (1980).

Wyatt v. Fulrath, 38 Misc. 1012, 16 N.Y.2d 169, 211 N.E.2d 637, 264 N.Y.S.2d 233 (1963)

Viditz v. O'Hagan, 2 Ch 87 (1900)

Zim Israel Navigation Co. v. 3D Imports, 29 F. Supp. 2d 186 (S.D.N.Y. 1998)

Francia

Asunto Sir Robert Peel, Trib. Civ. Seine, 28 junio 1901, D.P. 1902 II 361

Trib. Civ. Niza, 2 mayo 1905, Cl. 1911 p. 278

Trib. Civ. Seine, 16 mayo 1906, Clunet 1910.1229.

Trib. Civ. Seine, 19 diciembre 1916, Clunet 1917, 1069

Trib. Civ. Rouen, 19 de diciembre de 1927, 55 Clunet 1928, 1927

Tribunal de la Seine, 22 marzo 1967 R. 1968 p. 503

Courtois v. Consorts de Ganay, Court d'appel de Paris, 10 jan. 1970, *Revue Critique du Droit International Privé*, vol. 43, 1971, p. 525, Dalloz 1972.122 ; Clunet 1973.207

T.G.I. Bayonne, 28 abril 1975, J.C.P. 1975. II 18,168, R. 1976, p. 331.

Caron v. Odell, Tribunal de Casación, 20 marzo 1985.

Reino de España

Resoluciones:

STS 23 de mayo 1935

STS 5 de diciembre 1959

STS 8 de marzo 1963

SSTS 9 diciembre 1981

STS de 12 febrero 1988

STS de 7 mayo 1991

SSTS 30 de abril 1992

SSTS de febrero 1994

SSTS 14 julio 1994

SSTS 14 octubre 1994

STS 21 marzo 1995

STS 6 junio de 1995

STS 27 noviembre 1995

SSTS 5 julio 1996

SSTS 2 diciembre 1996

SSTS 18 marzo 1997

SSTS 24 de marzo 1997

STSJ (Navarra) 23 octubre 1997

STS 14 noviembre 1997

SSTS 24 de noviembre 1997

STS 4 julio 1998

SAP (Girona) 17 octubre 2002

STS 27 diciembre 2006

STS 4 julio 2007

STS 30 abril 2008

SAP 202/2015 de 30 de junio de 2015

STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sec. 4a), núm. 41/ 2017 de 19 de enero.

STS de 22 de marzo de 2017

Decisiones administrativas:

DGRN de 14 de junio de 1922

DGRN de 26 de diciembre de 1946

DGRN de 30 junio de 1987

DGRN de 5 de junio de 1991

Consultas vinculantes Agencia Tributaria Reino de España:

Circular Unica Jurídica núm. 7 de 1996

V1991-08 de 30 de octubre de 2008

V0010-10 de 14 enero 2010

V1016-10 de 14 mayo 2010 JT\2010\665

Reino Unido

Ashurst v. Pollard, [2001] 2 WLR 722.

Bank of Africa v. Cohen, [1909], 2 Ch. 129

Bodley Head Ltd. v. Flegon, [1972] 1 WLR 680, 688

Cammell v. Sewell, [1858] H & N 617

Chase Manhattan Bank v. Israel-British Bank (London) Ltd., [1981] Ch 105

Chellaram v. Chellaram, [1985] Ch 409

Croskery v. Gilmaour's Trustees, [1890]17 R. 697, p. 700

Curran v. Davis, (1933) S.C.R. 283

El Ajou v. Dollar Land Holdings Ltd. [1993] 3 All ER 717

Fordyce v. Bridges, (1848), 2 Phil.Ch. 497

Gómez v. Gómez-Monche Vives, [2008] EWCA Civ 1065, [2009] ch 245.

In re Annesley, [1926] Ch. 692

In re Hayward, (Deceased), [1997] 1 Ch. 45.

In re Hellman's Will, LR 2 Eq 363 (1866)

In Re Kings Will Trusts, Ch 542 (1964)

Inland Revenue v Clark's Trustees 1939 SC 11

Kleinwort Benson LTD v. Glasgow City Council [1999] 1 A. C. 153.

Lumley v. Gye, [1853] 2 E & B 216

Nelson v. Bridport, (1846) Beav. 547

NDG v. C. Trust Co. (Jersey) Ltd

Ogden v. Ogden, [1908] P. 46.

Royal Trust Co v. Tucker (1982) 1 SCR 250.

Sambach v. Dalston, Tothill 188 (1635)

Saunders v. Vautier, Cr. & Ph. 240, 41 Eng. Rep. 482 (Ch.), [1841] 4 Beav. 115

Trendex v. Credit Suisse, [1980] QB 629

Viditz v. O'Hagan, 2 Ch 87 (1900)

Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd., Ch 496 (1980)

Suiza

Sentencia de 15 abril 1959, BGHZ, NJW 1959,1317.

Sentencia del Tribunal federal suizo de 29 de enero de 1970, ATF 96 II 79.

OD-Bank v. Bankrupt's Estate WKR, ZR 1999 225 num. 52

INFORMES Y PONENCIAS

ALBISINNI y GAMBINO, Italy as a Potential Trust Jurisdiction, in Euro-Trusts: The New European Dimension for Trusts 173,180 (Barry McCutcheon y Patrick Soares, editores, 1993.

GIULIANO, M., LAGARDE, P., Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, Official Journal C 282, 31/10/1980 P. 0001 – 0050.

HAYTON, D., Appendix B, European Commission`s Green Paper Consulting on Succession with an International Dimension.

PENSION INVESTMENT REPORT-1ST QUARTER 1997 (Employee Benefit Research Inst., Washington, D.C.), julio 1997, pág. 29 tabla13.

SCHLOSSER, P., *reportear*, Informe Explicativo del Convenio de Bruselas sobre competencia y ejecución de resoluciones en asuntos de material civil y mercantil, del 9 de octubre de 1978, para la admisión de Dinamarca, Reino Unido, Irlanda del Norte, *Official Journal of the European Communities*, No. C59/71

SYMPOSIUM, «The Rise of the International Trust», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, p.779, 1999, pp. 810-811.

VON OVERBECK, A., E., Explanatory Report on The Hague Conference on Private International Law, Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, concluded on July 1, 1985.

Revistas, noticias cibernéticas y páginas web

<http://www.millenniumdipr.com/n-225-paraisos-fiscales-mitos-y-realidades>.

Diario EL MUNDO, 4 de abril de 2016.

<http://www.elmundo.es/economia/2016/04/04/5702250d22601d5b6d8b45c1.html>

GRANADA HOY del 3 de septiembre de 2017, con la Profesora DIAGO DIAGO en <http://www.millenniumdipr.com/n-268-entrevista-a-la-dra-pilar-diago-diago-en-granada-hoy-la-prueba-del-derecho-extranjero>.

American Law Institute: <http://www.ali.org>

http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf

American law Institue, Publications Catalogue:

<http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.publicationscatalog>

http://www.law.cornell.edu/wex/voting_trust.

<http://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>

http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf

<http://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>

<http://www.boersefrankfurt.de/en/basics+overview/reits/reits+in+germany.>

[https://www.alstria.com/company/g-reit/.](https://www.alstria.com/company/g-reit/)

[http://thelawdictionary.org/courts-of-conscience/#ixzz2svmJk.](http://thelawdictionary.org/courts-of-conscience/#ixzz2svmJk)

<https://www.ogier.com/publications/star-trusts>

Uniform Trust Code:

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trust_code/utc_final_rev2010.pdf