

**UNIVERSIDAD DE PANAMA**  
**VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CON**  
**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PRIVADO**

**“EL FIDEICOMISO Y LA FUNDACIÓN DE INTERÉS PRIVADO: EL PROBLEMA  
DE LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE”**

**ELIÉCER VÁSQUEZ ALVARADO**  
**CÉDULA: 8-472-150**

**TESIS PRESENTADA COMO REQUISITO  
PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAESTRÍA  
EN DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN  
EN DERECHO PRIVADO.**

**PANAMA, REPÚBLICA DE PANAMA**

**2011**

## **DEDICATORIA**

**A mis padres:**

**Por su interminable apoyo en todo momento de mi vida, por sus enseñanzas y sabios consejos, que hoy me permiten ser lo que soy.**

**A mis hermanos:**

**Porque la unidad familiar conlleva a la fortaleza,**

**A mi hijo, Eliécer Emanuel:**

**A quien exhorto que camine siempre por el norte de la verdad y la honestidad, y sea así un gigante ante Dios y ciudadano útil a nuestra sociedad.**

**A quien ha creído en mi, compartiendo mis éxitos y sinsabores.**

## **AGRADECIMIENTO**

**A Dios Todopoderoso:**

**Por ser creador, amparo, guía y mi fortaleza  
en aquellos momentos de tribulación, y por permitirme culminar  
este proyecto tan importante en mi vida.**

**Al Doctor Gilberto Boutin Icaza:**

**Por haber aceptado dirigir este trabajo de investigación en  
esta nueva etapa,  
y quien ha sido una gran influencia en la búsqueda constante  
del perfeccionamiento profesional.**

***“El hombre no es responsable de su existencia, sino de su continuidad”.***

**Albert Camus**

## **INDICE GENERAL**

	<b>Pág.</b>
Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Resumen.....	1
Summary.....	3
Introducción.....	4
Revisión de Literatura.....	7
<b>CAPÍTULO PRIMERO. CONSIDERACIONES GENERALES.....</b>	<b>8</b>
1.1. Metodología.....	9
1.1.1. Método histórico.....	9
1.1.2. Método inductivo.....	9
1.2. Antecedentes.....	9
1.3. El problema.....	12
1.3.1. Planteamiento del problema.....	12
1.3.2. Preguntas de investigación.....	12
1.4. Justificación.....	13
1.4.1. Delimitación de la Investigación.....	15
1.4.2. Objetivos.....	15
1.4.2.1. Objetivo General.....	15
1.4.2.2. Objetivos Específicos.....	16
1.5. Variables.....	16

1.5.1. Variable Independiente.....	16
1.5.2. Variables Dependientes.....	17
1.6. Hipótesis.....	17
1.7. Marco de referencia.....	18
1.7.1. Marco de Antecedentes.....	18
1.7.2. Marco conceptual.....	18
1.7.3. Marco Teórico.....	19
<b>CAPITULO SEGUNDO.</b>	
<b>ORIGENES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO Y LA FUNDACIÓN</b>	
<b>DE INTERÉS PRIVADO.....</b>	<b>21</b>
2.1. Orígenes históricos del fideicomiso.....	22
2.2. El fideicomiso en el Derecho Romano.....	24
2.2.1. El <i>pactum fiduciae</i> .....	28
2.2.2. La <i>fiducia cum creditore</i> .....	29
2.2.3. La <i>fiducia cum amico</i> .....	32
2.3. El <i>fideicommissum</i> o fideicomiso testamentario.....	33
2.4. El <i>Trust</i> y el Derecho Anglosajón.....	36
2.4.1. La familia jurídica del <i>Common Law</i> .....	37
2.4.2. Antecedentes del <i>Trust</i> en Inglaterra.....	39
2.4.2.1. La doble jurisdicción en el Derecho Inglés.....	39

2.4.3. Antecedentes del <i>Trust</i> en Norteamérica.....	45
2.4.4. Concepto de <i>Trust</i> .....	47
2.4.5. Elementos que conforman el <i>Trust</i> .....	51
2.4.5.1. Constituyente o <i>settlor</i> .....	51
2.4.5.2. <i>Trustee</i> .....	52
2.4.5.3. El <i>cestui que trust</i> o beneficiario.....	53
2.5. Naturaleza jurídica del <i>Trust</i> .....	55
2.6. Orígenes históricos de la fundación de interés privado.....	60
2.6.1. Las fundaciones en el Derecho Romano.....	61
2.6.2. Las fundaciones en el Derecho Germánico.....	63
2.6.3. Las fundaciones en el Derecho Canónico.....	64
2.6.4. Las fundaciones en la Edad Media.....	65
2.6.5. Las fundaciones en el Principado de Liechtenstein.....	66
<b>CAPITULO TERCERO.</b>	
<b>EL FIDEICOMISO Y LA FUNDACIÓN DE INTERÉS PRIVADO</b>	
<b>COMO INSTRUMENTOS DE ADMINISTRACIÓN DE FORTUNAS</b>	
<b>EN EL DERECHO PANAMEÑO.....</b>	<b>69</b>
3.1. Panamá como centro financiero internacional.....	70
3.1.1. Las fortalezas del sistema financiero internacional panameño..	76

<b>3.2. Los instrumentos de administración de fortunas en el sistema financiero panameño.....</b>	<b>79</b>
<b>3.3. El fideicomiso como instrumento de administración de fortunas.....</b>	<b>81</b>
<b>3.3.1. Concepto de fideicomiso.....</b>	<b>81</b>
<b>3.3.2. Naturaleza jurídica.....</b>	<b>85</b>
<b>3.3.2.1. Teoría del mandato.....</b>	<b>86</b>
<b>3.3.2.2. Teoría del patrimonio de afectación.....</b>	<b>87</b>
<b>3.3.2.3. Teoría del negocio fiduciario.....</b>	<b>91</b>
<b>3.3.2.4. Teoría de la operación puramente bancaria.....</b>	<b>91</b>
<b>3.3.3. Partes que intervienen en el fideicomiso.....</b>	<b>92</b>
<b>3.3.3.1. El fideicomitente.....</b>	<b>94</b>
<b>3.3.3.2. El fiduciario o fideicomisario.....</b>	<b>96</b>
<b>3.3.3.3. El beneficiario.....</b>	<b>98</b>
<b>3.4. Características del fideicomiso.....</b>	<b>101</b>
<b>3.5. Semejanzas entre el fideicomiso y el <i>Trust</i> anglosajón.....</b>	<b>104</b>
<b>3.6. Diferencias entre el fideicomiso y el <i>Trust</i> anglosajón.....</b>	<b>105</b>
<b>3.7. El fideicomiso en el Derecho Panameño.....</b>	<b>108</b>
<b>3.7.1. Introducción del fideicomiso en Panamá.....</b>	<b>108</b>
<b>3.8. El fideicomiso en el Derecho Latinoamericano.....</b>	<b>110</b>
<b>3.8.1. El fideicomiso en la legislación mexicana.....</b>	<b>111</b>
<b>3.8.2. El fideicomiso en la legislación argentina.....</b>	<b>113</b>
<b>3.8.3. El fideicomiso en la legislación peruana.....</b>	<b>116</b>
<b>3.8.4. El fideicomiso en la legislación guatemalteca.....</b>	<b>117</b>

<b>3.9. Las fundaciones de interés privado como instrumento de administración</b>	
de fortunas.....	118
3.9.1. Concepto.....	118
3.9.2. Naturaleza jurídica.....	120
3.9.3. Características.....	121
<b>3.10. Distinción entre fideicomiso y fundación de interés privado.....</b>	<b>122</b>

## **CAPITULO CUARTO.**

<b>DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL FIDEICOMISO Y LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO.....</b>	<b>124</b>
---	------------

<b>4.1. El problema de la determinación de la ley aplicable al fideicomiso</b>	
internacional.....	125
4.1.1. Consideraciones preliminares.....	125
<b>4.2. Principios de Derecho Internacional aplicable al fideicomiso.....</b>	<b>126</b>
4.2.1. El carácter internacional del fideicomiso.....	126
4.2.2. Noción de fideicomiso mercantil internacional.....	128
<b>4.3. El régimen fiduciario en el Derecho Internacional Privado panameño..</b>	<b>129</b>
<b>4.4. Determinación de la ley aplicable a la validez del fideicomiso.....</b>	<b>133</b>
4.4.1. Lineamientos generales.....	133
4.4.2. Conflicto de leyes.....	133

4.4.3. Criterios para la determinación de la ley aplicable a las condiciones de forma.....	134
4.4.3.1. La regla <i>lex locus regit actum</i> en el Derecho Internacional Privado Panameño.....	136
4.4.3.2. La Nacionalidad del fideicomiso.....	137
4.4.4. Criterios para la determinación de la ley aplicable a las condiciones de fondo.....	140
4.4.4.1. El principio de la autonomía de la voluntad.....	140
4.5. El fraccionamiento de la ley aplicable.....	146
4.5.1. El <i>dépeçage</i> involuntario.....	147
4.5.1.1. El <i>dépeçage</i> institucional.....	148
4.5.1.2. El <i>dépeçage</i> judicial.....	148
4.5.1.3. El <i>dépeçage</i> voluntario.....	149
4.5.1.4. El <i>dépeçage</i> expreso.....	149
4.5.1.5. El <i>dépeçage</i> tácito.....	150
4.6. La noción de orden público internacional.....	151
4.6.1. La noción de orden público en el derecho panameño.....	153
4.7. La Convención de La Haya de 1985, relativa a la Ley Aplicable al <i>Trust</i> y a su Reconocimiento.....	155
4.7.1. Introducción.....	155
4.7.2. Noción de <i>Trust</i> en la Convención de La Haya.....	156
4.7.3. Situaciones a las que no se aplica la Convención de La Haya..	160
4.7.4. De la determinación de la ley aplicable.....	162

4.7.5. El <i>dépeçage</i> en la Convención de La Haya.....	166
4.7.6. Límites a los efectos del <i>Trust</i> en la Convención de La Haya...	167
4.7.6.1. La noción de fraude a la ley extranjera.....	167
4.7.6.2. La noción de orden público internacional en la Convención de La Haya.....	169
4.8. La necesidad de reconocimiento de la Convención de La Haya.....	170
4.9. El carácter internacional de las fundaciones de interés privado.....	173
4.9.1. La regla de la continuidad en las fundaciones de interés privado..	175
4.9.2 El derecho aplicable a la fundación de interés privado en el plano internacional.....	177
4.9.2.1. El principio de la autonomía de la voluntad en las fundaciones de interés privado.....	177
4.9.2.2. La elección de la ley aplicable derivada de la voluntad implícita del fundador.....	179
4.9.3. Determinación de la competencia judicial internacional.....	180
5. Conclusiones.....	182
6. Recomendaciones.....	185
7. Bibliografía.....	187

## **RESUMEN**

El trabajo de investigación que se desarrolla a continuación consiste en un estudio sobre la problemática que implica la elección del derecho aplicable a los mecanismos de administración de fortunas reconocidos en la legislación panameña, específicamente el fideicomiso y la fundación de interés privado, labor investigativa tendiente a la obtención del título de Maestría en Derecho con especialización en Derecho Privado que hemos titulado: "El Fideicomiso y la Fundación de Interés Privado: El problema de la elección de la ley aplicable", para lo cual nos adentramos en el estudio de la naturaleza jurídica de ambas instituciones, consideradas como vehículos jurídicos idóneos para la salvaguarda y protección de activos familiares y patrimonios personales.

En ese sentido, se investiga la evolución histórica que han tenido ambas instituciones, con base en el aporte doctrinario vertido por insignes juristas formados tanto a la luz del Derecho anglosajón como del Derecho continental romano-germánico, al igual que se efectúa el análisis jurídico de las normas de carácter internacional contenidas en la Ley 1 de 5 de enero de 1984, que regula la figura del fideicomiso panameño, con particular referencia a la Convención de La Haya de 1985, sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento, al igual que de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, que rige a las fundaciones de interés privado, inspiradas en las fundaciones familiares del Principado de Liechtenstein, todo con la finalidad de comprender los problemas que se generan en la búsqueda del derecho aplicable y las posibles mutaciones de nacionalidad, tanto

**del fideicomiso con carácter internacional como de las fundaciones de interés privado, en su condición de instrumentos de administración de fortunas.**

## **SUMMARY**

The research is developed below consists of a study of problems involving the right choice of applicable law to the wealth management mechanisms recognized in the panamanian legislation, specifically the trust and private foundation, research work aimed at obtaining a Masters Degree in Law with specialization in private law which we titled "The Trust and Private Interest Foundation: The Problem of Choice of Law" to which we enter into the study of legal nature of both institutions considered as appropriate legal vehicle for the safeguarding and protection of family assets and personal patrimonies.

In this sense, we investigate the historical evolution that both institutions have had based on the doctrinary contributions of distinguished jurists, formed both under the light of common law and the Roman-Germanic civil law, as well as we make the juridical analysis of international standards contained in Law No. 1 of January 5, 1984, which governs the trust in Panama, with particular reference to The Hague Convention of 1985 on the Law Applicable to Trusts and its Recognition, as of Law 25 of June 12, 1995, that governs private foundations, family foundations inspired by the Principality of Liechtenstein. All in order to understand the problems arising in finding the applicable law and the possible mutations of nationality, both on an international trust as the private foundations as instruments of wealth management.

## **INTRODUCCION**

Al iniciarse una investigación en cualquiera de los ámbitos del conocimiento, es decir, ya sea en el campo de las ciencias jurídicas o en cualquiera otra de las ramas del saber, es imprescindible que exista una motivación que impulse y anime a la consecución y conclusión de dicha aventura académica y ese es el norte que anima el presente trabajo tendiente a optar el título de Maestría en Derecho con Especialización en Derecho Privado.

Uno de los motivos fundamentales que impulsó a emprender este estudio fue el de tratar de entender un poco más el funcionamiento de los vehículos de administración de fortunas más característicos del Derecho panameño, pero vistos desde una perspectiva del Derecho Internacional Privado.

Muchos son los factores que contribuyen a que la República de Panamá sea percibida como un centro de oportunidad de inversión, por lo menos de manera formal; entre ellos, las actividades que genera el Canal de Panamá, las oportunidades de inversión que se dan a través de la Zona Libre de Colón y el Centro Bancario Internacional, aunado a la expansión y fortalecimiento del sector inmobiliario, turístico y últimamente en el campo energético, de tecnología de la información y las telecomunicaciones.

Dentro de este contexto es que el tema de los fideicomisos y las fundaciones de interés privado toma relevancia, en virtud de los nuevos desafíos

a los que se enfrentan estos instrumentos de administración de fortunas, y de los entes encargados de desarrollar la actividad fiduciaria, entidades bancarias y entidades fiduciarias, a quienes les corresponde atender las necesidades de sus clientes, respondiendo de manera acertada y eficaz a los nuevos requerimientos que genera el crecimiento y la dinamización del mercado y del sector económico, tanto nacional como internacional.

De igual forma, también cobra particular importancia el tema de la ley aplicable a un fideicomiso o a una fundación de interés privado que tenga las características de ser internacional, dada la multiplicidad de factores de conexión que pueda tener la figura y que implique la aplicabilidad de una serie de leyes pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos.

Dicho lo anterior, se hace necesario establecer que el presente trabajo de investigación consta de cuatro capítulos a través de los cuales se pretende abarcar la problemática que implica la elección del Derecho aplicable cuando converjan diversos ordenamientos jurídicos, en materia de fideicomisos y fundaciones de interés privado. Dentro de ese contexto, el primer capítulo se refiere a la fundamentación metodológica utilizada para realizar el presente trabajo de investigación.

En el segundo capítulo se aborda lo referente a los orígenes históricos de cada figura objeto de este estudio y la evolución que han tenido a lo largo de su existencia, y en el caso del fideicomiso, el tratamiento inicial que tuvo en el

Derecho Romano, hasta llegar a la concepción actual del *trust* en el Derecho Anglosajón.

El tercer capítulo trata la temática de ambas figuras ya como instrumentos de administración de fortunas y protección de bienes personales, describiéndose su particular incidencia en la economía nacional, y el papel preponderante que han desempeñado en el sistema financiero panameño, con referencia a los cuerpos legales que las rigen en nuestro país.

En el cuarto capítulo se profundiza en el tema del problema de la ley aplicable y las distintas soluciones sobre la elección del ordenamiento jurídico que debe gobernar a dichos negocios jurídicos que brindan tanto la Ley 1 de 5 de enero de 1984, para el caso de los fideicomisos internacionales, así como la Ley 25 de 12 de junio de 1995, en el caso de las fundaciones de interés privado con visos de internacionalidad, sin soslayar la relevancia que tiene en el ámbito internacional la Convención de La Haya de 1985 relativa a la Ley aplicable al *Trust* y su reconocimiento.

Finalmente, es nuestro interés que el presente trabajo de investigación constituya un aporte a la ya doctrina existente, relacionada con el tema de conflicto de leyes en materia de fideicomisos y fundaciones de interés privado, pero principalmente, que sea un motor impulsor que incentive a los demás interesados en la materia a emprender estudios que constituyan aportes adicionales a esta interesante rama de la ciencia jurídica.

## **REVISIÓN DE LITERATURA**

Cuando se plantea como tema de investigación un tema de la complejidad como lo es la búsqueda de la determinación de la ley aplicable al fideicomiso y a las fundaciones de interés privado, se hace imprescindible recurrir a diversas fuentes que viabilicen y permitan conocer con la debida profundidad el problema expuesto, por lo cual, y a fin de cumplir con los cometidos establecidos para la elaboración del presente trabajo de investigación, nos hemos propuesto revisar las obras de autores, tanto nacionales y extranjeros, autorizados sobre la materia de fideicomisos, *trust* y fundaciones de interés privado.

Por otra parte, como ya ha sido sugerido, en este trabajo también se tomará en cuenta la legislación nacional, así como los convenios internacionales que tengan una relación directa con la materia en estudio.

De igual forma, consideramos necesario dejar sentado que al término de esta investigación, existe una iniciativa legislativa para que reconocida la Convención de La Haya de 1985, sobre la Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento, la cual todavía no tiene carácter de Ley de la República, no obstante, hay que señalar que si se han efectuado gestiones para tal fin.

De igual manera, es importante tomar en cuenta la doctrina extranjera, para lo cual se hace la revisión de autores mexicanos, colombianos, argentinos, europeos, además del tratamiento que la institución jurídica objeto de este estudio ha tenido en las legislaciones extranjeras.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **CONSIDERACIONES GENERALES**

## **CONSIDERACIONES GENERALES**

### **1.1. Metodología**

#### **1.1.1. Método histórico:**

Se abordarán los conceptos y características de las instituciones jurídicas objeto de este estudio y en cuanto a su evolución, nos centraremos en los estudios que existen como antecedentes, a fin de conocer la evolución histórica de ambas legislaciones.

#### **1.1.2. Método inductivo:**

Se hará uso de los instrumentos legales que rigen ambas figuras en el Derecho patrio y en el Derecho convencional internacional, concentrándonos en las normas de derecho internacional privado de dichos textos legales, hablamos de la Ley 1 de 5 de enero de 1984, que rige al fideicomiso en Panamá, con sus correspondiente reglamentación y posteriores modificaciones; la Ley 25 de 12 de junio de 1995, por la cual se regulan las fundaciones de interés privado en la República de Panamá, así como la Convención de La Haya de 1985 sobre la Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento.

### **1.2. Antecedentes:**

Tanto la figura jurídica del fideicomiso como la fundación de interés privado, son instituciones extrañas a la tradición jurídica que sigue nuestro país, que es de corte romanista, siendo que el fideicomiso (aun cuando tuvo sus inicios en el

Derecho romano), alcanzó gran preponderancia al ser adoptado por el Derecho anglosajón, consagrándose así el instituto legal del *trust*, figura jurídica de la cual se deriva el fideicomiso que pone en práctica la legislación panameña, en tanto que las fundaciones de interés privado tienen su esencia en las fundaciones familiares del Principado de Liechtenstein.

En materia de fideicomisos, la legislación nacional ha tenido (por decirlo así) tres momentos importantes que han contribuido grandemente al desarrollo, tratamiento y evolución de la figura en nuestro país, al punto de que podemos afirmar la consolidación actual de la institución en los diferentes aspectos de la actividad mercantil, bancaria y financiera que desarrolla el sistema comercial panameño.

La institución del fideicomiso fue introducida en la República de Panamá a través del preclaro jurista Ricardo J. Alfaro, quien concibió la adopción de este instrumento legal basándose en el *trust* norteamericano, regulándose de esta manera el fideicomiso panameño a través de la Ley No. 9 de 1925. A pesar de lo novedoso de la figura, resulta indiscutible admitir que la misma no escapaba a una serie de críticas, entre las cuales se encontraba lo concerniente a la irrevocabilidad del fideicomiso, así como el hecho de que la ley establecía un término para la ejecución de la fideicomiso, lo que en cierto modo contradecía la esencia de la institución, que es precisamente la de planificar el bienestar de generaciones posteriores.

Estos motivos, aunados al aspecto de la tradición romanista que sigue nuestro derecho y el de los países vecinos, eran situaciones que incidían en la poca familiaridad que existía con la figura, y que pudieron contribuir al muy limitado uso de este instrumento durante este primer periodo.

La Ley No. 9 de 1925 fue posteriormente modificada por la Ley No. 17 de 1941, redactada casi en los mismos términos que su antecesora, y durante cuya vigencia tampoco hubo mayor desarrollo de la institución.

Finalmente, y a fin de contar con una ley lo suficientemente flexible, que, conjuntamente con otros instrumentos jurídicos permitiera una mayor captación, inversión, administración y utilización de activos, aunado al hecho que quienes hacían uso del *trust* en el derecho anglosajón, contaran también en nuestro ámbito con un medio viable para efectuar inversiones, permitió la adopción de una nueva ley de fideicomisos, siendo actualmente regulada a través de la Ley No. 1 de 5 de enero de 1984.

Por su parte, la fundación de interés privado es una institución de más reciente implementación en el Derecho panameño, introducida por medio de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, reglamentada a su vez por medio del Decreto Ejecutivo No. 417 de 8 de agosto de 1995.

Es importante destacar que, tanto la ley panameña de fideicomisos como la ley de fundaciones de interés privado, consagran la regla de oro de la autonomía de la voluntad de las partes, que otorga al constituyente del fideicomiso, al igual

que el fundador, una serie de facultades en cuando a la escogencia del Derecho que pueda regir algunos aspectos de dichos negocios jurídicos, lo que obviamente puede traer como consecuencias una serie de situaciones en las cuales puedan existir conflictos de leyes, con las consecuente complicaciones que ello implica.

### **1.3. El problema:**

¿Cuáles son los criterios para la determinación de la ley aplicable al fideicomiso internacional y a las fundaciones de interés privado y la importancia de estas figuras jurídicas en el sistema financiero panameño?

#### **1.3.1. Planteamiento del problema:**

¿Cuáles son los criterios para la determinación de la ley aplicable al fideicomiso internacional y la importancia de esta figura en el sistema financiero panameño?

Planteado el problema de investigación, surgen, consecuentemente, las siguientes interrogantes o preguntas de investigación?

#### **1.3.2. Preguntas de investigación.**

**1.3.2.1.** ¿Cuándo se dice que un fideicomiso y una fundación de interés privado es de carácter internacional?

- 1.3.2.2.** ¿Cuáles son los criterios que se siguen para la elección de la ley aplicable en caso de un conflicto de leyes en un fideicomiso internacional y en una fundación de interés privado?
- 1.3.2.3.** ¿Cuál es la relación de los vehículos de administración de fortunas con una economía *offshore*?
- 1.3.2.4.** ¿Cuáles escogencia de la ley aplicable a un fideicomiso internacional y a una fundación de interés privado?son las condiciones de forma que se siguen para la
- 1.3.2.5.** ¿Es la autonomía de la voluntad uno de los elementos aceptados por la doctrina para la determinación de la ley aplicable?
- 1.3.2.6.** ¿Qué ocurre cuando las partes no designan expresamente la ley aplicable al fideicomiso y a una fundación de interés privado con características de internacional?

#### **1.4. Justificación:**

La República de Panamá constituye actualmente un Centro Financiero de gran reconocimiento a nivel internacional, por lo cual resulta sumamente atractivo para los inversionistas extranjeros, en virtud de las oportunidades de inversión existentes.

En ese sentido, el fideicomiso, como instrumento de administración de fortunas, constituye una de las herramientas idóneas para lograr una correcta planificación financiera, motivo por el cual, al estar esta figura regulada en la legislación panameña, resulta preciso determinar el desenvolvimiento de la misma ante un eventual conflicto de leyes, en virtud de su caracterización como fideicomiso internacional, teniendo en consideración principalmente, su papel como instrumento de planificación de fortunas ante inversionistas extranjeros.

De ese modo, y toda vez que tanto la ley de fideicomisos como la ley de fundaciones de interés privado consagran la denominada regla de oro del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, como elemento determinante otorgado al constituyente del fideicomiso o fideicomitente, o al fundador, a fin de que ésta decida el derecho que regirá dicha institución, pueden darse situaciones en las que el constituyente o fundador no designe de manera expresa la ley que regirá el negocio jurídico, o bien que designada ésta, existan casos en los que los bienes objeto de dicha operación jurídica se encuentren ubicados en otro país y bajo otro ordenamiento jurídico, o que exista la posibilidad de un fraccionamiento en la ejecución del negocio jurídico, que permita la ejecución del mismo al amparo de legislaciones de distintos estados, lo que origina la importancia de investigar cómo proceder ante este tipo de situaciones en materia de conflictos de leyes.

De ese modo, y toda vez que no son abundantes los estudios en el derecho doméstico en lo que respecta a la temática de conflicto de leyes en esta

materia y dado el arraigo que tiene la figura en nuestro derecho, consideramos la importancia de abordar dicha temática.

#### **1.4.1. Delimitación de la Investigación:**

La propuesta de investigación se fundamenta en la exploración o búsqueda de la ley aplicable en materia de fideicomisos y fundaciones de interés privado, concentrándonos en los cuerpos legales que rigen a ambos instrumentos jurídicos en la República de Panamá, siendo éstos la Ley No. 1 de 5 de enero de 1984 y la Ley 25 de 12 de junio de 1995, y en cuanto a derecho convencional internacional se analizarán los elementos contenidos en la Convención de la Haya Relativa a la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento.

#### **1.4.2. Objetivos:**

##### **1.4.2.1. Objetivo General:**

Determinar cuáles son los criterios que se aplican para identificar el derecho aplicable a un Fideicomiso Internacional, tanto en el derecho internacional como en el derecho panameño, a fin de analizar sus repercusiones en el sistema mercantil panameño.

#### **1.4.2.2. Objetivos Específicos:**

1.4.2.2.1. Identificar cuáles son los criterios que se utilizan para la elección de la ley aplicable al fideicomiso internacional.

1.4.2.2.2. Identificar qué cuerpos legales rigen al fideicomiso en el derecho convencional internacional y en el Derecho panameño

1.4.2.2.3. Determinar si la legislación panameña de fideicomisos consigna una serie de criterios para reconocer la nacionalidad de un fideicomiso, ante la eventualidad de un conflicto de leyes.

1.4.2.2.4. Establecer si existen diferencias entre los criterios de determinación de la ley aplicable al fideicomiso en el derecho internacional y en el Derecho panameño.

#### **1.5. Variables.**

##### **1.5.1. Variable Independiente:**

Los criterios o elementos que se utilizan para la determinación del derecho aplicable a un fideicomiso internacional, a la luz del derecho convencional internacional y el Derecho panameño, siendo que los criterios para la aplicabilidad de la ley consisten en aquellos elementos contenidos, ya sea en la legislación panameña de fideicomisos o en la Convención de La Haya Relativa

a la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento, que nos permiten identificar cuál será el derecho que regirá los aspectos de fondo o de forma del fideicomiso, en el caso en que exista un eventual conflicto de leyes, o bien cuando no se haya designado de manera expresa la ley aplicable al fideicomiso.

### **1.5.2. Variables Dependientes:**

Las variables dependientes generadas, son las que a continuación se plasman:

- 1.5.2.1. Centro Financiero
- 1.5.2.2. Centro *offshore*
- 1.5.2.3. Conflicto de leyes
- 1.5.2.4. Autonomía de la voluntad
- 1.5.2.5. Derecho Convencional Internacional

### **1.6. Hipótesis:**

- 1.6.1. La legislación panameña permite la internacionalización del fideicomiso, a través de la autonomía conflictual.
- 1.6.2. El carácter internacional del fideicomiso es consecuencia de la proliferación de centros financieros que cuentan con una serie de flexibilidades en materia, fiscal, mercantil y bancaria.

1.6.3. Panamá constituye un centro financiero con características de internacional, que permite la implementación de fideicomisos como instrumentos de planificación de fortunas.

## **1.7. Marco de referencia.**

### **1.7.1. Marco de antecedentes:**

Al efectuar los estudios pertinentes a fin de determinar los antecedentes existentes en cuanto a estudios existentes relacionados con la búsqueda de criterios tendientes a la determinación de la ley aplicable al fideicomiso internacional y las fundaciones de interés privado, podemos señalar que si existen estudios que se refieren al fideicomiso; sin embargo, son limitadas las investigaciones que aborden el tema del fideicomiso desde el ámbito de las normas del derecho internacional privado.

### **1.7.2. Marco conceptual:**

Al constituir el marco conceptual una elaboración conceptual del contexto en el cual se considera el problema, se establecerán una serie de conceptualizaciones relacionadas con los criterios para la determinación de la ley aplicable al fideicomiso internacional y la importancia de esta figura en el sistema financiero panameño, relacionados con las variables que hemos presentado y que contribuyen a enfocar el problema de investigación planteado.

### **1.7.3. Marco Teórico:**

Para los efectos de identificación del derecho aplicable al fideicomiso internacional, se requiere, en primera instancia, efectuar la calificación jurídica de la institución. Esto quiere decir determinar la naturaleza jurídica del instituto legal en estudio, analizando también si la legislación panameña del fideicomiso le establece un valor unitario al fideicomiso que permita el reconocimiento de la figura, distinguiéndola así de otras.

En ese sentido, serán abordadas las siguientes temáticas:

- 1.7.3.1. Los orígenes históricos del fideicomiso y la fundación de interés privado.
- 1.7.3.2. El fideicomiso en el Derecho Romano.
- 1.7.3.3. Tratamiento del *trust* en el Derecho Anglosajón.
- 1.7.3.4. Diferencias entre fideicomiso y *trust* y fundaciones de interés privado.
- 1.7.3.5. Naturaleza jurídica del fideicomiso y de las fundaciones de interés privado.
- 1.7.3.6. Antecedentes de la ley de fideicomisos en el derecho panameño.
- 1.7.3.7. El carácter internacional del fideicomiso y de las fundaciones de interés privado.

- 1.7.3.8. Principios de Derecho Internacional Privado aplicables al fideicomiso y a las fundaciones de interés privado en la legislación panameña.**
- 1.7.3.9. Autonomía de la Voluntad en la legislación panameña de fideicomisos y en las fundaciones de interés privado.**
- 1.7.3.10. Tratamiento del fideicomiso en la Convención de La Haya de 1985, relativa a la Ley aplicable al *Trust*.**

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **ORÍGENES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO Y LAS FUNDACIÓN DE INTERÉS PRIVADO**

## 2.1. Orígenes históricos del fideicomiso.

Al hablar del fideicomiso obligatoriamente hay que referirse al Derecho Romano, sistema en el cual tuvo sus orígenes esta figura que permite el aislamiento de bienes, flujos de fondos, negocios, derechos, en un patrimonio independiente y separado con distintas finalidades.

En Roma, el fideicomiso se relacionaba con el Derecho testamentario y se concebía como una disposición por la cual el causante rogaba a una persona (fiduciario), fuera ésta el heredero, el legatario o un tercero, que entregase todo o parte de lo recibido a otra persona (beneficiario) a la buena voluntad de aquél.

Al respecto, los historiadores coinciden en el hecho que tal vez el origen de esta figura hubiera sido la necesidad de eludir la falta de capacidad para suceder por parte de la persona a la que el testador quería instituir realmente como heredero, capacidad que si tenía el fiduciario, es decir, aquel a cuya buena fe se encomendaba el cumplimiento del fideicomiso.

Lo cierto es que Augusto ordenó que los cónsules hicieran cumplir los fideicomisos y Claudio instituyó la figura del *pretor fideicomisario*, de tal manera que los fideicomisos fueran tutelados *extra ordinem*.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> RASCÓN GARCÍA, César, "Manual de Derecho Romano", segunda edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1996, pág. 246.

De otra parte y en lo que se refiere a la historia de Roma, resulta preciso mencionar que el Derecho Romano tuvo su propio y extenso desarrollo ligado a una historia de más de doce siglos, periodo que transcurre de manera aproximada entre la caída del Imperio Romano de Occidente, a finales del siglo V de la era cristiana a la muerte de Justiniano, casi un siglo después.

En ese sentido, vale destacar que en la historia de Roma se reconocen los siguientes periodos o etapas:

- a. La primera etapa que es la que se conoce como periodo monárquico, el cual se prolongó desde los orígenes hasta la promulgación de la Ley de las XII Tablas cerca del año 450 a.C., después de la caída de la monarquía despótica de los Tarquinos y la instauración de las primeras magistraturas republicanas. Desde el punto de vista jurídico, esta primera etapa suele denominarse del Derecho arcaico o época monárquica.
- b. La segunda etapa, llamada republicana, se extiende desde el 450 a.C. hasta la época de Augusto, en la que se inicia un periodo histórico en el cual el sistema republicano dio paso a un régimen personal que conocemos como principado, hacia el que las instituciones políticas ya habían comenzado a evolucionar un siglo antes. Este periodo es denominado habitualmente del Derecho preclásico, aunque los autores suelen incluir el último siglo de la república en el periodo del Derecho clásico.

- c. La tercera etapa que se denomina del Derecho clásico, comprende desde el año 27 a.C. hasta el año 285 d.C., año en el que después de un largo periodo de anarquía, Diocleciano fue aclamado emperador, iniciándose un nuevo periodo del Derecho clásico.
- d. La cuarta etapa que se inicia en el 285 y culmina en el 527, en que Justiniano fue coronado emperador de Oriente. Este periodo se identifica como el Derecho postclásico.

Finalmente, también se destaca el periodo Justiniano en el que el Emperador ordenó compilar todo el Derecho vigente cuya obra, que constituye el documento jurídico más trascendente de occidente, sería llamada, a partir de la edición completa de Dionisio Godofredo de 1583, *Corpus Iuris Civilis*.<sup>2</sup>

Todo parece indicar que las primeras manifestaciones de la fiducia surgieron en el periodo inicial, llamado también arcaico y, sin duda, fueron reconocidas y empleadas durante la República.

## **2.2. El fideicomiso en el Derecho Romano.**

La mayoría de las profesiones tienen su origen en antiguas prácticas, muchas de ellas íntimamente ligadas al mundo de los negocios. En el caso del fideicomiso, éste tiene su germen en los testamentos.

---

<sup>2</sup> RASCÓN GARCÍA, César. *op. cit.*, pág. 36 y 37.

En lo que respecta al Derecho Romano, en sus comienzos éste sistema no conocía las distintas formas de garantías, tales como la hipoteca, prenda, fianza, por lo que el deudor, en virtud del principio de responsabilidad personal, respondía con su persona, como esclavo de su acreedor.

Al eliminarse la responsabilidad personal del deudor, el Derecho Romano entra en una etapa de crisis en materia de obligaciones, toda vez que el acreedor, al no existir garantía para la recuperación de su acreencia, se encontraba en un estado de total indefensión jurídica, debido a la dificultad y casi imposibilidad que implicaba la recuperación de su crédito. Es así que surge una figura, como creación del derecho civil romano, que viene a llenar un vacío existente. Hablamos entonces, del fideicomiso.

Tradicionalmente se ha dicho que los orígenes del fideicomiso se encuentran en el Derecho Romano como una forma liberal de decisión en cuanto a la última voluntad de una persona, hecha en forma de encargo por el difunto en un testamento o en un codicilo. No obstante, vale la pena aclarar que, de acuerdo con Llerena Saunset,<sup>3</sup> el propósito primordial del antiguo testamento romano era el de crear la institución de los herederos para la continuación de la familia, dada la enorme importancia que para la antigua sociedad romana

---

<sup>3</sup> LLERENA LAUNSET, Fransela. "Fideicomiso: Planeación y Protección", Imprenta Universal Books, primera edición, Panamá, 2003, pág. 19.

representaba este núcleo humano, a diferencia del Derecho inglés que si instituyó el uso del testamento para legar bienes, propiedades y derechos, situación que se hizo imperativa en la época medieval del feudalismo.

Otros juristas, entre ellos Ricardo J. Alfaro, son de la concepción que el fideicomiso inicialmente tuvo por finalidad la de eludir las restricciones de la ley en materia de sucesiones, en virtud de que las leyes romanas establecían numerosas incapacidades para heredar por testamento.

De ese modo, quedaban excluidos del beneficio del testamento los libertos dediticios, los liberto *latini Juniani*, las municipalidades, los colegios, los pobres, los dioses, los póstumos extraños y, en general, las personas inciertas, los extranjeros, los habitantes de Provincias que no gozaban de los derechos de ciudadanía, los proscritos, los solteros, los casados sin hijos en la proporción designada por la Ley *Papia Poppea*, y por último, en los casos determinados por la Ley *Voconia*.<sup>4</sup>

Ante tal cúmulo de incapacidades para testar, es evidente que dentro ese grupo de personas estuvieran comprendidas algunas a quienes alguien quisiera favorecer con una herencia o un legado, por lo cual existía la alternativa de que el testador instituía como heredero suyo a una persona legalmente capaz y le suplicaba entregar la herencia o parte de ella a la persona que él designaba.

---

<sup>4</sup> ALFARO, Ricardo J., "El Fideicomiso en Panamá. Compilación de escritos por el Dr. Ricardo J. Alfaro y otros juristas", Editada por G. Hanse Voelkel, A.B., J.D. J.S.D., Panamá, 1971, pág. 89.

De esa manera, una persona podía transferir "*mortis causa*" a otra, la propiedad de uno o más bienes, a fin de que ésta los cuidara o utilizara en beneficio de otra u otras personas, a las cuales debían serle transmitidos en el futuro, siempre que esto fuese posible.

En un comienzo, el fideicomiso implicaba solamente un compromiso moral basado en la *fides*, es decir, la fe, la confianza, sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución. Sin embargo, la situación, hasta cierto punto indefensa en que se encontraban los beneficiarios, causó que el emperador Augusto hiciera cumplir, con la intervención de los cónsules, ciertos fideicomisos particularmente dignos de interés. También Claudio nombró los pretores permanentes (*praetor fideicommissarius*), los que hoy se conocen como "los protectores", con la finalidad de vigilar el cumplimiento de los "acuerdos" de fideicomisos.

Por reformas posteriores se dispuso que el fiduciario (heredero aparente), debía ser necesariamente beneficiario directo de la cuarta parte (1/4) de la herencia, con lo cual la capacidad del testador para disponer en fideicomiso quedaba limitado a las tres cuartas (3/4) partes del acervo.

Cabe mencionar también el papel que ejercieron figuras tales como la *mancipatio* o la *in iure cessio*, que eran modos de transmisión de la propiedad, y que implicaban el compromiso de devolverla por parte de quien la recibía, una

vez cumplida la finalidad cualquiera que ésta fuera.<sup>5</sup> La aplicación de esta figura se dio a través de formas contractuales, o modernamente mediante acuerdos de voluntades, aunque tal postura es objeto de cuestionamientos dado el carácter típico de los contratos en la época clásica.

Es de suma importancia señalar que el Derecho Romano presentó una serie de casos o modalidades relacionados con negocios de confianza, que en un proceso evolutivo fueron conocidos como negocios fiduciarios, siendo las figuras más sobresalientes el *fideicommissum* o fideicomiso testamentario y el *pactum fiduciae* o pacto fiduciario.

### **2.2.1. El *pactum fiduciae*.**

Los romanos también hicieron uso del llamado pacto fiduciario o *pactum fiduciae* como negocio entre vivos. Este proceso consistía en la transferencia

---

<sup>5</sup> MEDELLÍN ALDANA, Carlos, y otros, "LECCIONES DE DERECHO ROMANO", décimo cuarta edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá. Colombia, 2000, pág. 84. La *in iure cessio* era un medio solemne y simbólico. Las dos partes, enajenante y adquirente, comparecían ante el magistrado figurando un juicio de reivindicación de la cosa cuyo dominio pretendía adquirirse. Si la cosa era mueble debía ser llevada ante el magistrado. Si era inmueble, parece haberse admitido que se llevara un fragmento del inmueble, afirmaba en presencia del magistrado y del enajenante, ser suya, según el derecho civil. El enajenante declaraba ser cierta tal afirmación y en vista de ello el magistrado declaraba propietario al adquirente.

perfecta de un bien de una persona a otra, (acto entre vivos), con la obligación, por parte del adquirente de retransmitirlos en determinadas circunstancias.<sup>6</sup>

El *pactum fiduciae* presentó dos formas principales: la “fiducia con acreedor” o *fiduciae cum creditore* y la “fiducia con un amigo” o *fiduciae cum amico*.

### **2.2.2. La *fiducia cum creditore*:**

En esencia, a través de esta figura el deudor entregaba al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela al producirse el pago.

Su finalidad era proporcionar al acreedor de una garantía real para asegurar el pago de una deuda. El deudor transmitía la propiedad del bien a su acreedor, y este lo recibía en virtud del *pactum fiduciae*, comprometiéndose este último a reintegrárselo al deudor cuando aquél hubiese cancelado la deuda.

La *fiducia cum creditore* implicaba una forma de garantía y básicamente radicaba en el hecho que el deudor requerido por su acreedor para prestarle una seguridad real, transfería la propiedad de un bien, con el encargo de que le fuera retransmitido una vez honrada la obligación.

---

<sup>6</sup> LLERENA LAUNSET, op. cit., pág. 10.

Este acto tenía como efecto que el acreedor figurara como propietario pleno sin que el deudor gozara de acción alguna en caso de incumplimiento, lo que contrastaba con las ventajas obtenidas por el acreedor, por lo cual, mientras no existiera acción para reclamar la restitución de la cosa, el deudor debía confiar exclusivamente en la buena fe de su acreedor, de quien dependía el cumplimiento de lo pactado. De esa forma, todos los riesgos eran asumidos por el deudor, sobre la base de la confianza que le inspiraba su acreedor a quien entregaba una garantía de singular vigor.<sup>7</sup>

Sin embargo, pronto fueron apareciendo instrumentos destinados a proteger la posición de las partes, en especial, la del fiduciante o transmisor de los bienes.

De manera medular, a pesar del destacado papel que cumplió la *fiducia cum creditore*, antes de que se utilizaran otras formas de transmisión con más garantías, la misma contaba con las desventajas de que cuando el acreedor, abusando de su posición, enajenaba el bien, el deudor quedaba colocado en una difícil situación, pues, careciendo de acción real, no podía perseguir el bien en manos de terceros y tenía que limitarse a ejercitar una acción personal contra

---

<sup>7</sup> CARREGAL, Mario, "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios", primera edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, pág. 39.

su acreedor, quien podía declararse en una situación de insolvencia, o bien, caer en una mala situación de negocios.

Por otra parte, el deudor no tenía la posibilidad de conservar el bien a título precario, pues si con el tiempo tal posibilidad fue consagrada -en claro antecedente de las formas modernas de prenda sin tenencia- el acreedor podía demandar la entrega del bien respectivo.<sup>8</sup>

En suma, esta modalidad tenía como objetivo garantizar un crédito, de modo tal que, mientras subsistiera la obligación, el acreedor mantenía la propiedad fiduciaria de la cosa, con lo que, una vez extinguida la deuda, se hacía exigible la obligación de éste de restituir la propiedad, existiendo la imposibilidad por parte del acreedor de disponer de la cosa, porque de hacerlo se arriesgaba a incumplir su obligación, si ésta se hacía exigible. No obstante, como ha quedado evidenciado, la figura sí dio pie para que se cometieran una serie de abusos y extralimitaciones por parte del acreedor.

---

<sup>8</sup> RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. "Negocios Fiduciarios: Su significación en América Latina", Legis Editores, S.A. primera edición, Colombia, 2005, pág. 10.

### **2.2.3. La *fiducia cum amico*:**

En esencia, la *fiducia cum amico* consistía en la figura a través de la cual una persona recibía un bien de otra, para que pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente, con la obligación de devolverlo a quien se lo había otorgado.

Según la concepción de Messineo, citado por Carregal, la *fiducia cum amico* se concebía como un negocio fiduciario de custodia o de administración, que tenía la finalidad de poner a seguro determinados bienes. Se distinguía fundamentalmente del *pactum fiduciae cum creditore* porque, a diferencia de éste, se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario.<sup>9</sup>

La *fiducia cum amico* era celebrada para alcanzar distintas finalidades a las que se atendió después con particulares contratos como el depósito, comodato o mandato. Para preservar los bienes de confiscaciones o embargos, en tiempos difíciles, solía confiarse al amigo que por su función social o política diese mayores garantías de inmunidad. Este contrato se utilizaba con frecuencia cuando una persona, contando con otra de su entera confianza, tenía que ausentarse durante largo tiempo, y en vez de dejar sus bienes en manos de un amigo a través de un contrato que le confiriera la simple tenencia, empleaba esta modalidad para que gozara de las más amplias facultades, con lo cual su protección resultaba más eficaz.

---

<sup>9</sup> CARREGAL, op. cit., pág. 40.

### **2.3. El *fideicommissum* o fideicomiso testamentario:**

En lo que respecta a sus orígenes, toda vez que en el Derecho Romano existían una serie de condiciones que dificultaban los actos para heredar, a la vez que se hacía necesario contar con una figura a través de la cual se pudiera realizar la última voluntad del testador, salvando los inconvenientes legales, nació la figura del *fideicommissum*.

De manera esencial, a través del *fideicommissum*, una persona en su testamento transfería a otra persona de su total confianza, uno o más bienes, con el fin de que esta última, con apariencia de propietaria, los administrara en beneficio de otra u otras personas a las cuales el testador quería favorecer, quienes era los reales beneficiarios de este acto. De igual forma, el transmitente o testador podía también establecer que transcurrido cierto tiempo o cumplida determinada condición, los bienes debían ser transferidos a estos beneficiarios.

De ese modo, el *fideicommissum* parece haber tenido sus orígenes en las múltiples incapacidades de heredar que consagraba el derecho romano y en la necesidad de poder realizar la voluntad del testador a través de una figura que, salvando los inconvenientes legales, pudiese hacer efectiva su última voluntad.<sup>10</sup>

A medida que fue transcurriendo el tiempo fue adecuándose la figura y determinándose una serie de condiciones tendientes a proteger la posición de

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, "Negocios Fiduciarios", op. cit., pág. 11.

los beneficiarios y sancionando las conductas negativas de quien recibía los bienes en su condición de administrador de los mismos, ante la posibilidad de la comisión de abusos por parte del encargado del manejo de los bienes al no cumplir con su obligación y función de administrar en debida forma el caudal que le fue otorgado, ejerciendo acciones en detrimento de los beneficiarios.

La concepción de la confianza cobra aquí particular importancia, ya que en este caso el adquirente por vía testamentaria, quien aparecía además como propietario de los bienes que mantenía bajo su administración, abusando de su posición, podía negarse a transferir los bienes que tenía bajo su custodia, perjudicando de esta manera al legítimo beneficiario de éstos, pudiendo reservar para sí los frutos de los bienes administrados o traspasándolos a un tercero, con lo cual se dejaba de cumplir con la voluntad del testador.

Esto es lo que se conoce como el negocio fiduciario puro, siendo que es la confianza el aspecto fundamental que lo caracteriza, con las posibles y frecuentes implicaciones de abuso de sus funciones por parte de quien le correspondía la administración de los bienes.

Cabe señalar que el Derecho Romano conoció diversas formas de *fideicommissum*, entre las que se encuentran la pura o simple, la condicional, la particular o universal y la gradual. Esta última figura, también conocida como fideicomiso conservatorio o familiar, es concebida como la evolución más interesante de dicha institución, toda vez que mediante ella el testador instituía

heredero a una persona y le prohibía enajenar los bienes transmitidos, o parte de ellos, a fin de que se conservaran como parte del patrimonio de una familia, conservando los herederos naturales, en su condición de fideicomisarios, el derecho de reclamarlos en caso de enajenación o asignación a terceros extraños. Este tipo de fideicomiso permitió la vinculación de un caudal patrimonial en la familia, al ser transmitidos de un primer sucesor a un segundo, de éste a un tercero y así, indefinidamente, de generación en generación.

Esta última forma fue antecedente directo de las llamadas “sustituciones fiduciarias”, las cuales y bajo la forma señalada se conservaron a todo lo largo de la Edad Media y durante la Época Moderna, siendo utilizadas para conservar los bienes vinculados a una sola familia produciendo una clara concentración de la riqueza, hasta que los principios liberales de la Revolución Francesa fueron decretando su muerte. Esta es la razón en virtud de la cual aparecen con tanta frecuencia confundidos, tanto en la jurisprudencia antigua como en la moderna, los conceptos tan diferentes de fideicomiso y de sustitución fiduciaria.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> STEMPEL PARIS, Antonio. “Trust y Fideicomiso”, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Caracas, 1955, pág. 9.

#### **2.4. El *Trust* en el Derecho Anglosajón.**

La figura del *trust* nace y se desarrolla en el ámbito de los países de *common law*. Esta institución ha sido descrita por MAITLAND como la parte más importante de la *Equity* y el mayor logro de la jurisprudencia inglesa.<sup>12</sup>

Cierto o no, el punto es que la figura representa una peculiar manera de razonar del jurista anglosajón, al permitir una fragmentación de las facultades inherentes al derecho de propiedad entre dos personas (*trustee* y beneficiario), quedando obligada una de ellas (el *trustee*) a ejercer sus facultades en exclusivo beneficio de la otra (el beneficiario). A partir de esta estructura básica, la figura presenta infinidad de variantes en lo que respecta a los poderes y funciones de cada uno de los sujetos intervinientes. Los poderes que éstos ostentan sobre los bienes en *trust* dependen en gran medida de la finalidad perseguida por el constituyente con la creación de la figura (comercial, fiscal, sucesoria, familiar u otra) y de cuales sean las circunstancias personales que atraviesan sus protagonistas en cada momento.<sup>13</sup>

A fin de lograr comprender a cabalidad es *trust*, se hace necesario efectuar un estudio, aún cuando sea a grandes rasgos, de las características del Derecho Inglés y su desarrollo en el contexto histórico y económico en dicho sistema. De

---

<sup>12</sup> MARTIN SANTISBEAN, Sonia, "La Figura del *Trust* en los Estados Unidos de América". Su aplicación al Derecho de Familia, pág. 4, en [www](#).

<sup>13</sup> MARTIN SANTISBEAN, op. cit., pág. 5.

esa manera, se podrá entender más profundamente este instituto que no guarda relación con las fuentes de nuestro ordenamiento, el cual se sienta sobre las bases del Derecho Romano.

Cabe señalar que el derecho inglés, más que ningún otro derecho, es el reflejo del acontecer histórico del país, el cual ha ido evolucionando debido a la integración de una serie de elementos de diversas fuentes que son el espejo de distintas ideologías, doctrinas, instituciones, todo lo cual constituye la tradición jurídica inglesa.

Veamos entonces, lo que señalan los tratadistas y la doctrina en relación con la familia jurídica del *Common Law*

#### **2.4.1. La familia jurídica del *Common Law*:**

Al abordar el tema del *trust* anglosajón, necesariamente tenemos que referirnos a la familia jurídica del *Common Law*. Ésta, conjuntamente con el sistema de Derecho romano-germánico, constituye una de las dos familias jurídicas contemporáneas más importantes.

Cabe señalar que el sistema romano-germánico ha recibido múltiples denominaciones: así por ejemplo un sector de la doctrina lo denomina *Civil Law*, por contraposición al *Common Law*; otro sector lo denomina Sistema Continental, por contraposición al sistema insular representado en el continente

europeo por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; otra denominación que se le da es la de derecho-canónico; también se le denomina grupo francés, denominación que utiliza el gran jurista francés René David; sistema romanístico, empleada, fundamentalmente, por los italianos; romano-cristiano, que muestra la filiación genética romana y la inspiración cristiana que caracteriza a este grupo de derechos, sistema neorrománico, como la denominación más actual o simplemente Romano-Germánico.<sup>14</sup>

Estas dos familias son las que más se han extendido en el mundo, tanto por la cantidad de países que las han adoptado, así como también por el alto grado de influencia que han tenido en la formación de los sistemas jurídicos de muchos otros.

La *comune lay* o *Common Law* es, en oposición a las costumbres locales, el Derecho común a toda Inglaterra. La elaboración será producto exclusivo de los tribunales reales de justicia, denominados corrientemente, a causa del lugar donde tendrían su sede a partir del siglo XIII, tribunales de Westminster.<sup>15</sup>

En estas condiciones, los Tribunales de Westminster se ven obligados a elaborar un nuevo derecho, debiendo buscar lo que había de "común" en las costumbres locales, para así crear un derecho unificado, reglas que aunque en

---

<sup>14</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Sistemas Jurídicos Contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano germánica", pág. 652, en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<sup>15</sup> DAVID, René. "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos" (Derecho Comparado), primera edición, Aguilar Ediciones, Madrid, 1968, p. 268.

un principio estuvieran basados en sus mismas costumbres, serían en lo sucesivo, las normas aplicables en todo el país, es decir, que se convertirían en un derecho común en todo el territorio, surgiendo así el *Common Law*, la *comune lay*, como la llamaron los normandos.<sup>16</sup>

## **2.4.2. Antecedentes del *Trust* en Inglaterra**

### **2.4.2.1. La doble jurisdicción en el Derecho Inglés**

El dualismo característico del Derecho inglés tuvo su origen en la necesidad de atenuar el rigorismo del *Common Law*, nacido a partir de la conquista normanda como un medio para unificar las costumbres locales.

Vale la pena destacar que el *Common Law* se estructura sobre la base de dos principios fundamentales, que responden sin duda a un fundamento radical único: *la doctrina de los precedentes*, según la cual las causas deben ser juzgadas de conformidad con los principios inferidos de la experiencia judicial anterior, y *la supremacía del derecho*, que consiste en afirmar que el soberano y

---

<sup>16</sup> MORINEAU, Marta, “Una Introducción al *Common Law*”, primera edición, segunda reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 15.

sus representantes han de obrar según principios y no atendiendo a una voluntad arbitraria.<sup>17</sup>

A partir de la conquista normanda se produce en Inglaterra un proceso de unificación de leyes locales, conocido con el nombre de *Common Law*. En ese entonces, la Ley inglesa de los siglos XII y XIII era en exceso rígida y sus formalidades se observaban de manera muy estricta. Los tribunales del *Common Law* no dictaban resoluciones a menos que las situaciones planteadas encajaran perfectamente en el supuesto legal.

Estas situaciones dieron pie al surgimiento de un sistema para impartir justicia especial conocido con el nombre de justicia de equidad o *Equity Law*, que indujo en cierto momento a la inaplicación de las normas del *Common Law*.

El surgimiento de la *Equity* se encuentra muy vinculada a la creación del Tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*), instituido en virtud de que muchas veces los particulares no podían acudir a los tribunales reales a resolver sus conflictos, por lo que, ante el hecho de que sus quejas comenzaron a ser llevadas directamente al Rey, éste las pasó a su vez al canciller, como su persona de confianza para dirimir esas disputas. Este Tribunal de la Cancillería, funcionó inicialmente como tribunal de equidad, de forma tal que para llegar a

---

<sup>17</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel, "El Pensamiento Jurídico Contemporáneo", primera edición, Ediciones AVI S.R.L., Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2009, pág. 69.

una decisión se debían tomar en consideración una serie de aspectos, entre los que estaban la evaluación debida de las circunstancias especiales del caso, considerar mayormente la intención en la actuación, por encima de la forma y además resolverlo en el menor tiempo posible.

Por tal razón, se puede decir entonces, que la *Equity* nació como una rama complementaria del *Common Law*, para remediar situaciones que éste último, debido a su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver.<sup>18</sup>

La ley inglesa de los siglos XII y XIII era bastante rígida y sus formalidades y mecanismos se observaban muy estrictamente. Los tribunales del *Common Law* no dictaban resoluciones a menos que las situaciones planteadas encajaran exactamente en el supuesto legal y por tales efectos negativos en el año 1534 el Rey Enrique VIII promulgó el *Statute of Uses*, Ley de Usos, con el objeto de abolir esa práctica abusiva.

El *trust* reconoció como antecedente inmediato al “*use*”, figura creada en la época feudal como forma de eludir el estatuto de “manos muertas”, *Statute of Mortmain*, aprobado por el Parlamento Inglés en el Siglo XIII, y que prohibía a las comunidades religiosas la posesión de bienes inmuebles.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> MORINEAU, op. Cit. pág. 17.

<sup>19</sup> CASILLAS, Carlos. “Antecedentes del *Trust* en el Derecho Anglosajón”, pág. 7, en [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org)

Es decir, que la figura del “use” se utilizó principalmente para referirse a la posesión de tierras.

Para obviar este inconveniente, los monjes transferían o adquirían a través de un tercero (*feoffe to use*) la propiedad de un inmueble destinado a beneficiar a la comunidad (*cestui to use*), siendo que el constituyente del use se denominaba *feoffor to use* o *settlor*. No obstante, hay que anotar que el “use” se utilizó para llevar a cabo transmisiones testamentarias prohibidas por la ley o en fraude de acreedores.

La doctrina señala cuatro periodos más o menos definidos con respecto al desarrollo del *trust*. El primer periodo se inicia con la aparición del “use”, aproximadamente en el siglo XIII, ya que, a pesar de que la figura había sido conocida desde antes, lo cierto es que su práctica había sido irregular. Este periodo terminó a principios del siglo XV, cuando el “use” adquirió obligatoriedad, en virtud de la práctica judicial del Tribunal de la Cancillería.

El segundo periodo se prolonga hasta la promulgación de la Ley de Usos, en el siglo XVI. Los *uses* dejaron de ser un mero compromiso de conciencia para convertirse en un derecho indiscutible, recibiendo la protección de la Cancillería a través del derecho de equidad, transmisión por cesión o causa de muerte. Por lo tanto, aun cuando los tribunales del *Common Law* no reconocían derecho

alguno al *cestui que use*, el canciller, basado en los principios de la *equity*, protegió su posición eficazmente.<sup>20</sup>

El tercer periodo abarca desde la Ley de Usos del siglo XVI a finales del siglo XVIII, periodo en el cual se hicieron distinciones que sustrajeron parte de los *uses* al control de la ley, siendo reconocidos por el Tribunal de la Cancillería y recibiendo a partir de entonces el nombre de *trust*.

El cuarto periodo, se desarrolla desde fines del siglo XVIII hasta la época contemporánea, cuando se inicia el desarrollo del *trust* moderno. Durante este periodo la institución se desarrolló rápidamente y surge la Ley sobre Organización Judicial de 1783, que establecía que en caso de conflicto entre las normas del derecho común y de la equidad, prevalecían estas últimas.

El *trust*, como la mayoría de los conceptos e instituciones del Derecho inglés, sólo puede explicarse a través de la historia. Según el *Common Law*, el *trustee* no es un simple representante de los *cestuis* beneficiarios del *trust*. Por el contrario, es el propietario de los bienes constituidos en el *trust*. Administra, en consecuencia dichos bienes a su propio arbitrio, y puede disponer libremente de ellos, pues no tiene que dar cuentas a nadie de su gestión.

La limitación a que está sometido su derecho de propiedad no es de índole jurídica, sino, simplemente, moral. Debe administrar dichos bienes con la

---

<sup>20</sup> CASILLAS, op. Cit., pág. 2.

diligencia de un buen padre de familia, no según el Derecho, sino de acuerdo a la conciencia, entregando sus rentas a determinadas personas, designadas por el constituyente del *trust* como beneficiarios del mismo. El *Common Law* no reconoce ninguna acción al *cestui* para hacer valer sus derechos; según el *Common Law*, el *cestui que trust* no tiene ningún derecho. No debe olvidarse que los compromisos contractuales no contaban con ninguna protección de tipo general otorgada por el *Common Law* en la época en que nace el *trust*, siendo que esta figura ha seguido su propia línea de desarrollo completamente independiente de la del contrato, si bien en el origen del *trust* hay, en la mayoría de los casos, un compromiso que podría considerarse de tipo contractual.

A diferencia del Derecho romano, cuyo aporte académico fue monumental si bien normativamente fue mínimo en las legislaciones occidentales, el Derecho inglés llegó a nuestros días con una institución vigorosa profundamente anclada en la cultura anglosajona, cuya influencia actual salta a la vista. Y probablemente ningún ejemplo sea más interesante que el de las legislaciones latinoamericanas que, sin embargo, han logrado una simbiosis atrayente para acomodar la figura a sus estructuras de derecho privado, claramente inspiradas en el Derecho continental europeo.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. "Negocios Fiduciarios", op. cit., pág. 23.

El *trust* ha sido considerado por muchos como uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica universal, a pesar de las dificultades de asimilación para los juristas de formación latina. Él forma, en todo caso, parte natural de la vida para un inglés, que aun si no lo conoce en detalle, estará familiarizado con su existencia como institución. Los numerosos campos de aplicación en la planeación patrimonial, en el derecho de familia, en el régimen sucesoral, en su manejo para fines de beneficencia o de estímulo a las ciencias y las artes, su utilización para apoyar las decisiones de las cortes, en fin, su vinculación más moderna al mundo de los negocios, hacen del *trust* la figura más característica, sin duda, del derecho angloamericano.

No obstante, el *trust* puede nacer también sin intervención de la voluntad de un constituyente, como cuando surge por ministerio de la ley.

#### **2.4.3. Antecedentes del *Trust* en Norteamérica.**

La vida del *trust* en Norteamérica se encuentra íntimamente vinculada con la actividad financiera e industrial del país, ya que es utilizado por las grandes compañías aseguradoras, por las instituciones de crédito, y en general, por los demás integrantes del sistema financiero.

La industria norteamericana, desarrollada sobre las bases de proporciones extraordinarias, ha recurrido con frecuencia a utilizar la figura del

*trust* para formar grandes empresas monopólicas, ya sea para buscar una fusión de empresas industriales, bien para aminorar la competencia, para distribuir los mercados entre los diversos productores, para integrar monopolios o para sostener precios remuneradores de la producción.

La figura angloamericana se puede definir como una relación fiduciaria, en virtud de la cual un sujeto, denominado *trustee*, ostenta la titularidad de determinados bienes con la obligación de administrarlos, junto con sus frutos, en beneficio de las personas designadas como beneficiarios del *trust*. La estructura de la figura es extraordinariamente simple y esa simplicidad es precisamente la que hace que resulte útil en situaciones muy diversas. Sólo se requiere que un sujeto (el *settlor*) transfiera la propiedad de determinados bienes o de una masa patrimonial a otro (el *trustee*), que asume la tarea de administrarlos en beneficio de un tercero. En ocasiones estas tres figuras se solapan, como cuando el propio *settlor* asume las funciones de *trustee*, o es uno de los beneficiarios del *trust*, o cuando el *trustee* es diferente del *settlor* pero es a su vez uno de los beneficiarios del *trust*.<sup>22</sup>

En suma, podría decirse que el *trust* norteamericano en su forma típica consiste en un negocio mercantil, a través del cual una sociedad, ya sea una

---

<sup>22</sup> MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, "La figura del *trust* en los Estados Unidos de América. Su aplicación al Derecho de Familia", Facultad de Derecho, Universidad de Cantabria, Barcelona, 2005, pág. 8. [www.indret.com](http://www.indret.com)).

institución de crédito, un banco fiduciario o una compañía fiduciaria (*trust company*), se dedica a la administración de bienes que no son de su propiedad para beneficio de terceras personas.

#### **2.4.4. Concepto de *Trust*.**

El concepto de *trust*, desconocido en los Derechos romano-germánicos, es un concepto fundamental del Derecho inglés y representa la creación más importante de la *equity*. El *trust* responde, en general, al esquema siguiente: una persona, el constituyente del *trust* (*settlor of the trust*), estipula que determinados bienes serán administrados por uno o varios *trustees* en interés de una o varias personas, siendo éste el o los *cestui que trust*. Esta institución es de uso frecuente en Inglaterra, porque sirve para muy diversos fines de orden práctico, entre los que están la protección de incapaces y de la mujer casada y la liquidación de sucesiones se aseguran mediante este procedimiento.

Para Nassarre Aznar, el *trust* en el *Common Law* es una estructura muy simple que consiste en la atribución de la titularidad legal de un derecho por parte del *settlor* u *owner* (O) de una propiedad o derecho al fiduciario o *trustee* (T), en beneficio del *beneficiary* (B) que puede ser un tercero o no.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> NASSARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, "TRUST E INSTITUCIONES FIDUCIARIAS. PROBLEMÁTICA CIVIL Y TRATAMIENTO FISCAL", Editado por el Instituto de Estudios Fiscales,

Por su parte Morinaeu, citando a los profesores Graham Moffat, Michael Chesterman y John Dejar, describe al *Trust* de la siguiente manera: “La palabra *trust* se refiere a las obligaciones a cargo de una persona llamada *trustee*, con relación a la administración de bienes que tiene o que controla, según lo establecido en el instrumento constitutivo del negocio. Las ganancias que la administración de los bienes produzca, serán en provecho o no del *trustee*, sino de los beneficiarios, que reciben el nombre de *cestui que trust*, si los hubiera, y en caso contrario, se aplicarán a la realización de un fin lícito y exigible judicialmente. Un *trustee* puede figurar como beneficiario, y en cuyo caso le corresponderán las ventajas, dentro de los límites establecidos en el instrumento constitutivo del trust”.<sup>24</sup>

Alfaro señala que la mejor definición de *trust* es la que dio Lord Coke, precisándola de la siguiente manera: “Es la confianza depositada en una persona, y que no emana de la propiedad raíz, sino de que es accesoria a ella, vinculada con el dominio de la propiedad raíz y con la persona que la posee y respecto de la cual el *cestui que trust* (fideicomisario) no tiene acción sino por comparecencia ante el Tribunal de Equidad”.<sup>25</sup>

---

Ponencia presentada en la I Jornada de Derecho Tributario Global que tuvo lugar en el IEF, el 25 de noviembre de 2004, pág. 5).

<sup>24</sup> MORINEAU, Marta. op. Cit., pág. 106.

<sup>25</sup> ALFARO, op. Cit, pág. 46.

Esta definición propia del Derecho anglosajón, corresponde con gran exactitud y comprensión a la idea primordial del *trust*, que es la de distinguir el dominio teórico del fiduciario de la propiedad real que en Equidad se reconoce al fideicomisario.

En los Estados Unidos cuenta con mayor fuerza doctrinal la compleja definición establecida en el "*Restatement of the law of trust*", considerándose que el *trust* es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (*trustee*) está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el *trust* (*settlor*).<sup>26</sup>

Nos parece interesante también la definición que brinda M. Pierre Lapaulle, quien, en la concepción de Ricardo J. Alfaro, es el único tratadista latino que haya al *trust* objeto de un análisis acabado y elegante y que lo define como "una institución jurídica consistente en un patrimonio independiente de todo sujeto de derechos y cuya unidad está constituida por una afectación que está libre dentro de los límites de las leyes vigentes y del orden público".<sup>27</sup>

Tratando de explicar el *trust*, el jurista inglés Scott, citado por Rodolfo Batiza, señala que dicha figura es un medio para hacer disposición de bienes, y

---

<sup>26</sup> RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, "Contratos Bancarios. Su significación en América Latina", Legis Editores, S.A., quinta edición, Colombia, 2002, pág. 821.

<sup>27</sup> ALFARO, Ricardo J., op. cit, pág. 250.

ningún otro sistema jurídico, refiriéndose al *Common law*, cuenta para ese objeto con un instrumento tan flexible, y esto es lo que hace al *trust* único, pues los fines para los cuales puede emplearse son tan limitados como la imaginación de los abogados.<sup>28</sup>

De esta última definición propia del derecho inglés, podemos ver como los autores concluyen en que no existe una uniformidad en cuanto a la definición de la institución del *trust*, lo cual pueda deberse a la resistencia por parte de los juristas y autores ingleses para encasillar dentro de determinados límites o marcos jurídicos sus instituciones, prefiriendo dejarlas en libertad buscando que su desenvolvimiento sea espontáneo y natural, por lo cual, más que expresar definiciones categóricas, prefieren hacer uso de las descripciones.

Otra de las causas que hacen complejo esbozar un concepto de *trust*, es precisamente la dificultad que existe para definirlo, en virtud de la consideración de que un concepto jurídico no puede definirse con una precisión perfecta, de manera que comprenda todo lo que habría de incluir con exclusión de lo demás. La razón de esto, consideran los autores ingleses, es que ni las ideas ni las cosas pueden ser clasificadas con exactitud, ya que siempre existirán situaciones ambiguas e intermedias.

No obstante, y considerando todo lo anteriormente expuesto, se puede precisar entonces que el *trust* es un acto a través del cual una persona transfiere

---

<sup>28</sup> BATIZA, Rodolfo, "Tres Estudios sobre el Fideicomiso", Imprenta Universitaria, México, 1954, pág. 30.

un bien o derecho a otra persona de su confianza, con la finalidad de que sea aquella quien controle y administre estos bienes o derechos en beneficio de terceras personas, normalmente familiares o allegados.

En suma, el *trust* corresponde a una peculiar evolución histórica del Derecho Inglés, operando dentro de una estructura peculiar no existente en los sistemas latinos, según la cual puede predicarse en relación con un mismo bien la existencia de dos propietarios, uno legal y otro beneficiario.

#### **2.4.5. Elementos que conforman el *trust*.**

Las tres personas que corresponden a la figura clásica del *trust* son el constituyente o *settlor*, el *trustee* y el *cestui que trust* o beneficiario.

##### **2.4.5.1. Constituyente o *settlor*:**

La creación del *trust* envuelve el apareamiento de un nuevo patrimonio, por lo tanto no es de extrañar que el derecho anglosajón, estimando tal acto

como la disposición de bienes, reserve las categorías de *settlers* a los titulares del derecho de dominio y a quienes de ellos derivan poderes suficientes.<sup>29</sup>

El *settlor* es el creador del *trust* expreso y su función es generalmente transitoria, pues una vez que se separa de un derecho que forma parte de su patrimonio y lo destina a una determinada finalidad, su razón de ser desaparece, lo que significa que, por regla general, la transferencia de sus derechos es definitiva e irrevocable. Puede serlo toda persona capaz de disponer de un derecho legal o de equidad no intransferible.

#### **1.4.5.2. Trustee:**

Es de los tres componentes del *trust*, el más importante, bien que pueda no existir en el momento del nacimiento del *trust* y aun no ser persona distinta del mismo constituyente. Es el fiduciario que, en virtud del traspaso, adquiere el título legal sobre los derechos que recibe. Para hacerlo debe tener la capacidad de adquirir y retener el título legal sobre los bienes, estar dotado de capacidad natural y jurídica para desempeñar el *trust* y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente. Su capacidad debe ser especial y variará

---

<sup>29</sup> GARAY, Narciso, Enrique. "El *Trust* Anglosajón y el Fideicomiso Panameño", Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1941, pág. 28.

las necesidades y requerimientos del *trust*. De no tenerla, el tribunal podrá removerlo en defensa de los intereses de los beneficiarios.

Es posible que coincidan las funciones de *settlor* y *trustee* cuando aquel se declara asimismo *trustee*, en cuyo caso no existe en verdad una transmisión, sino más bien una separación de estos bienes del patrimonio.

De no hacerse la designación del *trustee* por parte del constituyente o de no aceptar aquél tal función, ello no implica la invalidez del *trust*, ya que de acuerdo con el principio de equidad que no permite la frustración de un *trust* por omisión o negativa, el *trustee* deberá ser designado por un tribunal competente.

#### **2.4.5.3. El *cestui que trust* o beneficiario:**

Es aquel en cuyo favor se ha constituido o existe el *trust*. El derecho que le compete ha sido denominado *equitable state* y está protegido por principios de “derecho en equidad” y no de “derecho común”.

Quienes son capaces de adquirir la propiedad legal pueden también obtener la de la equidad. Pueden ser también beneficiarios los incapaces, menores, dementes, etc., y en no pocas ocasiones el *trust* se constituye para proteger sus intereses. En los *trusts* privados el beneficiario debe ser siempre una persona determinada. En los de carácter público el o los beneficiarios

pueden ser indeterminados y serán designados por los Tribunales en caso de ser necesario.

Sobre este último aspecto, referente a la determinación o indeterminación del *cestui que trust*, el Dr. Narciso Garay planteaba la interrogante sobre si decidir si la designación de un *cestui que trust* que sea persona determinada era o no requisito indispensable para la constitución del *trust*. En ese sentido se planteaba que el derecho anglosajón aceptaba plenamente la validez de los *publics trusts*, que son aquellos en que el fin perseguido es considerado como directamente útil a la sociedad por la opinión pública media, y en ellos el beneficiario es un conglomerado social dado o la humanidad, vale decir, personas indeterminadas.

El problema, por tanto, se presenta para los denominados *trusts* de interés particular, a los que, en términos generales, la jurisprudencia y autores anglosajones han considerado ineficaces cuando se constituyen para una finalidad específica que no es de interés social. El principio legal sustentado es el de no ser válido el *private trust* si no se designa un *cestui que trust* determinado.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> GARAY, op. Cit., pág. 32.

Por otra parte, cuando el *cestui que trust* o beneficiario es el mismo *settlor* o cuando el *trust* se constituye para tener cumplimiento durante la vida y diferenciarlo del que se constituye para tener efectos después de su muerte, recibe el nombre de *living trust*, aunque la posibilidad puede restringirse ante el temor de que se utilice como para defraudar a terceros.

Los bienes que constituyen el *trust* no entran a formar parte de su patrimonio, aun cuando si ingresa el interés o derecho que éste genera respecto a los rendimientos y a la posterior entrega de los bienes, derecho que es por lo tanto negociación, salvo excepciones.

## **2.5. Naturaleza jurídica del *Trust*.**

Algunos autores consideran que para los juristas ajenos al *Common Law*, el *trust* es una figura difícil de entender, ya que no encaja fácilmente en sus estructuras legales y diversas son las teorías que se han enarbolado para tratar de explicar la naturaleza jurídica del *trust*.

Otros autores estiman que el *trust* recoge también la concepción de la fiducia del Derecho Continental y Latinoamericano, el cual ha tenido gran dificultad en poder delimitar su naturaleza por su rol polivalente dentro de las transacciones de comercio internacional e interno.

En ese sentido, el jurista argentino Mario Carregal, señala que la particularidad que distingue al *trust* de otras formas jurídicas similares está dada por el reconocimiento de la existencia de dos categorías distintas del derecho de propiedad, que recaen simultáneamente sobre la misma cosa. El *trustee* es considerado el propietario legal y el beneficiario el propietario en equidad, desde que este último goza de la protección de sus derechos frente a los adquirentes que conocen la existencia del *trust*, o frente a los herederos del *trustee*. Esta dualidad reconoce su origen en la actitud asumida por los cancilleres en los casos que se sometían a su decisión.<sup>31</sup>

Existen otras teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica del *trust*, las cuales señalamos a continuación.

En primera instancia están las que sustentan autores tales como Holland, Maitland y Stone, que estiman como esencia del *trust* la existencia de un derecho personal del *cestui que trust* contra el *trustee*.<sup>32</sup> Para explicar la naturaleza jurídica del *trust*, Maitland sostiene que en primer lugar se requiere determinar la naturaleza jurídica del derecho del beneficiario. Para poder hacerlo, empieza refiriéndose a la dicotomía del derecho privado, que puede conferir facultades de dos clases, *in rem* o *in personam*. Como ejemplo de la primera clase, Maitland menciona al *dominium*, es decir, la propiedad, y en la

---

<sup>31</sup> CARREGAL, op. Cit. pág. 44.

<sup>32</sup> ALFARO, op. Cit., pág. 251.

segunda clase, ubica a los derechos derivados del contrato, o sea, los derechos de crédito.<sup>33</sup>

Además, Maitland afirma que en cuanto al derecho del *cestui que trust*, tiene elementos tanto del derecho real como del derecho personal. Por ello, también considera que la ubicación del derecho del *cestui que truste* en un código de tradición europea continental no sería fácil, ya que habría que decidir si el lugar adecuado para su ubicación sería en el capítulo relativo a los bienes o en aquel que regula las obligaciones.

Por su parte, el autor Scott, al referirse a la naturaleza jurídica de dicha institución, señala que el *trust* es una palabra que utilizan tanto jueces como abogados con diferentes acepciones, y que en su acepción más amplia, el término lo utilizan para incluir a otras figuras, además del *trust*, propiamente dicho. Entre estas figuras, Scout menciona al depósito, el albaceazgo, la tutela, la curatela y la representación. Después, con el propósito de desentrañar la naturaleza jurídica del *trust*, procede a compararlo con las figuras mencionadas.<sup>34</sup>

De ese modo, añade Carregal, el *trust* constituye una relación de naturaleza fiduciaria referida a ciertos bienes que genera obligaciones personales y de equidad en cabeza del fiduciario o *trustee* emergentes del

---

<sup>33</sup> MORINEAU, op. Cit., pág. 112.

<sup>34</sup> MORINEAU, ibidem, pág. 113.

encargo de manejar esos bienes en beneficio de otro, constituyendo justamente la existencia de un derecho de propiedad del *trustee* sobre los bienes que conforman el objeto del encargo, distinguiendo esta figura de otras con las que tiene algunos puntos de semejanza, especialmente del depósito o mandato.<sup>35</sup>

La que sostienen Salmond, Houston y Scout, quienes ven en el *trust* una división particular del derecho real *sui generis*. Según M. Lepaulle, este derecho real se encuentra restringido por una parte, porque no comprende el derecho de administrar, pero es ampliado en otro sentido, puesto que otorga a su titular todas las ventajas del dominio, sin dejarle las cargas ni las responsabilidades.<sup>36</sup>

Especial atención merece la posición de Pierre Lepaulle, para quien, la única manera de abordar el problema consiste en buscar los elementos esenciales a la formación y a la vida del *trust*, siendo estos: un patrimonio independiente y una afectación.

A fin de explicar la naturaleza jurídica del *trust*, Lepaulle expone dos teorías que aunque en su esencia ambas sean en extremo distintas, mantienen el lazo común que, para desentrañar la naturaleza jurídica del *trust*, ambas reducen el problema a la determinación de la naturaleza del derecho del

---

<sup>35</sup> CARREGAL, *ibídem*, pág. 44.

<sup>36</sup> ALFARO, *op. Cit.*, pág. 251.

beneficiario (*cestui que trust*), relación que había sido planteada anteriormente por el jurista inglés Maitland.

En su primera teoría, Lepaulle expone que el *cestui que trust* tiene un derecho personal o de crédito frente al *trustee*, y que ésta circunstancia lo convierte en su acreedor. El crédito y sus modalidades quedan entonces determinados en este instrumento contentivo del *trust*.

En su segunda teoría, Lepaulle considera que el derecho del *cestui que trust* es de carácter real. La misma presupone el desdoblamiento de la propiedad, en virtud de la cual el beneficiario se convierte en titular de un derecho real, ya que no cuenta con las facultades para administrar los bienes objeto del *trust*.

No obstante, dicho autor no se apega a ninguna de las dos teorías. En cuanto a la primera de ellas, sostiene que no hay duda en cuanto al derecho de crédito que tenga el *cestui que trust* frente al *trustee*, si embargo, considera que el *trust* es una figura jurídica que va más lejos, porque es un concepto más amplio, puesto que puede darse la posibilidad de que exista un *trust* válido en el que no se haya designado beneficiario, evidenciándose así que dicha teoría no puede explicar todos los casos posibles en que la misma pueda ser aplicada.

El lo que respecta a la segunda teoría, el autor estima que tampoco es suficiente para explicar todos los casos en que puede ejecutarse el *trust*. Ello es así, explica, porque si el negocio se basara únicamente en el desdoblamiento o

división de la propiedad, tendrían que existir siempre dos sujetos para dar lugar a esa división, situación que no incluye al *trust*, puesto que éste se constituye para la realización de un fin determinado, en el que no se puede hablar del derecho del *cestui que trust*, ya que no existe *cestui que trust* alguno.

Finalmente, Lepaulle expone su propia teoría, según la cual considera al *trust* como un patrimonio de afectación, o sea, un patrimonio afectado a un fin, cuyo fin debe ser realizado por el *trustee*, quien por el hecho de aceptar el encargo, quedaba obligado a realizar la conducta necesaria para cumplir dicho encargo.

De ese modo, el *trust* cumple una determinada función e incluso el autor busca determinar a qué instituciones del derecho francés corresponde esta figura.

Así, y como patrimonio de afectación, el *trust* puede equivaler a la fundación y a la herencia vacante, lo cual explica el hecho de que los tribunales anglosajones acostumbren a designar a un *trustee* para encargarse de la administración de una sucesión carente de herederos.

### **1.8. Orígenes históricos de la fundación de interés privado.**

El auge de las fundaciones tal cual se conocen en la actualidad, se presenta con el cristianismo y el derecho romano fundamentadas como entidades de

beneficencia. En ese sentido, e independientemente de la naturaleza de las mismas, la concepción de interés público y ayuda social, la ayuda a los necesitados y por ende, la importancia de la supervisión del patrimonio que las conformaban por parte de la iglesia católica, hizo que su desarrollo se diera con la evolución y desarrollo de la Iglesia Católica.

### **2.6.1. Las fundaciones en el Derecho Romano.**

En su origen, las fundaciones alcanzaron gran importancia básicamente como entidades de beneficencia, gracias a la influencia bizantina, fundada en el cristianismo y promulgada por la iglesia, siendo posteriormente desarrollada por los emperadores romanos, Justiniano entre ellos. El patrimonio fundacional o una parte de él era donado o legado, imponiéndose al legatario o donatario el cargo de destinarlo a tal fin, “fundación fiduciaria”, contrayendo aquél la obligación personal de cumplimiento, siendo compelido a ello mediante la imposición de una multa cuando se lo hubiera establecido así mediante la “*stipulatio poenae*” o cláusula penal.

Siendo así que, en Roma la persona que deseaba afectar una parte de sus bienes para beneficencia, debía hacerlo por legado o por una donación sin cargo, cuyo destinatario podía ser un municipio o un colegio. De modo tal que las fundaciones estaban constituidas por un patrimonio idealmente personificado

afectado a un objeto específico, reconociéndose históricamente la existencia de establecimientos de beneficencia.

Como consecuencia de avance del cristianismo y de la prédica a favor de la caridad, los particulares comenzaron a crear establecimientos dedicados al cuidado de enfermos, huérfanos y ancianos. Con el Cristianismo surge la fundación con personalidad jurídica, bajo la forma de *piae causae* o *pia corpora*, en que la asignación de un patrimonio a los enfermos pobres, ancianos, huérfanos, etc., crea un nuevo sujeto de derecho.<sup>37</sup> Se concluye así que la deficiencia en cuanto a la ausencia de la fundación con existencia propia e independiente fue suplida con las llamadas fundaciones fiduciarias, que consistían en dejar determinados bienes a una persona jurídica ya existente, con la carga modal de obligarse a aplicarlos a ciertos fines. Su uso, no obstante, en esta época fue muy limitado.

Con relación a la personalidad jurídica de las fundaciones existe la teoría de que los romanos no reconocieron en ningún momento la personalidad jurídica a las instituciones de caridad. Para ellos solamente existieron los administradores y empleados, quienes actuaban como propietarios de los bienes, sujetos a unas condiciones de administración y destinación, encomendadas por el donante y

---

<sup>37</sup> MORGAN, Eduardo. “La Fundación de Interés Privado de Panamá”, pág. 2, publicado en [www.legalinfo-panama.com](http://www.legalinfo-panama.com).

sujetos a la obligación de no disponer de ellos en contra de las disposiciones de los donantes, y bajo la supervisión de la Iglesia Católica.

### **2.6.2. Las fundaciones en el Derecho Germánico.**

En el derecho germánico los bienes de las instituciones eclesiásticas se entendía que pertenecían a Dios o a los Santos. Por consiguiente, toda Iglesia o capilla era propietaria de los bienes del Santo al que la institución estaba consagrada y cuyas reliquias yacían bajo el altar. De esta manera los bienes de las instituciones de caridad pasaban a ser, no de la Iglesia como persona jurídica, sino de los Santos, quienes aun cuando eran personas físicas que vivían en el cielo, se consideraba que influían en el destino de los hombres, por lo que eran estos, es decir los santos, quienes se convertían en propietarios o acreedores.

De esta manera, sólo sus representantes terrenales –ya fuera el Papa, Obispos, Abates-, tenían la facultad de administrar esos bienes ajenos sin ser considerados en ningún momento como propietarios de los mismos. El Santo era el verdadero propietario de los bienes, y por consiguiente cada institución de caridad estaba destinada a uno de ellos.

Ya en el siglo XII, el mecanismo jurídico a través del cual se hacía la donación se concretaba al materializarse en las Órdenes de los Religiosos

quienes debían dirigir las mismas, creando una especie de donación fiduciaria. El problema radicaba en que una vez que entraban en el patrimonio de los religiosos, se volvían como cosas propias, simplemente sometidas a una condición frente a su administración.

### **2.6.3. Las fundaciones en el Derecho Canónico.**

Durante la vigencia y prosperidad del Derecho Canónico, la iglesia era considerada como una fundación divina, es decir, como una unidad de vida centralizada en la personalidad de Dios y portadora de los fines ultraterrenos de la humanidad. Paralelamente a la Iglesia, como jerarca del cristianismo, existían unas iglesias paralelas, instituciones implantadas localmente por la suprema voluntad eclesiástica, las cuales eran tratadas como sujetos de derecho. Los bienes pertenecían por consiguiente a la Iglesia como institución y ya no a Los Santos. De esta forma, el patrimonio de cada institución se dividió en cuatro: uno para el mantenimiento del obispo, otro para el clero, otro para el mantenimiento de la Iglesia y una parte final para los actos de beneficencia. De esta manera, estos fondos individuales se independizaron y obtuvieron autonomía jurídica a través de la historia.

El concepto de fundación autónoma surge a partir del reconocimiento como sujeto de patrimonio a los hospitales y refugio. Esto hizo que se diferenciara la concepción de institución en nombre del Santo, en la cual el

Santo era el protector de los bienes, de un organismo con bienes propios y con administradores autónomos. Así, las donaciones de los particulares como actos de beneficencia se multiplicaron e hicieron que surgieron numerosos ejemplos de las *causas piae*, es decir, de las instituciones constituidas por masas patrimoniales que los fundadores destinaban a obras de misericordia a cambio de recibir alguna indulgencia.

#### **2.6.4. Las fundaciones en la Edad Media.**

Durante la Edad Media, tanto los fideicomisos como las fundaciones de origen romano evolucionaron negativamente en forma tal que desvirtuaron su naturaleza inicial y se constituyeron en el medio más eficaz para segregar y perpetuar el patrimonio en manos de unos pocos, en manos de grupos familiares y de la Iglesia. Se abusó tanto de ambas instituciones que éstas llegaron a ser aborrecidas por considerarse que con ellas se desarrolló un sistema totalmente antieconómico e inconveniente, que trajo consigo el estancamiento de la riqueza, principalmente inmobiliaria, en manos de las familias aristocráticas o de instituciones a las que se llegó a conocer como “manos muertas”, dado que adquirían el patrimonio con la condición de no poder enajenarlo quedando por lo tanto muerto al comercio jurídico.

Fue debido a esa debilidad del Estado en la época de la organización feudal que se fue desarrollando una especie de auge corporativo, empezándose a

utilizar el fideicomiso romano para la regulación legal de las vinculaciones de feudos y patrimonios, desnaturalizando la institución romana que no tenía esta finalidad.

En ese sentido, se dieron dos situaciones que empezaron a distanciar totalmente el fideicomiso romano del que se empieza a usar en la edad media, siendo éstos el carácter de perpetuidad y un régimen de sustituciones preestablecido por el fundador que seguía el orden de primogenitura y masculinidad.

Las asociaciones clásicas del Derecho Civil sin fines de lucro originadas entre el bajo Medioevo, pasando por los efectos post-revolucionarios de 1789 son fundaciones de carácter ideológico de interés político, gremial y religioso, no así la fundación de interés privado, cuya esencia radica principalmente en la sola conservación o protección de un patrimonio incorporado a este ente legal para que lo administre por virtud y voluntad del fundador.

#### **2.6.5. Las fundaciones en el Principado de Liechtenstein.**

El fenómeno de la incorporación de la figura de la fundación de interés privado proviene del Principado de Liechtenstein. El régimen relativo a las fundaciones y a las personas jurídicas fue una construcción de derecho comparado originada ya en los años 1888-1973, por los juristas Emil Beck y

Wilhem Beck, tomando los principios del Die Treuhand (Der Trust), bajo inspiración del profesor de Fribourg Adolf Schnitzer, divulgador de la doctrina helvética de las obligaciones, adoptada hoy en día en la Convención de México de 1994.

La fundación de Liechtenstein equivale en el derecho continental o derecho civil romano-germánico a lo que es el trust anglo-normando del derecho inglés, sin soslayar las sutiles diferencias de grados que puedan existir en dichos institutos. La naturaleza jurídica de este instituto es mixta o dual. La fundación no es más que la combinación de un acto de mera liberalidad, es decir, una donación vinculada a un negocio o encargo fiduciario que engendra una personalidad jurídica denominada fundación.

En lo concerniente a las fundaciones de Liechtenstein, las mismas son clasificadas de la siguiente manera:

- a. Fundaciones eclesiásticas;
- b. Fundaciones familiares, en las cuales sólo los miembros de la familia son los beneficiarios;
- c. Fundaciones familiares mixtas, en la que tanto miembros de la familia como terceros son beneficiarios;
- d. Fundaciones con beneficiarios específicamente designados o determinados.

Su referencia radica en que las fundaciones del Principado de Liechtenstein, que son la base de inspiración de las fundaciones de interés privado panameño. Ciertamente, la importancia estriba en la injerencia que este tipo de fundaciones ha tenido en la normativa panameña, adoptadas a través de la Ley 25 de 12 de junio de 1995.

La adopción de este tipo de personas jurídicas en el Principado de Liechtenstein, yace en dos supuestos fundamentales: Por un lado, permiten cierto tipo de incentivos fiscales en estos Estados, y, por otro lado, permiten un manejo simple de las relaciones y unidades familiares y particulares, sin la necesidad de crear una sociedad comercial o de tener que conformar una entidad de utilidad pública.

## **CAPITULO TERCERO**

### **EL FIDEICOMISO Y LA FUNDACIÓN DE INTERÉS PRIVADO COMO INSTRUMENTOS DE ADMINISTRACIÓN DE FORTUNAS EN EL DERECHO PANAMEÑO.**

### **3.1. Panamá como centro financiero internacional.**

Durante la época de los ochenta y los noventa se dio una proliferación de los denominados centros *offshore*, siendo una de las bases fundamentales que sostenía el sistema financiero internacional, en virtud de que su característica principal radicaba en la baja tributación, y en los cuales se procesaba un alto porcentaje de la actividad monetaria internacional, formando parte de la estructura de este servicio sistemas financieros que funcionan en países tales como Hong Kong, Andorra, Luxemburgo, Liechtenstein, Panamá e incluso pequeñas islas del Caribe, los cuales ofrecían todo tipo de servicios tendientes a la captación de clientes interesados en las bondades económicas que estos centros podían ofrecer, en donde se podían colocar activos líquidos en mercados de valores estables y con altas tasas de rendimiento.

Hasta finales de los años '90, los centros *offshore* gozaban del reconocimiento de la comunidad internacional, y no existía organización internacional que cuestionara sus actividades. No obstante, a partir del año 2000, posterior a la crisis económica del sudeste asiático y los países emergentes de Europa del Este, aparecen en el ruedo internacional, los trabajos del Grupo de Acción Financiera en contra del Lavado de Dinero (GAFI), el cual expidió un reporte en que listaba a una serie de países no cooperadores en la lucha contra el lavado de dinero, siendo Panamá el único país de Latinoamérica listado, y de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), cuyo reporte se denominó "Harmful Tax Competition, Towards Global

**Tax Co-operation” (Competencia Tributaria Internacional; hacia la Cooperación Tributaria Global), listando a Panamá entre otros 34 países (Panamá fue, ora vez, el único país de Latinoamérica listado; de hecho, en el área continental americana, sólo Belice y Panamá fueron listados), situación, que, no obstante, ha ido cambiando en los últimos años.**

**En cuanto a que se entiende por un centro *offshore*, un ingrediente común del concepto *offshore* es la tributación. En ese sentido, se señala que los centros *offshore* juegan un papel importante en las estrategias fiscales de individuos y corporaciones multinacionales.<sup>38</sup>**

**Con la finalidad de lograr una protección adecuada de los activos y bienes que conforman el patrimonio de una persona o personas, los asesores financieros recomendaban el traspaso de propiedades a nombre de otra persona domiciliada en una jurisdicción con características de centro financiero internacional o paraíso fiscal, con el objetivo fundamental de eludir el pago de impuestos, cumpliendo los instrumentos de administración de fortunas un papel preponderante en estas actividades de tipo financiero.<sup>39</sup>**

**Estos centros financieros internacionales también conocidos como Paraísos Fiscales o *Tax Heavens*, fueron conocidos en la década del setenta como**

---

<sup>38</sup> Roper en PEREZ FERREIRA, Francisco, “Panamá: Centro Internacional *Offshore*”, Revista *Novum Ius*, Enero 1994-1995, No. 9, Asociación Nueva Generación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, pág. 25.

<sup>39</sup> OWENS, Ramsés. “Protección de los Activos Transfiriéndolos en Fideicomiso”, Revista *Lex* No. 7, pág. 187.

centros financieros internacionales. Para el Dr. Francisco Vega la denominación idónea es la de "Centros Financieros Extraterritoriales", toda vez que su característica esencial es la prestación de servicios de intermediación financiera o de administración a personas naturales o jurídicas que por lo general no son residentes del país o jurisdicción en el cual se presta el servicio".<sup>40</sup>

Existen una serie de ingredientes comunes que contribuyen a identificar si determinados centros financieros reúnen las condiciones para que puedan ser considerados como *offshore*, entre los que están:

a. La baja incidencia impositiva:

La jurisdicción debe someter a un tratamiento especial las operaciones financieras o comerciales realizadas por personas no residentes para efectos tributarios.

En nuestro país se utiliza el principio de territorialidad impositiva, el cual se encuentra dispuesto en el artículo 694 del Código Fiscal, con las consecuentes modificaciones introducidas al Código Fiscal a través de la Ley 8 de 15 de marzo de 2010.

---

<sup>40</sup> VEGA, Francisco. "Análisis Comparativo de Centros Financieros", Revista Centro Financiero, No. 60, 1993, pág. 3-13.

Jurisdicciones como Barbados e Islas Vírgenes Británicas utilizan un sistema dual, en donde existen sociedades nacionales y las *International Bussines Corporations (IBC's)*, que sólo realizan operaciones extraterritoriales.

**b. Legislación financiera y bancaria favorable:**

La flexibilidad en las regulaciones es una característica esencial en estos sistemas financieros, para actividades tales como fijación de tasas de interés para prestatarios y depositantes, inexistencia de de restricciones para depósitos en moneda extranjera, ausencia de controles cambiarios, libre conversión de moneda, encajes bancarios reducidos, declaraciones de naturaleza global no individualizada.

No obstante, independientemente de que deben darse estas flexibilidades en las regulaciones, estas operaciones deben estar supervisadas por los miembros del sistema, a fin de garantizar la confianza en el usuario y evitar el ejercicio de operaciones ilícitas o fraudulentas, normativas que se cumplen por medio de la Ley 41 y 42 sobre prevención en el blanqueo de capitales y la adopción de leyes recientes en materia de conoce a tu cliente.

**c. La Confidencialidad Bancaria:**

Se puede definir como aquella obligación que tienen los bancos de guardar firme secreto en todo lo concerniente a los negocios de su clientela, salvo los casos o excepciones en que intervengan las autoridades. No

obstante, a pesar de que la figura del secreto bancario ya sea un concepto que ha sido superado, actualmente las entidades dedicadas a esta actividad de intermediación financiera, mantienen controles tendientes a resguardar la confidencialidad bancaria. Las legislaciones en materia de los centros financieros internacionales que reúnen los perfiles y características de ser centros financieros *offshore* impiden la divulgación de información bancaria y comercial de los usuarios del sistema, aunque con las restricciones pertinentes en materia penal, cuando es inevitable brindar esa información a las autoridades, a fin de cooperar en las investigaciones debidamente sustentadas que se lleven a cabo.

**d. Bajos Costos:**

Toda operación mercantil requiere que se haga el análisis de costo-beneficio, cifras éstas que varían de una jurisdicción a otras, según los operadores que brinden el servicio.

**e. Seguridad Jurídica y Estabilidad Política:**

Existen situaciones que crean desconfianza en el sistema con características *offshore*, como los es por ejemplo, la inestabilidad política, los cambios constantes en la legislación o el establecimiento de regulaciones repentinas.

Ahora bien, en lo que respecta al elemento de la estabilidad política señala que “para eliminar posibles cuestionamientos acerca de su seguridad política, algunos paraísos fiscales han aprobado legislaciones que permiten que compañías incorporadas en los mismos transfieran su domicilio a otra jurisdicción cuando lo tenga bien o en caso de emergencia.”<sup>41</sup>

Otros paraísos fiscales, considerados como políticamente estables, tienen legislaciones que le permiten a compañías incorporadas en otro lugar transferir o mudar su domicilio a su jurisdicción.

Actualmente, se podría señalar que nuestro país se encuentra comprendido bajo la denominación “*Financial and Corporate Center*” (Centro Financiero y Corporativo), una terminología que busca obviar el término, quizás peyorativo, de “*Offshore Center*” (Centro *Offshore*), que hasta mediados de los noventa eran llamados los “*tax havens*” o “paraísos fiscales”, término que hace referencia a aquellos territorios que se caracterizan por la baja o nula tributación.<sup>42</sup>

Al margen de esto, vale destacar que expertos en la materia señalan que las jurisdicciones *Offshore* también contribuyen al crecimiento económico global, aún cuando tal realidad no sea reconocida por las naciones altamente industrializadas y tecnificadas, las cuales de una forma u otra, permiten una

---

<sup>41</sup> Adrian Cogley en PEREZ FERREIRA, op. Cit., pág. 29.

<sup>42</sup> OWENS, Ramsés, “Breves anotaciones sobre la gestión fiduciaria mercantil internacional con propósitos extraterritoriales”, pág. 1, [www.felaban.com](http://www.felaban.com).

amplia gama de operaciones, ya sean comerciales, financieras, de colocación y protección de activos, administración de activos, entre otras actividades, lo que se da debido a la flexibilidad operativa que se ejerce en estos centros, en virtud de la diversidad de instrumentos jurídicos que coadyuvan a cubrir las necesidades del comercio internacional.

### **3.1.1. Las fortalezas del sistema financiero panameño.**

Los países cuentan con una serie de ventajas que contribuyen a su fortalecimiento y desarrollo, siendo éstas las ventajas comparativas y competitivas. Las ventajas comparativas son aquellas consistentes en dotaciones de riqueza de la naturaleza, siendo un factor favorable de crecimiento para un territorio en un momento dado. Son algo que la naturaleza o el entorno concede, sin pedir nada a cambio. Ejemplos de ventajas comparativas son el petróleo en Venezuela, el cobre de Chile, o los ricos suelos para la agricultura de la Argentina.

Por su parte, las ventajas competitivas se basan en capacidades creadas, en formas innovadoras de explotar tecnologías, conocimientos, información, espíritu innovador, materiales modernos. Éstas se forjan a pulso, se crean mediante el esfuerzo sostenido, la planificación a largo plazo, la elección adecuada de mercados e industrias en los cuales competir, la inversión de importantes recursos destinados en desarrollar e incentivar las capacidades

humanas y materiales para competir con expectativas a largo plazo. Ejemplos de estas ventajas competitivas lo son la construcción del Canal de Suez en Egipto, la desarrollada industria naval del Japón, la industria automovilística en Alemania o el desarrollo de softwares en Silicon Valley en Estados Unidos.

Dentro de ese contexto, la República de Panamá ha desarrollado una serie de ventajas competitivas que han contribuido que el país se haya cimentado a nivel internacional, tales como lo son el servicio que ofrece el Canal de Panamá y su próximo proyecto de ampliación, el nodo de las telecomunicaciones o el “hub” de la aviación del aeropuerto internacional de Tocúmen.

De igual forma, existe otro tipo de ventaja competitiva de una larga tradición y que constituye un motor impulsor para gran cantidad de las actividades económicas que se desarrollan en y desde nuestro territorio y nos referimos al Centro Bancario Internacional, en donde operan una gran cantidad de bancos, ya sean de licencias general, internacional o de representación, según es regulado por el Decreto Ejecutivo No. 52 de 30 de abril de 2008, que adopta el texto único de la ley bancaria.

El sector financiero en Panamá tiene múltiples fortalezas, las cuales, si bien es cierto se han dado a conocer a través del mercadeo moderado y responsable por parte de las instituciones que manejan fondos fiduciarios, no es menos cierto que, considerando el momento estelar por el cual atraviesa la economía del país, urge una actuación un tanto más agresiva que incluya la realización y

**convocatoria a conferencias y presentaciones dirigidas a diversos sectores de la economía, explicando las bondades que caracterizan a los fideicomisos con particular énfasis en la versatilidad que ofrece para el desarrollo de macroempresas y demás proyectos especiales.**

**La constitución de sociedades, fundaciones de interés privado, fideicomisos y el establecimiento de corporaciones, ofrece grandes ventajas operativas y fiscales y sobretodo respaldo al sistema financiero internacional panameño.**

**Quienes se agitan en este ámbito coinciden en que las principales características con que cuenta el sistema financiero panameño, radica en una normativa de índole empresarial y comercial que ofrece respaldo y ventajas frente a otras latitudes, siendo estas las que a continuación mencionamos:**

- 1. Legislación favorable para la constitución de sociedades anónimas, reflejado en la Ley 32 de 26 de febrero de 1927.**
- 2. Legislación favorable para el funcionamiento de bolsas de valores.**
- 3. Las ventajas competitivas que ofrece la existencia de la Zona Libre de Colón, y su régimen jurídico encabezado por la Ley 18 de 17 de junio de 1948 y los decretos complementarios.**
- 4. Un sistema bancario consolidado y atractivo, regido por el Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008.**
- 5. Las operaciones de seguros, reaseguros y aseguradoras cautivas, según las Leyes 59, 60 y 63 de 1996.**

6. **Las ventajas fiscales que ofrece el principio de territorialidad en materia tributaria.**
7. **El régimen del registro abierto de naves, regulado por la Ley 2 de 1980.**
8. **El régimen de fideicomisos, según Ley 1 de 5 de enero de 1984.**
9. **El régimen de Leasing o Arrendamiento Financiero, de acuerdo a la Ley 7 de 1990.**
10. **Los Convenios de Protección de Inversiones.**
11. **La regulación sobre Fundaciones de Interés Privado, sujetas a la Ley No. 25 de 12 de junio de 1995.**

**Es una realidad innegable la velocidad con que evoluciona el mundo financiero en la actualidad, debido al acelerado proceso de globalización, lo que trae avances paralelos en el campo de las comunicaciones y la tecnología.**

### **3.2. Los instrumentos de administración de fortunas en el sistema financiero panameño.**

**La República de Panamá se ha caracterizado desde su nacimiento por contar con un importante sector de servicios, que ha trascendido las fronteras nacionales, llegando a reconocerse a nuestro país como un centro financiero internacional, dada la amplitud de servicios financieros que aquí se ofrecen.**

De ese modo, los instrumentos de administración de fortunas juegan un papel importante en el sector de servicios panameño, los cuales, a pesar de ser una actividad de ejercicio común en nuestro país, la misma aún no cuenta con una reglamentación específica, lo cual no es óbice para que una diversidad de empresas y profesionales desplieguen sus actividades profesionales en este ámbito del servicio, siendo que al interesado se le ofrece una amplia gama de opciones de acuerdo a sus necesidades, que van desde apertura de cuentas bancarias, actividades de planeamiento fiscal y administrativo y financiamiento de operaciones por parte de entidades que se dediquen a esta actividad.

Como instrumento de planificación financiera, los fideicomisos son vehículos jurídicos utilizados para una adecuada estructuración patrimonial y protección de activos, de modo tal que, en este caso específico, esta institución es una manera de conservar y dar continuidad al patrimonio, con lo cual se logra evitar la molestia que implicaría someterse a los rigores de un largo proceso sucesorio en los tribunales de justicia.

Los negocios de fideicomiso están llamados a ocupar un lugar trascendental como mecanismo de atención a las necesidades que surgen del desarrollo y expansión de los diversos sectores de la economía, por lo cual las expectativas de crecimiento no deben tener límites, sino más bien buscar consolidar las fortalezas propias del sector financiero, considerando entre otros aspectos el auge de la economía del país, la supervisión consistente y

acertada del ente encargado de la fiscalización y regulación, pasando por las bondades que brinda la legislación vigente. Por tal motivo, la capacidad y el profesionalismo de los administradores a cargo de las instituciones fiduciarias y la solidez y respaldo del que gozan dichas entidades operativas, deben aprovecharse con sentido de urgencia y responsabilidad.

### **3.3. El fideicomiso como instrumento de administración de fortunas.**

#### **3.3.1. Concepto de fideicomiso.**

No resulta fácil brindar un concepto universal sobre la fiducia o fideicomiso por el hecho de que en Latinoamérica han sido adoptadas una serie de conceptualizaciones relacionadas con las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la institución.

Tales teorías han incorporado la teoría del mandato irrevocable en algunos casos, la del patrimonio de afectación en otros, y la de la transmisión de la propiedad u otros derechos con el objetivo de cumplir con ellos una determinada finalidad señalada por el constituyente, fideicomitente o fiduciante, siendo que dentro de esta estructura el fin de la institución consiste en la transmisión de una serie de derechos tendientes a obtener el logro de una finalidad determinada, con la advertencia para el adquirente, en este caso el fiduciario, que sus

facultades se encuentran limitadas por las obligaciones adquiridas, las cuales tienen como finalidad el debido cumplimiento de la finalidad señalada.

En el caso panameño, el fideicomiso es uno de los mecanismos prácticos más efectivos de nuestro ordenamiento jurídico, ya que permite al dueño de uno o más bienes de cualquier índole, denominada fideicomitente, transferir la propiedad o el dominio de tales bienes a una persona, llamada fiduciario, para que los administre o disponga de ellos de manera permanente o temporal, a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente.

El concepto fideicomiso proviene del latín jurídico *fideicommissus* y significa literalmente "lo que se confía a la fe de alguien". Según el Vocabulario Jurídico de Henri Capitant, el fideicomiso es una disposición por la cual un bien, con el que se gratifica a una persona, debe ser entregado por ella a otra, que es también gratificada por el disponente, en la época fijada por éste. La primera persona se llama *gravado* (con restitución), y la segunda *llamado*. El fideicomiso se transforma en sustitución fideicomisaria cuando el gravado tiene la obligación de conservar hasta su muerte el bien, que entonces será transmitido al *llamado*.<sup>43</sup>

Para Rodríguez Velarde, el fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona, denominada fideicomitente, transfiere bienes a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto

---

<sup>43</sup> CAPITANT, Henri, "Vocabulario Jurídico", Ediciones Depalma, reimpresión, Buenos Aires, 1986.

al dominio fiduciario de éste último y afecto al cumplimiento de un fin o fines específicos a favor de un tercero o del propio fideicomitente, a quien se denomina fideicomisarios.<sup>44</sup>

De esta definición RODRIGUEZ VELARDE extrae los siguientes aspectos interesantes:

- a. El fideicomiso comporta una relación jurídica que puede ser expresa de manera unilateral, ya sea por medio de un testamento, o plurilateralmente, en función de un contrato.
- b. El propietario del bien o bienes que transfiere a otra persona es conocido como fideicomitente, y el que recibe los bienes en propiedad se denomina fiduciario.
- c. Dicha transferencia no tiene todos los atributos de la propiedad, es decir no opera al *ius abutendi*, y tampoco es perpetua, sino temporal. Surge condicionada a que el fiduciario haga uso de dichos bienes en base al destino previsto en el instrumento constitutivo.

De acuerdo con Carregal "habrá un contrato de fideicomiso cuando una persona efectúe a otra un encargo a cumplirse con relación a determinados bienes, cuya propiedad fiduciaria le transfiere o conviene transferirle con este

---

<sup>44</sup> RODRIGUEZ VELARDE, Javier, "Contratos e Instrumentos Bancarios. Doctrina, modelos, legislación Bancaria", primera edición, Editorial Rodhas, Lima, Perú, 2000, pág. 132.

fin”, agregando además que, “el fideicomiso –como patrimonio separado- no quedará constituido sino desde el momento en que se perfecciona la transmisión de la propiedad de los bienes respectivos.<sup>45</sup> Por su parte, para Rodríguez Azuero, la noción que gana terreno le permite definir al fideicomiso como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero.<sup>46</sup>

En el derecho patrio, Narciso Garay concebía el fideicomiso como un acto jurídico de transmisión de la propiedad privada a favor del fiduciario por parte del fideicomitente, tendiente a beneficiar a un destinatario denominado beneficiario o fideicomisario, mediante el reglamento contractual acordado.<sup>47</sup>

Asimismo, Augusto Barrera, haciendo suya la definición contenida en el artículo 1 de la Ley 1 de 5 de enero de 1984, señala que el fideicomiso es el acto jurídico por medio del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente,

---

<sup>45</sup> CARREGAL, *op. Cit.* pág. 69.

<sup>46</sup> RODRIGUEZ AZUERO, *Negocios Fiduciarios, op. Cit.*, pág. 182.

<sup>47</sup> GARAY, *op. Cit.*, pág. 25.

añadiendo además que el fideicomiso podrá ser constituido sobre bienes de cualquier naturaleza, presentes o futuros.<sup>48</sup>

En este punto y ya que las definiciones anteriores abordan el tema de la transmisión de la propiedad, es importante señalar que las manifestaciones típicas de un acto unilateral de transmisión de la propiedad se observa mediante el Fideicomiso Testamentario *Mortis Causa*, el cual es un acto jurídico contractual, pero no se agota en esta sola figura. Asimismo, también mediante convenios puede transmitirse la propiedad privada inter-vivos, incluyendo las modalidades o plazos, haciendo de este fideicomiso un típico contrato a diferencia del acto jurídico testamentario.<sup>49</sup>

### **3.3.2. Naturaleza Jurídica.**

Existen numerosas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, las cuales tienen su punto de partida en las distintas nociones plasmadas en la legislación comparada, las cuales veremos a continuación.

---

<sup>48</sup> BARRERA, Augustó, *op. Cit.* pág. 155.

<sup>49</sup> BOUTIN, Gilberto, "Normas Protectoras del Fideicomiso", en *Revista Lex No. 3*, Enero-Marzo, Panamá, 1993, pág. 192.

### **3.3.2.1. Teoría del mandato.**

De acuerdo a esta teoría el fideicomiso vendría a ser un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten bienes al fiduciario para que disponga de ellos a favor de un tercero.

Uno de los principales exponentes de la teoría del mandato como naturaleza jurídica del fideicomiso lo fue el jurista panameño Ricardo J. Alfaro, y como tal concebía al fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se efectuaba la transmisión de bienes determinados a una persona llamada fiduciario, para que dispusiera de ellos conforme lo ordenaba el que los trasmite, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Sostenía el Dr. Alfaro, que "si en el fideicomiso, ya sea el latino, ya sea el sajón, lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante".<sup>50</sup>

La teoría del mandato es sumamente débil, ya que existen diferencias sustanciales entre el fideicomiso y el mandato, siendo que en primer lugar hay

---

<sup>50</sup> ALFARO, op. Cit., pág. 48.

que tener en cuenta la naturaleza revocable del mandato, y en segundo lugar porque en el contrato de mandato, el mandatario actúa en nombre y representación de su mandante, motivo por el cual los negocios jurídicos que celebra están destinados a radicarse en cabeza de su comitente, quedando siempre sujeto el mandatario a merced del mandante, ya que éste conservaría siempre la facultad de enajenar los bienes que estén siendo administrados por el mandatario, sin contar el hecho de que el contrato se extingue con la muerte del mandatario.

### **3.3.2.2. Teoría del patrimonio de afectación.**

El jurista francés Pierre Lepaulle hace un aporte sustancial en el aspecto doctrinal de la materia al tratar de explicar la naturaleza jurídica del *trust*, contribución que tiene especial relevancia dado que, siendo doctor en Derecho en Francia, así como en la Universidad de Harvard, resulta evidente el aprovechamiento del conocimiento de ambos sistemas jurídicos para explicar la naturaleza jurídica de *trust*.

A fin de explicar lo referente a la esencia de esta institución, Lepaulle empieza exponiendo dos teorías que confluyen en la determinación de la naturaleza del beneficiario, siendo que, de acuerdo a la primera teoría, el *cestui que trust* tiene un derecho personal o de crédito frente al *trustee*, y que esta circunstancia lo convierte en acreedor.

La segunda teoría sostiene que el derecho del *cestui que trust* es de carácter real.

En cuanto a la primera de las teorías, la afirmación sería correcta, salvo en el caso de que el beneficiario reúna en su persona las dos calidades, es decir, la de *cestui que trust* y la de *trustee*. Por su parte, la segunda teoría presupone el desdoblamiento de la propiedad, en virtud del cual el beneficiario se convierte en titular de un derecho real, un tipo de propiedad, aunque limitada, ya que no tiene facultades para administrar los bienes del *trust*.

No obstante, Lepaulle no se adhiere a ninguna de las dos teorías, puesto que, con relación a la que sostiene el carácter personal del derecho del beneficiario, opina que no hay duda en cuanto a que éste tenga un derecho un derecho de crédito frente al *trustee*, sin embargo considera que el *trust* es un concepto más amplio, puesto que existe la posibilidad de un *trust* válido, en el que no se haya designado beneficiario, por lo que dicha teoría no puede explicar todos los casos posibles de dicho negocio jurídico.

Asimismo, considera que la segunda teoría tampoco es suficiente para explicar todos los casos posibles de *trust*, puesto que, si dicha figura se basara únicamente en el desdoblamiento o división de la propiedad, tendrían que existir siempre dos sujetos para que se diera lugar a dicha división, situación que no incluye al *trust*, el cual se constituye para la realización de un determinado, en el

que no se puede hablar del derecho del derecho del *cestui que trust*, ya que no existe *cestui que trust* alguno.

Finalmente, Lepaulle expone su propia teoría al considerar al *trust* como un patrimonio de afectación, o sea, un patrimonio afectado a un fin, cuyo fin debe ser realizado por el *trustee*, quien por el hecho de aceptar el encargo queda obligado a realizar la conducta necesaria para cumplirlo,<sup>51</sup> lo que en esencia quiere decir que el *trust* es un patrimonio sin titular que se afecta a un fin determinado, siendo que lo esencial en esta teoría es la existencia de un patrimonio y su afectación a un fin determinado.

Aceptada la idea de la afectación y ante la interrogante de cuáles son los patrimonios que el derecho objetivo debe proteger, Lepaulle señala que en primer término, el patrimonio individual, afecto a la satisfacción de necesidades personales; en segundo lugar, aquellos patrimonios colectivos que merecen protección en interés de la humanidad, cuando se hallen provistos de una organización que contenga la voluntad que los represente; por último, patrimonios especializados provistos de una organización dada por la última voluntad de aquel que les dio una afectación especial.

Esta teoría es sumamente útil para comprender las características del fideicomiso. Sin embargo, Avendaño le hace la siguiente crítica y es que no

---

<sup>51</sup> MARTIN SANTISBEAN, *op. cit.*, pág. 118.

puede haber un patrimonio sin un titular, puesto que, según este autor, todo derecho es, *a fortiori*, facultad de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado, por lo que, hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción de deber encuéntrese ligada inseparablemente del concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo,<sup>52</sup> por lo que, para este autor, es inconcebible un patrimonio sin que exista un titular de ese patrimonio.

No obstante, para Garay, es evidente que dentro de la nueva concepción el patrimonio de afectación halla fácilmente el lugar que le corresponde. Desde el momento en que un fin determinado existe para una masa de bienes y desde que ese fin es legal, por el interés directo o indirecto a proteger, hay lugar para un patrimonio independiente.<sup>53</sup>

Concluye Lepaulle que para la doctrina moderna, la noción de patrimonio de afectación, independiente de la de sujeto de derechos, es coherente y lógica, y que solo ella logra explicarnos satisfactoriamente determinadas instituciones jurídicas, por lo que, y a fin de que sea conciliada con las ideas por él expuestas, propone una enmienda a la definición de patrimonio dada por Picard, señalando

---

<sup>52</sup> AVENDAÑO, Francisco, "El Fideicomiso", pág. 16, [www.ejäv.com.pe](http://www.ejäv.com.pe).

<sup>53</sup> GARAY, op. cit., pág. 23.

que "patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones, apreciables en dinero, que constituye una universalidad jurídica".<sup>54</sup>

#### **3.3.2.3. Teoría del negocio fiduciario.**

Según la teoría del negocio fiduciario, el fideicomiso sería una especie de negocio fiduciario. Los autores que se inclinan por esta teoría estiman que a través de la relación obligatoria consagrada en la ley, se explica sin dificultad que el fiduciario tenga un derecho de propiedad restringido y enderezado en forma exclusiva a cumplir la finalidad prevista.

Un segundo elemento del fideicomiso, necesario para su funcionamiento, es la "aceptación" del fiduciario. Esto nos obliga a tratar nuevamente el tema sobre la naturaleza contractual del fideicomiso. Como decíamos anteriormente, el fideicomiso puede constituirse mediante un contrato o a través de un testamento. Su naturaleza jurídica, sin embargo, no es contractual.

#### **3.3.2.4. Teoría de la operación puramente bancaria.**

Otros estudiosos del derecho han considerado al fideicomiso como una operación puramente bancaria, basado en algunas legislaciones latinoamericanas que establecen que la actividad fiduciaria sólo puede ser

---

<sup>54</sup> GARAY, *ibidem*, pág. 23.

**desarrollada por instituciones bancarias o de crédito debidamente autorizadas para tal efecto.**

**Los partidarios de esta teoría argumentan que se trata de un contrato típico de la banca moderna, por el cual el Banco brinda al cliente (fideicomitente) un servicio de gestión, administración, inversión, entre otros. Contiene un doble negocio: primero uno evidente, que implica la transmisión de un bien, y el otro subyacente, pues se trata de cumplir con un encargo de confianza.<sup>55</sup> Tal es el caso de la legislación guatemalteca, que incluye dicha norma en el artículo 768 del Código de Comercio. Al respecto, se argumenta que la posición es correcta, pero únicamente en el aspecto formal del fideicomiso, no en cuanto al fondo del asunto, es decir, en cuanto a la esencia de su naturaleza jurídica, ya que sólo toma en cuenta lo que así está establecido en la legislación, y no si ésta cumple o no, con los fines de la naturaleza jurídica que la propia figura establece.**

### **3.3.3. Partes que intervienen en el fideicomiso**

**La legislación panameña advierte la presencia de tres sujetos que intervienen en este negocio jurídico. Al respecto, la ley reconoce al propietario**

---

<sup>55</sup> RODRIGUEZ VELARDE, "Contratación Empresarial", pág. 117.

del bien que se transmite en fideicomiso y formula el encargo, denominado como fideicomitente, y conocido también en la doctrina como fiduciante o sencillamente constituyente y que es quien transfiere la propiedad fiduciaria. Existe también el fiduciario o fideicomitado, que es quien recibe el bien en fideicomiso y se compromete a darle el destino señalado en el contrato; y finalmente el beneficiario, quien es el receptor del interés beneficiario del fideicomiso y la persona que aprovecha las ventajas derivadas del fideicomiso.

No obstante, connotados tratadistas hacen la salvedad de que la presencia de los tres no es esencial para el nacimiento del negocio jurídico, ni que del mismo se derivan obligaciones para todos ellos. Tal es el caso de la legislación argentina, en donde la ley 24.441 reconoce la de entre dos y cuatro sujetos: El fiduciante, que transmite los bienes; el fiduciario, que se convierte en titular de los bienes hasta restituirlos o transmitirlos nuevamente a un beneficiario o fideicomisario; el beneficiario, que puede coincidir con la persona del fiduciante y, eventualmente, también el fideicomisario, que la ley no deja claramente delineado.<sup>56</sup>

Dicho lo anterior, veamos cada una de las categorías de sujetos que intervienen en el fideicomiso, de acuerdo a la legislación panameña.

---

<sup>56</sup> HERS, Liliána, "El Fideicomiso desde la perspectiva legal", pág. 4, en [www.lilianahers.com.ar/doctrina/02\\_contratacion\\_comercial.pdf](http://www.lilianahers.com.ar/doctrina/02_contratacion_comercial.pdf)

### **3.3.3.2. El fideicomitente:**

Teniendo en cuenta que el fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso y quien transfiere la propiedad fiduciaria, según Rodríguez Azuero, puede decirse que toda persona es capaz de disponer de sus bienes para constituir un fideicomiso, lo que no excluye a un incapaz que actúe a través de su representante legal, en cuanto éste llene los requisitos establecidos por la ley para hacer la mentada transferencia.<sup>57</sup> De ese modo y en base a la concepción anterior, podemos afirmar que no se requieren condiciones especiales para ser fideicomitente.

En el derecho argentino, en el cual rige la Ley 24.441, fiduciante es quien transmite o se obliga a transmitir al fiduciario la propiedad fiduciaria de ciertos bienes, con el objeto de constituir un fideicomiso. Es también el fiduciante quien señala el destino que se le dará a los bienes fideicomitados, lo cual implica que será él quien confiera al fiduciario el encargo primario característico del fideicomiso.

Para Carregal, nada se opone a que el fiduciante delegue en terceros, incluso en el propio beneficiario, la facultad de impartir instrucciones al fiduciario con relación a los bienes transmitidos. En todo caso, esta delegación formará parte del encargo original, sin que cambie la esencia del negocio.

---

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, "Negocios Fiduciarios", op. cit., pág. 223.

Por otra parte, además de las personas físicas o naturales, también se acepta la posibilidad de que las personas jurídicas sean fiduciantes, incluidas algunas de derecho público y aun ciertas autoridades judiciales o administrativas. En las legislaciones que consagran esta última posibilidad se ha criticado con razón la circunstancia de que se les faculte para transferir bienes que tendrían en su poder para la “guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación” por cuanto no en todas las hipótesis los derechos de las autoridades les permitirían transferirlos en propiedad.

Asimismo, puede darse el caso de que exista más de un fiduciante, lo cual puede suceder con cierta frecuencia. Por ejemplo, en un proyecto inmobiliario que se pretenda llevar a cabo a través de un fideicomiso, puede suceder que un fiduciante transfiera la propiedad fiduciaria de un terreno; otro una suma de dinero y un tercero los planos de la edificación a construir. En tal caso, el contrato de fideicomiso deberá establecer claramente los derechos y obligaciones que corresponde asignar a cada uno de ellos y, en su caso, el destino que corresponda a los bienes incorporados por cada fiduciante al patrimonio fiduciario y los beneficios a recibir una vez finalizado el negocio.<sup>58</sup>

En la mayoría de las legislaciones se admite que el fiduciante pueda ser a su vez beneficiario del fideicomiso, solución que también ha adoptado la ley francesa de fiducia a través de la ley 2.007-211 que incorpora el fideicomitente al

---

<sup>58</sup> CARREGAL, *op. Cit.* pág. 133.

Code, contemplando expresamente en el artículo 2.106 que el constituyente podrá ser el beneficiario.

### **3.3.3.3. El fiduciario o fideicomisario:**

El fiduciario es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es pues, no solo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad del constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento.<sup>59</sup>

El fiduciario, es el sujeto que recibe la propiedad fiduciaria y se obliga a cumplir los fines del fideicomiso. Además, transmitirá los bienes al cumplimiento del plazo o condición, al fideicomisario. Este sujeto está obligado a cumplir con los compromisos asumidos en el contrato, que lo ubica en una posición de dueño-administrador, ya que cuenta con la potestad de administrar y disponer como dueño, no obstante, el compromiso de hacerlo en beneficio de otro. Así le alcanzan deberes no específicamente regulados en la ley pero hacen a la "comisión" que le han encomendado, está obligado a cumplir con la fiducia con la diligencia y prudencia de un buen hombre de negocios que administra bienes ajenos. El fiduciario debe rendir cuentas periódicamente, no puede eximirse de la responsabilidad por su actuación negligente y no puede adquirir para sí los

---

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, "Negocios Fiduciarios", op. Cit., pág. 225.

**bienes fideicomitidos ni liberarse en ninguna circunstancia de la obligación de su entrega al tiempo de la extinción del fideicomiso.**

**El fiduciario tiene las responsabilidades del dueño, pero sin gozar de los frutos de su propiedad, lo cual es razonable si se interpreta su actuación sobre los bienes como el ejercicio de un mandato. Sin embargo, como toda tarea profesional, la ley no presume la gratuidad de su labor.**

**Desde esta perspectiva, es razonable que el fiduciario no responda por los daños generados por los bienes más allá del valor de los mismos, ya que en realidad esta propiedad nunca ingresa a su patrimonio. De hecho, lo que ha sucedido es la aparición de dos patrimonios diferentes separados en cabeza de una misma persona.**

**Los bienes fideicomitidos destinados al cumplimiento del fideicomiso constituyen un patrimonio independiente del resto de los bienes del fiduciante que los entregó y del fiduciario que los recibió para cumplir con la fiducia. Ello implica que los bienes están a salvo de la acción individual o colectiva de los acreedores de los contratantes.**

**En el caso de la legislación de fideicomisos panameña, pueden ser designados para cumplir la función de fiduciarios, tanto personas naturales como personas jurídicas. Así se establece en el artículo 19 de la Ley 1 de 1984, que dice lo siguiente:**

***“Artículo 19: Podrán ser fiduciarios las personas naturales o jurídicas. Las personas de derecho público podrán transferir o retener bienes en fideicomiso mediante declaración hecha con las formalidades de esta ley”.***

La norma permite también que las personas de derecho público puedan transferir o retener bienes en fideicomiso, bastando para ello la declaración hecha en tal sentido, de acuerdo a las formalidades legales establecidas en la Ley de fideicomisos.

#### **3.3.3.4. El beneficiario:**

El beneficiario es la persona en cuyo favor se constituye el fideicomiso, aquel que goza del interés beneficiario que debe preservar el fiduciario. Es la consecuencia que se desprende del artículo 1 de la Ley 1 de 1984, cuando se señala que la transferencia de bienes se da para que una persona, el fiduciario, administre o disponga de los bienes transferidos a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente.

El artículo 16 de la Ley de Fideicomisos también se refiere a los beneficiarios en los siguientes términos:

***“Artículo 16: El fideicomitente puede nombrar sustitutos al beneficiario, sean o no sucesivos. En los fideicomisos revocables, el beneficiario podrá ser reemplazado o podrán nombrarse nuevos beneficiarios, en cualquier tiempo, por el***

*fideicomitente, o por una persona a quien éste haya autorizado para hacer el reemplazo o el nombramiento, con las mismas formalidades con que se otorgó el instrumento de fideicomiso”.*

Es importante señalar que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas se utiliza generalmente el vocablo “fideicomisario” en lugar de “beneficiario”, aún cuando estos términos puedan considerarse idénticos en cuanto a su significado. Tal es el caso del derecho mexicano, donde se define al fideicomisario como “la persona que recibe el beneficio (que no siempre existe) del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad”. Por su parte, la ley paraguaya, al igual que la legislación panameña, se refiere al término beneficiario, siendo éste el sujeto que recibe los beneficios de la administración o ejercicio de la propiedad fiduciaria.

La Legislación panameña prevé incluso la posibilidad de que se puedan designar beneficiarios no existentes. Tal situación se encuentra establecida en el artículo 18 de la Ley que dispone que “la designación de uno o más beneficiarios no existentes, o una clase de beneficiarios determinables, producirá efectos siempre que uno o más de ellos lleguen a existir o a determinarse durante la vigencia del fideicomiso”.

En cuanto a la naturaleza del derecho del beneficiario, la doctrina ha estado en desacuerdo con establecer, en forma definitiva, el derecho del beneficiario como derecho personal, real o una combinación de ambas. El derecho protegido

del beneficiario no es actualmente un reclamo en contra del fiduciario para hacerlo cumplir con lo encomendado en el fideicomiso; tampoco puede ser considerado un derecho en contra del mundo en general, ya que el comprador de buena fe está excluido.<sup>60</sup>

En los sistemas legales basados en el derecho consuetudinario, la posición del beneficiario es muy particular, ya que al beneficiario se le otorga el equivalente a una propiedad en equidad, concepto poco conocido para los juristas formados en el derecho de la tradición romana.

En el derecho codificado, no cabe ninguna duda en lo que respecta al carácter personal del derecho del beneficiario. Éste tiene derechos en contra del fiduciario para que cumpla con el fideicomiso, para reclamar por daños o culpa en el cumplimiento del fideicomiso. De igual forma y con base en el artículo 31 de la Ley 1 de 1984, el beneficiario puede solicitar a los tribunales la remoción del fiduciario o bien que se tomen medidas conservatorias cuando exista peligro que los bienes dados en fideicomiso puedan sufrir pérdida o disminución en las manos del fiduciario. Además, el beneficiario de un fideicomiso constituido bajo la legislación panameña siempre puede reclamar al fiduciario el capital, las rentas o los intereses debidos, y la transferencia de cualquier otro bien fideicomitado que se mantenga en poder del fiduciario.

---

<sup>60</sup> TRUJILLO SAGEL, Carlos, "El Derecho del Fideicomisario: Su naturaleza y protección", Revista Lex No. 7, Enero 1995-Diciembre 1996, Colegio Nacional de Abogados, pág. 200.

### **3.4. Características del fideicomiso.**

Las características que se le otorgan al fideicomiso, va en función de la concepción que se tiene sobre la figura y de los diversos autores que han estudiado el tema. Esto depende del país de procedencia y de la legislación imperante en los distintos países que regulan este instrumento jurídico.

De ese modo para BRAVO ESCATE, doctrinario peruano, quien concibe al fideicomiso como un contrato, las características de esta figura son:

- a. Es un contrato general, puesto que enmarca todos los usos que se le puede dar al bien transmitido en fideicomiso.
- b. Es de carácter temporal, puesto que su vigencia ha de tener una extensión limitada en el tiempo, en tal virtud su naturaleza es a contrario sensu de las prestaciones a tracto sucesivo.
- c. Es un contrato de carácter exclusivo, en la misma medida que el derecho de propiedad, y por su naturaleza es erga omnes (oponible a todos).
- d. Es un contrato real y solemne. Real, puesto que el bien dado en fideicomiso es un bien real; además el contrato para tener validez debe ser contraído con las formalidades de transferencias de la propiedad y estar enmarcadas en una escritura pública.
- e. Es un contrato consensual, puesto que es menester que exista consentimiento expreso de las partes y el contrato se perfecciona desde entonces.

- f. Es un contrato bilateral, toda vez que las partes contratantes son dos (mínimamente), el fideicomitente y el fiduciario.
- g. Es un contrato oneroso, en virtud que las prestaciones a acaecer son valuables monetariamente.
- h. Es un contrato autónomo y principal, ya que el fideicomiso no depende de otros contratos para su validez.

Por su parte, para Karina BARBOZA, doctrinaria de nacionalidad argentina, los caracteres que debe conjugar el fideicomiso son los siguientes:

- a. Es consensual, ya que produce efectos desde que las partes manifiestan de manera recíproca su consentimiento, resultando la entrega de los bienes en propiedad un acto de ejecución del convenio, cuya falta autoriza a reclamar la entrega y el otorgamiento de las formalidades que imponga la naturaleza de los bienes.
- b. Es bilateral, pues genera obligaciones recíprocas para el fideicomitente (debe entregar la cosa y la remuneración del encargo) y fiduciario (debe administrar la cosa de acuerdo con las disposiciones de la convención).
- c. Es oneroso, ya que el beneficio que se procura a una de las partes sólo le es concedido por una prestación que ella le ha hecho o se

obliga a hacerle y el constituyente del fideicomiso debe al fiduciario una comisión.

- d. No formal, aunque en su constitución requiere escritura pública u otras formas determinadas, según la naturaleza de los bienes fideicomitados, no obstante dada su importancia económica lógica conclusión debe efectuarse en forma escrita, aún en documentos privados.

Dentro de ese contexto, CARREGAL nos señala que los dos componentes fundamentales de este negocio jurídico son la existencia de un encargo y la transferencia de la propiedad fiduciaria de los bienes sobre los que recaerá su ejecución <sup>61</sup>, conjunción que no se presenta en ninguna otra figura legal y por su unidad ideológica se la distingue con claridad, cualquiera fuese la complejidad o la simpleza de la transacción en que se utilice.

Esta unidad o conjunción no admite excepciones, puesto que si existe encargo, pero no cambio de titularidad, habrá otro tipo de negocio, -tal vez un mandato-, pero no un fideicomiso. De igual forma, si existe la transferencia de un titularidad de la propiedad sin que medie encargo alguno, habrá compraventa, permuta o donación, de modo tal que la propiedad fiduciaria carece de sentido sin encargo. El fiduciario debe recibir también la propiedad fiduciaria del bien de los bienes sobre los cuales deba llevar el encargo recibido. El propietario

---

<sup>61</sup> CARREGAL, op. cit., pág. 72.

fiduciario se convierte en titular del bien sólo para cumplir con el encargo de confianza recibido. Dicho de otra forma, el compromiso que asume el fiduciario de ejecutar las instrucciones del fiduciante, constituye en verdad la causa por la cual recibe la propiedad. No la recibe a título oneroso, pues no se compromete a entregar como compensación el contravalor del bien. Tampoco lo recibe a título gratuito, ya que no es propósito del fiduciante realizar una liberalidad a favor del fiduciario donándosele, con el consecuente enriquecimiento del fiduciario y el empobrecimiento del fiduciante. El fiduciante en verdad transfiere la propiedad a título de confianza, porque tiene la convicción de que el fiduciario habrá de cumplir el encargo que acepta ejecutar. Como se ha dicho, no existe transferencia onerosa (el fiduciario no adquiere para sí) ni gratuita (nadie le regala nada).

### **3.5. Semejanzas entre el fideicomiso y *Trust anglosajón***

Entre los aspectos comunes a ambas figuras tenemos las siguientes:

- a. El fideicomiso es válido, aún cuando no se señale beneficiario, siempre que el objeto sea lícito y determinado, situación que también se observa en el *trust*.
- b. En el fideicomiso, el fideicomitente puede designar a varias instituciones fiduciarias para que se encarguen de la administración de los bienes fideicomitados, permitiéndose en el *trust* también esa posibilidad.

- c. En ambos sistemas jurídicos los bienes objetos del negocio jurídico son los mismos.
- d. También se asemejan en su creación, ya que el fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, denominándose a este último como fideicomiso testamentario.
- e. Básicamente, los derechos del fideicomisario o beneficiario son los mismos que los del *cestui que trust*.
- f. Las obligaciones del fiduciario y del *trustee*, están encaminadas a lograr que se cumplan los objetivos para los cuales fue constituido el fideicomiso.

### **3.6. Diferencias entre el fideicomiso y *Trust anglosajón***

El fideicomiso ha sido una institución que ha formado parte de la cultura jurídica latinoamericana desde los inicios del pasado siglo XX, y la cual ha demostrado ser de mucha utilidad y versatilidad en el manejo de las inversiones y los negocios.

En ese sentido, hay que tener en cuenta que en los países anglosajones, son los precedentes judiciales o fallos de los tribunales los que constituyen su principal fuente de derecho, concibiéndose como principios o reglas que otros juzgadores pueden utilizar para resolver situaciones en las que se discutan

hechos similares. En cambio, en nuestro sistema de derecho, proveniente del derecho románico-germánico, es la ley la principal fuente de derecho.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, tanto el *trust* como el fideicomiso están inspirados en la fiducia, originaria del derecho romano, por lo que ambos se denominan negocios fiduciarios.

Parecen evidentes que los aspectos que diferencian a ambas instituciones radica entre otros aspectos, en la diversa idiosincrasia de los pueblos que les dieron vida y las utilizaron para servirse de ellas en circunstancias dispares. Esto ha traído como resultado la inconveniencia de combinar las soluciones contenidas en dos sistemas jurídicos de difícil contabilización, sin correr serios riesgos de introducir factores que perturben la seguridad jurídica y a la vez amenacen la armonía que se desea entre el conjunto de normas que integran el ordenamiento legal.

Para RODRIGUEZ AZUERO, una de las diferencias sustanciales radica en que mientras que en el negocio fiduciario puro pueden reconocerse dos relaciones, así sean ellas interdependientes y busquen una sola finalidad, la estructura del *trust* implica la existencia de un esquema unitario en el cual los elementos conforman un todo oponible como tal a terceros, tanto en lo que toca con la propiedad del *trustee* como en lo que se relaciona con sus obligaciones.<sup>62</sup> En función de ello, el *trust* contiene garantías amplias para las partes,

---

<sup>62</sup> RODRIGUEZ AZUERO, "Negocios Fiduciarios", op. Cit., pág. 180.

particularmente para el *settlor*, sin que se presente la posibilidad de abuso sin sanción.

Coincide con ello, CARREGAL al sostener que la *fiducia cum amico* no podría haber sido un tipo natural de *trust* en el Derecho Anglosajón, por cuanto éste se constituía generalmente por acto unilateral designando beneficiario y aquella requería de pacto bilateral.

En el caso del fideicomiso público, Hernández Domínguez señala que éste aunque tiene semejanza con el *trust* público anglosajón, en el fondo ambas figuras guardan diferencias sustanciales. Refiriéndose al fideicomiso mexicano, la desigualdad radica en que el primero se refiere a un patrimonio autónomo destinado a realizar actividades que benefician a la colectividad o apoyen acciones públicas de fomento económico. En este fideicomiso, el fideicomitente será siempre una entidad pública.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Joel, "Comparación entre el Fideicomiso y el Trust Anglosajón, [www..uia.mx](http://www..uia.mx).

### **3.7. El fideicomiso en el Derecho Panameño.**

#### **3.7.1. Introducción del fideicomiso en el Derecho Panameño.**

El Derecho Panameño fue uno de los primeros ordenamientos jurídicos del sistema codificado latinoamericano que adopta la figura legal del Fideicomiso a través de la Ley No. 9 de 1925, obra del preclaro jurista y estadista patrio Ricardo J. Alfaro, cuerpo jurídico que fue posteriormente reformado por la Ley 17 de 1941. Así lo han reconocido diversos tratadistas, quienes han señalado que en América Latina, fue Ricardo J. Alfaro su principal propugnador. De igual forma, se ha sostenido también que su trabajo influyó notablemente en la introducción del fideicomiso en México en 1926, aunque uno de los redactores de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, que vendría luego en 1932, reconoce la influencia de las ideas de Pierre Lepaulle (doctor en derecho y profesor de la Universidad de Harvard).

La introducción al derecho doméstico de esta institución de corte anglosajón, permitió entender que la comunidad internacional gozaba de un fondo o patrimonio jurídico común, basado en una justicia y una igualdad que permite el fácil trasiego de reglas e instituciones jurídicas a cualquier sociedad civilizada.

Uno de las circunstancias que motivó a que se adoptara la institución del fideicomiso tuvo su origen en el denominado Informe Kemmerer, efectuado por Otto Kemmerer, asesor del gobierno de los Estados Unidos en la década de

1920, en el cual se señalaba que los bancos norteamericanos no solamente ofrecían a los clientes los servicios de depósitos a plazo fijo y cuentas corrientes para atraer capitales, sino que a través de la utilización de los fideicomisos, afluía a la banca una considerable cantidad de fondos adicionales. En este informe se destacaba que el aumento de fondos en los bancos repercutía en una redistribución más dinámica de los recursos financieros, constituyendo este informe una recomendación para que los países latinoamericanos adoptaran la figura del fideicomiso.<sup>64</sup>

Históricamente hablando, Panamá es el segundo país en haber adoptado una ley de fideicomiso, después de México, lo cual se hizo mediante la precitada Ley No. 9 de 1925, sustentada en el proyecto preparado por el jurista istmeño Ricardo Alfaro. Posteriormente, en 1928, la institución sería recogida también por Puerto Rico.

No obstante, se señala que la ley panameña de ese entonces contenía algunas disposiciones contradictorias al espíritu del fideicomiso, entre ellas, aquella que establecía un término para ejecutar el fideicomiso, cuando una de las ventajas que concede este instrumento es justamente el de otorgar la oportunidad de planificar el bienestar de generaciones futuras, incluso encontrándose en estado de gestación.

---

<sup>64</sup> Morgan & Morgan. "El Fideicomiso bajo la Legislación de la República de Panamá", 1ra. edición (edición preparada para los clientes de Morgan & Morgan), Panamá, 1990, pág. 4.

No obstante, hay que mencionar que algunas de las limitaciones de la ley que regulaba el fideicomiso en Panamá, radicaba en que no se permitía la creación de fideicomisos revocables o de fideicomisos testamentarios, sino solamente por medio de un testamento válido.

De suma relevancia resulta el aporte efectuado por el Dr. Narciso Garay, quien en su proyecto de Código Civil de 1970, sitúa por primera vez al fideicomiso dentro de las fuentes normativas del derecho común panameño como un derecho real y por ende un medio de transmisión patrimonial.

### **3.8. El Fideicomiso en el Derecho Latinoamericano.**

Hasta la década del setenta, se podían distinguir de manera formal dos clases de legislaciones en materia de fideicomisos; por una parte estaba la legislación de los países que habían definido y desarrollado el concepto, es decir, que habían tipificado el contrato y precisado sus elementos estructurales, en lo concerniente a las partes intervinientes, obligaciones, nacimiento y extinción del fideicomiso. De otro lado, estaban los países en los cuales la institución se había introducido a través de los bancos, mediante la autorización de éstos para llevar a cabo encargos de confianza.

El problema con este último punto es que dicha incorporación requería que en el país existiera un concepto claramente definido en el derecho positivo, al

cual pudiera hacerse referencia. Por tal razón, a partir de esa circunstancia se ha venido consagrando la figura del fideicomiso o la fiducia mercantil, como versión propia de la institución anglonorteamericana del *trust*.

Veamos a continuación, como ha sido el tratamiento que se le ha dado al fideicomiso en algunas legislaciones latinoamericanas.

### **3.8.1. El fideicomiso en la legislación mexicana.**

Partimos de la legislación mexicana por ser uno de los primeros ensayos legislativos, sino el primero en esta materia.

De acuerdo con Rodolfo Batiza, el fideicomiso nace a la vida jurídica en México a principios de 1925, al promulgarse la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que refleja cierta influencia derivada de las labores de la Comisión Bancaria que había tenido lugar un año antes. Como dato relevante añade que la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 incorporada a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de agosto del mismo año, recoge una nueva influencia, la del jurista panameño Ricardo J. Alfaro, al hacer suya la antijurídica versión del fideicomiso como un mandato irrevocable transmisor de bienes.<sup>65</sup> En ella se definía el fideicomiso

---

<sup>65</sup> BATIZA, Rodolfo, "Tres Estudios sobre el Fideicomiso", Imprenta Universitaria, México, 1954, pág. 66.

como “un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fiduciario”.

Esa definición siguió los lineamientos del proyecto consagrado por Alfaro en Panamá, con la diferencia de que en el artículo de la ley mexicana se dice que los bienes se “entregan” mientras en el correlativo de Panamá se habla de que se “transmiten”, pero ambos consagran la teoría del mandato irrevocable, severamente criticada entonces y hoy en día totalmente disuelta.

Posteriormente, la ley, aún conservando rastros visibles en su articulado de la estructuración panameña, elimina la noción de mandato para consagrar la noción de Lepaulle: afectación de bienes para un fin determinado.

La historia del fideicomiso en México se puede dividir en 4 distintas etapas; una primera etapa que comprende los años de 1932 a 1974, con un auge extraordinario de la cultura, caracterizada por una positividad como ninguna otra, época en la que todo estaba bajo fideicomiso y en la que todo era objeto de dicha operación en cualquier sector, fuera éste el de lo familiar con el fideicomiso testamentario o bien, con el fideicomiso para disponer de los bienes que según las condiciones que se pueden llevar en la vida con el fideicomiso para adquirir el inmueble.

Existe una segunda etapa comprendida entre los años 1975 y 2000, durante el cual la principal figura para resolver los principales problemas del gobierno fue el fideicomiso en la ciudad de México constituido por un organismo conocido como FIDEURG, creado para regularizar los asentamientos urbanos no regulares. En ese entonces, el gobierno del D.F. expropió zonas en departamentos a su favor, de modo que ya como propietario se llevó a cabo un fideicomiso de los bienes en el Banco Nacional de Obras al Servicio Público.

La tercera etapa implica lo concerniente a las modificaciones de las reformas. Con las modificaciones efectuadas es donde por primera vez, en la ley especial de regulación fideicomiso pasa de ser un acto en el que no hay transmisión de propiedad, sino una mera afectación a un acto translativo de dominio.<sup>66</sup>

### **3.8.2. El fideicomiso en la legislación argentina.**

Argentina y su artículo 2662 del Código Civil y otras figuras legales particulares, fueron el antecedente de la Ley 24.441, del que se funda –según varios autores argentinos- en el *trust* anglosajón pero que a nivel de influencia legislativa recoge conceptos de la LGTOC de México, del Código de Comercio

---

<sup>66</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, El Fideicomiso en México.

de Colombia, la Ley de Panamá y el Código Civil de Québec.<sup>67</sup> Esta sola disposición jurídica fue suficiente para demostrar que en el derecho argentino era posible realizar negocios fiduciarios sin una regulación completa en el Código Civil.

El artículo 2662 del Código Civil argentino, de acuerdo a las modificaciones efectuadas con ocasión de la aprobación de la Ley 24.441, sostiene que *“Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”*.

Dentro de este contexto cobra particular interés los tenedores de *debentures* o bonos, siendo que en el derecho argentino la función principal del fideicomisario es la de velar por los intereses de éstos, es decir, de los tenedores de *debentures*<sup>68</sup>, y en tal condición, puede enterarse debidamente de los negocios de la sociedad anónima, asistiendo a las reuniones de sus directivos, pidiendo la renovación del o los directores solicitando al juez su nombramiento en su reemplazo, continuando en adelante el manejo de los intereses sociales.

---

<sup>67</sup> González Torre, Roberto, “Aspectos jurídicos del fideicomiso en América Latina”, [www.felaban.com/archivos/memorias\\_x...](http://www.felaban.com/archivos/memorias_x...)

<sup>68</sup> Debenture: Título que emiten las sociedades anónimas y las sociedades por acciones para contraer empréstitos en forma pública o privada, con garantía flotante, con garantía común o con garantía especial, pudiendo ser convertibles en acciones de acuerdo al programa de emisión y convertirse en moneda extranjera. GOLDSTEIN, Mabel, “Consultor Magno: Diccionario Jurídico”, Círculo Latino Austral, S.A., Argentina, 2010, pág. 189.

Actualmente, en el ordenamiento jurídico argentino rige la Ley 24.441, de 1994, sancionada el 2 de diciembre de 1994 y promulgada el 9 de enero de 1995, la cual tuvo su génesis bajo el pretexto del financiamiento a la vivienda y a la construcción, siendo definida la institución en el artículo 1 de la siguiente manera:

***“Artículo 1: 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 o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.***

La normativa argentina sobre fideicomisos se encuentra inspirada en el *trust* anglosajón, donde, y con base en la disposición arriba citada, el fiduciario no es un verdadero propietario aunque tenga la titularidad y operatividad de los bienes, sino que cumple una función totalmente diversa.

Lo rescatable con la modificación que se hizo del artículo 2662 del Código Civil argentino, a través de la Ley 24.442, es que con el nuevo régimen los bienes fideicomitados integran un patrimonio que es separado del patrimonio propio del fiduciario, a diferencia de la concepción antes de la modificación, en donde los bienes fideicomitados formaban parte del patrimonio personal del fiduciario, en donde se concedía una titularidad de derecho real al fiduciario, lo que constituía una especie de dominio imperfecto.

### **3.8.3. El fideicomiso en la legislación peruana.**

En cuanto a la República del Perú, a diferencia de los códigos de otros países, no tuvo referencia alguna en su código civil a la propiedad fiduciaria ni al fideicomiso. A partir de la vigencia de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros de 1993 (No. 26.702), se recoge por primera vez la figura del fideicomiso, siendo una figura comercial típica del acontecer bancario, como en otros muchos lugares. Al igual que en el Ecuador y otros países, la figura del fideicomiso se utiliza en el Perú para emprender titularizaciones.<sup>69</sup>

Se considera que se trata de una de las legislaciones más modernas y completas, en virtud del detalle particularmente cuidadoso con que se ocupa integralmente del contrato.

El artículo 241 de la Ley de Fideicomisos de Perú, define la institución como *“una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.”* En cuanto al patrimonio, dicha norma es sumamente explícita y detallista al señalar que: *“El patrimonio fideicomitado es distinto al patrimonio del*

---

<sup>69</sup> GONZÁLEZ TORRE, *op. cit.* pág.

*fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes”.*

Finalmente, hay que señalar la actividad del fiduciario se reserva a un número importante de empresas, incluyendo las de seguros y reaseguros y la Corporación Financiera de Desarrollo, de acuerdo al artículo 242 de la Ley de Fideicomisos, todas vigiladas por la Superintendencia.

#### **3.8.4. El fideicomiso en la legislación guatemalteca.**

El fideicomiso guatemalteco encuentra su antecedente directo en el fideicomiso mexicano que a su vez proviene directamente del *trust* anglosajón. Queda evidenciado entonces que el legislador guatemalteco no se inspiró en una fuente directa del fideicomiso sino en legislaciones de otros países, fundamentalmente la mexicana. El legislador mexicano se basó en opiniones de intérpretes extraños al Derecho Anglosajón, como las del jurista panameño Alfaro y el francés Lepaulle. Por tal razón, se considera que la legislación guatemalteca no está apegada a los principios jurídicos de fideicomiso, por lo cual se hace difícil creer que éste cumpla con los fines con los cuales surgió.

### **3.9. Las fundaciones de interés privado en el Derecho Panameño.**

#### **3.9.1. Concepto.**

En sentido amplio, la fundación es una destinación permanente de bienes para realizar una obra con interés general o caritativa. Una concepción más restringida de la misma la entiende como la persona moral o entidad ficticia creada bajo el imperio de la ley para realizar esa finalidad. El Dr. Herbert Oberhuder, citado por Francisco Pérez Ferreira, la define simplemente como un fondo autónomo con personalidad legal (jurídica).<sup>70</sup>

En el derecho nacional, existen autores que definen a las fundaciones de interés privado como la dotación o donación de un patrimonio para unos objetivos o fines determinados en un documento denominado acta fundacional. El logro de los fines de la fundación se le encarga a unas personas que se denominan miembros del "Consejo de Fundación", que vienen a ser como una junta directiva, cuyos nombres también deberán constar en el acta fundacional.<sup>71</sup>

La Ley panameña que gobierna a las fundaciones de interés privado, es decir, la Ley 25 de 12 de junio de 1995, no recoge una definición de lo que se debe entender como una fundación de interés privado, sin embargo, y a fin de

---

<sup>70</sup> PÉREZ FERREIRA, Francisco, "Las Fundaciones de Interés Privado en Panamá", Editorial Portobelo, No. 37, pág. 8.

<sup>71</sup> Morgan & Morgan, "La Fundación de Interés Privado bajo la Legislación de la República de Panamá" pág. 1.

evitar cualquier confusión, asimilación o ambigüedad, excluye todo negocio jurídico basado en la asociación o fundación sin fines de lucro previstas en el título 2º, Libro Primero del Código Civil.

Sobre este punto, hay que tener en cuenta que la fundación de interés privado tiene como finalidad la protección, reorganización y planeamiento tributario familiar interno e internacional, así como individual o corporativo, mientras que las fundaciones públicas sin fines de lucro, reconocidas por el Código Civil a través del artículo 6 y siguientes, son de carácter político, ideológico y religioso que se remontan a las concepciones pías y que son un complemento a los servicios de administración y protección de fortunas.

En suma, podemos concebir que la fundación de interés privado es pues, una institución creada por una o más personas naturales o jurídicas, llamadas fundadores, con personalidad jurídica propia, a la que traspasan mediante donación, bienes o activos, en virtud de lo cual se crea un patrimonio separado del de los fundadores para la nueva institución, en la que se establecen, entre otras cosas, las personas a favor de las cuales se organiza la institución, o beneficiarios, que pueden ser los mismos fundadores, sus familiares, u otras personas.

### **3.9.2. Naturaleza jurídica.**

La fundación de interés privado en esta circunstancia tiene por fuente de inspiración, en gran medida, al fideicomiso y al *trust* anglosajón<sup>72</sup>. De ese modo, para los efectos de responsabilidad y funcionalidad de administración del patrimonio, tanto en el derecho de Liechtenstein como en el ordenamiento jurídico panameño, las normas relacionadas con el fideicomiso son un complemento y de manera subsidiaria se recurre a las normas del derecho civil.

Ésta figura se enfoca como un acto jurídico que se somete a reglas especiales sobre la donación, en lo que respecta a su causa jurídica, y al derecho registral en cuanto a su validez y efectos de incorporación. Sin embargo, en lo concerniente a su funcionabilidad y responsabilidad, podemos precisar que la fundación de interés privado se subordina a reglas aplicables a los convenios sobre fideicomisos, toda vez que su administración opera como una especie de fiducia, al otorgarle al Consejo de Fundación una serie de derechos por medio de la gestión y administración de dicha persona jurídica.

Por otra parte, resulta incuestionable la función que juegan las fundaciones de interés privado como instrumentos complementarios del régimen de protección de activos o de patrimonios dentro del ordenamiento civil panameño, al ser un ente legal que se sitúa en una fase intermedia entre una

---

<sup>72</sup> BOUTIN, Gilberto, "Del Role de la Fundación de Interés Privado en el Derecho Panameño", Memorias del V Congreso de Derecho Procesal, 2009, pág. 150.

sociedad anónima y un fideicomiso, pero guardando características propias que le revisten de un carácter autónomo basado en un fundamento legal, pero sobre todo en una finalidad económica de conservación de los bienes, activos o patrimonios otorgados por el fundador para su debida gestión y administración. La fundación tiene como meta la conservación de los bienes asignados bajo una responsabilidad legal y fiduciaria de sus bienes en custodia. Este instituto de protección real y personal sólo puede ejercer actos de conservación y excepcionalmente actos de comercio no habituales. En fin, su distinción respecto a otras figuras aproximativas de ella, radica en el hecho que la fundación no posee propietario en el sentido estricto u ortodoxo del derecho civil, sino más bien beneficiarios que usufructúan de la propiedad dada en fundación.

### **3.9.3. Características.**

La primera característica que distingue a una fundación de interés privado es la ausencia de un propietario como tal, en virtud de que éste tipo de entidades no emiten acciones, por consiguiente no existe la investidura de propietario, socio, o tenedor accionario. Esto quiere decir que después de su constitución, el fundador no adquiere los derechos mencionados en conexión con los activos del fondo autónomo.

No obstante, sí existe la figura de beneficiarios, reconocida por la ley, que son las personas en cuyo provecho se realizan y ejecutan los fines de la

**fundación, entre los cuales se puede encontrar el propio fundador, existiendo un reglamento fundacional, que es el documento en el cual se va a plasmar la voluntad del fundador.**

**A diferencia de los otros tipos de fundaciones que reconoce la ley panameña, tales como las asociaciones o fundaciones sin fines de lucro, que requieren para su existencia que sean reconocidas por el Ministerio de Gobierno y Justicia, las fundaciones de interés privado nacen a la vida jurídica con la inscripción del pacto de constitución o acta fundacional en el Registro Público, creándose así un ente legal con independencia del fundador.**

**En suma, la finalidad de la fundación de interés privado es la de ser un vehículo de protección de los activos consignados en ella por la voluntad del fundador, con el propósito de salvaguardar la conservación de un patrimonio en función de un beneficiario designado al momento de su constitución.**

### **3.10. Distinción entre fideicomiso y fundación de interés privado.**

**A continuación, señalamos una serie de aspectos que diferencian a estos instrumentos jurídicos:**

**1. El fideicomiso es un contrato que nace de la voluntad del fideicomitente, en donde transfiere la propiedad a favor del fiduciario o *trustee* para que este último la administre en beneficio de terceros denominados fideicomisarios, o bien**

**del propio fideicomitente. En tanto que la fundación de interés privado consiste en un binomio basado en un acto de mera liberalidad, en el cual basta la sola declaración para su perfeccionamiento.**

**2. El fideicomiso no es una persona jurídica, permanece como un simple contrato. Por su parte, la fundación de interés privado constituye un ente legal que tiene una personalidad jurídica con capacidad para contratar, ejercer derechos y contraer obligaciones.**

**3. Existe una relación de afinidad entre ambas figuras, ya que las mismas constituyen vehículos de protección de activos y de planeamiento fiscal, es decir, su papel va a ser el de conservación y administración de patrimonios y fortunas.**

**Fábrega Polleri sintetiza las diferencias existentes entre la fundación de Interés Privado y el fideicomiso al determinar que éste último no es un ente jurídico: carece de personería y capacidad legal por su origen convencional al formalizarse mediante un contrato, en virtud del cual una persona, el fideicomitente, acuerda transferir la propiedad de bienes a un tercero, denominado fiduciario, para que disponga de los mismos según los términos del contrato en provecho de beneficiarios, dentro de los cuales puede encontrarse el fideicomitente. En cambio, la fundación de interés privado es un ente con identidad propia y personería jurídica distinta de su fundador, por lo que cuenta con capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones.**

## **CAPITULO CUARTO**

### **LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL FIDEICOMISO INTERNACIONAL Y LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO.**

## **4.1. El problema de la determinación de la ley aplicable al fideicomiso internacional.**

### **4.1.1. Consideraciones preliminares.**

Desde sus inicios en el derecho anglosajón, la figura del *trust* y nuestro actual fideicomiso ha sido una herramienta jurídica que aporta nuevas soluciones y posibilidades para el encuadre de operaciones jurídicas e igualmente útiles para todo tipo de negocios y propósitos personales, llegando a formar parte en algunos países, de la vida diaria de las personas, no concibiéndose por ejemplo, una planeación testamentaria sin la presencia de un fideicomiso.

Actualmente se considera al fideicomiso como el vehículo más idóneo y flexible para esquemas de inversión colectiva e incluso, en algunas legislaciones es concebido como el medio adecuado para las sociedades de inversión.

No obstante, a pesar de las bondades de esta institución, existe el consenso a nivel interno en que el carácter internacional del fideicomiso y de las fundaciones de interés privado como instrumentos de administración de fortunas y planificación financiera, constituye una materia que ha tenido escaso tratamiento doctrinario a nivel nacional, salvo algunas valiosas excepciones, motivo por el cual pretendemos aquí efectuar un estudio de las normas de

derecho internacional privado vinculadas a estos dos vehículos de administración de fortunas.

#### **4.2. Principios de derecho internacional aplicables al fideicomiso.**

En el caso panameño, nuestro sistema de Derecho Internacional Privado sigue el clásico método conflictualista desarrollado por los países característicos del derecho codificado, en los cuales es la regla de conflicto el método utilizado para dirimir el problema que genera la determinación de la ley aplicable ante un eventual conflicto de leyes. Dentro de ese contexto, hemos de ver el aspecto referente al carácter internacional del fideicomiso y la noción de fideicomiso internacional.

##### **4.2.1. El carácter internacional del fideicomiso.**

Desde su origen en el derecho anglosajón, el fideicomiso ha sido un instrumento jurídico que ha aportado nuevas soluciones y posibilidades a las operaciones jurídicas, lo que ha motivado que muchas legislaciones hayan adoptado esta figura, debido a la influencia de inversiones extranjeras.

Así, siendo el fideicomiso un acto unilateral de transmisión de la propiedad privada, se da en este instituto la combinación de dos tipos de reglas: Por un lado se encuentran las normas relativas a dirigir la autonomía de la voluntad del fideicomitente o *settlor*, contenidas en los artículos 973, 974, 976,

1106 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 1 de 1984, en tanto que por el otro lado están las reglas referentes a la libre circulación o disposición de la propiedad privada representada en el estatuto real, las cuales se encuentran reguladas en los artículos 6 y 631 del Código Civil.

En el plano del Derecho Internacional, la constitución del negocio jurídico del fideicomiso puede presentar varios vínculos de conexión o puntos de contacto generados por la relación fiduciaria, permitiendo la concurrencia o aplicación de varias leyes sucesivas desde su formación hasta su final ejecución. Es por ello que el fideicomiso puede, en no pocas ocasiones, contener elementos supranacionales, por ejemplo en el caso de que el fiduciante, el fiduciario o el beneficiario sean personas con domicilio en el extranjero, o que el fiduciario opere en el extranjero, o que los bienes fideicomitidos se encuentren en distintos países.

Estos casos *iusprivatistas* pueden tener como consecuencia la intervención de distintos ordenamientos jurídicos de diversos estados, entre los cuales se hace necesario determinar cuál, entre todos ellos, será la ley aplicable a dicho negocio jurídico.

El carácter internacional del fideicomiso y sus implicaciones, constituye cada día un instituto más conocido y menos excepcional debido a su rápida proliferación fiscal (relacionada con los *tax heaven*), la conformación de *trust companies*, muy especialmente en el área del Caribe, sin desatender el hecho

de su aceptación dentro de algunos Estados de la comunidad europea, especialmente el Gran Ducado de Luxemburgo y de igual manera el Principado de Liechtenstein, constituyendo en gran parte las denominadas carteras o portafolios de administración de fortunas, todo lo cual lleva a inferir que el *trust* como sí, constituye un patrimonio universal no exclusivo de la *Common Law*.

En suma, la internacionalización del fideicomiso, entendido como un acto unilateral de transmisión de la propiedad privada, dependerá de los siguientes aspectos:

- a. De la voluntad del constituyente, quien determinará el foro jurisdiccional.
- b. Del lugar de la conclusión del documento.
- c. Del lugar donde se administren los bienes fideicomitidos.

La concurrencia de cualquiera de estos elementos, al igual que los demás aspectos ya señalados, como que el fiduciante, fiduciario o beneficiario se encuentren domiciliados en el extranjero, o que el fiduciario opere en el extranjero, o los bienes fideicomitidos se encuentren en el extranjero, implica que un fideicomiso sea calificado como internacional, con todas las consecuencias que un acto con esta caracterización conlleva.

#### **4.2.2. Noción de fideicomiso mercantil internacional.**

Todo fideicomiso está sujeto a un derecho determinado tanto en el plano interno como en el plano internacional. Sin embargo, cuando se trata de un

negocio jurídico fiduciario con caracteres internacionales debe intervenir entonces el método conflictual para la localización sobre cuál derecho o jurisdicción va a ser la competente para regirlo.

De modo tal que, cuando la relación fiduciaria contenga elementos de extranjería o pretenda producir sus efectos extraterritorialmente más allá del circuito doméstico de las partes, obliga a efectuar un planeamiento de la ley aplicable, de la misma manera que los inversionistas o empresarios efectúan un planeamiento financiero y fiscal de sus inversiones.

#### **4.3. El régimen fiduciario en el Derecho Internacional Privado panameño.**

En el caso de conflictos de leyes, en el fideicomiso surgen las siguientes interrogantes: ¿Qué ley rige la validez del acto del fideicomiso en cuanto a su forma? ¿Qué ley rige los efectos del fondo derivados de esta operación?

Al internarnos en el estudio de la determinación de la ley aplicable en el plano de la relación fiduciaria con carácter internacional, lo que se busca es dilucidar los criterios de conexión básicos a retener, así como, en el evento de silencio o imperfección del negocio jurídico, cómo proceder cuando el constituyente del *trust* no designe expresamente la ley aplicable.

En la mayor parte de los casos, la internacionalización del fideicomiso dependerá no tan solo de la voluntad del constituyente, sino del reparto o

distribución de los bienes objeto del fideicomiso, así como del fraccionamiento de la ejecución de la obligación del fiduciario-*trustee*, que en base al instrumento fiduciario deba ejecutarlo en distintos países. Por consiguiente, la delimitación de las conexiones o puntos de contacto para la búsqueda de la ley aplicable responderá en muchos casos a los elementos anteriormente señalados, y que nuevamente reafirmamos por su grado de importancia: la voluntad del constituyente quien determinará el foro jurisdiccional competente, el lugar de la conclusión del documento o bien, el lugar donde se administren los bienes fideicomitados.

En la órbita del planeamiento del derecho, es decir, en la órbita de los conflictos de leyes, debe tomarse en cuenta la ley aplicable al fondo y examinar con previa antelación la aplicabilidad y pertenencia del derecho o jurisdicción a conocer la conclusión del contrato fiduciario, a fin de prever por un lado, si esta ley es flexible y protectora de los activos, y otro lado, prever que el resultado final sea en favor del tercero o beneficiario o del interés del objeto del fideicomiso constituido, con el fin justamente de garantizar los activos al beneficiario designado en el contrato fiduciario o en el reglamento. Bajo este mismo concepto, sería absurdo entonces, designar dentro de un contrato fiduciario con carácter internacional una ley cuyo ordenamiento jurídico sea hostil a esta institución, o bien que dicho ordenamiento jurídico desconozca la materia o no acepte el reconocimiento del fideicomiso extranjero con los efectos a producir en su territorio.

Por lo tanto, se hace necesario la coordinación previa de las normas aplicables a la relación contractual de modo tal que armonicen la transmisión de los fondos al fideicomiso, su administración y finalmente, su puesta en ejecución de la condición o del plazo pactado por el fideicomitente ante el fiduciario.

Ya hemos dicho que en los casos en que convergen diversos elementos que guardan relación con varios ordenamientos jurídicos, se hace necesario determinar cuál es la ley aplicable al negocio jurídico fiduciario.

Ahora bien, a efectos de determinar el ordenamiento jurídico aplicable es necesario analizar cuál es la naturaleza jurídica del fideicomiso, a fin de determinar que normas indirectas de derecho internacional privado deberán aplicarse para establecer la ley aplicable a dicha relación jurídica.<sup>73</sup>

En el caso del derecho patrio, la ley resuelve uno de los más intrincados problemas de este complejo instituto del fideicomiso-*trust*, al establecer por medio de la Ley 1 de 1984, específicamente a través del artículo 1, cuál es el reconocimiento que el derecho panameño le da a la institución del fideicomiso. Dicha disposición legal es del tenor siguiente:

***"Artículo 1: El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre***

---

<sup>73</sup> Arellano García, citando a Calcedo Castilla, señala que calificar es determinar cuáles son los elementos indispensables para que una institución jurídica se considere como tal y no como otra institución. ARELLANO GARCÍA, pág. 89.

*o disponga de ellos a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente. Las 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 esta Ley”.*

Vemos pues que el legislador panameño concibe al negocio fiduciario como un acto jurídico, a la vez que le imprime un valor unitario al determinarlo como un acto unilateral de voluntad autónoma.

Cabe destacar que en otras legislaciones el fideicomiso es concebido de otra manera. Por ejemplo en Argentina, en donde el artículo primero de la Ley 24.441 del año 1994 concibe al fideicomiso como un contrato y como tal, frente a un caso *iusprivatista*, resulta razonable que se le apliquen las normas indirectas que rigen en materia contractual. Dicha norma del fideicomiso argentino dice lo siguiente:

*“Artículo 1 (Ley 24.441): Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quién se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.*

De igual forma, en virtud de su naturaleza contractual, el legislador ha dejado a las partes involucradas en el fideicomiso y a su autonomía de la voluntad, la libertad sobre muchos de los aspectos que regularán este contrato.

Por otra parte, debe mencionarse también que el artículo 11 de la Ley de fideicomiso argentina establece que *“sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título IV del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando estos no sean cosas”*, esto es, el referido a los derechos reales.

#### **4.4. Determinación de la ley aplicable a la validez del fideicomiso**

##### **4.4.1. Lineamientos generales**

Veremos a continuación los aspectos generales relacionados con la determinación de la ley aplicable relacionados con la validez del fideicomiso y los aspectos intrínsecos de esta temática.

##### **4.4.2. Conflicto de leyes.**

La determinación de la ley aplicable respecto a la validez del fideicomiso, reviste dos puntos sobresalientes: en primer lugar, la ley aplicable a las condiciones de forma y en segundo lugar, la ley aplicable a los efectos del fideicomiso, es decir, a los derechos y obligaciones que constituyen el fondo del acto fiduciario, para lo cual hay que determinar cuales son los principios aplicables a los puntos arriba señalados, considerando que los conflictos de

carácter internacional deben ser calificados por el juez con base en los datos que le ofrece su propio sistema de derecho positivo.

#### **4.4.3. Criterios para la determinación de la ley aplicable a las condiciones de forma.**

En lo que respecta a la regulación de todo lo atinente a la forma y las formalidades del fideicomiso, mantiene su vigencia la regla latina *lex locus regit actum*. No obstante, como en toda doctrina de derecho internacional privado, persiste el saber si la forma y las formalidades son en cierta medida, aspectos esenciales que las partes no pueden desconocer. Así, se considera que esa respuesta la brinda el artículo 4 de la ley de fideicomisos al señalar que la voluntad de constituir un fideicomiso debe ser hecha de manera expresa y contar con carácter documental. En tal sentido, citamos la disposición aludida, la cual señala lo siguiente:

***“Artículo 4: La voluntad de constituir el fideicomiso deberá declararse expresamente y por escrito. En consecuencia, no valdrán los fideicomisos verbales, presuntos o implícitos”.***

La norma citada, relacionada con la formalidad de los actos internacionales, al determinar que la constitución del negocio fiduciario debe hacerse de manera expresa y al exigir que el mismo debe hacerse por escrito, recoge el principio *lex*

*locus regit actum*, según el cual la forma y las solemnidades de dicho acto serán regidos por la ley del lugar de la celebración del acto jurídico.

Cabe destacar que esta norma de origen consuetudinario es una de las más antiguas del derecho internacional privado y que su evolución y posterior concepción se hizo para que estuviera acorde a los intereses de los comerciantes, siendo que, de acuerdo con este principio la ley aplicable a un contrato es la ley del lugar de su celebración. En su origen, conforme a este principio se determinaba la ley aplicable a la forma y al fondo de dicho contrato y actualmente se le considera, por lo general, únicamente en cuanto a la forma.<sup>74</sup>

Hay que tener en cuenta que esta formalidad también resulta aplicable al fideicomiso testamentario, ya que éste deberá adecuarse a la forma de testamento, salvo cuando el fiduciario sea una persona dedicada a esta actividad.

---

<sup>74</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel. "Derecho Internacional Privado", parte general, séptima edición, Oxford University Press, México, 1999.

#### **4.4.3.1. La regla *lex locus regit actum* en el Derecho Internacional Privado panameño.**

El derecho panameño recoge el aforismo latino que señala que la forma de los actos se rige por la ley del lugar de su otorgamiento, principio que se encuentra en la norma de conflicto consagrada en el artículo 7 del Código Civil, el cual es del tenor siguiente:

**“Artículo 7: La forma y las solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se determinan por la ley del país en que se otorgue a menos que tratándose de actos o contratos que hayan de cumplirse o surtir efecto en Panamá, los otorgantes prefieran sujetarse a la ley panameña. Pero en todo caso, la autenticidad de tales instrumentos, actos o contratos, se probará según las reglas establecidas en el Código Judicial. La forma se refiere a las formalidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresen”.**

**(Lo subrayado es nuestro).**

La regla contenida en la disposición arriba citada, expresa el carácter de validez de un acto en un país extranjero en cuanto a su forma externa y a la autoridad que la expida, ya que debe sujetarse a las formalidades del mismo. Este principio de carácter universal establece la regla preferencial de conflicto de la forma de los documentos, según el cual ésta debe estar sujeta a la ley del lugar de la celebración del acto jurídico.

Es importante señalar que la regla *lex locus regit actum* no es de carácter imperativo, ni absoluto, y en consecuencia se le imponen algunas limitaciones a su aplicabilidad. El requisito de la formalidad puede ser modificado cuando las reglas de aplicación inmediata o por razones de publicidad, afectando la relación personal frente a los bienes o la relación contractual, exijan de manera imperativa determinadas formalidades dentro de una conexión distinta a la ley del lugar de la celebración.<sup>75</sup>

#### **4.4.3.2. La nacionalidad del fideicomiso.**

En el ámbito internacional, la Ley que gobierna la nacionalidad de las personas jurídicas se divide en dos grandes criterios de conexión. Por un lado se encuentra el criterio de la incorporación, y por otro lado está el criterio de la sede social o centro de toma de decisiones. Ambos, constituyen los criterios que sirven de base para establecer la regla de existencia y funcionabilidad de los órganos societarios y la forma de transmisión y cambio de nacionalidad y extinción de los entes ficticios.

Es la nacionalidad el criterio que define el vínculo de obediencia jurídica al cual debe estar sometida toda persona moral o ficticia. De ese modo, el estatuto

---

<sup>75</sup> BOUTIN, Gilberto, "Derecho Internacional Privado", Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 2002, pág. 563.

legal del patrimonio de afectación autónomo del fideicomiso debe ser determinado en base a la ley de su creación. Siendo entonces que, será la ley de su creación la que determinará el derecho de goce y las prerrogativas de todo fideicomiso, tales como renuncia a la jurisdicción local, elección de una ley distinta a la de su creación, régimen fiscal, así como también las causas de su extinción.

En la ley de fideicomisos panameña, los elementos determinadores de la nacionalidad del fideicomiso se encuentran consagrados en los numerales 9, 10 y 11 del artículo 9 de la Ley 1 de 1984, los cuales citamos a continuación:

***“Artículo 9: El instrumento de fideicomiso deberá contener:***

***...***

- 9. La designación de un Agente residente en la República de Panamá que deberá ser un abogado o firma de abogados, quien deberá refrendar el instrumento de fideicomiso.***
- 10. Domicilio del fideicomiso en la República de Panamá.***
- 11. Declaración expresa de que el fideicomiso se constituye de acuerdo con las leyes de la República de Panamá”.***

De ese modo, y con base en los numerales citados del artículo 9 de la Ley de fideicomisos, estos aspectos relacionados con la designación del agente residente, el domicilio fijado en la República de Panamá o la declaración expresa de someterse a las leyes de la República de Panamá, constituyen los elementos que sigue la ley panameña para determinar la nacionalidad del fideicomiso, siendo estos requisitos de forzoso cumplimiento.

Dentro de ese contexto, también hay que considerar lo dispuesto en el artículo 40 de la ley de fideicomisos panameña, que regula lo referente a la nacionalización del fideicomiso extranjero, el cual es del tenor siguiente:

***“Artículo 40: Los fideicomisos constituidos de conformidad con una ley extranjera podrán acogerse a la ley panameña, siempre que el fideicomitente y el fiduciario o éste solo, si así lo autoriza el instrumento de fideicomiso, hagan una declaración en tal sentido, sujetándose a los requisitos de fondo y a las formalidades establecidas en esta ley para la constitución del fideicomiso”.***

El artículo 40 permite la nacionalización del fideicomiso extranjero, condicionándolo al hecho de que, tanto el fideicomitente como el fiduciario, declaren de manera expresa su consentimiento de someterse a la ley panameña y a las formalidades que conlleva la sujeción al derecho panameño.

La transferencia de un fideicomiso extranjero al sistema fiduciario panameño puede entrañar un conflicto de leyes en el tiempo, conocido también como conflictos móviles, en donde intervienen dos legislaciones que buscan gobernar en el tiempo un mismo instituto o relación jurídica. Este hecho produciría la intervención de las normas de derecho transitorio establecidas en el Código de Comercio, concretamente en el artículo 21, que señala que todo derecho real adquirido bajo una ley en conformidad con ella, subsiste bajo el amparo de otra, pero en cuanto a su ejercicio y cargas, prevalecerán las dispuestas en la nueva ley.

La transferencia de fideicomiso se produce en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y a la sujeción total del nuevo patrimonio a las disposiciones panameñas. Toda transferencia de fideicomiso obedece a la aplicación distributiva de la ley de la creación del fideicomiso con la ley receptiva de la nueva jurisdicción.<sup>76</sup>

#### **4.4.4. Criterios para la determinación de la ley aplicable a las condiciones de fondo.**

Los efectos del fideicomiso son los derechos y obligaciones que se derivan del instrumento del fideicomiso y es lo que algunos denominan las condiciones de fondo, siendo que el principio de autonomía de la voluntad se encuentra íntimamente relacionado con la determinación de la ley aplicable y las condiciones de fondo del fideicomiso.

##### **4.4.4.1. El principio de la autonomía de la voluntad.**

En toda convención de derecho, acuerdo o contrato, la regla de oro consiste en la autonomía de la voluntad de las partes. De ese modo, siendo que el estudio que nos ocupa se refiere al problema que implica la determinación del

---

<sup>76</sup> BOUTIN, "El fideicomiso...", *op. cit.*, pág. 32.

derecho aplicable a un fideicomiso de carácter internacional, cabe preguntarse si la regla de conflicto edificada en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, puede constituirse en la ley que regule los efectos o derecho sustantivo que emanen de dicho acto jurídico.

Antes de entrar a ver el papel del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el régimen fiduciario, consideramos conveniente referirnos brevemente al principio de la autonomía y el papel preponderante que ha desempeñado esta figura en el campo del derecho internacional privado.

El principio de la autonomía de la voluntad implica el poder otorgado a las partes de gobernarse por sus propias leyes, y por tal razón puede concebirse como un órgano creador de Derecho, el cual fue erigido como pieza maestra de la filosofía del Derecho que dominó el siglo XIX, por parte del denominado individualismo jurídico, que en su momento consideró al individuo como una voluntad libre, desprendida del medio social. En ese sentido, Feldstein considera que la autonomía de la voluntad de las partes significa que las partes pueden elegir la ley que habrá de regir sus contratos internacionales.<sup>77</sup>

En el campo de la contratación privada internacional, la regla de oro de la autonomía de la voluntad de las partes, como inspirador del ámbito contractual, supone la aparición de un elemento interpretativo que ayuda a la solución del

---

<sup>77</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. "Contratos Internacionales", Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1995, pág. 63.

caso concreto. De ese modo, se le brinda a las partes la posibilidad de escoger entre todos los ordenamientos, aquél que se adapte mejor a sus necesidades, lo que supone introducir un campo ilimitado de soluciones del que las partes, como destinatarias son responsables.<sup>78</sup>

La autonomía de la voluntad no es un punto de conexión aislado sino que se adopta en los diferentes principios que inspiran los ordenamientos jurídicos en los que se enmarca, destacando en materia contractual la confrontación entre la libertad y la seguridad o certeza jurídica que inspiran su inclusión en un determinado orden jurídico.

No obstante y a pesar de la permisibilidad con que puedan contar las partes en la elección de la ley aplicable, hay que tener en cuenta que el principio de la autonomía de la voluntad es objeto de una serie de limitaciones que los ordenamientos jurídicos han ido imponiendo, ya sea legislativa o jurisprudencialmente, a fin de que evitar que la elección de un determinado ordenamiento jurídico sea contrario a los intereses de dicho ordenamiento jurídico.

Con todo y las limitaciones que se le aplican al principio de la autonomía de la voluntad, este principio tiene como punto fundamental el de permitir a las partes elegir la ley que regulará su negocio jurídico, incluso con posterioridad a

---

<sup>78</sup> PARRA RODRÍGUEZ, Carmén, "El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos", José María Bosch, Barcelona, 2002, pág. 225.

la celebración del acto, o todavía más allá, permitiendo que sean distintos ordenamientos jurídicos los que gobiernen dicha relación jurídica.

Volviendo al punto de la elección del derecho aplicable a un fideicomiso internacional, pregunta obligada es si en un fideicomiso de carácter internacional, es posible que las partes puedan elegir la ley aplicable.

Dentro de ese ámbito se señala que no cabe apartarse de los principios generales en la materia, tomando en consideración que diversos ordenamientos jurídicos permiten que las partes involucradas en un acto convencional de carácter internacional puedan gozar de la denominada autonomía conflictual que les permite determinar la ley aplicable a su relación jurídica.

A modo de ejemplo, en el caso argentino, LISDERO, citando al profesor de Derecho Internacional Privado Antonio Boggiano manifiesta que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha aceptado y ratificado que en los contratos internacionales las partes gozan de la facultad de elegir convencionalmente la aplicación al contrato de una ley extranjera, determinándose que, en efecto, las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato elaborando la norma de conflicto individual que seleccionará el derecho aplicable.<sup>79</sup> En el caso del

---

<sup>79</sup> LISDERO R., Alfredo, "Ley aplicable al fideicomiso internacional".

fideicomiso panameño, el artículo 38 del Ley 1 de 1984 prevé como regla de conflicto de la autonomía de la voluntad del fideicomitente, es decir, la voluntad del constituyente en elegir en el pacto fiduciario cuál es la ley aplicable al régimen fiduciario. Esta disposición establece lo siguiente:

***“Artículo 38: Los fideicomisos constituidos de acuerdo con las leyes de la República de Panamá, se regirán por la ley panameña. Sin embargo, podrán sujetarse en su ejecución a una ley extranjera si así lo dispone el instrumento de fideicomiso.***

***El fideicomiso, así como los bienes del mismo, podrán trasladarse o someterse a las leyes o jurisdicción de otro país, según lo dispuesto en el instrumento de fideicomiso”.***

(Lo subrayado es nuestro).

El criterio expuesto en la norma citada indica que la ley reguladora del fideicomiso será en primera instancia la ley panameña, siendo susceptible de ser aplicado el derecho extranjero si así lo señala de manera expresa el fideicomiso, pudiendo la ley designada por el fideicomitente o *settlor* la que entre a regir los efectos de fondo de dicha relación jurídica, salvo aplicación de la Convención de La Haya, siendo ésta también la que regule las obligaciones del fiduciario, ya sea que éste se obligue personalmente o en representación del fideicomiso, por lo que se concluye que, en virtud de lo expuesto, nada obstaría a que las partes en un fideicomiso que posea elementos internacionales, efectúen la elección de la ley que lo regirá.

Lo anterior quiere decir, que con base en lo dispuesto en el artículo 38, un fideicomiso de nacionalidad panameña puede ser sometido a una ley distinta a la de su incorporación o de su existencia, en virtud de la aplicación de la regla de oro de la contratación privada internacional, esto es, por el protagonismo que ejerza el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, ejercido en toda su plenitud dentro del fideicomiso.

Especial mención merece también el segundo párrafo del artículo 38, según el cual *“el fideicomiso, así como los bienes del mismo, podrán trasladarse o someterse a las leyes o jurisdicción de otro país;...”*. A través de dicho párrafo, se reconoce la posibilidad de que el fideicomiso, en lo que respecta a su ejecución, así como los bienes del mismo puedan ser trasladados o sometidos, ya sea a una ley extranjera, o bien a la jurisdicción de otro país, sustrayéndose así del gobierno y regulación de la ley panameña.

Lo anterior permite la incorporación de lo que se denomina la cláusula atributiva de jurisdicción o la cláusula compromisoria de arbitraje, para efectuar efectivamente una elección del foro en materia fiduciaria con efectos internacionales.

Por otra parte, este criterio de la regla de la autonomía de la voluntad como factor de conexión por antonomasia, requiere de ciertas reflexiones. En virtud de la regla de oro de la autonomía de la voluntad de las partes, podemos señalar que un fideicomiso cuyo objeto sea de carácter internacional, en virtud

del principio de la autonomía de la voluntad, ésta puede ejercer su plenitud designando dentro de un fideicomiso de nacionalidad panameña que la relación fiduciaria interna se rija por una ley distinta a la Ley panameña, tal como se infiere del primer párrafo del artículo 38 *ut supra* citado.

#### **4.5. El fraccionamiento de la ley aplicable.**

Terminábamos el apartado anterior haciendo mención de la plenitud con que puede ser aplicada el principio de la autonomía de la voluntad de las partes dentro de un fideicomiso internacional, en función de las posibilidades permitidas por el artículo 38 de la ley de fideicomisos panameña.

El artículo 38 reconoce la posibilidad de que los bienes que forman parte del fideicomiso puedan ser trasladados o sometidos a las leyes o jurisdicción de otro país, según lo que sea establecido en dicho instrumento. Asimismo, el artículo 40 permite que un fideicomiso constituido de conformidad con una ley extranjera pueda ser sometido al Derecho panameño, previa declaración expresa por parte del fideicomitente y el fiduciario, o de éste sólo, de que el fideicomiso será sometido a los requisitos de fondo y a las formalidades que se exigen para la constitución del fideicomiso.

Estas dos normas permiten lo que se conoce como el fraccionamiento de la ley aplicable o *dépeçage*, tal como se le conoce en la doctrina francesa, según

el cual, o un negocio contractual puede estar gobernado por diferentes ordenamientos jurídicos y el mismo se debe entender como un instrumento en manos de las partes para conseguir la optimización de un contrato.

En ese sentido, la función del *dépeçage* consistiría en conseguir por un lado que el contrato se adaptase de la mejor forma posible a la voluntad de las partes y por otro obtener el respeto de las leyes en vigor de aquellos países con los que el contrato presenta vínculos estrechos. Estos objetivos se lograrían a través de dos sistemas básicos de fraccionamiento del contrato como serían el *dépeçage* voluntario y el involuntario, diferenciado dentro de éste último entre el *dépeçage* institucional, el *dépeçage* por aplicación de normas imperativas y el *dépeçage* judicial.<sup>80</sup>

Veamos cada una de estas clases de *dépeçage*:

#### **4.5.1. El *dépeçage* involuntario:**

Esta forma de *dépeçage* queda fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, siendo un límite a la elección realizada por las partes. Sin embargo, este tipo de *dépeçage*, en sus diferentes manifestaciones ha estado tradicionalmente vinculado a la contratación internacional, siendo objeto de regulación en los ordenamientos internos por diferentes motivos, reconociéndose

---

<sup>80</sup> PARRA RODRÍGUEZ, *op.cit.* pág. 281.

entre las modalidades de *dépeçage* involuntario las que a continuación mencionamos:

#### **4.5.1.1. El *dépeçage* institucional:**

Su origen doctrinal se encuentra en las teorías de Savigny, para quien era posible buscar la ley aplicable a la obligación, pero no la ley aplicable al contrato y a nivel jurisprudencial se sitúa en los tribunales suizos. Esta teoría desarrollada en la doctrina suiza parte del hecho de que la autonomía de la voluntad de las partes se limitaba a elegir la ley reguladora para los efectos del contrato, quedando regulada la validez y la formación del mismo por la *lex loci conclusiones*.

#### **4.5.1.2. El *dépeçage* judicial:**

Esta figura aparece principalmente en el Derecho Anglosajón y se fundamenta en el poder que tenían los jueces de sustraer el contrato de las normas imperativas de la *proper law* si ésta no era necesaria para cumplir los objetivos del contrato, a pesar de que esta actuación judicial atentaba directamente contra la autonomía de la voluntad de las partes.

No obstante, según se desprende de la doctrina y jurisprudencia inglesa, este tipo de *dépeçage* ha sido atemperado, con el fin de evitar que los jueces tuvieran un poder de elección sobre el contrato que pudiera hacer peligrar la elección efectuada por las partes.

#### **4.5.2. El *dépeçage* voluntario:**

Este es el que se da por la elección de las partes y se encuentra íntimamente relacionado con la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto que es el que otorga a las partes la posibilidad de determinar que un mismo contrato sea sometido a las leyes que consideren más beneficiosas para el desarrollo de ese negocio contractual o incluso someter las partes más técnicas del contrato a aquellos ordenamientos que tengan reglamentaciones más avanzadas, lográndose así lo que la doctrina denomina la máxima realización del interés de las partes. Esta forma de *dépeçage* puede manifestarse de forma expresa y de forma tácita.

##### **4.5.2.1. El *dépeçage* expreso:**

Es el que las partes han establecido en el contrato, siendo considerado como beneficiosa su regulación por leyes diferentes. A pesar de las ventajas que aparentemente ofrece la posibilidad de fraccionar el contrato, en la práctica ha quedado evidenciado que las partes raramente utilizan diferentes leyes para regularlo, si no es para usarlas cumulativamente, con la cual ya no sería un *dépeçage*, sino una confluencia de diversas leyes llamadas todas a regular con sus principios un mismo contrato.

La doctrina ha establecido que el *dépeçage* es utilizado de manera voluntaria en los siguientes casos:

1. Para regular contratos complejos que pueden fraccionarse en diferentes operaciones separables entre sí, como es el caso del contrato de préstamo y el contrato de fianza.

2. Para regular los elementos de un contrato que son fácilmente separables del resto, como sucede en los contratos de transporte, en donde por ejemplo, el contrato de flete se encuentre sometido al Derecho de determinado Estado, en tanto que el plazo de descarga se encuentre sujeto a la legislación de otro Estado.

3. Para someter una parte concreta de un contrato, que es objeto de litigio entre las partes al derecho del foro.

#### **4.5.5.2. El *dépeçage* tácito:**

Esta modalidad de *dépeçage* presenta una problemática, ya que el ámbito limitado en el que actúa la autonomía de la voluntad parece excluir la posibilidad de que las partes apliquen voluntaria y tácitamente diferentes leyes a un mismo contrato.

Luego de vistos los diversos tipos de *dépeçage* que se reconocen en el ámbito de la contratación privada internacional, podemos concluir que la ley de

fideicomisos panameña da pie a que se den situaciones de fideicomisos con las características de fraccionamiento de la ley aplicable, es decir, que dicha figura se encuentre gobernada por diferentes ordenamientos jurídicos, tal como se desprende de los artículos 38 y 40 de dicha ley, con lo cual la existencia del fideicomiso puede estar sujeta a la ley de su incorporación, mientras que la ejecución puede estar sometida a una ley distinta.

De igual forma, las partes pueden disponer en el instrumento la viabilidad de cambio o redomiciliación del instrumento fiduciario, siempre y cuando conste en dicho documento, tal como lo dispone el propio artículo 38.

#### **4.6. La noción de orden público internacional**

Por orden público se entiende la excepción o autodefensa que tiene todo ordenamiento jurídico del juez del foro para rechazar la aplicación de una ley extranjera normalmente competente cuya aplicación en el ordenamiento jurídico del foro ofendería o violentaría principios fundamentales de dicho sistema jurídico.

Se caracteriza porque habiendo resultado competente la norma jurídica extranjera, al decidirse el conflicto de leyes, no se aplica ese cuerpo normativo. Se invocan altos intereses sociales, muchas veces imprecisos y de gran subjetividad, con el nombre de orden público para dejar de aplicar la norma

**jurídica extranjera que de acuerdo con el Derecho Internacional Privado, se ha determinado como norma competente. Se trata de un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, pues de aplicarse, provocaría un malestar social, impediría la satisfacción de una necesidad colectiva o evitaría la obtención de un beneficio para el conglomerado.<sup>81</sup>**

**De acuerdo con la doctrina imperante, en el orden público concurren los siguientes factores:**

- 1. La existencia de un conflicto de leyes.**
- 2. La determinación de la norma jurídica extranjera competente, por parte de la norma de conflicto.**
- 3. Se decide la no aplicación de la norma jurídica extranjera por ser contraria al orden público del foro.**
- 4. De ese modo, el orden público es un elemento que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera cuando ésta sea contraria a los intereses de una sociedad.**
- 5. En la noción de orden público se puede evidenciar una incertidumbre, imprecisión o subjetividad, toda vez que se requiere de la determinación de esos intereses sociales que exigen la no aplicación de la norma jurídica extranjera competente.**

---

<sup>81</sup> ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 905.

El jurista uruguayo Santos Belandro, citando a Goldman, sobre el orden público, sostiene que el orden público internacional así comprendido, es esencialmente interno, en cuanto impide la aplicación de las leyes extranjeras que sean contrarias a los fundamentos morales, políticos y sociales de una determinada colectividad nacional, o a la eficacia de ciertas políticas legislativas del Estado que el juez encarna.<sup>82</sup> Este orden público interno para uso internacional es más restringido que el orden público relativo a las relaciones de derecho interno.

#### **4.6.1. La noción de orden público en el derecho panameño.**

Las normas de Derecho Internacional Privado panameño, consagran los casos en que se excluye la aplicación de la ley extranjera, específicamente cuando la ley extranjera designada sea violatoria del orden público panameño, toda vez que éste al igual que las buenas costumbres no pueden ser alteradas por una convención particular, siendo que el orden público constituye una especie de freno frente a la aplicación de leyes extranjeras que violen principios jurídicos fundamentales de nuestro sistema jurídico.

En el derecho positivo panameño, la noción de orden público se encuentra contenida en el artículo 7 del Código de Comercio y en el artículo

---

<sup>82</sup> SANTOS BELANDRO, Rubén. "Arbitraje Comercial Internacional", tercera edición, Oxford University Express, México, 2000, pág. 119.

1106 del Código Civil, los cuales citamos a continuación. En primer lugar, nos referimos al Código de Comercio, así:

***“Artículo 7: No tienen valor ni efecto los actos de comercio cuya ejecución resulte ofensa al derecho público panameño o a los principios de orden público. Los que se celebren en contra de las leyes prohibitivas, serán nulos si las mismas leyes no disponen otra cosa”.***

Sobre el mismo tema aludimos a lo que dispone el artículo 1106 del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

***“Artículo 1106: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público”.***

Las normas anteriormente citadas reconocen la noción de orden público en el derecho panameño, que constituye una excepción a la aplicación del derecho extranjero en nuestro país.

Dicho lo anterior y entrando al ámbito del negocio fiduciario, en materia de fideicomisos, el párrafo final del artículo 9 de la ley de fideicomisos señala de manera expresa que ***“el instrumento de fideicomiso podrá contener además las cláusulas que el fideicomitente o el fiduciario tengan a bien incluir que no sean contrarias a la moral, a las leyes, o al orden público”***, lo que plantea el reconocimiento expreso que la ley de fideicomisos panameña hace de la noción

de orden público, como elemento enervante de la aplicación de la norma jurídica extranjera determinada como competente por la norma conflictual, por considerarse inapropiada o incongruente con el derecho panameño.

#### **4.7. La Convención de la Haya de 1985, relativa a la Ley aplicable al *Trust* y a su reconocimiento.**

##### **4.7.1. Introducción.**

La Convención de La Haya fue suscrita en 1985 y entró en vigencia a partir de 1992, siendo elaborada en la quinta sesión de Derecho Internacional Privado en La Haya, Holanda. Esta conferencia de Derecho Internacional Privado, además de resolver los agudos problemas de carácter metodológico, conflictual e incluso conceptual de esta compleja materia, ha sido el instrumento idóneo para corroborar la eliminación de barreras creadas por los derechos nacionales frente a instituciones poco conocidas dentro del Derecho continental europeo y latinoamericano, ubicadas en su origen en un contexto puramente sajón.

No obstante, es importante destacar que la Convención no pretende ni tiene por objeto introducir la categoría del *trust* en el Derecho interno de los estados que no la tienen. Su finalidad se enmarca en el hecho que para los *trusts* que nazcan en un país que conoce la institución, tenga el valor de ley

uniforme de Derecho Internacional Privado, y que, para aquellos que no la tienen, constituya una regla de solución de conflictos de la que carecen en su legislación interna, que les permita reconocer el *trust* sin poder argumentar que esa institución no existe en su Derecho interno.

En suma, lo que propone el Convenio es poner fin a los problemas de calificación que acarreaaba tratar con una figura desconocida y reconocerle ciertos efectos básicos en el estado ratificante, aunque éste carezca de una regulación de Derecho material. Vale destacar que este instrumento ha sido ratificado por Australia, Canadá, China, Italia, Reino Unido y sus colonias, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Liechtenstein, San Marino, Suiza y Mónaco.

La Convención sobre la Ley aplicable al *Trust* y su reconocimiento tiene como principal propósito el de determinar la ley aplicable a la validez, constitución, efectos y administración del fideicomiso, y de igual forma, regular aspectos relativos al reconocimiento del fideicomiso por los países signatarios.

#### **4.7.2. Noción de *Trust* en la Convención de La Haya.**

Un aspecto interesante a destacar es la circunstancia de que esta Convención de La Haya, a diferencia de lo que ocurre con otras convenciones de La Haya, optó por no incluir una definición conceptual precisa, prefiriendo

tomar más bien el camino de establecer los elementos esenciales en virtud de los cuales las partes pueden encontrarse frente a un *trust*.

El texto legal no deja de advertir, sin embargo, en su artículo 2, que para los propósitos de dicha Convención el término *Trust* se refiere a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente, por acto entre vivos o por causa de muerte, cuando los bienes han sido colocados bajo el control de un *trustee* en el interés de un beneficiario o para una finalidad determinada, y una vez cumplido éste acto, el *trust* conserva una serie de características propias, las cuales señalamos a continuación:

- a. los bienes constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;
- b. el título de los bienes que conforman el *trust* está a nombre del *trustee* o a nombre de otra persona que representa al *trustee*;
- c. el *trustee* tiene el poder y el deber, y se le considerará responsable, de administrar, emplear, o disponer de los bienes de acuerdo a lo que estipulan los términos del *trust* y los deberes especiales que le impongan al *trustee* la ley.

Sobre las características del *trust* tratadas por este instrumento legal, en lo que respecta a la independencia del patrimonio de afectación, para la Convención de La Haya los bienes del *trust* constituyen una masa distinta y no forman parte del patrimonio del *trustee*, situación que constituye una evidente

excepción a los principios fundamentales del derecho civil, en virtud de que el reconocimiento de un patrimonio de afectación en cabeza del mismo titular, quiebra los esquemas o tradiciones del derecho romano-germánico sobre esta materia.

El reconocimiento de esta circunstancia permite reflejar la noción de doble titularidad del derecho anglosajón, característica de su gestación y desarrollo. La naturaleza y alcance de la titularidad del patrimonio aportado ha sido analizado en detalle por parte de las cortes en el sistema anglosajón y según dicho sistema, uno de los elementos necesarios para que se constituya válidamente un *trust* es que el *trustee* tenga la titularidad sobre el patrimonio. Así las cosas, el *trustee* tiene un derecho real sobre los bienes y titularidad de los derechos aportados.

Para efectos del sistema anglosajón, al celebrarse un *trust* el *settlor* transmite la propiedad sobre los bienes y derechos al *trustee*. El *trustee*, como titular de los bienes aportados es responsable de su defensa frente a terceros.

Esto nos lleva a la segunda característica señalada en la Convención, según la cual el *trustee* es el titular de los bienes frente a terceros. En ese sentido, y con particulares paralelismos a la fiducia romana, el *trustee* posee la facultad de aparecer como titular de los bienes frente a terceros, y que los títulos y registros públicos o privados figuren a su nombre o al de la persona que él

indique, con la única excepción de la existencia de normas imperativas que prohiban estas acciones en un país determinado.

La última característica establecida en la Convención señala que el *trustee* tiene facultades administrativas y dispositivas, de cuya utilización debe dar cuenta.

En ese sentido, el *trustee* tiene facultades y obligaciones de administrar, disponer y dar de cuenta de los bienes, de acuerdo a los términos establecidos en el *trust* y las reglas particulares impuestas al *trustee* por la ley.

En la doctrina se señala que los poderes del *trustee* no son precisamente de contraprestación ni compensación por sus obligaciones, sino que se tratan más bien de facultades para poder cumplirlas, es decir, que están destinadas a la realización de la finalidad señalada o la obtención del beneficio para el tercero previsto en el acto constitutivo.

No obstante, Stempel Paris <sup>83</sup> señala que las obligaciones fundamentales del *trustee* se concretan a las siguientes:

1. Transmitir el dominio legal del *trust*, en el momento y la forma que el fideicomisario lo disponga.

---

<sup>83</sup> STEMPEL PARIS, Antonio, "Trust y Fideicomiso", Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Caracas, 1955, pág. 34 y siguientes.

2. Colocar el dinero sujeto a fideicomiso en las inversiones autorizadas por la ley.
3. Entregarle la posesión del *trust* cuando el fideicomisario así lo pida.
4. Proporcionar informes al fiduciario, en todo lo concerniente al fideicomiso.
5. Conservar los bienes fideicomitidos con la prudencia propia del administrador de la cosa ajena.
6. No delegar en un tercero las funciones del cargo ni enajenar la propiedad que le ha sido confiada, salvo en los casos previstos por las mismas condiciones del fideicomiso o por preceptos legales.

#### **4.7.3. Situaciones a las que no se aplica la Convención de La Haya.**

Los artículos 4 y 5 establecen de manera clara cuáles son los casos a los no les es aplicable la Convención de La Haya. Estas disposiciones son del tenor siguiente:

*“Artículo 4: Esta Convención no se aplica a los asuntos preliminares relativos a la validez de los testamentos u otros actos por medio de los cuales se transfieren bienes al trustee”.*

Según algunos autores, esta situación ha supuesto una interesante solución, en virtud de la cual se ha reconocido que un acto es el *trust* y otro muy

distinto es el acto preliminar en virtud del cual se constituye el *trust*. En ese ámbito de ideas, uno de los aportes más importantes de la Convención de La Haya ha sido el de precisar que el *trust* no existe solo, sino que es el segundo elemento de una operación jurídica que comprende dos partes, la primera de las cuales es el acto en virtud del cual los bienes son transferidos para ser colocados en *trust*. De ese modo, como la transferencia puede encontrar distintas causas como testamentos, actos unilaterales, declaraciones orales, decisiones judiciales, siendo que todos aquellos aspectos relacionados con los actos previos son regidos por las leyes que a ellos se apliquen y sólo en la segunda fase, cuando se haya constituido el *trust*, se da el ámbito de aplicación de la Convención.

Por su parte, el artículo 5 de la Convención señala lo siguiente:

*"Artículo 5: La Convención no tiene aplicación en aquellos casos en que la ley especificada en el Capítulo II no contenga disposiciones para los trusts en general o la clase de trust de que se trate".*

Esta disposición es mucha más clara y no está sujeta a ningún tipo de interpretación, ya que la misma señala que la Convención no resulta aplicable en la medida en que la ley que ha sido designada como el derecho aplicable, no conozca la institución del *trust* o la categoría del *trust* de que se trate.

#### **4.7.4. De la determinación de la ley aplicable.**

La Convención señala que la ley aplicable es la que gobernará todo lo concerniente a la relación fiduciaria, según se desprende de los artículos 6, 7 y 8 contenidos en el Capítulo Segundo, que se refiere a la Ley Aplicable. Más específicamente, el artículo señala lo siguiente:

***“Artículo 6: El trust estará regido por la ley que escoja el constituyente. Su escogencia deberá estar expresa o implícita en los términos del instrumento que crea el trust o la evidencia escrita del mismo, interpretado, de ser necesario, de conformidad con las circunstancias del caso.***

***Si la ley escogida de conformidad con el párrafo anterior no contiene disposiciones relativas a los trusts en general o la clase de trust de que se trate, la escogencia no tendrá valor y se aplicará la ley especificada en el artículo 7”.***

El artículo 6 reconoce la preponderancia que tiene la escogencia del derecho aplicable al *trust*, al reconocer que este será gobernado por la ley elegida por el *settlor*, elección que deberá ser efectuada de manera expresa o encontrarse implícita en el instrumento, en virtud de la existencia de alguna prueba que pueda aportarse y que evidencie esa voluntad implícita, la cual deberá interpretarse según las circunstancias del caso.

Ahora bien, la norma también prevé que si la ley escogida no reconoce o no consagra la institución, esta escogencia no tendrá ningún efecto, debiendo aplicarse en consecuencia los criterios para la determinación del derecho aplicable establecidos en el artículo 7.

Al respecto el artículo 7 de la Convención señala lo siguiente:

***“Artículo 7: Cuando no se escoja una ley aplicable, el trust estará regido por la ley con la que tenga más relación.***

***Al determinar qué ley tiene más relación con el trust, se tomarán en cuenta específicamente los siguientes aspectos:***

- a) lugar que designó el constituyente para la administración del trust;***
- b) la localización de los bienes que conforman el trust;***
- c) la residencia o el lugar del establecimiento del trustee;***
- d) los objetivos del trust y los lugares donde estos deben ser cumplidos”.***

Esta disposición busca establecer una serie de criterios a seguir en caso de que el constituyente no hubiere efectuado la elección de la ley aplicable al *trust*, señalándose en primera instancia que a falta de escogencia de la ley aplicable, el *trust* estará sometido a la ley del lugar con el cual tenga los vínculos más estrechos. Estos vínculos se determinarán teniendo en cuenta la ubicación de los bienes del *trust*, la residencia o el lugar de establecimiento del *trustee* y los objetivos del *trust*, así como el lugar donde deben realizarse.

Frente a esta solución prevista por el artículo 7, cabe preguntarse cuáles fueron los motivos que llevaron a los redactores de la Convención de La Haya a establecer este criterio de solución.

El criterio de los vínculos más estrechos es utilizado en otros textos convencionales, como lo es el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y la Convención Interamericana de México

sobre la determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado en 1994. En el ámbito contractual se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central.

Por otro lado, en la doctrina se concibe que la norma de los vínculos más estrechos se debe considerar como un mero instrumento y no como un fin para encontrar la norma de conflicto mejor y más justa, siendo los elementos que la identifican la búsqueda de la seguridad y la previsibilidad en los contratos.<sup>84</sup>

Sin embargo, a pesar de que en el ámbito de la contratación privada internacional se establezcan una serie de mecanismos que buscan sirvan de guía al juez en su tarea de concretización, la Convención de La Haya simplifica esta búsqueda al establecer tres aspectos que se deben tener en cuenta a fin de determinar que ley tiene más relación con el *trust*, siendo estos el lugar que designó el constituyente para la administración del *trust*, la localización de los bienes que conforman el *trust*, la residencia o el lugar del establecimiento del *trustee* y los objetivos del *trust* y los lugares donde estos deben ser cumplidos.

---

<sup>84</sup> PARRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 323.

Por su parte, el artículo 8 contiene elementos de particular relevancia en lo que respecta a la elección de la ley aplicable, estableciendo criterios que se refieren a la interpretación, los efectos y la administración del *trust*. Dicha disposición establece lo siguiente:

***“Artículo 8: La ley especificada en los artículos 6 o 7 rigen la validez del trust, su interpretación, sus efectos, así como la administración del trust”.***

***En particular. Estas leyes rigen:***

- 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;***
- g) las relaciones entre el trustee y los beneficiarios, incluida la responsabilidad personal del trustee respecto a los beneficiarios;***
- h) la modificación o extinción del trust;***
- i) la distribución de los bienes del trust;***

Esta norma contiene aspectos fundamentales que guardan relación con los derechos y obligaciones del *trustee*, señalándose también las consecuencias que pueden generarse del cumplimiento satisfactorio o no del encargo, constituyendo así un catálogo de categorías que comprime el derecho material que pretende regular la relación entre el *trustee* y el beneficiario, que va desde

una simple gestión, la remoción y actos de disposición que son fundamentales, así como los medios de terminación.

#### **4.7.4. El *dépeçage* en la Convención de La Haya.**

Ya nos hemos referido a la figura del fraccionamiento de la ley aplicable o *dépeçage*, tal como se le conoce en la doctrina francesa, y que en el ámbito contractual consiste en el poder que tienen las partes para elegir una ley que rija todo el contrato o una parte del mismo; es decir, la facultad que tienen las partes de fraccionar el contrato, sometiendo una parte del contrato o diversas partes del contrato a leyes también diversas.

El desmembramiento de la ley aplicable también es recogido por la Convención de La Haya mediante la concepción consagrada en el artículo 9, que al referirse a los diversos supuestos establecidos por el artículo 8, dispone que de aplicarse dicha disposición a partes divisibles *del trust*, "*algunas partes específicas relativas a la administración pueden estar regidas por una ley diferente*".

De esta manera, la Convención de La Haya prevé que por lo menos en lo que corresponde a la administración del *trust*, algunas de las partes o elementos que conforman esta institución puedan ser regidas por leyes de distintos ordenamientos jurídicos.

#### **4.7.5. Límites a los efectos del *Trust* en la Convención de La Haya.**

La Convención de La Haya recoge dos aspectos importantes que constituyen limitaciones a los efectos del *trust*: el fraude a la ley extranjera y la no violación al orden público internacional.

##### **4.7.5.1. La noción de fraude a la ley extranjera.**

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, la noción de fraude a la ley es concebida como un cambio artificioso en un punto de conexión con el objetivo de evitar que a la relación jurídica le sea aplicable un derecho que no era el que inicialmente era el idóneo para regir el fondo del asunto, pretendiéndose así conseguir un resultado prohibido por el Derecho del país donde estaba localizado el punto de conexión que se mudó artificiosamente.

El jurista Niboyet concebía la noción de fraude a la Ley como *“el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley”*.<sup>85</sup>

Para Arellano García, el concepto de fraude a la ley es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, a la que el o los

---

<sup>85</sup> Citado por ROMERO VALENCIA, Alberto en “Conceptos de Derecho Internacional Privado”, pág. 40, en [www.tuobra.unam.mx/publicadas/050201204428.pdf](http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/050201204428.pdf).

interesados se han sometido voluntariamente por ser más conveniente a sus intereses, evadiendo artificiosamente la imperatividad de la norma jurídica nacional.<sup>86</sup>

En el derecho doméstico el Dr. Boutin estima que el fraude a la ley se caracteriza por el juego y manipulación del autor del campo de aplicación de la ley aplicable entre diferentes Estados.<sup>87</sup>

De todas las nociones expuestas, podemos concluir que el fraude a la ley consiste en un obstáculo que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera determinada como competente, al ser utilizada por los interesados como un medio de sustraerse y burlar la imperatividad de la ley nacional.

Tratándose de la Convención de La Haya, el ámbito del fraude a la ley extranjera se encuentra establecido en el artículo 15, que señala lo siguiente:

*“Artículo 15: La Convención no impedirá la aplicación de disposiciones de la ley derogada por las reglas de conflicto del foro, cuando dichas disposiciones no puedan ser derogadas por un acto voluntario en lo que se refiere particularmente a los siguientes puntos:*

- a) la protección de menores e incapaces;*
- b) los efectos personales y patrimoniales del matrimonio;*

---

<sup>86</sup> ARELLANO GARCÍA, *op. Cit.*, pág. 919.

<sup>87</sup> BOUTIN, “Derecho Internacional Privado”, *op. Cit.*, pág. 393.

- c) los derechos de sucesión e intestados, en especial la participación irrevocable de cónyuges y parientes;
- d) la transferencia del título y garantías sobre la propiedad;
- e) la protección de acreedores en materia de concurso;
- f) la protección, en otros aspectos, de terceras partes que actúen de buena fe.

*Si por la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior no puede darse el reconocimiento de un Trust, el tribunal tratará de que los objetivos del Trust se cumplan por otros medios”.*

#### **4.7.6.2. La noción de orden público internacional en la Convención de La Haya.**

La Convención de La Haya recoge también la noción de orden público a través de dos disposiciones. En ese sentido, el artículo 16 dispone lo siguiente:

***“Artículo 16: El Convenio no impedirá la aplicación de aquellas disposiciones de la ley del foro que deban aplicarse incluso a las situaciones internacionales, cualquiera que sea la ley designada por las normas de conflicto de leyes.***

***A título excepcional, también podrá darse efecto a las normas de un Estado que tengan una relación suficientemente estrecha con el objeto del litigio, si dichas normas poseen el carácter mencionado en el párrafo precedente.***

***Todo Estado contratante podrá declarar, mediante reserva, que no aplicará lo dispuesto en el párrafo segundo del presente artículo”.***

De lo dispuesto en el artículo 16, podemos destacar que independientemente de cuál haya sido la ley elegida como aplicable por la norma de conflicto, ello no impedirá la actuación de las normas del foro que deban aplicarse a las situaciones internacionales.

Asimismo, la Convención contempla la posibilidad de aplicar las normas imperativas del derecho de otro Estado que tenga un vínculo estrecho con el objeto del litigio.

Por su parte, el artículo 18 del Convenio establece que:

*"Artículo 18: Las disposiciones del Convenio podrán excluirse si su aplicación fuere manifiestamente incompatible con el orden público".*

El artículo 18 hace un reconocimiento expreso de la exclusión de las disposiciones del Convenio cuando su aplicación fuera manifiestamente improcedente en relación con el orden público.

#### **4.8. La necesidad de reconocimiento de la Convención de La Haya.**

Considerando que la finalidad de la Convención de La Haya relativa a la Ley aplicable al *trust* y su reconocimiento es la de evitar los problemas y ponerle fin a los conflictos de calificación en materia de fideicomiso internacional al tratar

con una materia desconocida en algunas legislaciones, un elemento importante para que se consolide este avance es que la Convención sea ratificada por los estados.

La situación se agrava cuando se dan casos en que se requiere el reconocimiento de la institución en determinado Estado y la legislación de dicho Estado no reconoce la figura.

Tal hecho se evidenció por medio de la sentencia No. 338/2008 de 30 de abril, dictada por el Tribunal Supremo de España, a través de la cual se rechazó la validez de un *trust* por ser incompatible con el derecho sucesorio español.<sup>88</sup>

En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo recordaba que el *trust* constituye una figura a través de la cual se establece una relación fiduciaria en la que una persona es titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra. Sin embargo, el fallo enfatizaba que se trata de una modalidad de negocio jurídico ampliamente utilizado en los países de la *Common Law*, pero desconocido en el Derecho español, al no haber sido ratificado por España el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre ley aplicable al *trust*.

---

<sup>88</sup> MARTÍN SANTISBEAN, ¿Es preciso ratificar el Convenio de La Haya sobre el *trust*?, en [www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust)

En dicho caso, al no existir una norma específica de conflicto en el Derecho español que determinara cuál sería el derecho material aplicable a la figura del *trust*, dicha ausencia hubo de suplirse acudiendo a la norma de conflicto propia de la sucesión "*mortis causa*" contenida en el artículo 9.8 del Código Civil, la cual remitía al derecho representado por la ley nacional del causante; es decir a un ordenamiento jurídico extranjero.

No obstante, al no haber sido probado por la demandante el contenido y alcance del derecho extranjero aplicable, el Alto Tribunal aplicó subsidiariamente el Derecho español y rechazó la validez del *trust* por no ser conocida esta figura en ese país ni compatible con ninguna de las normas de derecho sucesorio español dando, por tanto, plena validez al legado testamentario.

Tal controversia generó reacciones en el ámbito jurídico, al ponerse de manifiesto el hecho de que España es uno de los países europeos que desconoce la figura del *trust*, al no contar con una legislación que regule una figura similar, aunado al hecho de que tampoco se ha firmado el Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento.

Lo cierto es que en España la figura no es del todo desconocida, ya que se oculta bajo otras figuras jurídicas, no obstante el pronunciamiento del Tribunal Supremo Español ha puesto de manifiesto que dicha institución proveniente del derecho anglosajón se encuentra presente en la realidad jurídica española, lo

que trae como natural consecuencia que sus tribunales también se enfrenten a los problemas derivados de su desconocimiento en España.

La República de Panamá cuenta con algunos avances al respecto, puesto que además de contar desde hace varios años con una legislación que regula la institución del fideicomiso, también se han adelantado gestiones tendientes a la ratificación de La Convención de La Haya.

En ese contexto, el Consejo de Gabinete mediante Resolución No. 3 de 18 de enero de 2011, autorizó al Ministro de Relaciones Exteriores para que propusiera a la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley tendiente a la aprobación del Convenio sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento, hecho en La Haya el 1 de julio de 1985, iniciativa que constituye un paso primordial para nuestro país en esta materia, en donde la institución del fideicomiso juega un papel preponderante como elemento de administración de fortunas.

#### **4.9. El carácter internacional de las fundaciones de interés privado.**

Las fundaciones de interés privado se pueden considerar como internacionales cuando contienen elementos de extranjería relevantes o lo suficientemente significativos, a tal punto que permiten la internacionalización de dicho negocio jurídico.

En ese sentido, la Ley panameña de fundaciones de interés privado consagra una serie de normas de Derecho Internacional Privado, a través de las cuales se recogen una serie de reglas relacionadas con la solución de conflictos sobre la materia y reglas de solución de conflictos de jurisdicción.

En cuanto a la internacionalidad de las fundaciones de interés privado, la naturaleza del carácter de internacional viene determinado por los bienes dados a la fundación, cuya riqueza ha sido originada fuera de la República de Panamá, lo que implica entonces que su naturaleza internacional lo determina el activo extraterritorial, por lo cual, se puede decir que una fundación de interés privado se reputa como internacional tratándose de capital extranjero o bienes generados en el extranjero colocados en fundaciones de interés privado incorporadas bajo las leyes y solemnidades de la República de Panamá.

Dentro del ámbito de la internacionalidad de las fundaciones de interés privado, nos concretaremos al estudio de tres aspectos que recoge la Ley 25 de 1995 que son: el cambio de nacionalidad o continuismo de las fundaciones de interés privado, el derecho aplicable a la materia en el plano internacional, abordando consecuentemente el principio de la autonomía de la voluntad y la determinación del foro de competencia judicial en materia de fundaciones.

#### **4.9.1. La regla de la continuidad en las fundaciones de interés privado.**

En primer lugar hay que tener en cuenta que la Ley panameña de fundaciones de interés privado hace un reconocimiento de la fundación extranjera con un alcance extraterritorial, cuando en el artículo 28 señala que las fundaciones constituidas de conformidad con una ley extranjera podrán acogerse a las disposiciones de la Ley 25 de 1995, para lo cual deberán presentar una serie de documentos o pruebas documentarias provenientes del extranjero tendientes a acreditar su condición y existencia, los cuales se encuentran claramente especificados en el artículo 29 de dicha ley, sin los cuales no podría darse la redomiciliación.

Es importante señalar que ese cambio de nacionalidad no produce la prescripción de la acción interpuesta en contra de la sociedad, ni mucho menos deroga la responsabilidad de la fundación sobre los directores de aquellos actos *de jure* que se hubieren constituido o dado con antelación a la redomiciliación, con base a la ley especial y al derecho temporal del Código Civil, en virtud del artículo 31.

La principal característica del artículo 28 es que introduce el reconocimiento del principio del continuismo de la personalidad jurídica, también conocido la redomiciliación o cambio de jurisdicción que produce la mutación de nacionalidad de la fundación, que no es más que el fenómeno de cambio de

nacionalidad en el que intervienen dos aspectos claves: la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas de un lado, y por otro lado, el cambio de nacionalidad o del estatuto personal es decir, la determinación de las personas jurídicas y su localización sobre a qué Ley se someterá la sociedad o persona moral que modifica su nacionalidad bajo el mecanismo de continuismo, comprendiendo todos los entes morales sin excepción.<sup>89</sup> Básicamente, el continuismo comporta el cambio de jurisdicción sin que medie u opere efectivamente una disolución o liquidación de la persona jurídica sometida a esa mutación de su nacionalidad.

La continuidad no significa que la fundación va a tener una doble nacionalidad, característica propia de las personas naturales, o que dicha circunstancia pueda prestarse para ocasionar un fraude a la legislación extranjera. La doctrina reitera que la figura se da cuando la ley de nacimiento de la fundación y la ley que la acoge permiten la transferencia del ente y su sometimiento a un nuevo ordenamiento jurídico, ya que de lo contrario, se estaría facilitando la sustracción jurisdiccional fraudulenta.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> BOUTIN, Gilberto, "La Regla de Continuidad o del Cambio de Nacionalidad de Sociedades Anónimas", Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 1998, pág. 10.

<sup>90</sup> LANDERO, Ricardo. "Fundaciones de Interés Privado". Universal Books. Panamá, 2001, pág. 29.

#### **4.9.2. El derecho aplicable a la fundación de interés privado en el plano internacional.**

La búsqueda del derecho aplicable a una situación jurídica de carácter internacional, implica abordar también el aspecto concerniente al papel que juega el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual puede ser, en todo caso, señalado de manera expresa, o bien, derivarse de la voluntad del constituyente.

##### **4.9.2.1. El principio de la autonomía de la voluntad en las fundaciones de interés privado.**

El principio de la autonomía de la voluntad se encuentra incorporado en la normativa que regula a las fundaciones de interés privado, específicamente en el artículo 32 de la Ley 25 de 1995, facultándose al constituyente de la fundación el poder determinar el ordenamiento jurídico que gobernará la relación jurídica. Dicha disposición es del tenor siguiente:

***“Artículo 32: Las fundaciones constituidas de conformidad con la presente ley, así como los bienes que integran su patrimonio, podrán trasladarse o someterse a las leyes y jurisdicción de otro país, según lo disponga el acta fundacional o en sus reglamentos”.***

**Esta disposición da pie a que la actividad interna, ya sea del Consejo Fundacional, o bien del Protector o Beneficiario, puedan ser sometidas a una ley extranjera, pudiendo extenderse el ámbito de aplicación del derecho extranjero a los bienes que forman parte de ese patrimonio, independientemente que se traten de bienes corporales o incorporales, acciones, bonos o documentos negociables.**

**La permisión de la aplicabilidad de la norma extranjera a la relación jurídica interna de la fundación de interés privado, deviene en una de las grandes ventajas que ofrece la legislación panameña en cuanto a la tolerancia al derecho extranjero, siempre y cuando ese derecho extranjero no atente contra el derecho interno panameño.**

**Esta convivencia del derecho extranjero dentro de un segmento del Consejo Fundacional o de la relación interna fiduciaria-beneficiario, es parte de la flexibilidad e internalización de producto de servicio de administración de fortunas.**

**Por otra parte, en torno a la figura del fraccionamiento de la ley aplicable o *dépeçage*, la ley panameña observa en su sistema conflictual que una fundación constituida en territorio nacional, puede estar sometida o regulada por una multiplicidad de normas, al poder designar el fundador que la administración de la fundación sea sometida a la ley de otro Estado diferente de la ley de su constitución.**

**El *dépeçage* permite la coexistencia de dos leyes que regulan de manera fragmentada un mismo negocio en momentos distintos, constitución-administración o liquidación. El *dépeçage* debe ser racional y funcional, no puede ser irracional o fraudulento en detrimento de la buena fe y del derecho natural u orgánico que regula la institución.** <sup>91</sup>

#### **4.9.2.2. La elección de la ley aplicable derivada de la voluntad implícita del fundador.**

**Puede darse el caso que, el fundador omita la ley aplicable a un negocio fundacional, situación que tiende a problematizar la determinación del derecho aplicable en caso de una controversia o incumplimiento.**

**Tratándose de estos casos, la búsqueda de la voluntad implícita o la elección tácita de la ley aplicable por parte del juzgador, puede darse de dos maneras: por un lado, la elección puede darse inspirándose en los datos o elementos de extranjería que conforman la fundación, pudiéndose determinar como el derecho aplicable la ley del lugar donde se encuentren los activos de la fundación, en virtud de la interpretación que se hace del negocio jurídico. El otro método aplicable, es denominado de la voluntad hipotética, en la cual se da**

---

<sup>91</sup> BOUTIN. "Del rolé de la fundación de interés privado en el derecho panameño", Memoria del VI Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, pág. 165.

una construcción artificial del juez, que consiste en reemplazar la voluntad tácita o implícita por una interpretación judicial. Este último método es criticado porque tiende a desnaturalizar la voluntad implícita de las partes.

#### **4.9.3. Determinación de la competencia judicial internacional.**

Dentro de las reglas de solución de conflicto de jurisdicción, la ley de fundaciones de interés privado permite la determinación del foro de competencia judicial por medio del arbitraje, abdicando las partes a la jurisdicción natural del foro en beneficio de un tribunal extranjero, lo que se conoce como una prórroga de la competencia judicial. Tal situación es reconocida por medio del artículo 36, el cual es del tenor siguiente:

*“Artículo 36: Toda controversia que no tenga señalada en esta Ley un procedimiento especial, será resuelta por los trámites del juicio sumario.*

*Podrá establecerse en el acta fundacional o en los reglamentos de la fundación, que cualquier controversia que surja sobre la fundación, será resuelta por árbitros o arbitradores, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse. En caso de que no se hubiere establecido tal procedimiento, se aplicarán las normas que al respecto contenga el Código Judicial”.*

Para que pueda ser aplicada esta prórroga de competencia judicial internacional, debe darse la conjunción de tres factores que son: un acuerdo entre las partes, que es conocido como cláusula atributiva o cláusula de

sumisión, que el objeto sea prorrogable y que la jurisdicción prorrogable admita la prórroga, es decir, que la materia sea de carácter dispositivo, de modo tal que los instrumentos legales de la fundación le permitan renunciar a su foro natural de competencia, no siendo posible la prórroga de competencia judicial en materia legislada por normas de orden público o de aplicación inmediata.

## **CONCLUSIONES**

- 1. Uno de los atractivos que ha tenido nuestro país, considerado como paraíso fiscal, ha sido el de atraer la inversión extranjera y el desarrollo de las denominadas operaciones *Offshore*, lo que le ha permitido a la República de Panamá la captación de fondos, en virtud de las ventajas que representa la incorporación de sociedades y fundaciones de interés privado que ofrece el sistema panameño, lo que ha permitido el desarrollo e incremento de las profesiones liberales relacionadas con este ámbito de actividades profesionales.**
- 2. A pesar, de que nuestro país haya sido considerado como un paraíso fiscal, en virtud de la flexibilidad que se ofrece en la captación de inversión extranjera y demás actividades que caracterizan el sistema panameño, tales el sistema de incorporación de sociedades, fundaciones de interés privado, el denominado Centro Bancario Internacional, las actividades y ventajas que ofrece el Canal de Panamá, consideramos que aunado a estos aspectos se requiere también un cambio de actitud de los nacionales y autoridades de este país, de modo que se pueda lograr un desarrollo y crecimiento integral en la República de Panamá.**
- 3. Nuestro país ofrece una serie de ventajas favorables para el desarrollo de grandes proyectos relacionados con el negocio fiduciario, siendo el fideicomiso una figura conveniente para la estructuración de este tipo de negocios, en virtud de la autonomía y la consecuente separación existente**

entre los bienes dados en fideicomiso con respecto a los bienes del fiduciario.

4. La figura del fideicomiso es un instrumento jurídico que puede ser utilizado para múltiples objetivos, contando con las ventajas que permite armar estructuras jurídicas que se pueden adoptar muy eficazmente al objetivo que se busca al armar esta estructura de negocios.
5. La Ley de Fideicomisos panameña constituye un paso vigoroso e importante en la ampliación de los servicios que el sector financiero, aunado a los demás instrumentos legales que reconoce nuestra legislación y que son ampliamente utilizados por los usuarios tanto en el ámbito nacional así como también fuera de nuestras fronteras, a través de los servicios que se ofrecen a la comunidad internacional.
6. Además del avance que implica el haber superado la concepción inicial del fideicomiso, con relación al carácter irrevocable con que había sido concebido, uno de los aspectos que hace interesante al fideicomiso panameño es la posibilidad de que tanto el fideicomiso constituido de conformidad con las leyes panameñas, así como los bienes del mismo puedan sujetarse a una ley extranjera, si así lo dispone el propio instrumento de fideicomiso.
7. Las fundaciones de interés privado, como instrumentos de administración de fortunas con personalidad jurídica propia, difieren sustancialmente de las sociedades anónimas, toda vez que en ésta existen la figura del socio que tiene como objetivo la obtención del lucro a través de las actividades que

**ejerce la sociedad, en tanto que las fundaciones de interés privado se sustancian a través de un acto de unilateral de voluntad que busca la afectación de un patrimonio para el cumplimiento de los objetivos previamente definidos por el fundador.**

- 8. La Ley de fundaciones de interés privado permite el derecho de perseguir e impugnar la transferencia de bienes y la posibilidad de revocatoria de los actos efectuados en fraude de acreedores, para lo cual se concede el término de tres (3) contados a partir del aporte o la transferencia de los bienes a la fundación.**

## **RECOMENDACIONES**

- 1. A pesar de la excelencia con que son percibidos los servicios que a través de los instrumentos de administración de fortunas ofrece la legislación panameña, recomendamos se de una mayor ampliación en los servicios que se ofrecen a través de los fideicomisos con el fin de atender las necesidades de diversos sectores, como lo serían por ejemplo, los fideicomisos derivados de obras públicas bajo el régimen de concesiones o la oferta de fideicomisos dirigidos a atender las necesidades que surjan de los sectores primarios.**
- 2. Sería importante que la República aprobara la Convención de La Haya de 1985 sobre la Ley aplicable al *Trust* y a su reconocimiento, a fin de que sea un elemento complementario ante la problemática que implica la determinación de la ley aplicable en un fideicomiso internacional.**
- 3. Recomendamos a las autoridades de las entidades estatales vinculadas con el tema fiscal, a que mantengan las exenciones tributarias ya establecidas para figuras como las fundaciones de interés privado, a fin de de que mantengan su carácter de instrumentos idóneos para la administración de fortunas familiares.**
- 4. Resulta conveniente que las autoridades panameñas evalúen las ventajas que significa mantener la estabilidad de las leyes tributarias, a fin de no crear situaciones que desincentiven la inversión local y extranjera, ya que éstas actividades contribuyen a la generación de empleo y a mejorar la situación económica del país, en virtud de que no siempre el aumento de los**

**impuestos y las cargas tributarias constituyen la manera de mejorar los niveles económicos de un Estado.**

**BIBLIOGRAFIA**

1. ALFARO, Ricardo J. "El Fideicomiso en Panamá", Compilación de escritos por el Dr. Ricardo J. Alfaro y otros juristas. Editada por G. Hanse Voelkel, A.B., J.D., J.S.D., Panamá, 1971.
2. ALVAREZ GARDIOL, Ariel, "El Pensamiento Jurídico Contemporáneo", primera edición, Ediciones AVI S.R.L., Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2009.
3. ARELLANO GARCÍA, Carlos. "Derecho Internacional Privado", décimocuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
4. BARRERA, Augusto, "Nociones de Operaciones Bancarias". Conceptos y Regulaciones",
5. BATIZA, Rodolfo. "Tres Estudios sobre el fideicomiso", Imprenta Universitaria, México, 1954.
6. BOUTIN, Gilberto, Normas Protectoras del Fideicomiso, en Revista Lex No. 3, Enero-Marzo, Panamá, 1993.
7. BOUTIN, Gilberto. "Del Role de la Fundación de Interés Privado en el Derecho Panameño", Memorias del V Congreso de Derecho Procesal, 2009.
8. BOUTIN, Gilberto. El Fideicomiso Panameño en el Derecho Internacional Privado y la Convención de La Haya 1985) Relativa a la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento, Editores Asociados, Panamá, 1990.
9. BOUTIN, Gilberto. "Derecho Internacional Privado", primera edición, editorial Mizrahi & Pujol, S.A., Panamá, 2002.

10. **CARREGAL, Mario.** "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios", primera edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires,
11. **DAVID, René.** "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos" (Derecho Comparado), Aguilar Ediciones, primera edición, Madrid, 1968.
12. **FABREGA POLLERI, Juan Pablo.** "La Fundación de Interés Privado. Como sujeto de relaciones bancarias para la planificación patrimonial y la sucesión hereditaria", Universal Books, Panamá, 2010.
13. **FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara.** "Contratos Internacionales", Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1995.
14. **GARAY, Narciso Enrique.** "El *Trust* Anglosajón y el Fideicomiso Panameño", Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1941.
15. **LLERENA LAUNSET, Fransela.** "Fideicomiso: Planeación y Protección", Imprenta Universal Books, primera edición, Panamá, noviembre 2003.
16. **Morgan & Morgan.** "El Fideicomiso bajo la Legislación de la República de Panamá" 1ra. edición, edición preparada para los clientes de Morgan & Morgan; Panamá, 1990.
17. **OWENS, Ramsés.** "Protección de los Activos Transfiriéndolos en Fideicomiso", Revista Lex No. 7.
18. **PARRA RODRÍGUEZ, Carmen,** "El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos", José María Bosch, Barcelona, 2002.
19. **PEREZNIETO CASTRO, Leonel.** "Derecho Internacional Privado", parte general, séptima edición, Oxford University Press, México, 1999.

20. **PEREZ FERREIRA, Francisco.** "Panamá: Centro Internacional Off-Shore", Revista Novum Ius, No. 9, enero 1994-1995, Asociación Nueva Generación Jurídica, Universidad de Panamá.
21. **PÉREZ FERREIRA, Francisco,** "Las Fundaciones de Interés Privado en Panamá", primera edición, Editorial Portobelo, 1997.
22. **RODRIGUEZ AZUERO, Sergio.** "Negocios Fiduciarios: Su significación en América Latina", Legis Editores, S.A. primera edición, Colombia, 2005.
23. **RODRIGUEZ AZUERO, Sergio.** "Contratos Bancarios": Su significación en América Latina", Legis Editores, S.A., quinta edición, Colombia, 2002.
24. **RODRÍGUEZ VELARDE, Javier,** "Contratos e Instrumentos Bancarios. Doctrina, modelos, legislación Bancaria", primera edición, Editorial Rodhas, Lima, Perú, 2000.
25. **STEMPEL PARIS, Antonio.** "Trust y Fideicomiso", Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Caracas, 1955.
26. **TRUJILLO SAGEL, Carlos,** "El Derecho del Fideicomisario: Su naturaleza y protección", Revista Lex No. 7, Enero 1995-Diciembre 1996, Colegio Nacional de Abogados.
27. **VEGA, Francisco.** "Análisis Comparativo de Centros Financieros", Revista Centro Financiero, No. 60, 1993.

**Artículos de Internet:**

1. AVENDAÑO, Francisco, "El Fideicomiso, en [www.ejav.com.pe](http://www.ejav.com.pe)
2. CASILLAS, Carlos. "Antecedentes del *Trust* en el Derecho Anglosajón", en [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org)
3. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Sistemas Jurídicos Contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano germánica", en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
4. HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Joel, "Comparación entre el Fideicomiso y el *Trust* Anglosajón, [www.uia.mx](http://www.uia.mx).
5. HFRS Lilitiana. "El Fideicomiso desde la perspectiva legal", en [www.lilianahers.com.ar/doctrina/02\\_contratacion\\_comercial.pdf](http://www.lilianahers.com.ar/doctrina/02_contratacion_comercial.pdf)
6. MARTIN SANTISBEAN, Sonia, "La Figura del *Trust* en los Estados Unidos de América". Su aplicación al Derecho de Familia.
7. MARTIN SANTISBEAN, Sonia, "¿Es preciso ratificar el Convenio de La Haya sobre el *Trust*?", en [www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust)
8. MORGAN, Eduardo. "La Fundación de Interés Privado de Panamá", pág. 2, publicado en [www.legalinfo-panama.com](http://www.legalinfo-panama.com).
9. NASSARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, "TRUST E INSTITUCIONES FIDUCIARIAS. PROBLEMÁTICA CIVIL Y TRATAMIENTO FISCAL", Editado por el Instituto de Estudios Fiscales, Ponencia presentada en la I Jornada de Derecho Tributario Global que tuvo lugar en el IEF, el 25 de noviembre de 2004.

10. RODRÍGUEZ VELARDE, "Contratación Empresarial".

11. ROMERO VALENCIA, Alberto en "Conceptos de Derecho Internacional Privado", en [www.tuobra.unam.mx/publicadas/050201204428.pdf](http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/050201204428.pdf).

**Diccionarios:**

1. **CAPITANT, Henri, "Vocabulario Jurídico", Ediciones Depalma, reimpresión, Buenos Aires, 1986.**
2. **GOLDSTEIN, Mabel. "Consultor Magno: Diccionario Jurídico", Círculo Latino Austral, S.A., Argentina, 2010.**

**Leyes:**

1. **Ley 1 de 5 de enero de 1984.**
2. **Ley 25 de 12 junio de 1995.**
3. **Convención de La Haya de 1985 Relativa a la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento.**