



## NOTA DEL COMITÉ ORGANIZADOR

El Profesor Emérito de la Universidad de Lausana (Suiza) Jean Pierre Sortais tuvo la generosidad de entregar al Comité para ser compartido con los participantes al XVI Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, un borrador en español, sobre el tema que expondrá: “La fiducia en Europa”.

Al respecto corresponde señalar que dicho borrador fue confeccionado inicialmente por su autor a los efectos de servirle de base para su presentación en la Conferencia, la cual hará en nuestro idioma, y no para su circulación por escrito por lo que puede tener alguna imprecisión idiomática.

En este sentido, si bien correspondía respetar estrictamente la versión del Profesor, no puede dejar de valorarse y agradecerse el esfuerzo realizado por quien normalmente habla y escribe otra lengua, para adaptarse al idioma de la mayor parte de los asistentes al Congreso.

## LA FIDUCIA EN EUROPA

Es tradicional acercarse a la fiducia, cuyas raíces son muy antiguas puesto que viene del derecho romano y el « trust » : las dos instituciones tienen como una clase de similitud que radica en la propia etimología, pues ambas implican la confianza en la que tienen su fundamento. Y, como el trust, la fiducia puede cumplir muchas finalidades : basta con recordar que el jurista GAIUS ya distinguía la « fiducia cum amico » y la « fiducia cum creditore », y es verdad que puede servir en realizar liberalidades como en el dominio del derecho mercantil. Conviene apuntar inmediatamente que es solamente en la medida en que influye el derecho mercantil, y más precisamente el derecho del crédito, que trataremos de la fiducia.

Un aspecto muy importante toca al derecho internacional privado ; un jurista de mucho prestigio ha publicado un estudio profundizado en torno a la imposibilidad de constituir un trust anglo-sajón bajo el imperio de la ley francesa. Cuales son las objeciones que impiden la implantación del trust en los países del continente europeo ? Hay muchas objeciones, las dos más importantes siendo las siguientes :

1° La idea de una desmembración inadmisibles del derecho de propiedad, fuera de las normas habituales : la única desmembración posible – teniendo en cuenta el *numerus clausus* de los derechos reales – sería el que resulta del usufructo. Pero, por clásico que sea, el postulado del *numerus clausus* es discutido y se pueden encontrar sentencias (antiguas por cierto) y algunos autores que lo rechazan y admiten, al contrario, que el principio de la libertad contractual implica la posibilidad de crear nuevos derechos reales, en otras palabras de crear lo inédito, tal como se

hace en el campo de las obligaciones, con tal de que se respeten las técnicas propias de los derechos reales, especialmente cuando tocan a inmuebles.

2° La segunda resulta del principio de unidad y indivisibilidad del patrimonio tal como se destaca de la doctrina de Aubry y Rau : pero este mismo principio hoy día no tiene valor absoluto : se puede notar hoy la aparición de universalidades dichas de hecho (como el fondo de comercio, es decir la empresa mercantil o la cartera de valores) que están casi tratadas como si fueran universalidades de derecho, especialmente en lo que toca a la subrogación que permiten. Sobre todo, se debe notar el uso que se hace de la personalidad jurídica y la posibilidad – y multiplicidad – de sociedades de un solo socio de modo que el derecho francés, si bien sigue siendo contrario a la noción de patrimonio de afectación, ya no se da los medios de hacer respetar este principio.

La imposibilidad demostrada por MOTULSKY no constituye siempre un obstáculo infranqueable : la prueba se encuentra en la sentencia del tribunal de Bruselas de 1947 – que dio motivo a MOTULSKY de publicar su estudio – y que acoge y da efecto a un trust constituido por un testador inglés domiciliado en Bélgica y cuya herencia – tanto mobiliaria como inmobiliaria – estaba integralmente gobernada por la ley belga ; lo hace en condiciones controvertibles pero lo hace. Otra ilustración se encuentra en la ley n° 214 monegasca del 27 de febrero 1936 según la cual « las personas quienes, por virtud de su estatuto personal, tienen la facultad de disponer de sus bienes, intervivos o a causa de muerte, según un régimen de su elección pueden elegirlo en el territorio del Principado con el apoyo y la ayuda de las autoridades locales ». Se trata – por razones que radican en las características demográficas muy especiales del Principado – de posibilitar la

aplicacion\_a los Anglo-sajones de su ley nacional « aun por lo que concierne a inmuebles situados en el Principado en condiciones identicas a las que se aplican en su pais de origen cuando quieren que su herencia de lugar a la creacion de un trust » : se trata de una clase de extra-territorialidad intelectual en el campo de la herencia.

Y se notara que, por razones historicas, hay en el mundo sistemas juridicos que, a pesar de pertenecer a la tradition civilistica, acogen la noción de trust : es el caso de Quebec, de Louisiana, de Puerto-Rico, de Africa del Sur, de Sri-Lanka y aun de ...Escocia ; son aquellas situaciones muy excepcionales que se pueden explicar solamente por casualidades historicas y, de una manera general, cabe admitir la imposibilidad de trasplantar la demembracion de la propiedad en « legal interest » (trustee) y « equitable interesst » (cestui que trust) que es el propio nucleo del trust anglo-sajon. Este ultimo tiene ventajas extraordinarias y eso explica que – a pesar de un terreno juridico desfavorable – muchos paises latinoamericanos hayan adoptado, en los anos recientes, bajo el nombre de « fideicomiso », una institucion estrechamente inspirada del trust ; es el caso de los cuatro Estados del Mercosur y, en particular, de Uruguay desde el ano 2003 (V. Ricardo OLIVEIRA GARCIA, The trust in the Mercosur in « Le trust en droit international privé », Actes de la 17è Journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, Schulthess édit. 2006).

Quedandose en el terreno del derecho internacional privado cabe recordar que una cosa es permitir la constitucion de una situacion juridica en un pais dado y otra cosa, muy diferente, reconocer en este mismo pais los efectos de una situacion constituida en un pais ajeno. Ni que decir tiene que tal reconocimiento no es obvio,

especialmente cuando se trata del trust ; así, las numerosas sentencias que, sea en Francia o en Suiza, tuvieron que apreciar los efectos de un trust inclinan a plantear la cuestión sobre el terreno del derecho de obligaciones y a referirse al contrato de mandato, mientras el trust pertenece fundamentalmente al derecho de bienes y es totalmente ajeno a la noción de contrato.

Fortunadamente una Convención internacional ha sido concluida que concierne a la ley aplicable al trust y a su reconocimiento : es la Convención de La Haya del 1° de julio 1985. Y esta convención contiene, en su art. 2, una definición del trust y de sus características que es tan pragmática que puede aplicarse a la fiducia continental como al trust anglo-sajón. Esta convención, desde un punto de vista práctico, es de suma importancia : debería facilitar las relaciones entre países pertenecientes a tradiciones jurídicas distintas ; también debería contribuir a la extensión del trust o de instituciones análogas o equipolentes al trust, especialmente bajo la forma de la fiducia : es de aquella que vamos a tratar ahora.

Cual definición puede proponerse de la fiducia ? Muchas definiciones fueron propuestas y acá podemos recordar dos entre muchas otras :

- una, de origen doctrinal, según la cual « la fiducia o acta fiduciario es el contrato por el cual una persona, el fiduciante, traslada un derecho a otra, el fiduciario, el cual se compromete a usarlo según las instrucciones del fiduciante y, en general, a restituirlo en ciertas condiciones determinadas » ;
- otra, que se encuentra (o más bien : se encontraba) en la ley luxemburguesa dice que « la fiducia es un contrato por el cual una persona, el fiduciante, conviene con un banco, el fiduciario, que este último será investido de derechos patrimoniales que forman el activo fiduciario, pero que el ejercicio

de estos derechos patrimoniales sera limitado por obligaciones, que forman el pasivo fiduciario, determinadas por el propio contrato ».

Se podrian multiplicar las definiciones propuestas ; basta con acertar que todas ponen de relieve los dos elementos siguientes :

- por un lado, la fiducia requiere siempre una traslacion de derechos del fiduciante al fiduciario ;
- por otro lado, esta traslacion siempre tiene lugar en virtud de un contrato, el cual impone a las partes, especialmente al fiduciario, ciertas obligaciones y prevé la restitucion o al menos la destinacion de los derechos transferidos.

Estos son los dos elementos esenciales de toda fiducia : para estudiar aquella, nos colocaremos del punto de vista del derecho positivo y esto nos hace constatar que los paises europeos que conocen y pratican la fiducia son de dos tipos :

- en ciertos paises, la fiducia nace de la jurisprudencia : son los jueces que la consagran y esto es el caso en Alemana y en Suiza, lo que no impide la originalidad de cada una de estas fiducias. Consideraciones practicas, vinculadas con el trato de la simulacion, han animado los juzgados a consagrar la fiducia : porque ? Porque ciertas operaciones juridicas, especialmente la transferencia de propiedad a fin de garantia, corrian el riesgo de ineficacia por causa de simulacion, dado que la simulacion, en virtud del art. 117 B G B y del art. 18 del codigo suizo de obligaciones es causa de nulidad. El contrato simulado es nulo y de ningun efecto entre las partes de modo que el recurso a la fiducia podia hallar su justificaciones – en la voluntad de escapar una nulidad inoportuna ;

- en otros países, la fiducia se presenta como una creación del legislador o del poder ejecutivo : tal es el caso en el Grand Ducado de Luxemburgo así como en los Principados de Monaco y de Liechtenstein.

\*\*\*\*\*

### I. La fiducia, creación de la jurisprudencia

A/ En derecho alemán, según el Profesor BLAUROCK, la fiducia no está codificada por preceptos uniformes ni siquiera definida de manera precisa por la doctrina. Los orígenes de la fiducia se encuentran en los trabajos de la famosa Escuela pandectista y, como se pudo notar, la noción de acta abstracto que caracteriza la transferencia de derecho, la cual es de la esencia de la fiducia, contribuyó al éxito del acta fiduciario. Según un especialista alemán del derecho bancario, dos tipos distintos de fiducia se encuentran : la auténtica et la inauténtica.

1. La fiducia auténtica (« echte Treuhand ») puede corresponder o bien a una función de garantía, o bien a una función de gestión.

La fiducia-garantía se entiende de un contrato por el cual el fiduciante (quien puede ser el deudor o un tercero que acuerda garantizar una deuda ajena) traslada al fiduciario – casi siempre un banco – un bien, material o inmaterial, a fin de suministrar a ese último una garantía ; si hay transferencia del fiduciante al fiduciario, el primero puede sin embargo guardar la detención (sino la posesión) del bien mediante constituto posesorio.

Varios tipos de operaciones corresponden a esta categoría que se presenta de la manera siguiente :

A) Las transferencias fiduciarias a fin de garantía (« Sicherungsübereignung ») que pueden aplicarse

- o bien a objetos que ya obran en el poder del deudor-fiduciante ;
- o bien a cosas genéricas, sin individualidad, que están actualmente poseídas o que estarán en el futuro poseídas por el deudor ;
- o bien a todos los objetos presentes y futuros que están o estarán en tal lugar determinado.

b) La cesión de crédito a fin de garantía (« sicherungzession ») ;

c) La entrega del documento estableciendo una deuda territorial que permite movilizar el valor de un inmueble a favor del fiduciario ;

d) Y por fin la liquidación extrajudicial por la cual el deudor traslada fiduciariamente todos sus bienes con vista a conseguir un precio mejor.

Además de la fiducia-garantía, la fiducia-gestión, en favor esta vez – no del fiduciario sino del fiduciante – cuando este último quiere entregar a otra persona – a un profesional – la gestión de ciertos bienes, especialmente de valores bursátiles : si la fiducia-gestión se impuso es a causa de las imperfecciones del contrato de mandato al que se podía recurrir pero que parece inadecuado para asegurar eficazmente y completamente la gestión de valores a favor de otra persona. Es por eso que el fiduciario se hace plenamente propietario de los bienes a él transferidos, el fiduciante no teniendo más que un crédito para la restitución. Sin embargo, la jurisprudencia, con mucha audacia, protege al fiduciante en caso de quiebra del fiduciario o de embargo practicado por uno de sus acreedores : a la jurisprudencia le

parece que el fiduciario, si bien es propietario del bien transferido, pero es solamente propietario jurídico, el fiduciante siendo el propietario económico y la jurisprudencia hace prevalecer la propiedad económica, permitiendo al fiduciante distraer los bienes que están en manos del fiduciario quebrado y oponerse a un embargo : todo sucede como si los bienes fiduciarios formaran un patrimonio distinto, un patrimonio de afectación.

La situación puede ser diferente cuando se trata de una fiducia inauténtica.

## 2. La fiducia inauténtica (« unechte Treuhand ») :

En derecho alemán se habla de fiducia inauténtica cuando el fiduciante no traslada directamente bienes al fiduciario sino que este último está encargado de adquirirlos de terceros. En tal caso, la protección del fiduciante no es tan completa como en el caso anterior : efectivamente, su protección es condicionada por la transferencia inmediata de los bienes salvo si los fondos de financiación de la adquisición han sido depositados y administrados en cuentas fiduciarias, en cual caso el fiduciante será protegido cualquiera que sea el origen de los fondos y aun cuando estos fondos procederían de terceros.

B/ Si el derecho suizo ha acogido la noción de fiducia eso fué bajo la influencia del derecho alemán y se puede fijar de manera precisa la fecha en la que la fiducia apareció en el orden jurídico suizo : es una sentencia del Tribunal Federal del 17 marzo 1905 que, por primera vez, acogió la fiducia.

En el derecho helvético como en el alemán, la fiducia puede cumplir funciones de garantía o de gestión. Una diferencia es de notar entre los dos sistemas : en Alemania, el acento carga sobre la fiducia-garantía a favor del fiduciario a quien se

trata de procurar una garantía, mientras en Suiza es la fiducia-gestión que es más importante ; la gestión de fortuna o gestión patrimonial es una de las actividades más importantes de los bancos suizos, en los cuales las operaciones fiduciarias son de suma importancia y pueden practicarse de dos maneras :

- sea como inversiones fiduciarias : la inversión fiduciaria consiste, de parte del banco, en invertir en su propio nombre, pero a los gastos y riesgos del cliente, el fiduciante, los fondos que este último le proporciona ;
- sea como préstamos o créditos fiduciarios : es entonces el fiduciante – y no el banco – quien escoge el beneficiario del préstamo o del crédito.

Las relaciones entre las partes no dan lugar a dificultades : entran en la aplicación de los preceptos del mandato (este entendido como « locatio operis »). En cambio, las relaciones con terceros provocan cuestiones muy delicadas : como siempre, la quiebra de una u otra de las partes es la hora de verdad. Luego tenemos que imaginar lo peor, es decir que un procedimiento concursal afecte al fiduciante o al fiduciario :

- en el primer caso, los acreedores del fiduciante no tienen ningún derecho en relación con el activo fiduciario puesto que ese activo ha sido trasladado al fiduciario ; en cambio, pueden embargar el crédito que pertenece a su deudor contra el fiduciario y exigir la restitución de los bienes detenidos de modo fiduciario en las mismas condiciones que su deudor y salvo que el fiduciario ejercite su derecho de retención ;
- en el segundo caso, más interesante, es decir en caso de quiebra del fiduciario, un fenómeno notable resalta : normalmente, el intérprete debería inspirarse de la idea que el fiduciante no tiene más que un derecho de crédito

contra el fiduciario ; no tiene ningun derecho real sobre los bienes que transfirio al fiduciario y no puede pretender nada en cuanto a los créditos que el fiduciario pudo adquirir contra terceros. De estos principios se debería deducir que el fiduciante no tiene ni reivindicacion ni privilegio que alegar en la quiebra del fiduciario ; al contrario, concurre con los otros acreedores quirografarios del fiduciario.

Sin embargo, la jurisprudencia, tanto en Alemana como en Suiza, tiende a fortalecer o reforzar los derechos que al fiduciante se le reconocen ; asi, segun el Prof. BLAUROCK, en caso de quiebra del fiduciario o de embargo practicado por sus acreedores, la jurisprudencia permite al fiduciante reivindicar los bienes contra el fiduciario quebrado y interponer oposicion en caso de embargo practicado contra el fiduciario por uno de sus acreedores. Esta reivindicacion no se basa en la idea de un derecho real que pertenezca al fiduciante, sino mas bien en la idea que las relaciones entre fiduciante y fiduciario son relaciones de mandante a mandatario y que, por lo tanto, cuando el fiduciario adquiere bienes, derechos o valores, lo hace por cuenta del fiduciante. Como lo dice el Prof. BLAUROCK « al contrario, no se le reconoce nunca el caracter de un verdadero derecho real en la fiducia, y esto resulta claramente de la falta de proteccion del fiduciante en caso que el fiduciario haya dispuesto dolosamente de los bienes ». Y aca encontramos de nuevo la nocion de confianza que inspira la institucion de la fiducia : si el fiduciante ha mal ubicado su confianza el mismo tiene que soportar las consecuencias.

Esta misma tendencia a fortalecer la proteccion del fiduciante se encuentra también en la jurisprudencia suiza, especialmente si se tiene en cuenta la sentencia Feras Anstalt dictada por el Tribunal Federal el 13 de julio 1973. Esta sentencia

hizo aplicación a una convención de fiducia del art. 401 del código de obligaciones según el cual « Cuando el mandatario adquiere en su nombre propio por cuenta del mandante créditos contra terceros, estos créditos pertenecen al mandante tan pronto como este ha cumplido sus obligaciones para con el mandatario. El mandante puede invocar el mismo derecho contra la masa en caso de quiebra del mandatario ». Este precepto trajo el Tribunal a permitir al fiduciante la reivindicación, en la quiebra del fiduciario, de cantidades procedentes del reembolso de depósitos fiduciarios con tal de que esas cantidades hubieran sido inscritas en una cuenta especial (llevando el nombre del cliente), lo que es el único medio de identificarlas. Pero, así como se pudo notar, la reivindicación es posible solamente en cuanto a los bienes o créditos adquiridos de terceros por el fiduciario; en cambio, la reivindicación está excluida en cuanto a los bienes otorgados al fiduciario por el fiduciante mismo.

Hay otro riesgo al que el fiduciante está expuesto en caso de quiebra del fiduciario y este riesgo se llama compensación, especialmente la compensación que un banco correspondiente del fiduciario, banco en el cual el fiduciario ha depositado fondos otorgados por sus propios clientes. Podrán estos clientes recuperar los fondos cerca del banco correspondiente o, al contrario, podrá el banco correspondiente oponer en compensación sus propios créditos contra el fiduciario para disminuir y quizá extinguir su deuda de restitución ?

Sobre este punto, sentencias muy contrastadas han sido dictadas :

- así, en una sentencia dictada el 20 de marzo 1992, el Tribunal cantonal de Ginebra fundó su argumento sobre las exigencias de la buena fe y consideró que el banco correspondiente debía saber o hubiera debido saber que los

fondos a él entregados eran de naturaleza fiduciaria puesto que se trata de operaciones cada día más comunes en la práctica bancaria : en otras palabras, el desarrollo más y más importante de las actividades fiduciarias en el sector bancario permite presumir que, cuando fondos son depositados, hay muchas probabilidades que lo sean a título fiduciario ;

- son sentencias totalmente opuestas las que dieron, unos meses más tarde, el tribunal de comercio y la audiencia de apelación de París ; para los juzgados parisinos es válida y eficaz la compensación entre las deudas recíprocas de un banco francés y de un banco suizo, cuando este último ha entregado fondos al primero y haciéndolo ha actuado a título fiduciario, por cuenta de clientes fiduciarios teniendo en cuenta, por una parte, que el banco francés no fue enterado ni de la existencia de los contratos de fiducia, ni de las consecuencias jurídicas que podían resultar en Suiza en cuanto a los derechos del banco suizo concernientes a los fondos litigiosos de tal manera que dicha información hubiera podido implicar renuncia y exclusión de la compensación, y, por otra parte, que el banco suizo quiso esconder al banco francés el origen de los fondos.

Entre esas sentencias tan contrarias, hay un punto común y es que la cuestión litigiosa no está resuelta en derecho y por motivos de principio sino de hecho únicamente y a partir de apreciaciones divergentes sacadas de la buena fe o de la falta de buena fe del banco correspondiente. Finalmente se puede concluir que todo parece basarse sobre la apreciación de los hechos, especialmente por lo que concierne al conocimiento efectivo del carácter fiduciario de los depósitos.

Así aparece que subsisten unas incertidumbres en el régimen de la fiducia : quizá es el rescate que hay que pagar para un régimen que es de origen jurisprudencial. Haciendo resaltar las defectuosidades y la fragilidad de la institución, un autor se refiere, a propósito de la fiducia, a un coloso con pies de arcilla.

Como se presente la situación cuando la fiducia surge de la legislación ?

\*\*\*\*\*

## II. La fiducia, creación legislativa :

Fiducias de origen legislativo se encuentran en varios Estados europeos que, por ser de tamaños pequeños tienen mucha importancia desde el punto de vista financiero : tal es el caso de Monaco, de Liechtenstein y de Luxemburgo.

Los casos de los Principados de Monaco y de Liechtenstein no merecen más que una mención : el primero porque, como ya lo vimos, si acoge el trust, es por razones especiales, inspiradas de *intuitus personae* al provecho de una categoría particular de vecinos o residentes en el Principado ; el segundo porque realiza un mero chapeado del trust dentro de un sistema que, por lo demás, es totalmente ajeno a la tradición de Common Law.

En cambio, la fiducia luxemburguesa merece una reflexión detenida : es el ejemplo de una legislación sensata, a la vez inteligente y eficaz y -- si de veras el buen árbol se reconoce a su fruto -- de una calidad notable.

Todo empezó con un decreto del 19 de julio de 1983 que provee un ejemplo raro de concisión puesto que integra solamente 4 artículos de una gran claridad y densidad. Este decreto :

- da, en su art. 2, una definicion clara del contrato de fiducia : « contrato por el que una persona, el fiduciante, conviene con un banco, el fiduciario, que este ultimo recibira derechos patrimoniales el activo fiduciario, pero que el ejercicio de estos derechos patrimoniales sera limitado por obligaciones, el pasivo fiduciario, que el mismo contrato determina » ;
- su art. 1° da al contrato fiduciario un dominio de aplicacion limitado ; para que el contrato sea regido por el decreto, dos condiciones son necesarias : es menester que a) el contrato sea celebrado con un banco ; b) que las partes lo hayan estipulado explicitamente ;
- en cuanto al régimen juridico del contrato fiduciaro, lo define el art. 3 en 3 puntos esenciales :
  - a) en caso de quiebra del fiduciario, el activo fiduciario no integra la masa y puede ser embargado solamente por acreedores cuyos derechos han nacido en relacion con el patrimonio fiduciario, luego excluyendo los acreedores personales del fiduciario ; consecuentemente, el fiduciario debe contabilizar el activo y el pasivo fiduciaros separadamente de los otros elementos de su patrimonio ;
  - b) cuando venza el contrato, el fiduciario goza con un privilegio y un derecho de retencion sobre todos los elementos del activo fiduciario para obtener el pago de todo lo que le puede deber el fiduciante con motivo de la ejecucion del contrato ;
  - c) el tercer punto toca a las relaciones entre el contrato fiduciario y el contrato de mandato y se resume en 2 proposiciones :

- por una parte, el contrato fiduciario no puede conferir al fiduciario apoderamiento del fiduciante de modo que ni el fiduciante, ni los terceros – aun que conocieran el contrato – no pueden prevalerse de aquella para establecer una relacion directa entre ellos ;
- sin embargo, por otra parte, el régimen del mandato rigen las relaciones entre fiduciario y fiduciante en cuanto que no impliquen el apoderamiento o representacion.

Tal era el decreto de 1983 : hoy hay que usar el pretérito a su proposito porque fué abrogado por una ley del 27 de julio de 2003, ley relativa al trust y a los contratos fiduciarios. Pero esta abrogacion no corresponde a una denegacion del sistema adoptado veinte anos antes. Al contrario : la ley de 2003 es, ante todo, el complemento y el desarrollo del decreto de 1983 : de parte de la autoridades del Gran Ducado, es la ilustracion de una gestion sensata y progresiva.

Y efectivamente tiene un doble proposito : por una parte, ratificar la Convencion de La Haya del 1° de julio 1985 y a este proposito corresponde el titulo 1° titulado « De la ley aplicable al trust y del reconocimiento de aquel » (art. 1°, 2 y 3) mientras el titulo II, titulado « De los contratos fiduciarios » recoge, en sus art. 4 a 9, lo que era la propia materia del antiguo decreto, completandola.

Hay un vinculo estrecho entre los dos propositos de la ley : si el legislador luxemburgués quiso perfeccionar el mecanismo de la fiducia es porque, a la vez, estaba resuelto a ratificar la Convencion de La Haya. La ratificacion por Luxemburgo de la Convencion de La Haya cerciora el reconocimiento de la fiducias luxemburguesas en los otros Estados donde la Convencion esta vigente. En cuanto

que la fiducia luxemburguesa sea similitud o similar al trust, podrá desenvolver sus efectos.

Queda por indicar los complementos que resultan de la ley de 2003 y pueden resumirse del modo siguiente :

- el primero concierne al dominio de aplicación de la fiducia : mientras el decreto se aplicaba solamente a los contratos celebrados con bancos, la ley ensancha este dominio extendiéndolo a nuevas empresas tales como sociedades de inversión, fondos de pensión, empresas de seguros, etc . . . . Todas esas empresas podrán tomar la calidad de fiduciario. Se debe notar, en todo caso, que – para que la ley se aplique – la función de fiduciario tiene que ser ejercitada por profesionales que son sujetos a normas prudenciales estrictas y sometidos a un régimen de vigilancia por las autoridades públicas. Estos profesionales siempre son personas jurídicas;
- la definición y el régimen del contrato fiduciario resultan de los art. 5 y 6 de la ley, los cuales recogen substancialmente los preceptos del decreto ;
- el art. 7, en sus dos primeros párrafos, recoge, con matices, las normas del decreto en cuanto, tratándose de las relaciones entre fiduciante y fiduciario, hace un reenvío a las reglas que rigen el mandato, con exclusión de las que suponen el apoderamiento ; de donde la reafirmación de la regla según la cual « ni el fiduciante, ni los terceros, podrán invocarlo para establecer una relación directa entre sí ». Pero el mismo art. 7 no recoge la norma antigua que prohibía la representación del fiduciante por el fiduciario.

En cuanto a la oponibilidad a terceros, el principio es que « el contrato fiduciario es oponible a los terceros desde el momento de su celebración » con dos reservas

concernientes a ciertos bienes sujetos a publicidad (inmuebles, barcos) y al conocimiento personal por terceros de las limitaciones convencionales del poder del fiduciario.

En cima de estos complementos y mejoramientos, la ley de 2003 también abarca innovaciones importantes en sus art. 7 (párrafos 4, 5 y 6) y 8 :

- hay una relación muy estrecha entre los tres párrafos precitados : los tres se aplican a una fiducia-gestión de cierta duración que, por consiguiente, implica una relación estable entre las partes ; según el art. 7 par. 4 « el fiduciante puede renunciar a dar instrucciones al fiduciario », lo que es conforme a la filosofía general de la fiducia, dado que aquella hace el fiduciario « propietario de los bienes del patrimonio fiduciario » (art. 5) ; que tenga pleno dominio de esos bienes no es nada extraño ; el art. 7, par. 5, prevé que « salvo pacto en contrario, ni el fiduciante ni el fiduciario pueden rescindir unilateralmente el contrato de duración determinada » ; y en fin, el art. 7, par. 6 complementa los dos preceptos anteriores preveyendo la posibilidad de un recurso al juez.

En fin – y esta es una innovación absoluta en relación con el decreto de 1983, pero no en práctica – el art. 8 de la ley de 2003 trata de la fiducia celebrada a fin de garantía : enuncia que el contrato de fiducia puede celebrarse para garantizar créditos ya existentes o futuros y que las partes pueden acordar que el patrimonio fiduciario evolucionara según los compromisos garantizados ; lo que da a la fiducia el máximo de flexibilidad, adaptando el asiento de la garantía al importe de los créditos que se quieren garantizar.

Tal es, a grandes rasgos, la legislación luxemburguesa concerniente al contrato nombrado o típico de fiducia. Frente a esta fiducia, por decirlo así, oficial,

la practica luxemburguesa ha creado otra fiducia, oficiosa, que no abarca para las partes, especialmente el fiduciante, las medidas de proteccion que hemos visto. El término « fiducia » senala entonces un contrato atipico o innominado regido por el derecho comun de los contratos y tratado como un mandato sin apoderamiento ; varios profesionales, como abogados, consejeros financieros o censores jurados de cuentas pueden actuar como fiduciarios pero sin las medidas de proteccion que derivan de la legislacion especial.

\*\*\*\*\*

Al momento de concluir adoptaremos un punto de vista diferente, colocandonos de lege ferenda ; y, desde este punto de vista, la situacion francesa presenta algun interes pues la cuestion de la fiducia esta de vez en cuando puesta sobre el tapete :

- un proyecto de ley (es decir de origen gubernamental) fué preparado en 1990 ; no pudo acabar en éxito por razones bastante obvias, a saber : las objeciones presentadas por el Ministerio de Hacienda en cuya opinion la fiducia tendria consecuencias catastroficas para la hacienda publica ;
- de esta objecion una proposicion de ley presentada por un senador en febrero 2005 ha tenido cuenta puesto que sugiere una norma segun la cual « la fiducia no puede, bajo pena de nulidad, ser utilizada para transferir gratuitamente derechos del constituyente a terceros » : el uso de la fiducia como medio de realizar liberalidades es fuera de cuestion.

Eso dicho, esa proposicion ofrece un contraste fantastico con la gestion prudente y progresiva del legislador luxemburgués : ya no se trata de elaborar una legislacion

especial para ciertas operaciones determinadas celebradas con categorías determinadas de profesionales. Al contrario, la fiducia hace una entrada triunfal, en charanga, y no en una ley cualquiera sino en el código civil en el que ocupara no menos de dieciséis artículos nuevos. Su definición es la siguiente : « La fiducia consiste en un contrato por el cual el constituyente traslada derechos de cualquier naturaleza a una persona, física o jurídica, encargándola con la administración o disposición a favor de uno o varios beneficiarios, conforme a lo dispuesto en el contrato a fin de garantía, de gestión o de transmisión onerosa, exclusivamente o cumulativamente. La transferencia obra en un patrimonio de afectación, llamado patrimonio fiduciario, distinto del patrimonio personal del fiduciario y de cualquier otro patrimonio fiduciario, el fiduciario haciéndose titular o propietario fiduciario de los derechos transferidos ». Refiriéndose a la noción de patrimonio de afectación, el proyecto parece inspirarse del nuevo código civil de Quebec. Formalmente, la proposición de ley no cuenta más que 33 artículos, pero en realidad son 66 preceptos nuevos o modificados que abarca. Y es de una gran amplitud pues todas las personas, físicas como jurídicas, profesionales o privadas, pueden ser escogidas como fiduciarios para una variedad de fines : gestión, garantía, transmisión con tal de que no sea gratuita y sin que una de esas finalidades excluya las otras.

Y uno puede preguntarse si los autores de esta propuesta no le han dado demasiado amplitud, especialmente tratándose de la fiducia a fin de garantía. Aca, basta con recordar que el uso del derecho de propiedad a fin de garantía se practica desde hace tiempo : sin volver hasta la cláusula de retroventa, se pueden mencionar el « leasing », la cláusula o pacto de dominio reservado, la nomina de cesión de créditos profesionales y – tratándose de la prenda de muebles corporales – la

reforma del derecho de garantías ha abrogado la antigua prohibición del pacto comisorio. Dicho de otra manera, pese a la ausencia de consagración oficial, el derecho positivo francés ya conoce muchas aplicaciones de la noción de fiducia, especialmente cuando se trata de garantías. De modo que uno puede preguntarse si no más valdría dar a la reforma un alcance limitado concentrándose sobre las aplicaciones de la fiducia en materia de gestión y reservándolas a profesionales o al menos a personas jurídicas. Quizá una reforma menos ambiciosa sería más fácil de adoptar ? Cabe, al menos, plantear la cuestión.